

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

TESIS DOCTORAL

**ESTUDIO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL
DESDE EL PRISMA DEL ESTATUTO DE LA
CORTE PENAL INTERNACIONAL: ESPECIAL
REFERENCIA A LAS CUESTIONES DE
ADMISIBILIDAD**

JOANA LOYO CABEZUDO

Donostia – San Sebastián, 5 de noviembre de 2019

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

FACULTAD DE DERECHO
ZUZENBIDE FAKULTATEA

Departamento de Derecho Internacional Público, Relaciones
Internacionales e Historia del Derecho

**ESTUDIO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL
DESDE EL PRISMA DEL ESTATUTO DE LA
CORTE PENAL INTERNACIONAL: ESPECIAL
REFERENCIA A LAS CUESTIONES DE
ADMISIBILIDAD**

Tesis que presenta la Lic. Joana LOYO CABEZUDO para la obtención del título de Doctora en Derecho, elaborada bajo la dirección de la Dra. M.^a Dolores BOLLO AROCENA, Profesora Titular de Derecho Internacional Público de esta Universidad

Donostia – San Sebastián, 5 de noviembre de 2019

Índice

Introducción..... 1

CAPÍTULO I. ASPECTOS GENERALES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL 11

SECCIÓN 1.^a. LA JUSTICIA TRANSICIONAL: UN CONCEPTO POLIÉDRICO ... 11

SECCION 2.^a. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CAMPO DE ESTUDIO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL 22

1. Los imprecisos orígenes de la justicia transicional como campo autónomo de estudio 22

1.1. La errónea consideración de Núremberg y Tokio como origen de la justicia transicional..... 23

1.2. Las transiciones a la democracia en Latinoamérica: la semilla de la justicia transicional..... 25

1.3. Las transiciones en Europa del Este y en la antigua Unión Soviética 30

1.4. La creación del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia: la justicia penal en el transcurso de un conflicto armado..... 32

1.5. La contradictoria respuesta al hacer frente a las violaciones a los derechos humanos cometidas en Ruanda y Sudáfrica a mediados de los años noventa 35

1.6. La adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: un hito en la lucha contra la impunidad..... 40

1.7. La consolidación de la justicia transicional como campo autónomo de estudio 49

2. Las características de la justicia transicional en las originarias transiciones a la democracia..... 52

2.1. Definición, ámbito de aplicación y objetivos de la justicia transicional 52

2.2. La constante vulneración del Derecho Internacional en los procesos de transición 56

2.3. Las circunstancias contextuales como argumento para justificar la descoordinación de los mecanismos transicionales 60

2.4. A modo de conclusión: la justicia transicional en los primeros años de desarrollo del campo..... 62

SECCIÓN 3.^a. DESGLOSANDO LOS COMPONENTES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL..... 64

1. La <i>transición</i> de la justicia transicional: los contextos que activan un proceso transicional	64
1.1. La justicia transicional en los conflictos armados	65
1.2. Las transiciones a la democracia y la justicia “postransicional”	71
1.3. La justicia transicional aplicable en otros posibles contextos	75
1.4. A modo de conclusión: la irrelevancia de la “transición” política como factor activador de un proceso de justicia transicional	80
2. La <i>justicia</i> transicional: los diversos significados de la noción “justicia”	83
2.1. La justicia judicial/legal/internacional y la justicia local/tradicional/alternativa	86
2.2. La justicia restaurativa vs. justicia retributiva	90
2.3. Los derechos de las víctimas en la justicia transicional: la necesidad de garantizar una concepción amplia de justicia	95
2.3.1. Las víctimas, el Derecho Internacional y la Corte Penal Internacional: un reconocimiento lento pero constante	96
2.3.2. Las víctimas como sujetos centrales de la justicia transicional	105
2.3.3. A modo de conclusión: argumentos a favor de una concepción amplia de justicia	111
3. El <i>sistema integral</i> de la justicia transicional	113
3.1. Los mecanismos transicionales: justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición	113
3.2. Los límites intrínsecos de los mecanismos y la necesidad de buscar la complementariedad	118

SECCIÓN 4.^a. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL SISTEMA INTEGRAL DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

1. La identificación de las obligaciones internacionales aplicables en procesos de justicia transicional	127
1.1. La justicia transicional y las obligaciones internacionales dirigidas a erradicar la impunidad	127
1.2. La obligación de los Estados de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales sobre los que la Corte Penal Internacional ejerce su competencia	133
1.3. El deber de los Estados de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales	139
2. La debatida aplicación del Derecho Internacional en un proceso de justicia transicional	144
2.1. Los crímenes internacionales y la activación de la justicia transicional.....	144

2.2. Las dificultades inherentes en contextos de transición y los límites del Derecho Internacional	147
2.3. La aplicación conjunta de las obligaciones internacionales como respuesta ante la comisión de crímenes internacionales en contextos de justicia transicional	153
3. La Corte Penal Internacional y la necesidad de implementar soluciones globales ante la comisión de crímenes internacionales	157
3.1. La Corte Penal Internacional y las medidas complementarias a la justicia penal: una relación, en principio, desconocida.....	158
3.2. La evolución experimentada en el seno de la Corte Penal Internacional hacia el reconocimiento de fórmulas complementarias	160
3.3. ¿La Corte Penal Internacional como parte de un proceso íntegro de justicia transicional?.....	164
3.4. La consolidación de la postura de la Corte Penal Internacional respecto de los procesos íntegros de la justicia transicional.....	166

CAPÍTULO II. EL ESTATUTO DE ROMA Y SU INFLUENCIA EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL: LA CONTROVERSIA EN TORNO A LA JUSTICIA PENAL Y EL LOGRO DE LA PAZ..... 171

SECCIÓN 1.^a. LAS SITUACIONES INVESTIGADAS POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS PROCESOS INTERNOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL

1. El ámbito en el que ejerce su competencia la Corte Penal Internacional y los contextos de la justicia transicional: una superposición inevitable	171
2. La Corte Penal Internacional y las negociaciones de paz: una voz a tomar en consideración en el diseño de la justicia transicional	178
2.1. La posición central de la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en el proceso transicional	178
2.2. Las negociaciones de paz en el Estado colombiano y la constante supervisión ejercida por la Oficina de la Fiscalía	187
3. La incorporación de los mecanismos transicionales en los acuerdos de paz y la obligación de respetar el Estatuto de Roma.....	198
3.1. La justicia transicional en los acuerdos de paz	198
3.2. Los mecanismos de la justicia transicional adoptados en las situaciones investigadas por la Corte Penal Internacional.....	203
3.2.1. La previsión de ciertos mecanismos en exámenes preliminares cerrados: los casos de Honduras y Afganistán	203
3.2.2. Los intentos de crear mecanismos transicionales en situaciones bajo investigación o examen preliminar ante la Corte: los ejemplos de Costa de Marfil, República Democrática del Congo, República Centroafricana, Mali, Georgia, Corea, Nigeria, Iraq, Israel-Palestina y Ucrania.....	205

3.2.3. Procesos “casi” transicionales adoptados bajo el escrutinio de la Corte Penal Internacional: los casos de Sudan, Burundi, Kenia, Uganda y Libia.....	208
3.2.4. Los diversos procesos de justicia transicional creados en el Estado colombiano: ¿primer proceso aceptable bajo la supervisión de la Corte?	216
SECCIÓN 2.^a. LOS CONFLICTOS ARMADOS Y EL ESTATUTO DE ROMA: ¿LA JUSTICIA PENAL COMO IMPEDIMENTO PARA LOGRAR LA PAZ?	225
1. La alegada flexibilización de las obligaciones internacionales aplicables en contextos de transición bajo la premisa de lograr la “paz”	226
1.1. La exigencia de responsabilidades penales en el transcurso del conflicto armado	226
1.2. La reformulación del clásico debate de la justicia transicional: “tanta justicia como lo permita la paz”	232
2. La disyuntiva entre la paz y la justicia en el seno del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	235
2.1. La Corte Penal Internacional y el compromiso con la paz	235
2.2. Las negociaciones de paz bajo las órdenes de arresto dictadas por la Corte Penal Internacional: la situación en Uganda.....	238
3. La justicia internacional penal y la amenaza a la paz y a la seguridad.....	243
3.1. La vinculación de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas y, en especial, con el Consejo de Seguridad.....	244
3.2. La consolidación de la relación entre el Consejo de Seguridad y la justicia internacional penal: la remisión de situaciones a la Corte.....	249
3.3. La controvertida facultad del Consejo de Seguridad de suspender las investigaciones y/o los enjuiciamientos ante la Corte Penal Internacional	259
3.3.1. ¿La justicia internacional como respuesta o como amenaza a la paz y a la seguridad internacionales? La incongruencia de emplear el mismo argumento para propósitos contrapuestos	259
3.3.2. La materialización de la pugna entre la paz y la justicia en el seno de la Corte: los reiterados intentos por aplicar el artículo 16	264
SECCIÓN 3.^a. LA RELEVANCIA DEL FACTOR TIEMPO: ¿PRIMERO PAZ Y LUEGO JUSTICIA?	274
1. Las dificultades de las sociedades en transición y su repercusión en el diseño de la justicia transicional.....	275
1.1. Los factores contextuales que condicionan el proceso transicional	275
1.2. La secuencia entre los mecanismos de la justicia transicional	280
2. Los ritmos que marca el Estatuto de Roma en los procesos de transición	284
2.1. Aspectos introductorios sobre la secuenciación entre la paz y la justicia en el seno de la Corte Penal Internacional	284

2.2. Las opciones previstas en el Estatuto de Roma para “aplazar” la justicia.....	287
2.3. El ejemplo de Afganistán: ni paz, ni en “interés de la justicia”.....	292
3. La dilación en el tiempo de los procesos penales y el (des)interés de la justicia	295
3.1. Esclareciendo el significado del “interés de la justicia” previsto en el Estatuto de Roma.....	295
3.2. El “interés de la justicia”, los “intereses de la paz” y su “interesada” alegación en los procesos de justicia transicional.....	298
3.3. Los escasos pronunciamientos de los diversos órganos de la Corte Penal Internacional en torno al interés de la justicia: ¿precaución o irresponsabilidad?...	305
3.4. La justicia, la paz y los intereses de las grandes potencias: la enseñanza que nos deja el caso de Afganistán	309
SECCIÓN 4. ^a . LA CONTINUA INCORPORACIÓN DE LAS AMNISTÍAS EN LOS ACUERDOS DE PAZ TRAS LA CREACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	318
1. El silencio del Estatuto de Roma con respecto a las amnistías	318
1.1. Las referencias a las amnistías en el proceso de adopción del Estatuto de Roma: una crítica a un debate superficial.....	318
1.2. La defensa de una ambigüedad permanente en contextos de transición.....	322
2. La coexistencia de la obligación de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales y las medidas de amnistía: ¿contradicción o necesidad?.....	328
2.1. El estado actual de las amnistías en el Derecho Internacional	328
2.2. La adopción del discurso de la reconciliación en los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos: el regreso al punto de partida.....	338
3. La Corte Penal Internacional y las amnistías: ¿avance o retroceso en la prohibición expresa de estas medidas de impunidad?	343
3.1. Los intentos doctrinales por encajar las amnistías dentro del Estatuto de Roma: la invención de las amnistías “condicionadas”	343
3.2. Las amnistías incorporadas en los acuerdos de paz firmados por los Estados cuyos nacionales podrían ser investigados y enjuiciados ante la Corte Penal Internacional	349
3.3. La apuesta de la Corte Penal Internacional por la prohibición de las amnistías en medio de las tendencias revisionistas	359
3.4. La respuesta de la Corte Penal Internacional a la Ley de Amnistía aprobada por el Estado colombiano: una condena más allá de la definición de los crímenes de guerra	364

CAPÍTULO III. LAS CUESTIONES DE ADMISIBILIDAD PREVISTAS EN EL ESTATUTO DE ROMA Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL: UN ANÁLISIS CENTRADO EN LOS ENJUICIAMIENTOS SELECTIVOS Y LOS MECANISMOS NO JUDICIALES..... 373

SECCIÓN 1.^a. LA JUSTICIA INTERNACIONAL, LOS MECANISMOS TRANSICIONALES Y EL ESTATUTO DE ROMA 373

SECCIÓN 2.^a. EL COMPONENTE PENAL DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL: LOS ENJUICIAMIENTOS CENTRADOS EN LOS MÁXIMOS RESPONSABLES 379

1. El limitado alcance de la justicia internacional penal..... 379

1.1. La histórica práctica de los tribunales internacionales e internacionalizados .. 379

1.2. La responsabilidad individual penal en el Estatuto de Roma: ¿una Corte para los máximos responsables?..... 388

1.3. La política de selección de casos de la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional 392

2. La selección de casos basados en el criterio de la gravedad: ¿oportunismo o legalidad? 402

2.1. La gravedad en el Estatuto de Roma 404

2.2. La interpretación del criterio de la gravedad por la Oficina de la Fiscalía y las Salas de la Corte Penal Internacional: una práctica inconclusa..... 409

3. Los crímenes internacionales y las estrategias de selección de casos a nivel interno 421

3.1. El alcance de la obligación de investigar y enjuiciar en el Derecho Internacional y la selección de casos: ¿deber o necesidad?..... 421

3.2. Los intentos para limitar la responsabilidad penal de los individuos: el ejemplo de Colombia..... 425

3.2.1. Los antecedentes previos al acuerdo final de paz 425

3.2.2. El nuevo criterio previsto en el acuerdo final de paz: la fórmula de la “participación determinante en los hechos” 431

4. La selección de casos y el abismo de la impunidad: la necesidad de prever una respuesta más amplia ante los escasos enjuiciamientos centrados en los máximos responsables 442

SECCIÓN 3.^a. LOS MECANISMOS TRANSICIONALES Y EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN ANÁLISIS CENTRADO EN LAS COMISIONES DE LA VERDAD Y LA JUSTICIA LOCAL O TRADICIONAL..... 447

1. El derecho de las víctimas a la verdad y las vías para garantizarlo: el establecimiento de las comisiones de la verdad como complemento a los procesos judiciales penales 448

1.1. El derecho a la verdad, la obligación de investigar y el esclarecimiento de las responsabilidades penales ante un órgano judicial 448

1.2. Análisis de las comisiones de la verdad desde la perspectiva de su posible admisibilidad ante la Corte: los poderes de investigación y la identificación de los responsables	461
2. Las comisiones de la verdad y el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional	475
2.1. Las investigaciones y los enjuiciamientos dirigidos a determinar las responsabilidades penales de los individuos en el Estatuto de Roma.....	475
2.2. Los mecanismos alternativos a la justicia y el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional: una relación escasamente estudiada.....	483
2.3. La investigación de los crímenes internacionales ante las comisiones de la verdad y la decisión del Estado de no incoar la acción penal: una aproximación teórica ...	489
2.4. La irrelevancia práctica de los mecanismos transicionales ante el estricto test de admisibilidad escogido por la Corte Penal Internacional	494
3. La Corte Penal Internacional y los informes de las comisiones de la verdad	500
3.1 Antecedentes: la histórica relación entre las comisiones de la verdad y los procesos judiciales penales	500
3.2. El escaso valor otorgado por la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional a los informes de las comisiones de la verdad y las comisiones de investigación	509
4. La justicia local o tradicional, la Corte Penal Internacional y el principio de complementariedad.....	520
4.1. La justicia internacional, las comunidades locales y el Estatuto de Roma.....	520
4.2. El reparto competencial entre diferentes instancias como vía hacia una justicia más integral.....	523
4.2.1. El caso de Ruanda: un ejemplo que muestra la complementariedad que puede producirse entre la justicia internacional, nacional y local	523
4.2.2. La actuación de la Corte Penal Internacional ante las iniciativas de justicia local o tradicional: los casos de Sudan y Uganda	528
4.3. Valoración preliminar sobre la relación complementaria entre los diversos mecanismos de justicia transicional y la actitud de la Corte Penal Internacional ...	537

CAPÍTULO IV. LAS SANCIONES POR CRÍMENES INTERNACIONALES EN PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL Y EL ESTATUTO DE ROMA: ATENCIÓN ESPECIAL AL PRINCIPIO DE “NON BIS IN IDEM” 541

SECCIÓN 1. ^a . LA CULMINACIÓN DEL PROCESO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL: LA SANCIÓN DE LOS RESPONSABLES	541
--	-----

SECCIÓN 2.^a. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS SANCIONES POR CRÍMENES INTERNACIONALES: EL MARCO NORMATIVO APLICABLE EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL 548

1. La imprecisa regulación de la sanción en el Derecho Internacional 548
2. La obligación de sancionar en los Estatutos de los tribunales internacionales penales: la pena privativa de libertad como condena ineludible 555
3. Las sanciones previstas en el Estatuto de Roma y las obligaciones que se derivan para los Estados 563
 - 3.1. La reclusión como única pena principal en el Estatuto de Roma: la Corte Penal Internacional y la búsqueda de la proporcionalidad 563
 - 3.2. Los crímenes internacionales, el principio de proporcionalidad y la severidad de las condenas: algunas reflexiones sobre la adecuación de la sanción al crimen cometido en la justicia transicional..... 573

SECCIÓN 3.^a. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE “NON BIS IN IDEM” DEL ESTATUTO DE ROMA A LAS CONDENAS POR CRÍMENES INTERNACIONALES 578

1. Las excepciones al principio de “non bis in idem” previstas en el Estatuto de Roma 578
2. La aplicación del “non bis in idem” a diversas medidas susceptibles de sustraer a los acusados de su responsabilidad penal: estudio de los indultos, la ejecución parcial de las condenas y las sanciones penales leves 586
 - 2.1. El indulto a los responsables de haber cometido un crimen internacional: ¿competencia legítima de los Estados o actuación contraria al Estatuto de Roma? 586
 - 2.2. El cumplimiento parcial de la condena: las consecuencias jurídicas que se derivan de la reducción o la suspensión de las penas 593
 - 2.3. La levedad de la condena y el propósito de sustraer a los acusados de su responsabilidad penal..... 600
3. Las sanciones restaurativas, los crímenes internacionales y el principio de “non bis in idem” 609
 - 3.1. Más allá de la pena privativa de libertad: el artículo 80 del Estatuto de Roma y el tipo de sanciones aplicables por los Estados ante la comisión de crímenes internacionales 612
 - 3.2. Las sanciones restaurativas y la respuesta de la comunidad internacional: los casos de El Salvador y Colombia 616
 - 3.2.1. La condena ciertos órganos internacionales de protección de los derechos humanos a las sanciones no penales: el caso de El Salvador..... 616
 - 3.2.2. Colombia y las sanciones “propias” previstas en el Acuerdo de paz..... 620
 - 3.3. La imposición de sanciones restaurativas y la admisibilidad de situaciones ante la Corte Penal Internacional: un análisis centrado en el caso de Colombia 626

SECCIÓN 4.º. LA INTEGRACIÓN DE LA SANCIÓN EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y EL RESPETO A LA LEGALIDAD INTERNACIONAL..... 635

1. Factores que pueden modular la pena en la justicia transicional: la contribución a la verdad, a la reparación y a las garantías de no repetición 635

1.1. Las opciones previstas en el Estatuto de Roma para reducir la sanción..... 637

1.2. La contribución a la verdad como atenuante en la fase de imposición de la pena 643

1.3. La reparación a las víctimas como mecanismo de la justicia transicional..... 649

1.3.1. El derecho de las víctimas a la reparación en el Ordenamiento Jurídico Internacional 652

1.3.2. La reparación en el Derecho Internacional Penal como complemento a la pena 656

1.3.3. La justicia transicional y los programas de reparación 662

1.4. El proceso de destitución de funcionarios públicos y la reforma institucional como garantía de no repetición y sanción en los procesos de transición..... 668

2. Desmontando los argumentos que defienden la integridad del sistema colombiano como pretexto para limitar el alcance de la sanción en la justicia transicional 678

2.1. Una crítica al empleo del reparto competencial entre los mecanismos de la justicia transicional bajo el discurso de los derechos de las víctimas 678

2.2. El abuso en el empleo de las declaraciones de verdad con el objetivo de reducir la sanción a imponer: una nueva modalidad de “verdad a cambio de justicia” 682

2.3. La necesidad de distinguir entre las “reparaciones” como mecanismo transicional y las sanciones “restauradoras” o “reparativas” 686

2.4. La incorporación de los responsables de haber cometido los crímenes internacionales en los asuntos públicos: una llamativa garantía de (no) repetición 688

Conclusiones..... 695

ANEXO DE FUENTES..... 729

A) FUENTES DOCTRINALES 731

B) FUENTES JURISPRUDENCIALES 807

C) FUENTES DOCUMENTALES 825

Introducción

La justicia transicional y el Derecho Internacional Penal se presentan, frecuentemente, como dos campos contrapuestos: la primera suele definirse como una modalidad excepcional de justicia en la que el Derecho Internacional aparece subordinado a la consecución de ciertos intereses políticos, el logro de la paz o la reconciliación de la sociedad; en el segundo de ellos, en cambio, se halla asentada la idea de que, ante la comisión de ciertos crímenes internacionales, los Estados tienen la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables. Por esta razón, cuando en contextos de justicia transicional se han perpetrado crímenes internacionales y se exige la depuración de las responsabilidades penales, parece natural defender que es posible eludir o “flexibilizar” estas estrictas obligaciones internacionales que, en el fondo, suponen una amenaza para los Estados en “transición”.

No obstante, ejemplos como el reciente proceso de justicia transicional adoptado por el Estado colombiano que, a su vez, se halla bajo examen preliminar ante la Corte Penal Internacional, muestran que, en realidad, existen patentes puntos de contacto entre estos dos campos. Y es que, lo que este caso ilustra es que es posible que un Estado ponga en marcha un proceso de justicia transicional y que, al mismo tiempo, la situación esté siendo examinada por la Corte Penal Internacional.

Precisamente, la constatación de esta evidencia nos ha llevado a preguntarnos, en primer lugar, qué diferencia hay entre los contextos de la justicia transicional y el ámbito de actuación de la Corte Penal Internacional ya que, cuando se han cometido los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia la Corte, parece deducirse que ambas materias deberían compartir un mismo terreno común. Así mismo, nos hemos planteado qué ocurre en estos contextos con la citada obligación de investigar, enjuiciar y sancionar a los presuntos responsables de haber cometido los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia la Corte Penal Internacional. Y es que, atendiendo a los compromisos asumidos por los Estados tras la firma y ratificación del Estatuto de Roma, nos parece incongruente, cuanto menos, creer que, en imprecisos contextos de transición, estas obligaciones no sean aplicables. Por ello, y teniendo este planteamiento en mente,

nos hemos propuesto estudiar la justicia transicional bajo el prisma del Estatuto de Roma y, de ahí, la elaboración de la presente Tesis Doctoral¹.

Como punto de partida, consideramos oportuno señalar que el Estatuto de Roma se aprobó en 1998 y los debates inherentes a la justicia transicional, como comprobaremos, son anteriores a dicha fecha. Por ende, bien pudiera parecer que la “forma” de hacer justicia en procesos “de transición”, en los que, con toda probabilidad, se habrían cometido crímenes internacionales, reclamaba a gritos la atención de los artífices del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, y lamentablemente, en la década de los noventa no se produjo la necesaria conexión entre estas dos materias, lo que ha acarreado negativas consecuencias en ambos sentidos: en primer lugar, ha contribuido a aumentar la especulación en torno al régimen jurídico de la justicia transicional; y, en segundo lugar, ha conllevado que la Corte Penal Internacional mire a la justicia transicional con cierto escepticismo y se muestre reacia a una mayor integración con los mecanismos que la componen cuando, en realidad, ambas materias persiguen el mismo objetivo: poner fin a la impunidad con la que se cometen los crímenes internacionales.

Es cierto que unir en un mismo enunciado justicia transicional, Corte Penal Internacional y la erradicación de la impunidad bien pudiera parecer un ejercicio de ciencia ficción. No obstante, tal y como analizaremos, existe una equiparación prácticamente absoluta entre los mecanismos que componen la justicia transicional y los principios dirigidos a erradicar la impunidad. Por ello, trataremos de demostrar que dichos mecanismos (comúnmente conocidos como verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición) tienen su base jurídica en un conjunto de obligaciones que se derivan del Derecho Internacional y que, al aplicarse conjuntamente en un proceso de justicia transicional, podrían contribuir a limitar los espacios de impunidad.

Teniendo en cuenta el objeto de estudio, y a pesar de que tomaremos en consideración el conjunto de mecanismos principales enumerados, nos centraremos fundamentalmente en el componente de la justicia. Así, comprobaremos que, cuando se han cometido determinados crímenes internacionales, este elemento fundamental de la justicia transicional no resulta ajeno a las obligaciones que se derivan del Estatuto de Roma y, en consecuencia, también debería someterse al examen de las cuestiones de admisibilidad.

¹ Esta Tesis Doctoral ha sido realizada gracias a la Ayuda del Programa Predoctoral de Formación de Personal Investigador No Doctor financiada por el Gobierno Vasco desde el 1 de enero del 2015 al 31 de diciembre de 2018.

De esta manera, mediante el análisis de la complementariedad, la gravedad y el principio de “non bis in idem” nos proponemos analizar hasta qué punto los procesos de justicia transicional podrían hacer la situación o el caso admisible ante la Corte Penal Internacional. Este estudio, en definitiva, nos permitirá mostrar que el régimen jurídico de la justicia transicional puede y debe ser consistente con las obligaciones que se derivan del Estatuto de Roma.

Para realizar este trabajo, hemos considerado oportuno dividir el estudio en cuatro capítulos. A través de esta estructura que planteamos, realizaremos un recorrido que nos permitirá conocer de dónde partimos, a dónde habíamos llegado y nos muestra el vacío legal al que, a nuestro juicio, lamentablemente, ciertas corrientes parecen encaminarnos con paso firme y decidido, con el Derecho Internacional por bandera y la Corte Penal Internacional como fiel compañera de viaje.

Así, en el Capítulo primero, tras introducir el concepto de la “justicia transicional”, nos adentraremos en el origen y la evolución del campo para poder comprender qué era la justicia transicional cuando comenzó a fraguarse esta materia. Si bien podríamos haber obviado este análisis preliminar, su inclusión nos parece fundamental por una razón básica: a pesar de que la concepción de la justicia transicional ha cambiado gracias a los avances que se han ido produciendo en otras esferas del Derecho Internacional, a nuestro modo de ver, continúa existiendo cierto desconocimiento sobre la evolución que ha experimentado la disciplina académica. De hecho, no sólo un sector doctrinal continúa identificando la actual justicia transicional con la forma en la que se concebía en la década de los noventa, sino que, incluso, hay quienes en este recorrido histórico llevan a cabo una interpretación, a nuestro juicio, algo inexacta de algunos hitos que se produjeron en el Derecho Internacional Penal. Humildemente creemos que este tipo de concepciones influyen en el régimen jurídico que se le atribuye a la justicia transicional con las consecuentes contradicciones, imprecisiones e incongruencias que ello posteriormente genera dentro de la materia.

Una vez examinados estos puntos, pasaremos a desglosar los elementos que forman parte de la actual justicia transicional. Así, estudiaremos en qué consiste la “transición”, de qué hablamos cuando nos referimos a la “justicia” y cuáles son los mecanismos que componen lo que denominaremos el “proceso íntegro” de la justicia transicional. A continuación, analizaremos las obligaciones internacionales que forman la base jurídica de cada uno de los instrumentos previamente identificados y reflexionaremos sobre los

debates que plantea la aplicación del Derecho Internacional en este tipo de procesos de transición. Teniendo en cuenta que relacionaremos la justicia transicional con la actuación de la Corte Penal Internacional, otorgaremos una atención especial al alcance de la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales.

Llegados a este punto resulta oportuno adelantar que, al aproximarnos al campo de la justicia transicional desde la perspectiva que nos ofrece el Derecho Internacional Público², podemos observar que existen un conjunto de obligaciones internacionales que, a pesar de la opinión en contra de numerosos expertos, consideramos que resultan también de aplicación en los procesos de justicia transicional. Es cierto, como tendremos ocasión de estudiar a lo largo del trabajo, que el Ordenamiento Jurídico Internacional presenta ciertos límites a la hora de dar una respuesta plena y satisfactoria en estos contextos. Sin embargo, la dificultad que este extremo lleva aparejada no puede implicar, de ninguna manera, que sea viable eludir las obligaciones internacionales que se derivan del mismo.

Como analizaremos en este primer Capítulo, la opción de ignorar descaradamente el Derecho Internacional era la vía escogida por los promotores de la justicia transicional en los orígenes del campo. Sin embargo, gracias a la evolución que se produjo en el reconocimiento de ciertas obligaciones internacionales, parecía comenzar a aceptarse que, también en procesos de transición, existían un conjunto de normas mínimas que había que respetar y garantizar. Es más, en 1998, con la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, parecía que nos hallábamos ante un punto sin retorno.

Sin embargo, dos décadas después, en pleno 2019, tenemos razones para sospechar de la involución que se está produciendo en el reconocimiento de ciertas obligaciones internacionales bajo un interesado discurso de la “justicia transicional”. Precisamente, los férreos defensores de la necesidad de “flexibilizar” el Derecho Internacional en este campo, son los que han impulsado una concepción de justicia transicional como una materia en la que el Ordenamiento Jurídico Internacional puede eludirse con el objetivo de lograr la “paz”, la “democracia” o, simplemente, la “reconciliación”. Conceptos e ideales todos ellos loables pero que, en el fondo, esconden propósitos que no son desconocidos para el Derecho Internacional Penal: garantizar, simple y llanamente, la

² A este respecto, resulta oportuno precisar que el presente trabajo será llevado a cabo desde una perspectiva estricta y exclusivamente jurídica. Para ello, nos basaremos en el análisis de las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional y la interpretación que de las mismas han realizado tanto la jurisprudencia como la doctrina más especializada. Así mismo, completaremos el estudio mediante el análisis de la práctica de los Estados que han procedido a aplicar estas obligaciones internacionales en sus respectivos territorios.

impunidad de todos aquéllos que han cometido los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional. Por esta razón, en el presente estudio rebatiremos estos argumentos y trataremos de demostrar que la justicia transicional puede implementarse de manera plenamente respetuosa con el Derecho Internacional. Es más, comprobaremos que una combinación adecuada entre los mecanismos que la componen puede ofrecer una justicia más completa a las víctimas que han sufrido, lamentablemente, los más crueles crímenes internacionales.

Y es que, tal y como pondremos de manifiesto, ante la comisión de los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional, la respuesta que pueda ofrecer la justicia penal, si bien resulta imprescindible y necesaria, siempre es limitada. Por ello, trataremos de demostrar que, a pesar del fundamental y crucial papel que debe desempeñar este mecanismo, es necesario impulsar soluciones más amplias, globales, completas e integradoras con la finalidad de que las víctimas de estos atroces hechos obtengan la justicia que merecen. Es decir, sólo a través de la integración de los diversos componentes que forman parte de la justicia transicional es posible ofrecer una adecuada respuesta ante los dilemas a los que se enfrentan las sociedades que deben hacer frente a los crímenes internacionales que se hayan podido cometer en su territorio. Es más, comprobaremos que, incluso, en un plano teórico al menos, la Corte Penal Internacional parece dar el visto bueno a la elaboración de estrategias complementarias que se dirijan a erradicar la impunidad y que, en su implementación, respeten las obligaciones que se derivan del Estatuto de Roma.

Precisamente, tomando como punto de partida este reconocimiento explícito de la Corte hacía la elaboración de fórmulas de justicia transicional, en el Capítulo segundo profundizaremos en la relación entre ambas materias. Para ello, en primer lugar, mostraremos que existe una superposición entre los ámbitos de actuación de la Corte Penal Internacional y los contextos que “activan” los procesos de justicia transicional³. Así, estudiaremos que cuando un Estado se ve “obligado” a implementar un proceso de justicia transicional no es porque dentro de sus fronteras reine una situación de

³ Por esta razón quisiéramos precisar que a pesar de que la justicia transicional se aplica en otros contextos en los que no necesariamente se han cometido crímenes internacionales, estos ámbitos que podríamos calificar como “menores” no serán analizados en el presente trabajo. Si bien en el primer Capítulo ofreceremos algunos detalles en torno a los variados contextos en los que se implementan actualmente los procesos de justicia transicional, los argumentos vertidos en el presente trabajo y, especialmente, las conclusiones a las que lleguemos deberán ser enmarcadas en el ámbito arriba descrito, es decir, en el espacio que une a la justicia transicional con la actuación de la Corte Penal Internacional.

normalidad, calma y paz. Por el contrario, con toda probabilidad, la sociedad habrá sufrido las deplorables consecuencias de una dictadura, de un conflicto armado u otra serie de situaciones de violencia en las que se habrán cometido ciertos crímenes internacionales. Pero, ¿acaso la Corte Penal Internacional no actúa también en este tipo de contextos? Efectivamente, tal y como mostraremos, la Corte ejerce su competencia sobre ciertos crímenes internacionales que, probablemente, se habrán producido en los escenarios que ahora describimos. En definitiva, cuando se han cometido los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia la Corte Penal Internacional, ambas materias competirán por el mismo espacio y tratarán de ofrecer su particular respuesta a las atrocidades cometidas.

Sin embargo, la aprobación del Estatuto de Roma supuso un punto de inflexión que afectó directamente al régimen jurídico de la justicia transicional ya que desde el 2002, año en el que se produjo la entrada en vigor de este crucial instrumento, contamos con una instancia internacional de “control” de los procesos de transición. Para constatar esta circunstancia, nos basaremos en una de las manifestaciones más evidentes en la que la Corte puede supervisar los procesos internos de justicia transicional: las negociaciones de paz. Así, mediante la incipiente práctica de la Corte, analizaremos qué actitud ha mantenido el órgano internacional ante los mecanismos de justicia transicional incorporados en los acuerdos de paz en aquellos Estados sobre cuyos nacionales podría llegar a ejercer su jurisdicción.

Debido a que, cuando se han cometido crímenes internacionales, tanto la justicia transicional como la Corte Penal Internacional actúan en los mismos contextos, comprobaremos que el órgano de justicia se ha convertido en la máxima autoridad a tomar en consideración en el diseño de los procesos internos de justicia transicional. Es más, procederemos a identificar algunas de las “amenazas” a las que ambas materias se enfrentan. Así, mediante una minuciosa selección de argumentos que se emplean tanto en el campo de la justicia transicional como en el seno de la Corte Penal Internacional y, concretamente, a través del estudio de los debates que subyacen a la perpetua dicotomía entre la paz y la justicia, trataremos de demostrar que los razonamientos que esgrimen aquellos que en procesos de justicia transicional consideran que la justicia es la mayor amenaza a la paz, se reproducen literalmente en el seno del Estatuto de Roma. Precisamente, el hecho de que se reconozca al Consejo de Seguridad la facultad de que, en caso de amenaza a la paz o a la seguridad internacional, le pueda “pedir” a la Corte

que no inicie o que suspenda las investigaciones o los enjuiciamientos o que el propio Estatuto prevea que, en ocasiones, una investigación podría no redundar en “interés de la justicia”, no hacen sino corroborar que el instrumento constituyente de la Corte se enfrenta a conflictos similares que los que afectan a la justicia transicional. Finalmente, culminaremos este capítulo haciendo referencia al que consideramos el punto álgido de convergencia entre ambas materias: la eterna defensa de las amnistías. Y es que, tal y como analizaremos, estas medidas continúan aprobándose en procesos de justicia transicional, también en aquellos Estados cuyos nacionales están siendo investigados o enjuiciados por la Corte Penal Internacional.

Una vez identificadas las obligaciones internacionales que resultan de aplicación en procesos de justicia transicional y tras haber concluido que, cuando se han cometido determinados crímenes internacionales, los Estados deben atender especialmente a los efectos jurídicos que se generan como consecuencia de la firma y ratificación del Estatuto de Roma, parece razonable pensar que los procesos de justicia transicional también deberían someterse al examen de las cuestiones de admisibilidad previstas en este instrumento jurídico. Por esta razón, en el Capítulo tercero estudiaremos esta cuestión dividiendo, para ello, el análisis en dos bloques que nos aportará mayor claridad: gravedad y complementariedad.

Dado que en la presente investigación nos centraremos fundamentalmente en los procesos judiciales penales como mecanismo imprescindible de un proceso íntegro de justicia transicional, en la primera parte de este Capítulo profundizaremos en el alcance de la justicia penal, tanto interna como internacional, ante la comisión de crímenes internacionales. Así, observaremos que los enjuiciamientos, por las características inherentes a los crímenes internacionales, se hallan condenados a ofrecer una respuesta limitada y centrada, normalmente, en aquellas personas que puedan ser consideradas como los máximos responsables de los hechos cometidos. Sin embargo, mediante el análisis de un considerable número de tratados internacionales, concluiremos que la obligación del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar no se limita a esta categoría de personas. Ante esta aparente contradicción, examinaremos qué ocurre cuando los Estados, siguiendo la estela de los tribunales internacionales, deciden centrar los procesos penales de la justicia transicional en los máximos responsables.

En la segunda parte del Capítulo nos adentraremos todavía más en el estudio del eje estructurador de la actividad de la Corte Penal Internacional, el principio de

complementariedad, pero dejaremos a un lado la aplicación del mismo con respecto a las jurisdicciones penales nacionales. Por el contrario, ofreceremos otra perspectiva a través de la cual examinar este principio y, así, trataremos de comprobar si ciertos mecanismos de la justicia transicional como, por ejemplo, las comisiones de la verdad podrían hacer la situación o el caso inadmisibles ante la Corte. Para ello, tras contextualizar estos instrumentos dentro de la evolución internacional que ha experimentado el derecho a la verdad, ofreceremos una aproximación teórica a la posible aplicación del principio de complementariedad para con estos mecanismos y la contrastaremos con la respuesta que han obtenido por parte de la Corte. Así mismo, prestaremos una consideración especial al informe con el que estas comisiones finalizan sus investigaciones y reflexionaremos sobre la incidencia que el mismo podría tener sobre posteriores procesos judiciales penales.

Tras el estudio de los enjuiciamientos centrados en los máximos responsables y la contribución de las comisiones de la verdad a la justicia transicional, concluiremos el Capítulo incidiendo en la respuesta complementaria que podrían llegar a proporcionar otra serie de instrumentos. De entre todas las medidas posibles, hemos decidido seleccionar la justicia tradicional o local ya que ha sido objeto de atención por la Corte Penal Internacional. De esta manera, analizaremos si estas modalidades de justicia podrían superar el estricto test de complementariedad previsto en el Estatuto de Roma y cuál ha sido la respuesta que han obtenido por parte de la Corte. La premisa básica de la que partimos consiste en reconocer que si los enjuiciamientos, por regla general, se van a centrar en los máximos responsables, no habría que cerrar la puerta a otra serie de iniciativas que pudieran proporcionar una respuesta más integradora a las víctimas que, en definitiva, son las que sufren las consecuencias de estos terribles crímenes.

Así, llegamos al cuarto y último Capítulo de la presente Tesis Doctoral en el que retomaremos el análisis de los procesos judiciales penales atendiendo, en esta ocasión, a la sanción de los crímenes internacionales que se imponen en contextos de justicia transicional. Tras contextualizar el tema, examinaremos el alcance de la obligación de sancionar desde la perspectiva del Derecho Internacional y estudiaremos el tipo de penas que, históricamente, se han impuesto por la comisión de crímenes internacionales y, cómo no, las que puede imponer la Corte Penal Internacional. Esta práctica internacional será comparada con los estándares que deben o deberían ser respetados por los Estados en el ámbito interno y examinaremos qué consecuencias genera la adopción de ciertas medidas

como los indultos, el no cumplir íntegramente la condena o la imposición de sanciones leves desde la perspectiva que nos ofrece el Estatuto de Roma. Concretamente, analizaremos si estas decisiones podrían ser susceptibles de hacer el asunto admisible ante la Corte en virtud de las excepciones al principio de “non bis in idem” previstas en dicho instrumento jurídico.

Por otra parte, como consecuencia del auge que en los últimos años están adquiriendo las “sanciones restaurativas”, nos proponemos estudiar este novedoso tema para el Derecho Internacional Penal. Así, tras analizar las modalidades de sanción que los Estados podrían llegar a prever en sus legislaciones internas, reflexionaremos en torno a la viabilidad de imponerlas ante la comisión de los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia la Corte Penal Internacional y examinaremos si podrían hacer el asunto admisible en virtud del citado principio de *non bis in idem* previsto en el Estatuto de Roma.

Este último interrogante es el que ha planteado, precisamente, el sistema de justicia transicional creado por el Estado colombiano. Siendo éste el más actual proceso de transición que, además, ha aunado el campo de la justicia transicional con el ámbito de actuación de la Corte Penal Internacional, resulta obligatorio y lógico que le hayamos otorgado una atención especial a lo largo de nuestro estudio. Sin embargo, quisiéramos precisar que, sin perjuicio de las referencias constantes que iremos realizando, la presente Tesis Doctoral no es, ni mucho menos, una investigación centrada en el Estado latinoamericano. Es cierto que hubiera sido mucho más sencillo si nos hubiéramos limitado a este caso. No obstante, y plenamente conscientes de esta situación, rechazamos esta posibilidad y optamos por realizar un estudio mucho más amplio con la finalidad de demostrar que las singularidades que plantea este caso bien pudieran ser aplicadas en otros muchos procesos. Y es que, defendemos que solo mediante una visión amplia, integradora y completa de la justicia transicional, es posible tomar conciencia del retroceso que se está produciendo en el reconocimiento de ciertas obligaciones internacionales que se creían consolidadas cuando resultan de aplicación en imprecisos contextos de transición.

A pesar de ser conscientes de estas tendencias regresivas, culminaremos la investigación tratando de ofrecer una visión algo más optimista y mostrando que, jurídicamente, es viable revertir esta situación. Así, y continuando con el análisis de la sanción, defenderemos que es posible aunar la misma con el resto de mecanismos propios

de la justicia transicional mediante una fórmula plenamente respetuosa con la legalidad internacional. Para ello, tras examinar los factores con capacidad de modular la pena permitidos por el Derecho Internacional y el uso integrador que puede realizarse de otros mecanismos principales de la justicia transicional, como las reparaciones y las medidas dirigidas a garantizar la no repetición de los crímenes internacionales, culminaremos el capítulo estudiando el empleo que se está realizando de la “justicia transicional” por parte de quienes buscan un respiro ante los cada vez menores márgenes legales de impunidad.

En definitiva, pondremos fin al presente trabajo de investigación mediante la integración de todos los elementos estudiados y tratando de demostrar que es posible realizar *otra* lectura de la justicia transicional a través de la cual, respetando plenamente las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional y tomando en consideración el marco jurídico establecido tras la entrada en vigor del Estatuto de Roma, sea posible avanzar, o por lo menos no retroceder, en la erradicación de la impunidad. Pero, para lograr este objetivo, es necesario identificar las todavía múltiples facetas de la impunidad que, en ocasiones, se esconden bajo el escudo de un modelo un tanto discutible de “justicia transicional”. El presente trabajo pretende ser una modesta contribución en esta dirección con el objetivo de garantizar, en última instancia, los derechos de las numerosas víctimas a la justicia, a la verdad, a la reparación y a la no repetición.

Capítulo I. Aspectos generales de la justicia transicional

SECCIÓN 1.^a. LA JUSTICIA TRANSICIONAL: UN CONCEPTO POLIÉDRICO

Lo lógico sería comenzar la introducción al presente Capítulo explicando qué es la justicia transicional. Sin embargo, si algo caracteriza a esta compleja materia es la ausencia de consenso en prácticamente todos los ámbitos posibles: el origen de la justicia transicional, su evolución, su definición, los casos en los que resulta de aplicación, los objetivos que persigue, los mecanismos para lograrlos, los límites establecidos por el Derecho internacional, etc. En definitiva, existe un desconocimiento casi generalizado en torno a lo que implica, realmente, un proceso de justicia transicional ya que no son pocas las ideas erróneas que se vierten sobre esta materia¹. Y es que, como aprecia muy acertadamente Xavier Philippe, la justicia transicional es una de esas nociones que, con solo evocarla, ya suscita escepticismo².

Por ello, no le faltaba razón a Chinchón Álvarez cuando advertía que “todo aquel que acepte el reto de adentrarse en el laberinto de la Justicia Transicional debe armarse de la mayor dosis posible de prudencia y paciencia; pues, en fin, en el mismo no será extraño encontrar enfoques y conclusiones de una amplitud y diversidad que, bien podrán causar aturdimiento, bien profunda confusión, bien conducir al convencimiento de que todo y nada es igualmente posible”³. Sin ningún género de dudas, el autor se hallaba en lo cierto y, por esta razón, en esta primera Sección introductoria nos proponemos analizar ciertas nociones sobre la justicia transicional.

De entrada, debemos advertir que, a pesar de hallarnos ante una materia extensamente trabajada por expertos de las más variadas disciplinas (conocimientos que incluso han

¹ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, de 9 de agosto de 2012, punto. 19.

² Philippe, Xavier, "Les solutions alternatives et complémentaires à la justice pénale internationale : la justice transitionnelle exercée à travers les commissions vérité et réconciliation" en Institut de Sciences Pénales et Criminologie (ISPEC) et Centre de Recherche en Matière Pénale Fernand Boulan (CRMP), *L'actualité de la justice pénale internationale*, Colloque organisé par le Centre de recherche en matière pénale F. Boulan (CRMP) - Faculté de droit (Aix-en-Provence, 12 mai 2007). Sous la direction de Monsieur le Professeur Xavier Philippe et de Madame le Professeur Dominique Viriot-Barrial. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 131.

³ Chinchón Álvarez, Javier, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos Núm. 67, Bilbao, 2012, p. 18.

sido recopilados en una completa Enciclopedia de tres volúmenes⁴ y en otra serie de extensos estudios⁵), acumular una intensa experiencia de más de veinte años de ejercicio e, incluso, haberse creado, en el seno de la ONU⁶, un Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición⁷, no sólo no contamos con una definición unánimemente aceptada de lo que significa la *justicia transicional*⁸, sino que, en la actualidad, como consecuencia de la expansión desmesurada⁹ del campo, las dificultades para elaborar un concepto mínimamente satisfactorio parecen más complicadas que en períodos precedentes. Por esta razón, este término todavía hoy se halla sujeto a diferentes interpretaciones¹⁰. Por ejemplo, una de las mayores contradicciones que cabe observar es la aparente confusión que genera la relación entre la justicia penal y la justicia transicional. Y es que, en ocasiones, parece

⁴ Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

⁵ A modo de ejemplo cabe mencionar los cuatro volúmenes elaborados por McEvoy, Kieran and Mallinder, Louise (Eds.), *Transitional justice: critical concepts in law (Vol. I - IV)*, Routledge, London and New York, 2017.

⁶ Una contribución interesante sobre el papel que ha desempeñado la ONU en el desarrollo de la justicia transicional es la realizada por Davidian, Alison and Kenney, Emily, "The United Nations and transitional justice" en Lawther, Cheryl, Moffet Luke and Jacobs, Dov (Eds.), *Research Handbook on Transitional Justice*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2017, pp.185 - 201.

⁷ Resolución aprobada sin votación por el Consejo de Derechos Humanos en su 35ª sesión, el 29 de septiembre de 2011: Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/RES/18/7.

⁸ Los debates que ocasiona este escaso acuerdo pueden apreciarse en: Arthur, Paige, "How 'Transitions' Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice", *Human Rights Quarterly*, Vol. 31, Nº2, May, 2009, p. 359; Boraine, Alex, "Transitional Justice as an Emerging Field" presented at the "Repairing the Past: Reparations and Transitions to Democracy" symposium, Ottawa, Canada, March 11, 2004, p. 2, disponible online en: <http://web.idrc.ca/uploads/user-S/10829975041revised-boraine-ottawa-2004.pdf>; Hourquebie, Fabrice, "La notion de 'justice transitionnelle' a-t-elle un sens?", VIIe Congrès français de droit constitutionnel: 50e anniversaire de la Constitution de 1958 (Programme de l'Atelier 5) organizado por la Association française de droit constitutionnel et les Universités Paris I, II, V, VIII, X, XI, XII et XIII et Versailles St Quentin, los días 25, 26 y 27 de septiembre de 2008, p.2. Disponible online en: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC5/HourquebieTXT.pdf>; Almqvist, Jessica y Espósito, Carlos, "Introducción" en Almqvist, Jessica y Espósito, Carlos (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 17; De Greiff, Pablo, "Theorizing Transitional Justice" en Williams, Melissa S., Nagy, Rosemary and Elster, Jon (Eds.), *Transitional Justice*, New York University Press, New York and London, 2012, p. 32.

⁹ Por esta razón, algunos autores se preguntan si acaso la justicia transicional se ha desarrollado con demasiada rapidez y, como consecuencia, se han dejado cuestiones fundamentales sin responder o parcialmente contestadas. En este sentido: Clark, Phil and Palmer, Nicola, "Challenging Transitional Justice" en Palmer, Nicola, Clark, Phil and Granville, Danielle (Eds.), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2012, p. 1. Para un análisis más detallado de cómo la expansión ha influido en la concepción de la justicia transicional véase McAuliffe, Pádraig, "Transitional Justice's Expanding Empire: Reasserting the Value of the Paradigmatic Transitions", *Journal of Conflictology*, Vol. 2, Issue 2, 2011, pp. 32 - 44.

¹⁰ Cassese, Antonio (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 538.

que justicia transicional es sinónimo de justicia penal¹¹ y, sin embargo, en otras, se presentan a estas dos “formas” de justicia como si fueran contrapuestas¹².

A nuestro juicio, estas contradicciones deben ser criticadas. Si bien no abogamos por una *única* visión, consideramos que un entendimiento mínimo sobre lo que implica un proceso de justicia transicional es fundamental para poder atender satisfactoriamente a los retos, objetivos o dilemas que presenta el campo¹³. Es decir, una definición mínimamente consensuada debe ser la base sobre la que construir el posterior entramado transicional ya que, parece lógico pensar que, precisar los elementos que forman parte de la justicia transicional y concretar el alcance que ostentan debería ser un requisito indispensable y prioritario para poder evaluar la correcta *activación* de un proceso de justicia transicional y, así, evitar los abusos que, como podremos comprobar, se producen en la actualidad alegando la *flexibilidad* del concepto. Ahora bien, reconocemos que elaborar un concepto mínimamente satisfactorio es una tarea compleja¹⁴.

Por las razones expuestas, resulta comprensible que en la doctrina exista un creciente debate acerca de lo que la justicia transicional *es* o *debería* ser o que proliferen las definiciones que entienden la justicia transicional como un verdadero dilema¹⁵ e, incluso, un enigma¹⁶. En definitiva, podemos encontrar tantas definiciones (que, constantemente,

¹¹ Schabas, William A., "Truth Commissions and memory" en Gómez Isa, Felipe and de Feyter, Koen (Eds.), *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 657.

¹² Philippe, Xavier, "La justice transitionnelle : une nouvelle forme de justice ?", *L'Observateur des Nations Unies*, N°14, 2003, p. 123.

¹³ Como advirtió el Secretario General en su influyente informe sobre "El Estado de derecho y la justicia de transición en sociedades que sufren o han sufrido conflictos": "Conceptos tales como "justicia", "Estado de derecho", y "justicia de transición" resultan esenciales (...) Para actuar con eficacia en este ámbito, es esencial llegar a una interpretación común de los conceptos fundamentales" (Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, párr. 5).

¹⁴ Como ha señalado Forcada Barona, "la Justicia Transicional, ya desde su propio nombre, juega principalmente con conceptos - justicia, paz, democracia, reconciliación, verdad, libertad - que entran de lleno en la definición de `conceptos esencialmente controvertidos´: conceptos cuyo uso conlleva inevitablemente inacabables disputas sobre sus usos correctos por parte de sus usuarios", Forcada Barona, Ignacio, *Derecho Internacional y Justicia Transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*, Civitas - Aranzadi, Navarra, 2011, p. 38. En el mismo sentido: Clark, Phil and Palmer, Nicola, "Challenging...", *op.cit.*, p. 3.

¹⁵ En efecto, son varios los autores que entienden la justicia transicional como un dilema que, partiendo de una situación de excepcionalidad, intenta dar una respuesta al complejo interrogante acerca de cómo hacer frente a esas violaciones a los derechos humanos cometidas. En este sentido: Sharp, Dustin N., "Interrogating the Peripheries: The Preoccupations of Fourth Generation Transitional Justice", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 26, Issue 1, 2013, p. 153; De Gamboa Tapias, Camila, "Justicia transicional: dilemas y remedios para lidiar con el pasado", *Estudios Socio - Jurídicos*, Vol. 7, agosto 2005, p. 21.

¹⁶ Ohlin, Jens David, "On the Very Idea of Transitional Justice", *The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations*, Vol. 8, No. 1, Winter/Spring 2007, p. 51.

se definen y se redefinen¹⁷) como obras doctrinales¹⁸. Definiciones que, en ocasiones, apuestan por una mayor ampliación del ámbito de aplicación de la justicia transicional al partir de una concepción amplia de la misma¹⁹ que, como cabía esperar, se contradice con quienes ven necesario reducir el campo y, consiguientemente, apuestan por definiciones más restringidas²⁰. De la misma manera, hay autores que abogan por definiciones universales²¹, mientras que, desde extremos contrarios, se rechaza una aplicación global de la justicia transicional²².

Por todo ello, no faltan las críticas que subrayan la imprecisión y ambigüedad²³ que caracteriza al concepto o la confusión que provoca²⁴, las posiciones que insisten en las

¹⁷ Clark, Phil, Kaufman, Zachary D. and Nicolaïdis, Kalypso, "Tensions in transitional justice" en Clark, Phil and Kaufman, Zachary D. (Eds.), *After Genocide: Transitional justice, Post - Conflict Reconstruction, and Reconciliation in Rwanda and Beyond*, Columbia University Press and C. Hurst & Co., London, 2009, p. 381.

¹⁸ Pueden consultarse también las siguientes definiciones que se proponen en: La Rosa, Anne-Marie and Philippe, Xavier, "Transitional justice" en Chetail, Vicent (Ed.), *Post-conflict peacebuilding: A lexicon*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 368 – 379; Parmentier, Stephan, "Transitional justice" en Schabas, William A. (Ed.), *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 52 – 72; Boraine, Alex, "Transitional Justice" en Villa - Vicencio, Charles and Doxtader, Erik (Eds.), *Pieces of the Puzzle. Keywords on Reconciliation and Transitional Justice*, Institute for Justice and Reconciliation, South - Africa, 2004, pp. 67 – 72.

¹⁹ A modo de ejemplo podemos citar: Henry, Nicola, "From Reconciliation to Transitional Justice: The Contours of Redress Politics in Established Democracies", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, Issue 2, 2015, p. 200; Szablewska, Natalia and Bachmann, Sascha - Dominik, "Current Issues and Future Challenges in Transitional Justice" en Szablewska, Natalia and Bachmann, Sascha - Dominik (Eds.), *Current Issues in Transitional Justice. Towards a More Holistic Approach*, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 360; Jeffery, Renée and Kim, Hun Joon, "Introduction: New Horizons: Transitional Justice in the Asia - Pacific" en Jeffery, Renée and Kim, Hun Joon (Eds.), *Transitional Justice in the Asia - Pacific*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 8; Nagy, Rosemary, "Transitional Justice as Global Project: critical reflections", *Third World Quarterly*, Vol. 29, No.2, 2008, p. 278.

²⁰ Roht - Arriaza, Naomi, "Transitional Justice and Peace Agreements", Review Meeting on Peace Agreements: The Role of Human Rights in Negotiations, The International Council on Human Rights Policy, Belfast, 7 - 8 March 2005, p. 1; Carey, Sabine C., Gibney, Mark and Poe, Steven C., "Rebuilding society in the aftermath of repression" en Carey, Sabine C., Gibney, Mark and Poe, Steven C., *The Politics of Human Rights: The Quest for Dignity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 198.

²¹ Méndez, Juan E., "Speeches: Transitional Justice, Peace and Prevention: University of Baltimore Law School October 26, 2010", *University of Baltimore Law Review*, Vol. 40, Issue 3, Article 3, Spring 2011, p. 366.

²² En este sentido, llama la atención la posición manifestada por el "African Transitional Justice Network" al condenar la definición, según ellos, *tradicional* de la justicia transicional que, argumentan, deja fuera la pobreza masiva y las preocupaciones relativas a los derechos socio-económicos de las víctimas en África. Por ello, defienden la necesidad de crear una definición africana de justicia transicional que incorpore la justicia tradicional: African Transitional Justice Research Network: http://www.transitionaljustice.org.za/index.php?option=com_content&task=view&id=314&Itemid=36

²³ Uprimny, Rodrigo, "Prólogo" en Rincón, Tatiana, *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 9; Benavides Venegas, Farid Samir, *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2011, p. 13.

²⁴ Méndez, Juan E., "Editorial Note", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, Issue 2, July 2009, p. 157; Forsberg, Tuomas, "The Philosophy and Practice of Dealing with the Past: Some Conceptual and Normative Issues" en Biggar, Nigel (Ed.), *Burying the past. Making peace and doing justice after civil conflict*, Georgetown University Press, Washington, D.C., 2003, pp. 67 - 68.

carencias que se observan en los estudios²⁵, los que denuncian que nos hallamos ante "un término fundamentalmente insatisfactorio y más en su versión en español"²⁶, los que constatan la dificultad que conlleva establecer qué es exactamente y qué no es la justicia transicional²⁷, los que consideran una necesidad actualizar la teoría de la justicia transicional²⁸, los que reclaman "superar la visión puramente instrumental de la justicia transicional"²⁹ y, finalmente, los que ponen de manifiesto que el concepto combina dos elementos aparentemente irreconciliables: justicia y transición³⁰.

Todo ello conlleva que, en último término, algunos autores se pregunten acerca de la "durability of such an inchoate field"³¹, mientras que otros apuestan por la revisión³², reformulación, reconstrucción³³, reconceptualización³⁴ e, incluso, supresión³⁵ del término. Otro grupo reclama un "concepto más amplio de justicia transicional"³⁶ al

²⁵ Entre otros: García Amado, Juan Antonio, "Justicia transicional. Enigmas y aporías de un concepto difuso" en Bernuz Beneítez, María José y García Inda, Andrés (Eds.), *Después de la violencia. Memoria y justicia*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2015, pp. 99 - 102.

²⁶ Seils, Paul, "La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional" en Almqvist, Jessica y Espósito, Carlos (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 22. Por lo que respecta a los idiomas, nos parece oportuno añadir que no sólo se ha criticado su imprecisión en español, sino que, incluso, se ha denunciado que en inglés tampoco hay una palabra que pueda recoja el contenido acerca de cómo hacer frente a los legados de abusos los derechos humanos (Ash, Timothy Garton, "Juicios, purgas y lecciones de historia" en Centro Internacional para la Justicia Transicional (Ed.), *Ensayos sobre la justicia transicional*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Nueva York, 2003, p. 43).

²⁷ Buckley - Zistel, Susanne, Beck, Teresa Koloma, Braun, Christian and Mieth, Friederike, "Transitional justice theories: An introduction" en Buckley - Zistel, Susanne, Beck, Teresa Koloma, Braun, Christian and Mieth, Friederike (Eds.), *Transitional Justice Theories*, Routledge, Abingdon and New York, 2014, p. 2.

²⁸ Andreevska, Elena, "Transitional justice and democratic change: Key concepts", *Lex ET Scientia International Journal*, Vol. 20, Issue 1, 2013, p. 55.

²⁹ Garapon, Antoine, "Justicia transicional y justicia reconstructiva", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 29, 2014, p. 25.

³⁰ Corradetti, Claudio, Eisikovits, Nir and Rotondi, Jack Volpe, "Introduction" en Corradetti, Claudio, Eisikovits, Nir and Rotondi, Jack Volpe (Eds.), *Theorizing Transitional Justice*, Ashgate, England, 2015, p. 1.

³¹ Clark, Phil and Palmer, Nicola, "Challenging...", *op.cit.*, p. 1.

³² Pham, Phuong N., "Stay the Hand of Justice: Whose Priorities Take Priority?" en Shaw, Rosalind and Waldorf, Lars (Ed.), *Localizing transitional justice: interventions and priorities after mass violence*, Stanford University Press, Stanford, 2010, p. 31.

³³ Mutua, Makau, "A Critique of Rights in Transitional Justice: The African Experience" en Oré Aguilar, Gaby and Gómez Isa, Felipe (Eds.), *Rethinking transitions: Equality and Social Justice in Societies Emerging from Conflict*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2011, pp. 38 - 45.

³⁴ Concretamente, llama la atención que el ejemplar Número 3 del Volumen 6 del *International Journal of Transitional Justice* se dedique en su integridad al análisis de la posible reconceptualización de la justicia transicional, explicación que se proporciona en la Nota Editorial: Riaño Alcalá, Pilar and Baines, Erin, "Editorial Note", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 6, Issue 3, pp. 387 - 388).

³⁵ A este respecto, resultan interesantes los interrogantes que se plantean en: Arthur, Paige, "How 'Transitions' Reshaped...", *op.cit.*, p. 363.

³⁶ Mani, Rama, "La reparación como un componente de la justicia transicional: la búsqueda de la 'justicia reparadora' en el posconflicto" en Minow, Martha, Crocker, David A., y Mani, Rama, *Justicia transicional*, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar, Bogotá, 2011, p. 185.

considerar que "valdría la pena idear un concepto nuevo y distinto para llamar la atención sobre los problemas específicos de las sociedades posconflicto y darles respuesta"³⁷ y, así, los más creativos, acaban por proponer otras denominaciones que, consideran, recogen mejor los objetivos que se ven involucrados en los debates de la justicia transicional³⁸.

Finalmente, aquéllos que señalan que nos hallamos ante otro de los interminables debates del campo, exhaustos, parecen haber tirado la toalla y se acogen ahora a otros conceptos que, a su juicio, se diferencian claramente de la *conflictiva* justicia transicional -si bien, si se atiende al fondo, se llega fácilmente a la conclusión de que el debate que subyace continúa siendo prácticamente el mismo³⁹. Entrarían en esta categoría,

³⁷ *Ibid.*, pp. 202 - 203.

³⁸ Por ejemplo, Paul Seils, prefiere hablar de "justicia reconstructiva" (Seils, Paul, "La restauración...", *op.cit.*, p. 22); Rama Mani, por su parte, emplea el término "justicia reparadora" (Mani, Rama, "La reparación como...", *op.cit.*, pp. 178 - 179); Cath Collins propone el término "post- transitional justice" (Collins, Cath, *Post - transitional justice. Human rights trials in Chile and El Salvador*, The Pennsylvania State University, USA, 2010, pp. 1 - 2); "post - conflict reconstruction" es el elegido por Phil Clark (Clark, Phil, Kaufman, Zachary D. and Nicolaïdis, Kalypso, "Tensions in transitional justice", *op.cit.*, p. 391); "transformative justice" es el que se emplea en: Lambourne, Wendy, "Transitional Justice and Peacebuilding after Mass Violence", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, Issue 1, 2009, p. 35; Fijalkowski, Agata and Grosescu, Raluca, "Introduction" en Fijalkowski, Agata and Grosescu, Raluca (Eds.), *Transitional Criminal Justice in Post - Dictatorial and Post - Conflict Societies*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2015, p. 1; Bleeker, Mò, "Justice transitionnelle et construction d'une paix durable: des agendas complémentaires" en Bleeker, Mò (Ed.), *La justice transitionnelle dans le monde francophone: état des lieux*, Conference Paper 2/2007, Dealing with the Past - Series, p. 72 y también en Mottet, Carol, "Traitement du passé: quels défis et quelles opportunités pour une paix durable?" en Mottet, Carol and Pout Christian (Ed.), *La justice transitionnelle: une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable*, Conference Paper 1/2011, Dealing with the Past - Series, p. 50. Finalmente, otro término propuesto es el "intergenerational justice" (Steinberg, Jonathan, "Reflections on Intergenerational Justice" en Henkin, Alice H. (Ed.), *The Legacy of Abuse. Confronting the Past, Facing the Future*, The Aspen Institute, USA, 2002, pp. 71 - 79).

³⁹ A pesar de que, a nuestro juicio, como ya hemos mencionado, son muy sutiles y apenas imperceptibles las diferencias que separan a estos conceptos de nuestra concepción de *justicia transicional*, lo cierto es que comienzan a aumentar los estudios tendentes a delimitar las fronteras entre cada uno de los conceptos mencionados. En este sentido: Iverson, Jens, "Transitional Justice, Jus Post Bellum and International Criminal Law: Differentiating the Usages, History and Dynamics", *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, Issue 3, 2013, pp. 413 - 433; Teitel, Ruti, "Rethinking Jus Post Bellum in an Age of Global Transitional Justice: Engaging with Michael Walzer and Larry May", *The European Journal of International Law*, Vol. 24, No. 1, 2013, pp. 335 - 342; May, Larry and Edenberg, Elizabeth (Eds.), *Jus Post Bellum and Transitional Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013; Freeman, Mark and Djukic, Drazan, "Jus Post Bellum and Transitional Justice" en Stahn, Carsten and Kleffner, Jann K. (Eds.), *Jus Post Bellum: Towards a Law of Transition From Conflict to Peace*, Asser Press, The Hague, 2008, pp. 226 - 227; Iverson, Jens, "Contrasting the Normative and Historical Foundations of Transitional Justice and Jus Post Bellum: Outlining the Matrix of Definitions in Comparative Perspective" en Stahn, Carsten, Easterday, Jennifer S. and Iverson, Jens (Eds.), *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 100 - 101.

especialmente, el concepto de "post-conflict justice"⁴⁰ (que también cuenta con detractores⁴¹) o el "*jus post bellum*"⁴².

A pesar de ser conscientes de las imprecisiones, contradicciones e incoherencias que actualmente caracterizan al concepto de "la justicia transicional", no consideramos que haya que "derogarlo" o "sustituirlo". Y es que, siendo realistas, un mero cambio de denominación no va a hacer que desaparezcan los verdaderos y profundos debates característicos de la materia que nos ocupa. A nuestro juicio, la labor debe consistir ahora en la actualización y delimitación del concepto teniendo en cuenta los avances que iremos desgranando en los apartados sucesivos. Sólo de esta manera pueden superarse, creemos, las ideas erróneas vertidas en el campo de la justicia transicional, especialmente por parte de aquéllos que tienden a equipararla con una especie de justicia excepcional, *light* o *transitoria*.

Precisamente, y antes de continuar, quisiéramos añadir que, a nuestro juicio, uno de los errores más frecuentes y que, por desgracia, deslegitima la verdadera e ingente labor de la justicia transicional, consiste en considerar a la misma como una forma de justicia *light*, suave, débil, extraordinaria⁴³, excepcional, "deficiente"⁴⁴, transitoria o *ad hoc*, úsese el adjetivo que se prefiera. Una forma de justicia en la que, según sus defensores, en aras de la *paz*, de la *democracia* o, cómo no, de la *reconciliación*, podemos flexibilizar,

⁴⁰ Este término lo empleó, en el año 2002, Bassiouni en: Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *Post - Conflict Justice*, Transnational Publishers, New York, 2002. Concepto que, años después, lo volvería a analizar en Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization and Post - Conflict Justice, Vol. 1*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010.

⁴¹ Boraine, Alex, "Transitional Justice as...", *op.cit.*, p. 2; Roht - Arriaza, Naomi, "Transitional Justice and...", *op.cit.*, p. 1.

⁴² Para profundizar en el estudio del *jus post bellum*: Lewkowicz, Gregory, "Jus Post Bellum: vieille antienne ou nouvelle branche du droit? Sur le mythe de l'origine vénérable du Jus Post Bellum", *Revue Belge de Droit International/Belgian Review of International Law*, 2011, Vol. 44, No.1, pp. 9 - 25; May, Larry and Forcehimes, Andrew T. (Eds.), *Morality, Jus Post Bellum, and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012; May, Larry, "Jus Post Bellum Proportionality and the Fog of War", *The European Journal of International Law*, Vol. 24, No. 1, 2013, pp. 315 - 333; Orend, Brian, "Jus Post Bellum: The Perspective of a Just-War Theorist", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 20, Issue 3, 2007, pp. 571 - 591; Österdahl, Inger and van Zadel, Esther, "What Will Jus Post Bellum Mean? Of New Wine and Old Bottles", *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 14, No. 2, 2009, pp. 175 - 207; Stahn, Carsten, "Jus ad bellum', 'jus in bello'... 'jus post bellum'? Rethinking the Conception of the Law of Armed Force", *The European Journal of International Law*, Vol. 17, No. 5, 2007, pp. 921 - 943; Stahn, Carsten, "Jus Post Bellum: Mapping the Discipline(s)", *American University International Law Review*, Vol. 23, Issue 2, 2007, pp. 311 - 347; Vianès, Emmanuel, "Le jus post bellum: rupture ou continuité", *Études internationales*, Vol. 44, n° 4, 2013, pp. 621 - 639.

⁴³ Ibáñez Najar, Jorge Enrique, *Justicia Transicional y las Comisiones de la Verdad*, Biblioteca de Derechos Humanos, Instituto Berg, Bogotá - Otzenhausen - Madrid, 2014, p. 58.

⁴⁴ En contra de esta forma de entender la justicia transicional: Goldstone, Richard J. and Fritz, Nicole, "In the Interest of Justice' and Independent Referral: The ICC Prosecutor's Unprecedented Powers", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 13, Issue 3, 2000, p. 663.

limitar o, por qué no, ignorar las demandas de justicia⁴⁵. A pesar de que son varios los expertos que se dedican al estudio de la justicia transicional los que han alimentado y aún hoy continúan promoviendo deliberadamente esta concepción de justicia⁴⁶ -cuyo objetivo no es sino garantizar a los Estados un amplio margen de discrecionalidad a la hora de hacer frente a las violaciones a los derechos humanos cometidas en contextos transicionales-, lo cierto es que, en la actualidad, una gran parte de la doctrina se muestra contraria a esta forma de concebir la justicia transicional. Es más, esta posición ha sido duramente criticada por el primer Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición⁴⁷ y por una de la organización más relevante que trabaja en este campo, el Centro Internacional para la Justicia Transicional⁴⁸. Por ello, estamos completamente de acuerdo con Méndez cuando afirma que

"hay que aclarar que los contenidos de la justicia como valor que el Derecho debe realizar no son distintos por el hecho de que se deban realizar en un contexto de transición. No se trata de una justicia *light*. 'Justicia de transición' hace referencia a las dificultades, desafíos y oportunidades propias del momento transicional, pero no a una diferencia que haga de la justicia transicional una pariente pobre del ideal de justicia como valor"⁴⁹.

Por otra parte, quisiéramos añadir que, a pesar de que nos hallamos ante una traducción forzada del término en inglés *transitional justice*⁵⁰, lo cierto es que, con el paso de los

⁴⁵ A modo de ejemplo, ya que las definiciones que podemos encontrar en la doctrina son abundantes, podemos acudir al estudio elaborado por Cortés-Rodas en el que se refiere a la justicia transicional como el "asunto de priorizar la paz sobre la justicia y garantizar el perdón judicial de los actores de la guerra por los crímenes cometidos" (Cortés-Rodas, Francisco, "¿Justicia o paz? El problema de la amnistía", *Ra-Ximhai*, Vol. 9, Núm. 2, 2013, p. 133).

⁴⁶ Kamto, Maurice, "Réflexions sur la notion de justice transitionnelle" en Mottet, Carol and Pout Christian (Ed.), *La justice transitionnelle : une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable*, Conference Paper 1/2011, Dealing with the Past - Series, p. 33.

⁴⁷ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, *op.cit.*, punto 19. Esta idea la ha desarrollado en: De Greiff, Pablo, "Some Thoughts on Transitional Justice", *Middle & East - North Africa e-bulletin*, N°4, Summer 2013, published by the Association for the Prevention of Torture (APT), p. 4.

⁴⁸ Centro Internacional para la Justicia Transicional, "¿Qué es la justicia transicional?", 2009, Disponible online en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>. Para conocer con mayor detalle la labor que este relevante Centro realiza en el campo de la justicia transicional: Dezelaym Sara, "The role of international NGOs in the emergence of transitional justice: A case study of the International Center for Transitional Justice" en Lawther, Cheryl, Moffet Luke and Jacobs, Dov (Eds.), *Research Handbook on Transitional Justice*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, 2017, pp. 202 - 220.

⁴⁹ Méndez, Juan E., "Justicia de transición" en Escudero Alday, Rafael y Pérez González, Carmen (Eds.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2013, pp. 13 - 14.

⁵⁰ Debemos aclarar que la Real Academia Española (RAE) no contempla el término "transicional". Una traducción correcta del original concepto en inglés "transitional" sería transitorio/de transición/en transición.

años, se ha convertido en un "término de arte de uso frecuente en el Derecho internacional"⁵¹, un término familiar⁵² con el que se identifican los debates propios de las "sociedades en transición"⁵³, razón por la cual consideramos apropiado su empleo. Ahora bien, debemos aclarar que, a lo largo del estudio, utilizaremos indistintamente los términos justicia transicional, procesos de justicia transicional, procesos de transición o justicia de transición⁵⁴.

A propósito de la labor de la ONU en el campo de la justicia transicional, no podíamos dejar pasar la oportunidad de hacer referencia a un extremo que, desde el principio, llamó nuestra atención. Y es que, como ya adelantábamos, en el año 2011, las Naciones Unidas creaban el mandato del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición⁵⁵. Los ejes del mandato no son sino los mecanismos sobre los que, actualmente, se asienta la justicia transicional. A pesar de ello, ni en la Resolución del Consejo de Derechos Humanos que crea el mandato⁵⁶, ni en la denominación que se otorga al Relator Especial, se menciona el difuso concepto de la *justicia transicional*⁵⁷. Por el contrario, la Resolución aclara que "el procedimiento especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición se ocupará de situaciones en las que haya habido violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario"⁵⁸.

⁵¹ Méndez, Juan E., "Justicia de...", *op.cit.*, p. 13. En un sentido similar : Joinet, Louis, "Un état des lieux des principes et standards internationaux de la justice transitionnelle" en Bleeker, Mò (Ed.), *La justice transitionnelle dans le monde francophone: état des lieux*, Conference Paper 2/2007, Dealing with the Past - Series, p. 3. Disponible online en: <http://www.cedhd.org/wp-content/uploads/2015/06/12-ei.pdf>

⁵² Mani, Rama, "Does power trump morality? Reconciliation or transitional justice" en Hughes, Edel, Schabas, William A. and Thakur, Ramesh (Eds.), *Atrocities and international accountability: beyond transitional justice*, United Nations University Press, Tokio-New York- Paris, 2007, p. 30.

⁵³ Esta expresión la ha empleado Benito, Elizabeth, "Posibles aportaciones del Estatuto de Roma a los procesos judiciales en las sociedades en transición" en Almqvist, Jessica y Espósito, Carlos (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 241.

⁵⁴ Ésta última es la empleada por la Organización de las Naciones Unidas.

⁵⁵ Para más información sobre el mandato del Relator Especial: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/TruthJusticeReparation/Pages/Index.aspx>

⁵⁶ Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos en su 35ª sesión, el 29 de septiembre de 2011: Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/RES/18/7.

⁵⁷ En el primer Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos en su 21º período de sesiones, el Relator Especial señaló que "a pesar de la experiencia rápidamente acumulada en las áreas de acción de este mandato, a las que nos referiremos aquí, para abreviar, como 'justicia de transición'..." (Informe A/HRC/21/46, *op.cit.*, punto. 19). Es más, en la nota a pie de página 3, página 5, aclaró que, "el presente documento usará ocasionalmente este término [se refiere a la "justicia de transición"] para referirse al enfoque global de la aplicación de los cuatro tipos de medidas (áreas de acción) a las que se refiere el mandato. El uso de esta expresión no denota en este documento algún tipo especial de justicia".

⁵⁸ Preámbulo de la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos: Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/RES/18/7, *op.cit.*

Quisiéramos llamar la atención sobre el hecho, curioso sin lugar a dudas, de que incluso el Relator Especial de las Naciones Unidas evita enmarcar o denominar su actividad dentro del concepto de la *justicia transicional* y opta por definir su mandato acudiendo a los elementos que la integran. Precisamente, definir la justicia transicional atendiendo a la enumeración de los mecanismos es la opción elegida también por la ONU⁵⁹ y, así mismo, suele ser una de las opciones más recurrentes en la doctrina.

A este respecto conviene añadir que, en el año 2004, el Secretario General publicó un relevante e influyente Informe sobre "el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos"⁶⁰ que marcó un antes y un después en la forma de concebir la justicia transicional (hasta tal punto que, hoy en día, sigue siendo un documento de referencia). En él, definía la justicia de transición como:

"toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos"⁶¹

Como cabe apreciar, el Informe del Secretario General no da una definición precisa de la justicia transicional. Es decir, no aclara ante qué tipo de justicia nos hallamos, sino que, simplemente, enumera los procesos y mecanismos que la componen. Pues bien, siguiendo la línea marcada por el Secretario General, son varios los autores que definen el campo de la justicia transicional ya sea remitiéndose al propio Informe ya sea atendiendo a los elementos o mecanismos que la integran⁶². Por ello, consideramos que ha sido, precisamente, este "legado" del Informe del Secretario General el que ha contribuido a

⁵⁹ Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, March 2010 o ICTJ briefing, "Transitional Justice in the United Nations Human Rights Council", *International Policy Relations*, June 2011, disponible online en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-TJ-In-HRC-2011-English.pdf>

⁶⁰ Informe del Secretario General: El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*

⁶¹ *Ibid.*, párr. 8.

⁶² Seils, Paul, "La restauración...", *op.cit.*, p. 22; De Greiff, Pablo, "Theorizing Transitional Justice", *op.cit.*, p. 34; Stauffer Carl S., "Transitional Justice" en Bruinsma, Gerben and Weisburd, David (Eds.), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, New York Heidelberg Dordrecht London, Springer, 2014, p. 5273. No obstante, no faltan las críticas a esta forma de definir la justicia transicional: Van der Merwe, Hugo, "Transitions in the Middle East and North Africa: new trajectories and challenges for transitional justice" en Fisher, Kirsten J. and Stewart, Robert (Eds.), *Transitional Justice and the Arab Spring*, Routledge, London and New York, 2014, p. 228.

que la literatura de la justicia transicional no haya realizado un ejercicio más profundo tendente a delimitar, a definir y a concretar qué es la justicia transicional⁶³, extremo que consideramos criticable ya que, a nuestro juicio, enumerar los procesos o elementos que integran un concepto no es suficiente para poder entender qué es realmente⁶⁴.

Por todo ello, en este estudio definiremos la justicia transicional como una modalidad de justicia dirigida a erradicar la impunidad al aglutinar -bajo una fórmula integral y complementaria-, un conjunto de obligaciones internacionales -que se materializarán a través de medidas judiciales y no judiciales-, y cuyo objetivo será hacer efectiva la investigación, enjuiciamiento y sanción de los crímenes internacionales en contextos transicionales; proteger y garantizar los derechos de las víctimas reconocidos internacionalmente en los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, fundamentalmente los derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación; y que debe dirigirse, en última instancia, a garantizar los derechos de la sociedad a que no se repitan las violaciones cometidas. El factor que activa el proceso transicional es la masividad, sistematicidad y gravedad de las violaciones de los derechos humanos cometidas, independientemente de que se hayan cometido en el transcurso de regímenes dictatoriales, conflictos armados (internos o internacionales) o en otra serie de conflictos que, pese a no adquirir dicho estándar de gravedad, reclaman una respuesta holística y adecuada al contexto transicional al exigir un equilibrio entre las demandas de la justicia y su más efectivo cumplimiento, con miras a contribuir a la paz, a la reconciliación y, como señalábamos al inicio, a la erradicación de la impunidad.

Tras esta primera aproximación al concepto de la justicia transicional, iremos desgranando en los apartados que siguen a continuación los argumentos que nos han llevado a considerar a la justicia transicional como una modalidad de justicia con

⁶³ En sentido similar, pero refiriéndose a los diversos órganos de las Naciones Unidas y no a la doctrina se posiciona: Alija Fernández, Rosa Ana, "La multidimensionalidad de la justicia transicional: un balance entre los límites jurídicos internacionales y los límites de lo jurídico" en Bonet Pérez, Jordi y Alija Fernández, Rosa Ana, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, p. 98.

⁶⁴ Ahora bien, y como en los apartados siguientes tendremos ocasión de comprobar, tampoco en esta ocasión existe un consenso absoluto en torno a los componentes de la justicia transicional. De hecho, los expertos que se dedican al estudio de la justicia transicional no sólo recogen diferentes mecanismos o elementos en el listado de medidas de la justicia transicional, sino que el alcance y la interpretación que dan a cada uno de ellos difiere considerablemente, llegando incluso a conclusiones claramente contradictorias. Por esta razón, nos preguntamos hasta qué punto puede hablarse siquiera, como algunos autores han afirmado, de un consenso general en torno a los elementos comunes que constituyen la justicia transicional (Muñoz Nogal, Ester y Gómez Isa, Felipe, "Derechos económicos y sociales en procesos de justicia transicional: Debates teóricos a la luz de una práctica emergente", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 30, diciembre 2015, p. 2; Boraïne, Alex, "Transitional Justice as...", *op.cit.*, p. 2).

capacidad para erradicar la impunidad. Y, para ello, comenzaremos analizando la evolución que ha experimentado este campo ya que, precisamente, en los inicios era considerada ni más ni menos que una garantía a favor de la impunidad.

SECCION 2.^a. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CAMPO DE ESTUDIO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

1. Los imprecisos orígenes de la justicia transicional como campo autónomo de estudio

La justicia transicional, a pesar de que es considerada un concepto “novedoso”⁶⁵, acumula décadas de experiencia. Por esta razón, resulta hasta cierto punto llamativo que no exista un consenso unánime acerca del origen de la justicia transicional como campo autónomo e independiente de estudio. Es más, la propia práctica en la que se asienta la justicia transicional permite contar diferentes historias sobre su origen⁶⁶. Por otra parte, la posibilidad de trazar un linaje genealógico se ve complicado ya que este campo combina unos orígenes antiguos con novedosos y actuales desarrollos⁶⁷. En definitiva, no resulta sencillo dar una respuesta al interrogante acerca de por dónde comenzar la historia de la justicia transicional⁶⁸ y, por ello, estamos de acuerdo con Arthur cuando aprecia, muy acertadamente, que puede que lo más sencillo sea comenzar por investigar cuándo se “inventó” el propio concepto de la justicia transicional⁶⁹.

El estudio de la evolución de la materia que pretendemos llevar a efecto va más allá de un mero ejercicio de investigación histórica. Y es que, dependiendo de dónde situemos el punto de arranque de la justicia transicional, la forma de entender la misma adquiere diferentes matices y nos permite responder a los siguientes interrogantes de manera contradictoria: ¿Predominaban las consideraciones políticas o jurídicas al inicio de la justicia transicional? ¿Era el derecho penal el instrumento principal para hacer frente a

⁶⁵ Turner, Catherine, *Violence, Law and the Impossibility of Transitional Justice*, Routledge, New York, 2017, p. 171.

⁶⁶ Bell, Christine, "Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the 'Field' or 'Non - Field'", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, Issue 1, p. 15.

⁶⁷ Sharp, Dustin N., "Interrogating the Peripheries...", *op.cit.*, pp. 153 – 154.

⁶⁸ Arthur, Paige, "How 'Transitions' Reshaped Human Rights...", *op.cit.*, p. 327. Por esta razón, no resulta extraño que se haya defendido que nos movemos en “an unruly arena” (Clark, Phil and Palmer, Nicola, "Challenging Transitional Justice", *op.cit.*, p. 1).

⁶⁹ Arthur, Paige, "How 'Transitions' Reshaped Human Rights...", *op.cit.*, p. 327.

las violaciones de los derechos humanos cometidos por los regímenes autoritarios previos? ¿Se está judicializando, institucionalizando e internacionalizando la materia o más bien ocurre todo lo contrario? ¿Fueron los tribunales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda mecanismos de justicia transicional? ¿Cómo influyeron los avances paralelos de los sectores del Derecho Internacional Penal y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la recién creada justicia transicional? Intentaremos dar una respuesta a estos interrogantes en las líneas que siguen a continuación.

1.1. La errónea consideración de Núremberg y Tokio como origen de la justicia transicional

Si bien hay autores que con el objetivo de demostrar que "la justicia transicional democrática es casi tan antigua como la democracia misma"⁷⁰, se remontan a la Antigüedad clásica⁷¹ o al período posterior a la Primera Guerra Mundial⁷², suele ser más frecuente que, en los antecedentes históricos de la justicia transicional⁷³, la doctrina cite el ya clásico artículo sobre la "Genealogía de la Justicia Transicional" escrito por Ruti G. Teitel en el año 2003⁷⁴. En él, la experta sitúa la primera fase de la genealogía en 1945 y afirma que "a través de su símbolo más reconocido - los juicios de Nuremberg conducidos por los aliados - ésta refleja el triunfo de la justicia transicional dentro del esquema del Derecho internacional"⁷⁵.

⁷⁰ Elster, Jon, *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz, Buenos Aires, 2006, p. 17.

⁷¹ *Ibid.*, p. 15. Por el contrario, se ha realizado una acertada crítica a esta forma de entender la justicia transicional en: Arthur, Paige, "How 'Transitions' Reshaped Human Rights...", *op.cit.*, pp. 327 - 328.

⁷² Reiter, Andrew, "The development of transitional justice" en Simic, Olivera, *An Introduction to Transitional Justice*, Routledge, London and New York, 2017, p. 31.

⁷³ Para profundizar en el estudio de los antecedentes: Sharp, Dustin N., *Rethinking Transitional Justice for the Twenty-First Century: Beyond the end of history*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018; Quinn, Joanna R., "The development of transitional justice" en Lawther, Cheryl, Moffet Luke and Jacobs, Dov (Eds.), *Research Handbook on Transitional Justice*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 11 - 33.

⁷⁴ Teitel, Ruti G., "Genealogía de la Justicia Transicional", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, Spring 2003, pp. 69 - 94.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 2. No obstante, en un artículo posterior publicado en el año 2008 parece que la autora, en cierta medida, se retracta o matiza estas afirmaciones. Y es que, en esta ocasión, considera que el concepto moderno y actual de la justicia transicional no cristalizó hasta finales de los años 80 y principios de los 90 (Teitel, Ruti, "Editorial Note. Transitional Justice Globalized", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, Issue 1, March 2008, p. 1).

A pesar de que son varios los autores que apoyan esta postura⁷⁶, a nuestro juicio, no es correcto afirmar que los tribunales creados para juzgar los crímenes que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial puedan ser calificados como ejemplos de justicia transicional y que, por consiguiente, se pueda situar el origen de la justicia transicional en el año 1945. Y es que, si bien es cierto que en aquella época se debatió qué hacer frente a las atrocidades cometidas⁷⁷, tal y como acertadamente se ha apuntado, parece discutible que los actores involucrados en los juicios de Núremberg o Tokio hubieran descrito los mencionados procesos como constitutivos de la primera fase de la justicia transicional o les otorgaran el mismo significado que, sin embargo, les atribuyen autores como Teitel o Elster⁷⁸. Siguiendo la misma lógica, tampoco consideramos correcto referirnos a las

⁷⁶ Fletcher, Laurel E., "Editorial Note", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, Issue 2, 2015, pp. 193 - 194; Fernández Ruíz-Gálvez, Encarnación, *¿Estados fallidos o Estados en crisis?*, Granada, Comares, 2009, p. 161; Scarlett, Michael H., "Imagining a World beyond Genocide: Teaching about Transitional Justice", *The Social Studies*, Vol. 100, Issue 4, 2009, p. 170; Rubli, Sandra, "Transitional Justice: Justice by Bureaucratic Means?", Swisspeace Working Paper, No.4, October 2012, pp. 4 - 5; Fijalkowski, Agata and Grosescu, Raluca, "Introduction", *op.cit.*, p. 2; Rincón, Tatiana, *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 27; Benavides Venegas, Farid Samir, *Justicia en épocas... op.cit.*, p. 20; Bothmann, Astrid, *Transitional justice in Nicaragua 1990 - 2012. Drawing a Line Under the Past*, Germany, Springer, 2014, pp. 27 - 28; Corradetti, Claudio, Eisikovits, Nir and Rotondi, Jack Volpe, "Introduction", *op.cit.*, p. 2; Kritz, Neil, "Where We Are and How We Got Here: An Overview of Developments in the Search for Justice and Reconciliation" en Henkin, Alice H. (Ed.), *The Legacy of Abuse. Confronting the Past, Facing the Future*, USA, The Aspen Institute, 2002, p. 23; Bell, Christine, Campbell, Colm and Ní Aoláin, Fionnuala, "Transitional justice: (re)conceptualising the field", *International Journal of Law in Context*, Vol. 3, Issue 2, June 2007, p. 82; Hansen, Thomas Obel, "Transitional Justice: Toward a Differentiated Theory", *Oregon Review of International Law*, Vol. 13, No. 1, 2011, p. 6; Torregrosa Jiménez, Rodolfo y Torregrosa Jiménez, Norhys, *Justicia transicional. Paz vs Justicia: El dilema en Colombia*, Bogotá, Universidad Libre, 2012, pp. 15 - 20; Williams, Melissa S. and Nagy, Rosemary, "Introduction" en Williams, Melissa S., Nagy, Rosemary and Elster, Jon (Eds.), *Transitional Justice*, New York and London, New York University Press, 2012, pp. 2 - 3; Rodman, Kenneth A., "The ICC and Transitional Justice: Should the Prosecutor Exercise Discretion in the Interests of Peace?" en De Lange, Roel (Ed.), *Aspects of Transitional Justice and Human Rights: Proceedings of the 2006 Annual Conference of The Netherlands School of Human Rights Research*, The Netherlands, Wolf Legal Publishers, 2008, p. 7; McGonigle Leyh, Brianne, "Nuremberg's Legacy within Transitional Justice: Prosecutions Are Here to Stay", *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, Vol. 15, 2016, pp. 559 - 574; Kaufman, Zachary D., "Transnational Justice for Tojo's Japan: The United States Role in the Establishment of the International Military Tribunal for the Far East and Other Transitional Justice Mechanisms for Japan after World War II", *Emory Int'l L. Rev.*, Vol. 27, 2013, pp. 755 - 789; Futamura, Madoka, *War Crimes Tribunals and Transitional Justice: The Tokyo Trial and the Nuremberg legacy*, Routledge, London and New York, 2008; Ibáñez Najar, Jorge Enrique, *Justicia Transicional y las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, pp. 83 - 84; Mihr, Anja, "An introduction to transitional justice" en Simic, Olivera, *An Introduction to Transitional Justice*, Routledge, London and New York, 2017, p. 8; La Rosa, Anne-Marie and Philippe, Xavier, "Transitional justice", *op.cit.*, p. 368.

⁷⁷ Kritz, Neil, "Where We Are and How We Got Here...", *op.cit.*, p. 23.

⁷⁸ Arthur, Paige, "How 'Transitions' Reshaped Human Rights...", *op.cit.*, p. 328. A favor de esta posición también: Forcada Barona, Ignacio, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, *op.cit.*, p. 79; Hansen, Thomas Obel, "The vertical and horizontal expansion of transitional justice: Explanations and implications for a contested field" en Buckley - Zistel, Susanne, Beck, Teresa Koloma, Braun, Christian and Mieth, Friederike (Eds.), *Transitional Justice Theories*, Abingdon and New York, Routledge, 2014, p. 106.

Es interesante añadir que otros autores niegan los precedentes de Núremberg y Tokio como origen de la justicia transicional ya que argumentan que en ellos no se produjo la clásica dicotomía entre paz y justicia, sino que, simplemente, se impuso ésta última (Uprimny Yepes, Rodrigo, "Las enseñanzas del análisis

medidas internas adoptadas por varios Estados europeos tras la Segunda Guerra Mundial como procesos de justicia transicional⁷⁹.

Por ello, y por las razones que esgrimiremos a continuación, habría que esperar hasta las transiciones a la democracia llevadas a cabo a partir de finales de los años setenta en el continente latinoamericano⁸⁰ para comenzar a vislumbrar el nacimiento del campo que hoy conocemos como justicia transicional, independientemente de que, como a continuación estudiaremos, en aquella época todavía no existiera ni se empleara este concepto⁸¹.

1.2. Las transiciones a la democracia en Latinoamérica: la semilla de la justicia transicional

Tras las dictaduras que asolaron al continente, se tuvo que hacer frente a un conocido dilema: ¿era posible reparar, de alguna manera, las masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos que se habían cometido indiscriminadamente en los años de dictadura?⁸² Teniendo en cuenta la fragilidad de las instituciones y, especialmente, el poder que seguían ostentando los estamentos militares⁸³, ¿hasta qué punto era viable iniciar procesos judiciales dirigidos a depurar responsabilidades penales? Es más, no debemos olvidar que la mayor parte de las violaciones de los derechos humanos las había

comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano" en Uprimny Yepes, Rodrigo, Saffon Sanín, María Paula, Botero Marino, Catalina y Restrepo Saldarriaga, Esteban, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Ediciones Antropos, 2006, p. 24. Curioso también el razonamiento esgrimido para negar los antecedentes de Núremberg y Tokio en: Koller, David S., "The global as local: the limits and possibilities of integrating international and transitional justice" en De Vos, Christian, Kendall, Sara and Stahn, Carsten (Eds.), *Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 92 – 93.

⁷⁹ Para profundizar en las medidas adoptadas por estos Estados: Wouters, Nico (Ed.), *Transitional Justice and Memory in Europe (1945 - 2013)*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2017; Elster, Jon (Ed.), *Retribution and reparation in the transition to democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006; Ambos, Kai y Meyer – Abich, Nils, "Alemania" en Ambos, Kai y Malarino, Ezequiel (Eds.), *Justicia de transición: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Bogotá, Ed. Temis S.A., 2010, pp. 435 - 470; Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, vol. 2 y 3, New York, Cambridge University Press, 2013.

⁸⁰ Otros autores, lejos de limitarse a los Estados latinoamericanos, incluyen también la transición greca dentro de este grupo: Bickford, Louis, "Transitional Justice", Shelton, Dinah L. (Ed.), *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity Vol. 3*, USA, Macmillan, 2004, p. 1046.

⁸¹ Bell, Christine, "Transitional Justice, Interdisciplinarity...", *op.cit.*, p. 7.

⁸² Chinchón Álvarez, Javier, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Parthenon, Madrid, 2007.

⁸³ Roht - Arriaza, Naomi, "The new landscape of transitional justice" en Roht - Arriaza, Naomi and Mariezcurrena, Javier (Eds.), *Transitional Justice in the Twenty - First Century. Beyond Truth versus Justice*, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 2 - 3.

cometido el Estado contra sus propios nacionales⁸⁴, por lo que también cabía preguntarse si, realmente, existía la voluntad para proceder a ello.

Como la historia se ha encargado de demostrar, las transiciones que se produjeron en el continente latinoamericano se caracterizaron por la promulgación de leyes de amnistía (independientemente de la nomenclatura utilizada) y, como consecuencia de ello, por una patente ausencia de juicios penales. Como alternativa y de manera sumamente creativa⁸⁵, se emplearon como “segunda mejor opción”⁸⁶ ciertas iniciativas dirigidas a conocer la verdad de lo acontecido⁸⁷, fundamentalmente a través de las comisiones de la verdad⁸⁸ que, con el tiempo, darían lugar a uno de los debates claves de la justicia transicional: la dicotomía entre verdad y justicia⁸⁹.

Fue tal la influencia de las vicisitudes que se produjeron en la región que ahora analizamos que, todavía hoy, existe cierta tendencia doctrinal a alabar esta alternancia o sustitución de la justicia por mecanismos con un claro componente no-judicial e, incluso, a calificar a las comisiones de la verdad como una de las medidas más exitosas en procesos en los que no es “viable” enjuiciar -todo ello empleando términos tan ambiguos como la necesidad de lograr la “reconciliación”⁹⁰. A nuestro juicio, y con las virtudes que este tipo de mecanismos ostentan y que analizaremos en capítulos sucesivos, lo cierto es que debemos reconocer que su instauración exclusiva y excluyente en aquella época no fue sino consecuencia directa de la inexistente “derrota” militar de una de las partes⁹¹, la

⁸⁴ Teitel, Ruti G., *Globalizing transitional justice. Contemporary essays*, New York, Oxford University Press, 2014, p. xiii.

⁸⁵ Bickford, Louis, "Transitional Justice", *op.cit.*, p. 1046.

⁸⁶ Roth - Arriaza, Naomi, "The new landscape of transitional justice", *op.cit.*, pp. 2 - 3.

⁸⁷ No debemos olvidar que uno de los signos distintivos de las dictaduras latinoamericanas consistía en la desaparición forzada de personas. Este hecho permite entender, como señala Roth - Arriaza, la razón por la que la verdad era tan importante en la región (Roth - Arriaza, Naomi, "The new landscape of transitional justice", *op.cit.*, pp. 2 - 3).

⁸⁸ Incluso se suele considerar a la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) de Argentina como primer mecanismo de búsqueda de la verdad (Reátegui, Felix, "Introducción" en Reátegui, Félix (Ed.), *Justicia transicional: manual para América Latina*, Brasilia: Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia; Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011, p. 38).

⁸⁹ Muñoz Noyal, Ester y Gómez Isa, Felipe, "Derechos económicos y sociales en procesos de justicia transicional...", *op.cit.*, p. 8. En el mismo sentido: Teitel, Ruti G., "Genealogía de la Justicia Transicional", *op.cit.*, p. 11. En los siguientes trabajos se puede apreciar cómo se recoge este debate en la doctrina: Zalaquett, José, "Balancing ethical imperatives and political constraints: the dilemma of new democracies confronting past human rights violations" en Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes, Vol. 1*, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995, pp. 203 - 205; Rangelov, Iavor and Teitel, Ruti, "Transitional Justice" en Kaldor, Mary and Rangelov, Iavor (Eds.), *The Handbook of Global Security Policy*, United Kingdom, Wiley Blackwell, 2014, pp. 342 - 345; Arthur, Paige, "How `Transitions´ Reshaped Human Rights...", *op.cit.*, p. 323.

⁹⁰ Teitel, Ruti G., "Genealogía de la Justicia Transicional", *op.cit.*, p. 15.

⁹¹ Véase, por ejemplo, cómo alude a esta situación Roth - Arriaza, Naomi, "The new landscape of transitional justice", *op.cit.*, pp. 2 - 3.

consiguiente necesidad de realizar ciertas “concesiones”⁹² y, especialmente, la escasa atención que se les prestaban a las obligaciones que se derivaban del Derecho Internacional. Esta situación, afortunadamente, ha ido evolucionando a medida que avanzaba la disciplina y que ha traído consigo que estos modelos de transición basados en leyes de amnistía y discursos de “perdón y reconciliación” hayan sido condenados enérgicamente por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹³.

Ahora bien, en la década de los ochenta, la situación era bien distinta y, por ello, en los debates doctrinales⁹⁴ de la época parecía asumirse con total naturalidad (y sin necesidad de grandes justificaciones jurídicas) que, con la finalidad de no poner en peligro a las recién creadas democracias, las medidas que no implicaran la atribución de responsabilidades penales constituían la “única” alternativa a la hora de abordar las violaciones a los derechos humanos cometidas en el período precedente. Es más, incluso determinados autores parecerían legitimar esta modalidad de transición al calificarlo como un “modelo restaurativo”⁹⁵.

Esta misma legitimidad o, cuanto menos, la afirmación de que, en ocasiones, no es aconsejable iniciar procesos judiciales penales, se puede apreciar en el título de la histórica conferencia sobre "States Crimes: Punishment or Pardon" organizada por el Aspen Institute durante los días 4 a 6 de noviembre de 1988⁹⁶ y que es considerada por algunos autores como uno de los primeros y más influyentes acontecimientos en el campo

⁹² Teitel, Ruti G., "Genealogía de la Justicia Transicional", *op.cit.*, p. 10.

⁹³ Para conocer la contribución del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos a la justicia transicional: Mesquita Cela, Eleonora, "The contribution of the Inter-American Court of Human Rights to the development of transitional justice", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 14, 2015, pp. 457 - 475. Así mismo, para realizar una comparación entre la perspectiva adoptada por los órganos interamericanos con la llevada a cabo por los europeos, puede acudir a los siguientes estudios que analizan este segundo: Buyse, Antoine (Ed.), *Margins of conflict: The ECHR and transitions to and from armed conflict*, Intersentia, Belgium, 2011; Buyse, Antoine and Hamilton, Michael (Eds.), *Transitional Jurisprudence and the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011; Sweeney, James A., "Transitional criminal justice at the ECtHR: implications for the universality of human rights", *Baltic Yearbook of International Law*, Vol. 12, 2012, pp. 183 - 210; Svarca, Inga, *The procedure of the European Court of Human Rights regarding countries in transition: the ECtHR's transitional justice cases against Latvia*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2014. Finalmente, para conocer la posición de la Comisión Africana: Bekker, Gina, "The `transitional´ jurisprudence of the African Commission on Human and Peoples´ Rights" en Buyse, Antoine and Hamilton, Michael (Eds.), *Transitional Jurisprudence and the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 267 - 285.

⁹⁴ Un buen ejemplo a este respecto se puede apreciar en: Teitel, Ruti G., "Genealogía de la Justicia Transicional", *op.cit.*, p. 3.

⁹⁵ Teitel, Ruti G., "Genealogía de la Justicia Transicional", *op.cit.*, p. 11.

⁹⁶ Henkin, Alice H., "State crimes: punishment or pardon (Conference report)" en Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes, Vol. 1*, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995, p. 184.

de la justicia transicional⁹⁷. En ella, en palabras de su organizadora, Alice H. Henkin, se debatieron las cuestiones morales, políticas y jurisprudenciales que surgían cuando un gobierno que había cometido graves violaciones de los derechos humanos era sucedido por un régimen con mayor tendencia a respetar esos derechos⁹⁸.

Los participantes⁹⁹, tras evaluar los precedentes de los tribunales de Núremberg y Tokio y los subsiguientes programas de “*de-Nazification*”, y después de discutir las transiciones llevadas a cabo en los años setenta en Grecia, Portugal y España¹⁰⁰, estudiaron las particularidades que presentaban los casos, entonces recientes, de Argentina, Brasil, Chile, Guatemala, Haití, Filipinas, Corea del Sur, Uganda y Uruguay¹⁰¹. Tal y como explica Henkin, en ellas se debatió qué era lo que se podía aprender de la historia y hasta qué punto eran relevantes las transiciones de regímenes opresivos a regímenes más democráticos; si existían o no principios morales comunes que guiaran a los Estados a la hora de determinar si había que castigar o perdonar; qué exigía, si acaso podía hablarse de exigencia, el Derecho internacional a la hora de hacer frente a los abusos de los derechos humanos; cuáles eran las responsabilidades de un régimen post-represivo para con las víctimas, los victimarios y la sociedad en su conjunto; y, finalmente, cuáles eran las responsabilidades de otros gobiernos y de las Organizaciones No Gubernamentales, tanto internas como internacionales¹⁰².

Son varios los expertos¹⁰³ que destacan que fue, precisamente, ese objetivo de crear un novedoso¹⁰⁴ “marco intelectual”¹⁰⁵, inexistente en experiencias previas, a través de la comparación de diferentes prácticas estatales¹⁰⁶ el que hizo que esta Conferencia haya adquirido “interés histórico”¹⁰⁷. Es más, hay quien no duda en afirmar que el campo de la

⁹⁷ Pham, Phuong N., “Stay the Hand of Justice: Whose Priorities Take Priority?” en Shaw, Rosalind and Waldorf, Lars, with Hazan, Pierre (Ed.), *Localizing transitional justice: interventions an priorities after mass violence*, Stanford, Stanford University Press, 2010, p. 33. Para conocer las iniciativas doctrinales anteriores a esta conferencia: Barahona de Brito, Alexandra, “Bibliografía comentada” en Barahona de Brito, Alexandra, Aguilar Fernández, Paloma y González Enríquez, Carmen (Eds.), *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones y olvido en las nuevas democracias*, Madrid, Istmo, 2002, pp. 451 - 452.

⁹⁸ Henkin, Alice H., “State crimes...”, *op.cit.*, p. 184.

⁹⁹ Sobre el origen interdisciplinario de los participantes se ha pronunciado Henkin, Alice H., “State crimes...”, *op.cit.*, p. 184.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 184 - 185.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 187.

¹⁰² *Ibid.*, p. 184.

¹⁰³ Arthur, Paige, “How ‘Transitions’ Reshaped Human Rights...”, *op.cit.*, pp. 321 - 367.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 351.

¹⁰⁵ Entrevista a Alice Henkin, organizadora de la Conferencia, el 13 de agosto de 2007 realizada por Paige Arthur y citada en: Arthur, Paige, “How ‘Transitions’ Reshaped Human Rights...”, *op.cit.*, p. 327.

¹⁰⁶ Para profundizar en el origen “comparativo” de la justicia transicional: Arthur, Paige, “How ‘Transitions’ Reshaped Human Rights...”, *op.cit.*, p. 326.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 349.

justicia transicional surgió, concretamente, en el transcurso de las interacciones académicas que se produjeron a partir de finales de los años ochenta¹⁰⁸. Sea como fuere, no cabe duda alguna de que “there was a surge of interest in post-conflict justice associated with a number of political transitions from authoritarian to democratic regimes.”¹⁰⁹

Ahora bien, pese a la relevancia que debemos dar a la conferencia y a los posteriores debates académicos, fueron las vicisitudes que surgieron en las transiciones que se estaban produciendo en Latinoamérica las que plantearon la interrogante acerca de cómo hacer frente a las masivas y sistemáticas violaciones de los derechos humanos cometidas por los regímenes autoritarios previos¹¹⁰. Por ello, estamos de acuerdo con el considerable número de especialistas que sitúan, precisamente, en esta región el nacimiento del campo que hoy conocemos como justicia transicional¹¹¹.

¹⁰⁸ Ibid., p. 324. En un sentido similar: Muñoz Nogal, Ester y Gómez Isa, Felipe, "Derechos económicos y sociales en procesos de justicia transicional...", *op.cit.*, p. 8.

¹⁰⁹ Bassiouni, M. Cherif, "Assessing conflict outcomes: accountability and impunity" en Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization and Post - Conflict Justice, Vol. 1*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2010, p. 23.

¹¹⁰ Para profundizar en las medidas de justicia transicional adoptadas por los Estados latinoamericanos: Chinchón Álvarez, Javier, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Parthenon, Madrid, 2007; Rodríguez - Pinzón, Diego, "The Inter-American human rights system and transitional processes" en Buyse, Antoine and Hamilton, Michael (Eds.), *Transitional Jurisprudence and the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 239 – 266; Almqvist, Jessica y Espósito, Carlos (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009; Ambos, Kai y Malarino, Ezequiel (Eds.), *Justicia de transición: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Bogotá, Ed. Temis S.A., 2010; Ambos, Kai y Malarino, Ezequiel (Eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con informes adicionales de España e Italia*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2008; VV.AA., *Víctimas sin mordaza. El impacto del sistema interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica: los casos de Argentina, Guatemala, El Salvador y Perú*, Washington, Due Process of Law Foundation, 2007; Rodríguez - Rescia, Víctor, "Central and South América" en Bassiouni, M. Cherif (ed.), *The pursuit of International Criminal Justice: a world study on conflicts, victimization, and post conflict justice. Vol. 2*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2010, pp. 171 – 354; Skaar, Elin, García-Godos, Jemima and Collins, Cath (Eds.), *Transitional justice in Latin America: the uneven road from impunity towards accountability*, Routledge, New York, 2016.

¹¹¹ De Greiff, Pablo, "Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional", *Anuario de Derechos Humanos*, 2011, p. 17; González Zapata, Julio, "La justicia transicional o la relegitimación del derecho penal", *Estudios Políticos*, N°31, Julio - Diciembre 2007, p. 28; Lecombe, Delphine, "Una paz conflictiva: luchas epistémicas en torno a la definición de la justicia transicional en Colombia" en Reed, Michael y Rivera, María Cristina (Ed.), *Transiciones en contienda: Disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2010, p. 213; Van der Merwe, Hugo, "Transitions in the Middle East and North Africa...", *op.cit.*, p. 226; Engstrom, Par, "Transitional Justice and Ongoing Conflict" en Sriram, Chandra Lekha, García - Godos, Jemima, Herman, Johanna and Martin - Ortega, Olga (Eds.), *Transitional Justice and Peacebuilding on the Ground: Victims and Ex-combatants*, New York, Routledge, 2013, p. 11; Thoms, Oskar N.T., Ron, James and Paris, Roland, "State - Level Effects of Transitional Justice: What Do We Know?", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 4, Issue 3, 2010, p. 332; Fernández Liesa, Carlos R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Madrid, Thomson - Reuters, 2013, p. 368; Sandoval, Clara, "Transitional justice and social change", *Sur - International Journal on Human Rights*,

Identificado, por lo tanto, el momento en el que se empezó a fraguar la disciplina, analizaremos a continuación el desarrollo que ésta experimentaría tras los debates que se produjeron en las transiciones llevadas a cabo en la Europa del Este y en la antigua Unión Soviética en los años 1989 – 1990.

1.3. Las transiciones en Europa del Este y en la antigua Unión Soviética

Con la finalidad de comprender mejor las vicisitudes de estos Estados, resulta oportuno comenzar refiriéndonos a una segunda conferencia, ya que es considerada por algunos autores como el primer intento de institucionalizar la justicia transicional¹¹² e, incluso, es definida por sus organizadores como la catalizadora del campo¹¹³.

Tal y como recoge Mary Albon en el Informe de la sesión inaugural del "Project on Justice in Times of Transition" realizada en Salzburg, Austria, los días 7 a 10 de marzo de 1992¹¹⁴, el mencionado Proyecto¹¹⁵ se estableció por la denominada Charter 77 Foundation-New York con el objetivo de aportar perspectiva, orientación y dirección a los responsables de implementar medidas de justicia transicional¹¹⁶. Al igual que en la conferencia a la que nos hemos referido anteriormente, el objetivo era explorar las dimensiones morales, legales y políticas de la justicia transicional extrayendo, para ello, lecciones de experiencias pasadas¹¹⁷.

En esta segunda ocasión, la sesión inaugural congregó a profesionales que lidiaban con los legados de abusos de los derechos humanos cometidos por los países del Este y Centro de Europa y la antigua Unión Soviética, y contó con la participación de expertos

Vol. 11, Nº20, 2014, pp. 181 - 182; Hansen, Thomas Obel, "The vertical and horizontal expansion of transitional justice...", *op.cit.*, p. 108; Orentlicher, Diane F., "Setting Accounts' Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007, pp. 11 - 13.

¹¹² Moraulis, Guillaume, "The Invention of 'Transitional Justice' in the 1990s" en Israël, L. and Mouralis, G. (Eds.), *Dealing with Wars and Dictatorships: Legal Concepts and Categories in Action*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2014, p. 89. En un sentido muy similar Leebaw, Bronwyn Anne, "The Irreconcilable Goals of Transitional Justice", *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, No. 1, February 2008, p. 100.

¹¹³ Información obtenida de la página web del "Project on Justice in Times of Transition" que, desde el 19 de marzo de 2014, pasaría a denominarse "Beyond Conflict": <http://www.beyondconflictint.org/history/>

¹¹⁴ Sobre la gestación de la Conferencia: Moraulis, Guillaume, "The Invention of 'Transitional Justice' in the 1990s", *op.cit.*, pp. 91 - 92.

¹¹⁵ Esta iniciativa no se agotó con la realización de la Conferencia en el año 1992 sino que dio lugar a la fundación del "Project of Justice in Times of Transition". La trascendencia del mismo radica en que, tras más de 25 años, continúa estando operativo, si bien desde el 19 de marzo de 2014 ha pasado a denominarse "Beyond Conflict": <http://www.beyondconflictint.org/>

¹¹⁶ Albon, Mary, "Project on justice in times of transition: report of the project's inaugural meeting" en Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes*, Vol. 1, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995, p. 42.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 42.

de América Latina, Europa occidental y los Estados Unidos¹¹⁸. Esta participación puede ser calificada como fundamental, ya que, precisamente, el objetivo, tal y como explica Neil J. Kritz, consistía analizar hasta qué punto estos Estados de la Europa central y oriental y los antiguos Estados soviéticos podrían beneficiarse de las experiencias de la transición a la democracia llevada a cabo por los Estados latinoamericanos¹¹⁹. Y es que, tal y como destacó Albon, pese a las sustanciales diferencias, seguía existiendo un problema común: "how to deal with individuals who served the former oppressive regimes."¹²⁰, dilema que, a juicio de determinados autores, era lo que distinguía a la justicia transicional de la justicia "ordinaria"¹²¹.

Si atendemos al Informe elaborado por Mary Albon¹²² podemos comprobar que, a grandes rasgos, el planteamiento fue similar a la Conferencia llevada a cabo por el Aspen Institute. Entre otras cuestiones, se debatió si se debe recordar u olvidar, si hay que enjuiciar y cuáles son los obstáculos a los enjuiciamientos o cuál es el papel de la Comunidad Internacional. No obstante, en esta ocasión encontramos, por una parte, una novedad y, por otra parte, algunas ausencias. Y es que, al listado de medidas previamente debatidas se añaden instrumentos adicionales característicos de las respuestas dadas por los países de Europa del Este y de la antigua Unión Soviética como, por ejemplo, las leyes de "lustración"¹²³ o la apertura de los archivos secretos¹²⁴. Nuevos mecanismos que, sin lugar a dudas, contribuyeron al desarrollo posterior de la justicia transicional¹²⁵ al aumentar el número de medidas al alcance de los Estados. Sin embargo, y a diferencia de las transiciones latinoamericanas, en estos Estados no se planteó la creación de comisiones de la verdad¹²⁶ ni, en la mayoría de casos, se llevaron a cabo procesos

¹¹⁸ *Ibidem*

¹¹⁹ Kritz, Neil J., "The dilemmas of transitional justice" en Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes, Vol. 1*, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995, p. xix.

¹²⁰ Albon, Mary, "Project on justice in times of transition...", *op.cit.*, p. 42.

¹²¹ Leebaw, Bronwyn Anne, "The Irreconcilable Goals...", *op.cit.*, p. 100.

¹²² Albon, Mary, "Project on justice in times of transition...", *op.cit.*, pp. 42 - 54.

¹²³ Stan, Lavinia, "Lustration and vetting" en Simic, Olivera, *An Introduction to Transitional Justice*, Routledge, London and New York, 2017, p. 139.

¹²⁴ Albon, Mary, "Project on justice in times of transition...", *op.cit.*, pp. 50 – 53 y Roth - Arriaza, Naomi, "The new landscape of transitional justice", *op.cit.*, pp. 3 - 4.

¹²⁵ Bickford, Louis, "Transitional Justice", *op.cit.*, p. 1046.

¹²⁶ Como señala Tamarit Sumalla, "no puede causar sorpresa que las Comisiones de la Verdad hayan brillado por su ausencia en los procesos transicionales de los Estados postsoviéticos, en sociedades vacunadas ante recetas fundadas en la verdad" (Tamarit Sumalla, Josep, "Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición", *Indret*, enero 2010, p. 9).

judiciales penales¹²⁷. Respuesta muy diferente, sin lugar a dudas, a la que se enfrentaron los Estados de la antigua Yugoslavia en 1993.

1.4. La creación del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia: la justicia penal en el transcurso de un conflicto armado

En el año 1993, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante la Resolución S/RES/808, de 22 de febrero, determinó que la situación en la antigua Yugoslavia constituía “una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales” y, basándose en el informe previo de una comisión de expertos¹²⁸, decidió establecer “un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991”, convencido de que su establecimiento contribuiría “al restablecimiento y el mantenimiento de la paz”¹²⁹. Unos meses más tarde, el 25 de mayo de 1993, adoptaba la Resolución en la que establecía “un tribunal internacional con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1º de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restaurada la paz y, con ese fin, aprobar el Estatuto del Tribunal Internacional anexo al informe anteriormente mencionado”¹³⁰.

¹²⁷ Para profundizar en las medidas adoptadas por los Estados: Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Post-Communist Transitional Justice: Lessons from twenty-five years of experience*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015; Stan, Lavinia, *Transitional Justice in Post-Communist Romania: The politics of memory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013; Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice, vol. 2 and 3*, New York, Cambridge University Press, 2013; Nalepa, Monika, *Skeletons in the Closet: transitional justice in post-communist Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010; Stan, Lavinia (Ed.), *Transitional justice in Eastern Europe and the Former Soviet Union: reckoning with the communist past*, Routledge, London and New York, 2009; Horne, Cynthia M. and Stan, Lavinia (Eds.), *Transitional justice and the former Soviet Union: reviewing the past, looking toward the future*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

¹²⁸ Esta Comisión de expertos fue creada por el Secretario General de las Naciones Unidas y determinó que se habían cometido graves infracciones de la Convención de Ginebra y otras violaciones del Derecho Internacional Humanitario. Por ello, entre las opciones examinadas, recomendaron la creación de un tribunal internacional *ad hoc* (Carta de fecha de 9 de febrero de 1993 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General. S/25274, de 9 de febrero de 1993. Para profundizar en el trabajo de la Comisión una vez ésta finalizó su misión: Letter dated 24 May 1994 from the Secretary-General to the President of the Security Council, S/1994/674).

¹²⁹ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/808, de 22 de febrero de 1993.

¹³⁰ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/827, de 25 de mayo de 1993. Para conocer en detalle las vicisitudes que ocasionó el establecimiento del Tribunal: Huesa Vinaixa, Rosario, "El Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", Ponencia realizada en los *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz*, 1994. Disponible online en:

Como es conocido, el Consejo de Seguridad, al crear el Tribunal *ad hoc*, fundamentó su competencia en lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas¹³¹, actuación que posteriormente legitimó el propio Tribunal en el notorio caso *Tadic*¹³². De esta manera, se creó un importante precedente al determinar que la justicia internacional penal tenía la capacidad de contribuir a poner fin a una situación de amenaza a la paz y a la seguridad internacionales¹³³.

Si bien en ningún apartado de la resolución se menciona el concepto de la justicia transicional, lo cierto es que sí que se aluden a determinados conceptos que hoy en día se identifican con el debate propio de la materia que analizamos: la instauración de un tribunal internacional, la capacidad de éste para contribuir a lograr la paz en el territorio, la necesidad de reconciliar a la sociedad, etc. Ahora bien, es importante destacar que, en el momento de su creación, el Tribunal no era considerado un “mecanismo” de justicia transicional. Es más, tal y como señala Schabas, el establecimiento del Tribunal se produjo con anterioridad a que se pudiera hablar siquiera de una transición¹³⁴.

Sin embargo, en la doctrina de la justicia transicional es frecuente que los autores se refieran al Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia (TIPY) como un mecanismo o consideren su instauración como otra etapa más en la evolución de la

<https://www.ehu.es/es/web/cursosderechointernacionalvitoria/-/el-tribunal-internacional-para-juzgar-los-crimes-cometidos-en-la-ex-yugoeslavia-y-la-sancion-internacional-de-los-crimes-contra-la-paz-y-la-seguri>

¹³¹ Como se ha señalado, nos hallábamos ante una nueva dimensión de los poderes conferidos al Consejo de Seguridad en el ámbito del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Vol. I, Oxford and New York, Oxford University Press, 2002, p. 571).

¹³² ICTY, Appeal Chamber, Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "DULE", Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995. Para profundizar en el análisis de la resolución del Consejo de Seguridad que crea los tribunales *ad hoc* así como los debates que llevaron aparejados: Ker, Rachel, *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: An Exercise in Law, Politics and Diplomacy*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (especialmente las pp. 12 – 40); Köchler, Hans, *The Security Council as Administrator of Justice? Reflections on the Antagonists Relationship between Power and Law*, Vienna, 2011, pp. 17 - 47; Ayat, Mohammed, "Justice pénale internationale pour la paix et la réconciliation", *International Criminal Law Review*, Vol. 7, 2007, pp. 391 – 424. Sobre la competencia del Consejo de Seguridad para crear el tribunal: Torrecuadrada García-Lozano, Soledad, "La dudosa competencia del Consejo de Seguridad para adoptar algunas medidas decididas a partir de 1990", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 4, 2011, pp. 24 - 25.

¹³³ Sobre este controvertido objetivo y la capacidad de la justicia internacional penal para lograrlo se ha pronunciado: Ayat, Mohammed, "Justice pénale internationale pour la paix et la réconciliation", *op.cit.*, pp. 391 - 424.

¹³⁴ Schabas, William, "Transitional Justice and the Norms of International Law", for presentation to the Annual meeting of the Japanese Society of International Law, Kwansai Gakuin University, 8 October 2011, pp. 7 - 8.

justicia transicional¹³⁵. Así, una de las mayores referentes en el campo de la justicia transicional señaló lo siguiente:

"In Bosnia and Herzegovina, the ICTY, formed during the conflict, was written into the Dayton Peace Agreement in an attempt to give the international community one additional tool for literally 'prosecuting' the unitary state in the face of resistance from the ethnically divided entities also built into Dayton. Again, a particular transitional justice mechanism was produced as part and parcel of the constitutional 'fix' to the conflict more generally"¹³⁶.

Por lo tanto, podemos concluir que, en este caso, la respuesta penal de la comunidad internacional ante las atrocidades que se estaban cometiendo en la región difirió sustancialmente de los precedentes previos. Sin embargo, como hemos apreciado, un considerable número de expertos no ha dudado en calificarlo como mecanismo de justicia transicional.

Dejando, por el momento, al margen este debate sobre el que volveremos más adelante, y siguiendo con el recorrido histórico, llegamos a mediados de los años noventa, período en el que se producen dos acontecimientos de sumo interés que muestran las

¹³⁵ A modo de ejemplo podemos citar: Teitel, Ruti G., "Global Transitional Justice", Paper on Human Rights, Global Justice and Democracy, Working Paper No.8, Center for Global Studies, Spring 2010, p. 7; Bell, Christine, "Transitional Justice, Interdisciplinarity...", *op.cit.*, p. 8; Clark, Phil, Kaufman, Zachary D. and Nicolaïdis, Kalypso, "Tensions in transitional justice", *op.cit.*, p. 387; Belasco, Lauren Marie, "The Transitions of Transitional Justice: Mapping the Waves From Promise to Practice", *Journal of Human Rights*, Vol. 12, Issue 2, 2013, p. 202; Van der Merwe, Hugo and Brankovic, Jasmina, "Transitional Justice and Human Rights" en Mihr, Anja and Gibney, Mark (Eds.), *The SAGE Handbook of Human Rights*, Vol. 2, Thousand Oaks, CA, SAGE Publications, 2014, p. 897; McAuliffe, Pádraig, "Transitional Justice's Expanding Empire...", *op.cit.*, p. 36; Engstrom, Par, "Transitional Justice and Ongoing Conflict", *op.cit.*, pp. 41 – 61; Campbell, Kirsten, "Reassembling International Justice: The Making of 'the Social' in International Criminal Law and Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 8, Issue 1, 2014, p. 61; Subotic, Jelena, "The Transformation of International Transitional Justice Advocacy", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 6, Issue 1, 2012, p. 124; Miller, Zinaida, "Effects of Invisibility: In Search of the 'Economic' in Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, Issue 3, 2008, p. 269; Bickford, Louis, "Transitional Justice", *op.cit.*, p. 1046; Sharp, Dustin N., "Beyond the Post - Conflict Checklist: Linking Peacebuilding and Transitional Justice through the Lens of Critique", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1, Summer 2013, pp. 175 – 178; Eichlin, John, "Undercutting the Political Economy of Conflict in Bosnia and Herzegovina: A Transitional Justice Approach to Prosecuting Systemic Economic Crimes", *Colum. J. Transnat'l L.*, Vol. 48, 2010, pp. 353 – 398; Kadic, Natasa, "The ICTY Trials and Transitional Justice in Former Yugoslavia", *Cornell Int'l L.J.*, Vol. 38, 2005, pp. 789 – 792; Tolbert, David and Kontic, Aleksandar, "The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: Transitional Justice, the Transfer of Cases to National Courts, and Lessons for the ICC", Stahn, Carsten and Sluiter, Gören (Eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden and Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 135 – 162; Costi, Alberto, "Hybrid tribunals as a viable transitional justice mechanism to combat impunity in post-conflict situations", *New Zealand Universities Law Review*, Vol. 22, 2006, pp. 213 – 239; Chicharro, Alicia, "La articulación de tribunales internacionales como mecanismo de justicia transicional frente a las violaciones graves de los derechos humanos" en Jimeno Aranguren, Roldán (Ed.), *Justicia transicional: historia y actualidad*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 109 - 162.

¹³⁶ Bell, Christine, "Transitional Justice, Interdisciplinarity...", *op.cit.*, p. 14.

inconsistencias e incoherencias de los intentos de los Estados para hacer frente a las violaciones de los derechos humanos cometidas.

1.5. La contradictoria respuesta al hacer frente a las violaciones a los derechos humanos cometidas en Ruanda y Sudáfrica a mediados de los años noventa

En 1994, y siguiendo el ejemplo del TIPY, el Consejo de Seguridad determinó que la situación en Ruanda seguía “constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”¹³⁷ y estimó que “la creación de un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y demás violaciones antes mencionadas del derecho internacional humanitario contribuirá a que se ponga fin a esas violaciones y a que sean reparadas efectivamente”¹³⁸. Por ello, decidió establecer “un tribunal internacional con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994 y, con este fin, aprobar el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda que figura en el anexo de la presente resolución”¹³⁹. Este Tribunal Internacional Penal para Ruanda (TIPR), al igual que ocurría en el caso anterior, es considerado por ciertos sectores doctrinales como un mecanismo, pero no el único¹⁴⁰, de la justicia transicional¹⁴¹.

A este respecto, quisiéramos destacar que, a juicio del Consejo de Seguridad, “el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario (...) contribuiría al proceso de reconciliación nacional y al establecimiento

¹³⁷ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/955, de 8 de noviembre de 1994.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Y es que, como explicaremos en apartados sucesivos, el TIPR no fue el único tribunal que depuró responsabilidades en el territorio ruandés. Junto con el tribunal *ad hoc*, se llevaron a cabo procesos penales nacionales y se modificaron las tradicionales jurisdicciones *gacaca* con la finalidad de que éstas también pudieran “enjuiciar” a los presuntos responsables.

¹⁴¹ Véanse las referencias realizadas previamente a propósito del TIPY (ya que la doctrina suele referirse generalmente a ambos tribunales *ad hoc*). Para una lectura específica del TIPR como mecanismo de justicia transicional: Anders, Gerhard and Zenker, Olaf, "Transition and Justice: An Introduction", *Development and Change*, Vol. 45, Issue 3, May 2014, p. 403; Hansen, Thomas Obel, "Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 9; Nwoye, Leo C., "Transitional justice and the ICC: Lessons from Rwanda" en Ankumah, Evelyn A. (Ed.), *The International Criminal Court and Africa: One Decade On*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2017, pp. 549 - 591.

y el mantenimiento de la paz”¹⁴². Es decir, como cabe observar, el Consejo de Seguridad consideró el TIPR como herramienta para lograr la reconciliación de la sociedad ruandesa, lo que nos podría llevar a deducir que los enjuiciamientos penales tienen la capacidad de lograr dicho objetivo¹⁴³.

Sin embargo, un acontecimiento de enorme envergadura en el campo de la justicia transicional como fue la creación, apenas unos meses después, en 1995, de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica¹⁴⁴, nos puede llevar a la conclusión opuesta.¹⁴⁵ Y ello, pese a que, al igual que en el caso del genocidio ruandés, el Consejo de Seguridad había reconocido que “la situación en la Unión Sudafricana es una de aquellas que ha conducido a la fricción internacional y que, de persistir, puede poner en peligro la paz y seguridad internacionales”¹⁴⁶ y que, en 1993, la Asamblea General

¹⁴² Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/955, *op.cit.*

¹⁴³ Al igual que ocurrió en el caso del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, la legitimidad del Consejo de Seguridad a la hora de crear el tribunal ad hoc se dilucidó en el seno del propio órgano: *Prosecutor v Joseph Kanyabashi: Decision on the defense motion on jurisdiction*. 18 June 1997 (ICTR-96-15-T).

¹⁴⁴ Para conocer las vicisitudes de esta Comisión: Bois-Pedain, Antje, *Transitional amnesty in South Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; Du Bois, François and Du Bois-Pedain, Antje, *Justice and reconciliation in Post-Apartheid South Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008; Sarkin, Jeremy, *Carrots and sticks: the TRC and the South African amnesty process*, Intersentia, Anrwerp-Oxford, 2004; Villa Vicencio, Charles and Verwoerd, Wilhelm, *Looking back reaching forward: reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, University of Cape Town Press, South Africa, 2000.

¹⁴⁵ La creación, por una parte, de tribunales internacionales *ad hoc* por el Consejo de Seguridad y, por otra parte, de un mecanismo hasta cierto punto antagónico como es una comisión de la verdad, ha dado lugar a interesantes comparaciones doctrinales. Si bien determinados autores comparan la respuesta dada por Sudáfrica con la adoptada en la antigua Yugoslavia, otros ponen el acento en el Tribunal Internacional Penal para Ruanda. Sin embargo, las conclusiones a las que se llegan son similares: Hazan, Pierre, "Measuring the impact of punishment and forgiveness: a framework for evaluating transitional justice", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 861, March 2006, p. 20; Rakate, Pheny Keiseng, *International Criminal Justice and Reconciliation: Lessons from the South African Truth and Reconciliation Commission and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, IGD Occasional Paper No. 19, July 1999; Rakate, Pheny Tshenolo Keiseng, "Truth commissions and international criminal tribunals as mechanisms for conflict resolution in transitional societies with specific reference to South Africa and the Former Yugoslavia", *Lesotho L.J.*, Vol. 11, No. 1, 1998, pp. 177 – 198; Graybill, Lyn, "To Punish or Pardon: A Comparison of the International Criminal Tribunal for Rwanda and the South African Truth and Reconciliation Commission", *Human Rights Review*, July - September 2001, pp. 3 – 18; Nwoye, Leo C., "Partners or Rivals in Reconciliation: The ICTR and Rwanda's Gacaca Courts", *San Diego International Law Journal*, Vol. 16, 2014, pp. 119 – 208; Truche, Pierre, "Deux réponses africaines à des crimes contre l'humanité" en Marguénaud, Jean-Pierre, Massé, Michel et Poulet-Gibot Leclerc, Nadien (Eds.), *Apprendre à douter: Questions de droit, Questions sur le droit*, Limoges, Presses Universitaires Limoges, 2004, p. 775. Por otra parte, consideramos importante recordar que, en estas mismas fechas, se produjeron graves violaciones a los derechos humanos en otros Estados como, por ejemplo, en Burundi, que no recibieron ningún tipo de atención ni respuesta internacional (Sottas, Eric, "Transitional justice and sanctions", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, Num. 870, June 2008, pp. 274 – 275).

¹⁴⁶ Punto primero de la Resolución 134 (1960), de 1 de abril de 1960, del Consejo de Seguridad. Teniendo en cuenta que la Resolución se aprobó en el año 1960, no cabe lugar a dudas que cuánto menos, la situación de abusos a los derechos humanos persistió durante décadas en el país africano. Por lo tanto, ¿había o no argumentos suficientes como para calificar la situación en Sudáfrica como una amenaza a la paz y a la seguridad internacional?

recomendó que los presuntos responsables de los actos de violencia fueran llevados ante la justicia.¹⁴⁷

Como es notoriamente conocido, la vía escogida por Sudáfrica para hacer frente a las violaciones de los derechos humanos cometidas durante el apartheid consistió en la promulgación de una ley de amnistía cuyo otorgamiento se hallaba ligado a la realización de una declaración ante la famosa Comisión de la Verdad y la Reconciliación¹⁴⁸. Curiosamente, y pese a que Sudáfrica no fue el primer Estado en crear una comisión de la verdad, la novedosa combinación de verdad y amnistía y el entendimiento de la primera como forma de justicia en sí misma¹⁴⁹, situaron a Sudáfrica en la cumbre la justicia transicional. Y es que, a partir de entonces, estos mecanismos comenzaron a expandirse como instrumentos para hacer frente a las violaciones cometidas en períodos precedentes¹⁵⁰.

Si bien volveremos sobre las particularidades del caso sudafricano en el Capítulo tercero de la presente investigación y analizaremos hasta qué punto esta opción de verdad a cambio de justicia respetaba el Derecho Internacional, en estos momentos queremos llamar la atención sobre el segundo concepto que da nombre a la Comisión: reconciliación¹⁵¹. Es decir, resulta llamativo que las razones aducidas por las autoridades sudafricanas para justificar este modelo de “merciful justice”¹⁵² se basaran, precisamente, en la necesidad de lograr la reconciliación. Y es que, este objetivo no solo se hallaba previsto en la ley¹⁵³, sino que argumentaban que no hubiera sido posible mediante la

¹⁴⁷ Punto tercero de la A/RES/48/159, 85th plenary meeting, 20 December 1993.

¹⁴⁸ Promotion of National Unity and Reconciliation Act, No. 34 of 1995. Disponible online en: <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1995-034.pdf>

¹⁴⁹ Tutu, Desmond M., "Reflections on Moral Accountability", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, Issue 1, 2007, p. 6.

¹⁵⁰ Bickford, Louis, "Transitional Justice", *op.cit.*, p. 1046; Boraine, Alex, "South Africa's Truth and Reconciliation Commission from a Global Perspective" en Sriram, Chandra Lekha and Pillay Suren (Eds.), *Peace versus justice? The dilemma of transitional justice in Africa*, James Currey, UK-US, 2010, pp. 137 - 138. Ahora bien, es importante insistir, como nos recuerda Roht - Arriaza, que ningún Estado adaptaría la misma fórmula que la empleada por este Estado (Roth - Arriaza, Naomi, "The new landscape of transitional justice", *op.cit.*, p. 5). Sin embargo, como matiza Sriram, sí que se ha tratado de emular, al menos parcialmente (Sriram, Chandra Lekha, "Introduction" en Sriram, Chandra Lekha and Pillay Suren (Eds.), *Peace versus justice? The dilemma of transitional justice in Africa*, James Currey, UK-US, 2010, p. 7).

¹⁵¹ Expertos que han estudiado en profundidad en modelo sudafricano atribuyen al Desmond Tutu y a sus convicciones morales y religiosas el ideario de reconciliación y perdón en el que se basa la Comisión (Du Bois-Pedain, Antje, "Post-conflict accountability and the demands of justice: can conditional amnesties take the place of criminal prosecutions", Palmer, Nicola, Clark, Phil and Granville, Daniele (Eds.), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, p. 466).

¹⁵² Tutu, Desmond M., "Reflections on Moral Accountability", *op.cit.*, p. 7.

¹⁵³ Artículo 3 de la Promotion of National Unity and Reconciliation Act, No. 34 of 1995, *op.cit.*

puesta en marcha de procesos judiciales penales. Por esta razón, y a diferencia de las transiciones latinoamericanas, en Sudáfrica no se consideraba a la Comisión como la “segunda mejor alternativa” sino que, a juicio de sus promotores, era el único mecanismo que podía lograr determinados objetivos que no se hallaban al alcance de los procesos penales¹⁵⁴. Sin embargo, ¿acaso no acabamos de señalar que el Consejo de Seguridad estableció el TIPR con el objetivo, precisamente, de contribuir a la reconciliación?

Es innegable que el caso de Sudáfrica contribuyó exponencialmente al desarrollo del todavía impreciso campo de la justicia transicional¹⁵⁵, ya que no puede desconocerse la relevancia y repercusión que tuvo, y todavía hoy tiene, la Comisión de la Verdad y Reconciliación Sudafricana, calificada por algunos como "the most famous and perhaps the most successful event in transitional justice"¹⁵⁶. Es más, especialistas de la talla de Bassiouni consideran que fue, precisamente, Sudáfrica quien popularizó el concepto de la justicia transicional¹⁵⁷. En definitiva, fue tal el “éxito” que se le atribuye a la Comisión que todavía hay quien defiende que "South Africa today stands as a model of merciful justice"¹⁵⁸. Sin perjuicio de que vayamos a desarrollar esta cuestión en el Capítulo tercero, conviene adelantar que, teniendo en cuenta el desarrollo del Derecho Internacional, en general, y del Derecho Internacional Penal, en particular, actualmente un modelo de justicia transicional como el sudafricano no sería viable¹⁵⁹.

En definitiva, si comparamos los casos de Ruanda y Sudáfrica podemos apreciar que nos encontramos con dos mecanismos, ambos creados en el continente africano y en prácticamente la misma fecha, con un mismo objetivo: lograr la reconciliación. Ahora bien, mientras que en un caso se argumenta que el medio para lograrlo es a través de la

¹⁵⁴ Véanse los objetivos que se citan en: Roht - Arriaza, Naomi, "The new landscape of transitional justice", *op.cit.*, p. 4. Sin embargo, la experta concluye que la Comisión no logró reconciliar automáticamente a la sociedad, que prácticamente ningún oficial de alto rango declaró ante la Comisión y que los tribunales (pese a las pruebas disponibles) han sido incapaces de procesar a los individuos que no cumplieron las condiciones establecidas (*Ibid.*, pp. 4 – 5).

¹⁵⁵ Tutu, Desmond M., "Reflections on Moral Accountability", *op.cit.*, p. 6.

¹⁵⁶ Scarlett, Michael H., "Imagining a World beyond Genocide...", *op.cit.*, p. 170.

¹⁵⁷ Bassiouni, M. Cherif, "Editorial", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 8, Issue 3, 2014, p. 325.

¹⁵⁸ Tutu, Desmond M., "Reflections on Moral Accountability", *op.cit.*, p. 7.

¹⁵⁹ Orozco Abad, Iván, "Reflexiones impertinentes: sobre la memoria y el olvido, sobre el castigo y la clemencia" en Rettberg, Angelika (Comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005, p. 186. Otros autores ambiguamente consideran que “un caso como el sudafricano sería a nivel internacional mucho más difícil de establecer de lo que lo fue en su momento.”, Fernández Casadevante, José Luis y Ramos, Alfredo, "Entrevista a Pablo de Greiff. Justicia Transicional: Apuntes y reflexiones sobre transiciones a la democracia", en CIP-Ecosocial, 2009, p. 6.

realización de procesos judiciales penales, en el otro se descarta de lleno esta opción al considerar que sólo a través de la verdad puede conseguirse esta meta.

Estos ejemplos no hacen sino mostrar la facilidad con la que es posible tergiversar los objetivos de la justicia transicional, el alto grado de discrecionalidad existente en el campo y muestran también la facilidad con la que los Estados tratan de adecuar los mecanismos a sus respectivos intereses. Así mismo, pone de manifiesto el doble estándar con el que actúa la comunidad internacional ante atrocidades semejantes. Y es que, no se puede negar la aceptación sin prácticamente discusión que tuvo en el ámbito internacional la adopción de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica¹⁶⁰. Doble vara de medir que como la respuesta dada por el Consejo de Seguridad en los casos de Libia y Siria (que analizaremos en un estadio posterior de la investigación) pone de manifiesto no es, ni mucho menos, cosa del pasado¹⁶¹.

No obstante, antes de adelantarnos a los acontecimientos, continuaremos con el estudio histórico para, así, llegar a una fecha clave: 1998, año en el que se aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

¹⁶⁰ Y es que, como señala Dugard, la comunidad internacional no tenía interés alguno en establecer un tribunal internacional para juzgar a los responsables del apartheid (Dugard, John, "Is the truth and reconciliation process compatible with international law? An unanswered question", *South African Journal on Human Rights*, Vol. 13, 1997, p. 258).

¹⁶¹ Contundente la crítica que a este respecto se realiza en: Okafor, Obiora Chinedu and Ngwaba, Uchechukwu, "The International Criminal Court as a 'Transitional Justice' Mechanism in Africa: Some Critical Reflections", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, Issue 1, 2015, pp. 95 - 98.

1.6. La adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: un hito en la lucha contra la impunidad

Como es bien conocido, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se aprobó¹⁶² el 17 de julio de 1998¹⁶³ por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios

¹⁶² Sobre el estudio de la evolución del Derecho internacional penal y el proceso que culminó en la aprobación del Estatuto de Roma: Tofan, C., and van der Wolf, R. (Eds.), *The Long and Winding Road to ... Rome: A Brief History of the ICC*, The Netherlands, International Courts Association, 2011; Bassiouni, M. Cherif and Schabas, William A. (Eds.), *The Legislative History of the International Criminal Court. Second Revised and Expanded Edition, Volume I and II*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2016; Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford, Oxford University Press, 2013; Bantekas, Ilias, *International Criminal Law*, UK, Hart Publishing, 2010; Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *International Criminal Law. Third Edition. Volume I. Sources, Subjects and Contents*, The Netherlands, Koninklijke Brill NV, 2008; Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *International Criminal Law. Third Edition. Volume II. Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms*, The Netherlands, Koninklijke Brill NV, 2008; Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *International Criminal Law. Third Edition. Volume III. International Enforcement*, The Netherlands, Koninklijke Brill NV, 2008; Bellelli, Roberto (Ed.), *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Ashgate, England, 2010; Bernard, Diane et Scalia, Damien (Dirs.), *Vingt ans de justice internationale pénale*, La Charte professional publishing, France, 2013; Bergsmo, Morten, Wui Ling, Cheah and Ping, Yi, (Eds.), *Historical Origins of International Criminal Law: Volume I*, TOAEP, Brussels, 2014; Bergsmo, Morten, Wui Ling, Cheah and Ping, Yi, (Eds.), *Historical Origins of International Criminal Law: Volume II*, TOAEP, Brussels, 2014; Bergsmo, Morten, Wui Ling, Cheah, Tianying, Song and Ping, Yi, (Eds.), *Historical Origins of International Criminal Law: Volume III*, TOAEP, Brussels, 2015; Bergsmo, Morten, Wui Ling, Cheah, Tianying, Song and Ping, Yi, (Eds.), *Historical Origins of International Criminal Law: Volume IV*, TOAEP, Brussels, 2015; Bergsmo, Morten, Rackwitz, Klaus and Tianying, Song, (Eds.), *Historical Origins of International Criminal Law: Volume III*, TOAEP, Brussels, 2017; Boas, Gideon, Bischoff, James L. and Reid, Natalie, *International Criminal Law Practitioner Library, Vol. I: Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008; Boas, Gideon, Bischoff, James L. and Reid, Natalie, *International Criminal Law Practitioner Library, Vol. II: Elements of Crimes Under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; Boas, Gideon, Bischoff, James L., Reid, Natalie and Taylor III, B. Don, *International Criminal Law Practitioner Library, Vol. III: International Criminal Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011; Cassese, Antonio, Acquaviva, Guido, Fan Mary and Whiting, Alex, *International Criminal Law: Cases and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011; Cassese, Antonio (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009; Cryer, Robert, Friman, Hakan, Robinson, Darryl, Wilmshurst, Elizabeth, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010 (2^{ed.}); Schabas, William A. and Bernaz, Nadia (Eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, London-New York, Routledge, 2011; Sluiter, Göran and Vasiliev, Sergey (Eds.), *International Criminal Procedure: Towards a coherent body of law*, UK, Cameron May, 2009; Werle, Gerhard, *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo blanch, 2011 (2^{ed.}); Zappalà, Salvatore, *Qué es la justicia penal internacional*, Editional Proteus, Capalledes, 2010; Sikkink, Kathryn, *La cascada de la justicia. Cómo los juicios de lesa humanidad están cambiando el mundo de la política*, Gedisa, Barcelona, 2016; Castillo Daudí, Mireya y Salinas Alcega, Sergio, *Responsabilidad penal del individuo ante los tribunales internacionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007; Bollo Arocena, M. ^a Dolores, *Derecho Internacional Penal: Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004; Gil Gil, Alicia y Macula, Elena (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016; Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, 2013; Maison, Rafaëlle, *Justice pénale internationale*, Presses Universitaires de France/Humensis, Paris, 2017; Fernandez, Julian (Dirs.), *Justice pénale internationale*, CNRS Éditions, Paris, 2016; Gréciano, Philippe, *Justice pénale internationale: Les nouveaux enjeux de Nuremberg à La Haye*, Mare&Martin, France, 2016; Boas, Gideon and Chifflet, Pascale, *International Criminal Justice*, Edward Elgar, UK-USA, 2017; Sands, Philippe (Ed.), *From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003; Schabas, William A. (Ed.), *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016; Crane, David M., Sadat, Leila N. and Scharf, Michael P. (Eds.), *The Founders: Four pioneering individuals*

de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional¹⁶⁴. De acuerdo con lo establecido en su artículo 126.1, que exigía 60 ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones o adhesiones, el Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002¹⁶⁵.

who launched the first modern-era international criminal tribunals, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

Para una lectura más específica sobre el Estatuto de Roma: Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary (Vol. I)*, op.cit., pp. 3 - 184; Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *The International Criminal Court: observations and issues before the 1997 - 98 preparatory committee; and administrative and financial implications*, USA, érès: Nouvelles études pénales, 1997; Bassiouni, M. Cherif (Compiler), *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, New York, Transnational Publishers, 1998; Bassiouni, M. Cherif and Schabas, William A. (Eds.), *The Legislative History of the International Criminal Court. Second Revised and Expanded Edition, Volume 1, 2 and 3*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2016; Benedetti, Fanny, Bonneau, Karine and Washburn, John L., *Negotiating the International Criminal Court: New York to Rome, 1994 - 1998*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2014; Çakmak, Cenap, *A brief history of International Criminal Law and International Criminal Court*, USA, Palgrave macmillan, 2017; ICHRDD, *Accountability for Serious International Crimes: Towards the Creation of the International Criminal Court*, 1998; Lee, Roy S. (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999; Tofan, C., and van der Wolf, R. (Eds.), *The Long and Winding Road to... Rome: A Brief History of the ICC*, The Netherlands, International Courts Association, 2011; Van der Wolf, W. and Tofan, C. (Eds.), *Documentary History of the International Criminal Court*, International Courts Association Press, 2009; Quel López, F. Javier (Ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Coedición de la Escuela Diplomática, la AEPDIRI y el BOE, Madrid, 2000; Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 (5ªed.), pp. 1 – 22; Lirola Delgado, Isabel y Martín Martínez, Magdalena M., *La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001; Ambos, Kai y Guerrero, Oscar Julián (Comp.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999; Carrillo Salcedo (Coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000; Sadat, Leila Nadya, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, Ardsley-New York, Transnational Publishers, 2002; Politi, Mauro and Nesi, Giuseppe (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A challenge to impunity*, Ashgate, England, 2001.

¹⁶³ En la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, organizada en Kampala en el año 2010, se decidió celebrar el 17 de julio el Día de la Justicia Penal Internacional (Declaración RC/Decl.1, Declaración de Kampala, aprobada por consenso en la cuarta sesión plenaria el 1 de junio de 2010).

¹⁶⁴ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. Roma, Italia. 15 de junio a 17 de julio de 1998. El Estatuto de Roma se publicó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998. El texto definitivo fue objeto de correcciones en los años posteriores a su aprobación y también se han propuesto diversas modificaciones al texto original que pueden consultarse en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en#1

¹⁶⁵ United Nations Treaty Series. Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations. Volume 2187. No. 38544. Multilateral. A juicio de determinados expertos, la rapidez, entre otras, de la entrada en vigor del Estatuto no hace sino confirmar que la Corte “era percibida como una necesidad” (Escobar Hernandez, Concepción, “La Corte Penal Internacional en construcción: nuevos retos veinte años después de la Conferencia de Roma”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70/2, 2018, p. 211). Por otra parte, conviene señalar que “los primeros magistrados, el Fiscal y el Secretario fueron elegidos y entraron en funciones en 2003” (Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional, quinto período de sesiones, celebrado en La Haya, 23 de noviembre a 1º de diciembre de 2006: Plan Estratégico de la Corte Penal Internacional. ICC-ASP/5/6, de 4 de agosto de 2006, p. 2). Por esta razón, se considera que “si bien el Estatuto entró en vigor el 1º de julio de 2002, la Corte no empezó verdaderamente a existir hasta que asumieron sus cargos los magistrados, el Fiscal y el Secretario, en marzo, junio y julio de 2003, respectivamente” (Informe de la Corte Penal Internacional correspondiente a 2004 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sexagésimo período de sesiones, tema 82 del programa provisional. A/60/177, de 1 de agosto de 2005, p. 5).

Actualmente¹⁶⁶, 137 Estados han firmado el Estatuto y 122 son partes en él¹⁶⁷. Independientemente del considerable número de ratificaciones, todavía hoy cabe lamentar la ausencia de Estados tan influyentes en la esfera internacional como lo son, entre otros, Estados Unidos, China o Rusia que, por otra parte, no debemos olvidar, son miembros permanentes del Consejo de Seguridad¹⁶⁸. Por esta razón, no es de extrañar que "conseguir la universalidad del Estatuto de Roma como medio de poner fin a la impunidad"¹⁶⁹ siga siendo uno de los objetivos de la Corte¹⁷⁰.

Al margen de estas ausencias, resulta indiscutible que el establecimiento de la Corte Penal Internacional, con sede en La Haya¹⁷¹, que el propio Estatuto la define como una institución permanente¹⁷² con competencia "para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional"¹⁷³, es decir, respecto

¹⁶⁶ A fecha de 31/10/2019. La información puede actualizarse en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en#2

¹⁶⁷ El 27 de octubre de 2016, Burundi, siguiendo el proceso previsto en el artículo 127, notificó al Secretario General de las Naciones Unidas su decisión de denunciar el Estatuto de Roma. Por ello, desde el 27 de octubre de 2017, este Estado no es Parte en el Estatuto (C.N.805.2016.TREATIES-XVIII.10). Sudáfrica y Gambia también notificaron su decisión de denunciar el Tratado los días 19 de octubre de 2016 y 10 de noviembre de 2016, respectivamente (C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10 y C.N.862.2016.TREATIES-XVIII.10). No obstante, ambos Estados revocaron sus respectivas denuncias. Primero Gambia, el 10 de febrero de 2017 (C.N.62.2017.TREATIES-XVIII.10) y, posteriormente, el 7 de marzo de 2017, Sudáfrica (C.N.121.2017.TREATIES-XVIII.10). Más recientemente, el 17 de marzo de 2018, fue Filipinas quien notificó su decisión de denunciar el Estatuto (C.N.138.2018.TREATIES-XVIII.10). Retirada que se ha hecho efectiva el 17 de marzo de 2019. Para profundizar en el tema de las retiradas puede acudirse a: Ssenyonjo, Manisuli, "State Withdrawals from the Rome Statute of the International Criminal Court: South Africa, Burundi, and The Gambia" en Jalloh, Charles Chernor and Bantekas, Ilias (Eds.), *The International Criminal Court and Africa*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 214 - 246.

¹⁶⁸ Escobar Hernández, además de recordar que estos importantes Estados, entre otros, continúan sin ratificar el Estatuto, explica que todavía hoy existe una "infrarrepresentación de los países del área Asia-Pacífico" (Escobar Hernández, Concepción, "La Corte Penal Internacional en construcción...", *op.cit.*, p. 212). Es más, la ausencia de estos Estados del Estatuto muestra, como ha denunciado Bassiouni, que todavía sigue existiendo cierta oposición al establecimiento de la Corte penal Internacional (Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 30). Es más, como ha apuntado Ambach, las escasas ratificaciones en los últimos años no hacen sino demostrar que la mayor parte de los Estados que pretendían ratificar al Estatuto ya lo han hecho (Ambach, Philipp, "A Look towards the Future - The ICC and 'Lessons Learnt'" en Stahn, Carsten (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 1278).

¹⁶⁹ Resolución RC/RES.1 de la Asamblea de Estados Parte: Complementariedad. Aprobada por consenso en la novena sesión plenaria el 8 de junio de 2010, párrafo quinto.

¹⁷⁰ La universalidad junto con la integridad, complementariedad y cooperación son, a juicio de Escobar Hernández, los "cuatro pilares" estructurales en los que se sustenta el Estatuto (Escobar Hernández, Concepción, "La Corte Penal Internacional en construcción...", *op.cit.*, p. 211).

¹⁷¹ Artículo 3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, documento A/CONF.183/9, Roma, 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002 (United Nations Treaty Series, vol. 2187, p. 3).

¹⁷² A este respecto, resultan interesantes las siguientes reflexiones sobre la posibilidad de que la Corte penal internacional pueda dejar de existir en un futuro: Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, United Kingdom, Oxford University Press, 2016 (2ªed.), p. 66.

¹⁷³ Artículo 1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

del crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión¹⁷⁴, supuso uno de los avances más destacados de la comunidad internacional en la lucha contra la impunidad¹⁷⁵ y que, como tal y como comprobaremos, supuso un importante punto de inflexión en el régimen jurídico de la justicia transicional. Y es que, el Preámbulo, tras reconocer que tales crímenes "constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad" y que, por consiguiente, "no deben quedar sin castigo", deja constancia del compromiso de los Estados Partes para "poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes"¹⁷⁶.

Este firme compromiso con el fin de la impunidad supuso un importante avance en el Derecho Internacional Penal¹⁷⁷. Por ello, no se ha dudado en calificar la aprobación del

¹⁷⁴ Artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Resulta oportuno añadir que ha habido intentos para modificar los crímenes sobre los que la Corte podría ejercer su competencia. No obstante, las enmiendas propuestas no han salido adelante: por ejemplo, los Países Bajos propusieron incluir el delito de terrorismo (Netherlands: proposal of amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court. Rome, 17 July 1998, C.N.723.2009.TREATIES-5, 29 October 2009) o la opción de la República de Trinidad y Tobago para incluir el crimen de tráfico internacional de estupefacientes (Trinidad and Tobago: proposal of amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court. Rome, 17 July 1998, C.N.737.2009.TREATIES-9, 29 October 2009.).

Respecto del crimen de agresión, quisiéramos matizar que la activación de la competencia de la Corte se produjo el 17 de julio de 2018 (https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/crime%20of%20aggression/Pages/default.aspx), tras la adopción, el 14 de diciembre de 2017, de la Resolución ICC-ASP/16/Res.5, relativa a la activación de la competencia respecto del crimen de agresión, adoptada por consenso en la decimotercera sesión plenaria de la Asamblea de los Estados Parte, en la que, en el punto primero se decidía "activar la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión a partir del 17 de julio de 2018".

¹⁷⁵ Sobre la capacidad de la Corte para poner fin a la impunidad: Quel López, Francisco Javier y Bollo Arocena, M.^a Dolores, "La Corte Penal Internacional: ¿Un instrumento contra la impunidad?", en Blanc Altemir, Antonio (Ed.), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 147 - 168; Rothe, Dawn K. and Collins, Victoria E., "The International Criminal Court: A Pipe Dream to End Impunity", *International Criminal Law Review*, Vol. 13, 2013, pp. 191 - 209.

¹⁷⁶ Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Compromiso con el Estatuto de Roma que los Estados Parte volvieron a reafirmar en la Conferencia de Revisión, tal y como ponen de manifiesto la Resolución RC/RES.1 de la Asamblea de Estados Parte: Complementariedad, *op.cit.*, párrafos primero, segundo y tercero y la Declaración RC/Decl.1. Declaración de Kampala de 1 de junio de 2010, *op.cit.*

¹⁷⁷ Son numerosos los autores que coinciden en señalar el punto de inflexión que supuso la aprobación del Estatuto de Roma en la esfera internacional: Kress, Claus, "The International Criminal Court as a Turning Point in the History of International Criminal Justice" en Cassese, Antonio (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, *op.cit.*, pp. 143 - 159; Professor M. Cherif Bassiouni, Chairman of the Drafting Committee, "Ceremony for the Opening of Signature of the Treaty on the Establishment of an International Criminal Court, Il Campidoglio, Rome, July 18, 1998 en Bassiouni, M. Cherif (Compiler), *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, *op.cit.*, p. xxi; Escobar, Hernández, Concepción, "Consideraciones finales: límites y significado de la Corte Penal Internacional" en García Arán, Mercedes y López Garrido, Diego (Coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal: El caso Pinochet*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 269; Kooren, Michael, "The International Criminal Court on Trial: A Conversation with Fatou Bensouda", *Foreign Affairs*, Vol. 96, 2017, p. 48; ¹⁷⁷ Blattmann, René and Bowman, Kirsten, "Achievements and Problems of the International Criminal Court: A View From Within", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, 2008, p. 730; Bollo Arocena, M.^a Dolores, *Derecho Internacional Penal...*, *op.cit.*, p. 517.

Estatuto de Roma como de "importancia histórica"¹⁷⁸ o se ha llegado a afirmar que "rara vez, desde la fundación de las Naciones Unidas mismas, se ha logrado un avance tan categórico hacia la paz, la justicia y los derechos humanos"¹⁷⁹, si bien se era consciente de que la Corte "will not be a panacea for all the ills of humankind."¹⁸⁰ Ahora bien, veinte años después de la aprobación del Estatuto, todavía es mucho el trabajo que queda por delante para lograr este ambicioso objetivo¹⁸¹. Por esta razón, no solo nos parece excesivo afirmar que "ya no hay impunidad"¹⁸², sino que, como trataremos de demostrar en la presente investigación, el manto de la impunidad no ha desaparecido, sino que se halla escondida bajo otras fórmulas más ambiguas y complicadas de percibir a primera vista y, en ocasiones, al amparo de ciertas "fórmulas de justicia transicional". Por ello, nos resulta difícil compartir esa visión, a nuestro juicio, excesivamente optimista de quienes defienden que la "cultura de la impunidad está en retroceso"¹⁸³ y nos mostramos más cercanos a quienes mantienen que "pese a los innegables avances experimentados por el Derecho Internacional Penal en las últimas dos décadas, todavía sigue existiendo un enorme agujero negro por el que se desvanecen las legítimas aspiraciones de lucha contra la impunidad"¹⁸⁴.

¹⁷⁸ Resolución aprobada por la Asamblea General el 30 de octubre de 2017: Resolución 72/3. Informe de la Corte Penal Internacional. Septuagésimo segundo período de sesiones, tema 76 del programa. A/RES/72/3, 6 de noviembre de 2017, p. 1. Es más, la Corte, en el año 2006, se propuso que en 10 años fuera "considerada como la institución de referencia en materia de derecho penal internacional" (Plan Estratégico de la Corte Penal Internacional. ICC-ASP/5/6, *op.cit.*, p. 10).

¹⁷⁹ Mr. Ban Ki-Moon, Secretario General de las Naciones Unidas: "Una era de rendición de cuentas". Discurso ante la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo de 2010.

¹⁸⁰ Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, pp. 648 - 649.

¹⁸¹ Como acertadamente ha concluido Escobar Hernández, todavía hoy la Corte se halla en "la fase de construcción" (Escobar Hernández, Concepción, "La Corte Penal Internacional en construcción...", *op.cit.*, p. 215).

¹⁸² Declaraciones del moderador, Kenneth Roth, Director Ejecutivo de Human Rights Watch, en el debate sobre Paz y justicia en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma: Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/9/11. Documentos oficiales. Publicación de la Corte Penal Internacional, La Haya, 2010. Anexo V b): Balance de la justicia penal internacional. Paz y justicia. Publicado anteriormente con la signatura RC/ST/PJ/1/Rev.1.

¹⁸³ Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, Aprobada por consenso en la décima sesión plenaria el 25 de marzo de 2010. Apéndice. Informe de la Mesa sobre el balance: Complementariedad. Balance sobre el principio de complementariedad: salvar la brecha de la impunidad, p. 14. Una posición similar se ha defendido en Sikkink, Kathryn, *La cascada de la justicia. Cómo los juicios de lesa humanidad están cambiando el mundo de la política*, Gedisa, Barcelona, 2016. Bassiouni también realizó una gráfica comparación entre la Corte y el genio en una botella y señaló que "can not be put back in" (Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, p. cxxxiv).

¹⁸⁴ Sánchez Legido, Ángel, "El fin del modelo español de jurisdicción universal", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 27, 2014, p. 39.

Al margen de esta cuestión que iremos desarrollando a lo largo del trabajo, queremos recordar que la Corte, al haberse creado mediante un tratado internacional, debe respetar los límites previstos en el propio Estatuto¹⁸⁵. En primer lugar, cabe señalar que este Tribunal únicamente tiene competencia "respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto"¹⁸⁶, es decir, los cometidos con posterioridad al 1 de julio de 2002¹⁸⁷. Por otra parte, salvo que sea el Consejo de Seguridad el que haya remitido una situación, únicamente puede ejercer su competencia si el Estado en cuyo territorio ha tenido lugar el crimen¹⁸⁸ o el Estado del que sea nacional el acusado del crimen son Partes en el Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte mediante una declaración depositada en poder del Secretario¹⁸⁹ (procedimiento que se ha seguido en los

¹⁸⁵ Para profundizar en estos límites: Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, *op.cit.*, p. 47 (concretamente, en las pp. 53 – 140 profundiza en la jurisdicción temporal, personal, territorial y material de la Corte); Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, *op.cit.*, p. 540.

¹⁸⁶ Artículo 11 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Es más, tal y como especifica el segundo párrafo del citado artículo: "Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12". A este respecto, y como explica Schabas, el Estatuto ha sido criticado por su incapacidad de enjuiciar los crímenes cometidos con anterioridad a su entrada en vigor. No obstante, las razones que llevaron a este resultado fueron meramente pragmáticas ya que, como reconoce el experto, pocos Estados hubieran estado dispuestos a otorgar a la Corte una competencia temporal mayor (Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, *op.cit.*, p. 55).

¹⁸⁷ La excepción a esta regla se encuentra en el artículo 124 del Estatuto de Roma (artículo que fue posteriormente suprimido mediante la Resolución ICC-ASP/14/Res.2, aprobada por consenso en la undécima sesión plenaria el 26 de noviembre de 2015). Precisamente, Colombia fue uno de los Estados que, al hacerse parte en el Estatuto, hizo una declaración al respecto (https://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSO&tabid=2&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en#EndDec). El otro Estado fue Francia. No obstante, el 13 de agosto de 2008, el Gobierno francés informó al Secretario General que había decidido retirar la declaración realizada en base al artículo 124 en el momento de la ratificación (https://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSO&tabid=2&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en#EndDec). Para profundizar en las vicisitudes del artículo 124 del Estatuto puede acudir a: Zimmermann, Andreas, "Finally... Or Would Rather Less Have Been More? The Recent Amendment on the Deletion of Article 124 of the Rome Statute and the Continued Quest for the Universality of the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, 2016, pp. 505 - 517.

¹⁸⁸ A este respecto, debemos tener en cuenta el matiz que se realiza a propósito de la comisión del crimen "a bordo de un buque o de una aeronave" en el artículo 12.2a) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

¹⁸⁹ Artículo 12 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Respecto de la declaración prevista en el párrafo tercero véase también la Regla 44 de las Reglas de procedimiento y prueba. Acerca de las declaraciones de aceptación de la competencia: Bollo Arocena, M^a Dolores, "La declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional (artículo 12.3 del ECPI). De la formulación estatutaria a su puesta en práctica (Costa de Marfil, Uganda, Palestina, Ucrania...)", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 31, 2016, pp. 1 - 34.

casos de Costa de Marfil¹⁹⁰, Ucrania¹⁹¹ o Palestina¹⁹²). Es más, para que la Corte pueda llegar a ejercer su competencia¹⁹³ es imprescindible o bien que un Estado Parte (como ocurrió en las situaciones de Gabón¹⁹⁴, Unión de Comoras¹⁹⁵, Mali¹⁹⁶, Uganda¹⁹⁷, República Centroafricana I¹⁹⁸ y II¹⁹⁹, República Democrática del Congo²⁰⁰ y, más recientemente, en la situación en Venezuela²⁰¹) o bien el Consejo de Seguridad, actuando conforme al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (como se produjo en

¹⁹⁰ Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Decision Assigning the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire to Pre-Trial Chamber II. ICC-02/11-1, 20 May 2011, pp. 24 – 25; Republic of Côte d'Ivoire, Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court, 18 April 2003 (<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/7DA08D8E-FF5E-40C8-92D7-F058D5B032F3/279779/ICDE2.pdf>); Más información sobre la declaración en base al artículo 12.3 y la interpretación de la Corte en: Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Corrigendum to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire". ICC-02/11-14-Corr, 15 November 2011, pp. 5 - 8.

¹⁹¹ En este caso se han producido dos declaraciones. La primera en: Declaration by Ukraine lodged under Article 12(3) of the Statute, 9 April 2014; Note Verbale of the Acting Minister for Foreign Affairs of Ukraine, Mr. Andrii Deshchysia, 16 April 2014; y la segunda: Declaration by Ukraine lodged under article 12(3) of the Statute, 8 September 2015; ICC-OTP, ICC Prosecutor extends preliminary examination of the situation in Ukraine following second article 12(3) declaration, 29 September 2015.

¹⁹² En una primera ocasión, la Fiscalía puso fin al examen preliminar en Palestina: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2012. November 2012. Sin embargo, en el año 2015, se reabrió el examen preliminar: Declaration lodged by the Government of Palestine under Article 12(3) of the Statute, 31 December 2014; 15 UNSG Depositary Notification of Palestine's Accession to Rome Statute, C.N.13.2015.TREATIES-XVIII.10, 6 January 2015; ICC-OTP, The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination of the situation in Palestine. 16 January 2015.

¹⁹³ Para profundizar en las vías de activación de la competencia de la Corte: Olásolo Alonso: Olásolo, Héctor, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005.

¹⁹⁴ Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, concerning referral from the Gabonese Republic, 29 September 2016.

¹⁹⁵ Statement of the Office of the Prosecutor, ICC Prosecutor receives referral by the authorities of the Union of the Comoros in relation to the events of May 2010 on the vessels 'MAVI MARMARA'. 14 May 2013; Referral under Articles 14 and 12(2)(a) of the Rome Statute arising from the 31 May 2010, Gaza Freedom Flotilla situation.

¹⁹⁶ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2012. November 2012, p. 37; ICC-OTP, Situation in Mali: Article 53 Report, 13 January 2013, p. 4.

¹⁹⁷ Letter from the Prosecutor, dated 17 June 2004, annexed to Situation in Uganda. Decision Assigning the Situation In Uganda To Pre-Trial Chamber II. ICC-02/04-1, 5 July 2004.

¹⁹⁸ Letter from the Prosecutor, dated 22 December 2004, annexed to Situation in The Central African Republic. Decision Assigning the Situation In The Central African Republic To Pre-Trial Chamber III. ICC-01/05-1, 19 January 2005.

¹⁹⁹ Situation In The Central African Republic II, Decision Assigning the Situation in the Central African Republic II to Pre-Trial Chamber II, ICC-01/14-1-Anx1, 18 June 2014.

²⁰⁰ Situation in the Democratic Republic of Congo. Decision assigning the Situation in the Democratic Republic of Congo to Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-1, 5 July 2004, p. 2; Letter from the Prosecutor, dated 17 June 2004, annexed to Situation in the Democratic Republic of Congo. Decision assigning the Situation in the Democratic Republic of Congo to Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-1, 5 July 2004.

²⁰¹ Remisión de la situación en Venezuela con arreglo al artículo 14 del Estatuto de Roma realizada por la República Argentina, Canadá, la República de Colombia, la República de Chile, la República del Paraguay y la República del Perú. Disponible online en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/180925-otp-referral-venezuela_SPA.pdf

Sudan²⁰² y Libia²⁰³) remitan por escrito²⁰⁴ al Fiscal una situación en la que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes²⁰⁵. Finalmente, conviene añadir que el propio Fiscal también puede iniciar de oficio una investigación²⁰⁶ (vía por la que se abrieron los exámenes preliminares en Venezuela²⁰⁷, Filipinas²⁰⁸, República de Corea²⁰⁹, Honduras²¹⁰, Iraq²¹¹, Guinea²¹², Nigeria²¹³, Afganistán²¹⁴, Georgia²¹⁵, Burundi²¹⁶, Kenia²¹⁷, Colombia²¹⁸ y, en fechas más recientes, en Bangladesh/Myanmar²¹⁹).

²⁰² Resolución 1593 (2005), Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5158ª sesión, celebrada el 31 de marzo de 2005. S/RES/1593 (2005), 31 de marzo de 2005. Puede consultarse también: Situation in Sudan. Decision Assigning The Situation In Darfur, Sudan To Pretrial Chamber I. ICC-02/05-1-Corr, 21 April 2005; Situation in Sudan. Carta del Fiscal de la Corte. ICC-02/05-2, 1 June 2005; First Report of the Prosecutor of the ICC to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 29.06.2005, p. 5.

²⁰³ Resolución 1970 (2011) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6491ª sesión, celebrada el 26 de febrero de 2011. S/RES/1970 (2011), 26 de febrero de 2011. Puede consultarse también: Situation In The Libyan Arab Jamahiriya. Decision Assigning the Situation in the Libyan Arab Jamahiriya to Pre-Trial Chamber I. ICC-01/11-1, 4 March 2011.

²⁰⁴ La Regla 45 de las Reglas de procedimiento y prueba matiza que "la remisión de una situación al Fiscal se hará por escrito".

²⁰⁵ Como cabe apreciar, las víctimas u otras personas no tienen la capacidad de iniciar, automáticamente, el proceso ante la Corte. Puede consultarse la razón proporcionada por Quesada Alcalá en: Quesada Alcalá, Carmen, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 282.

²⁰⁶ Artículo 13c) y 15 del Estatuto de Roma; ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, p. 19.

²⁰⁷ The Office of the Prosecutor, OTP response to communications received concerning Venezuela, The Hague, 9 February 2006; Informe sobre las actividades de examen preliminar, 2018: Venezuela, 5 de diciembre de 2018. La situación en la que queda el examen preliminar tras la remisión de la situación por los Estados previamente citados se detalla en: *Ibid.*, párr. 122.

²⁰⁸ Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Sra. Fatou Bensouda, sobre la apertura de exámenes preliminares en Filipinas y Venezuela, 8 de febrero de 2018. Disponible online en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180208-otp-stat&ln=Spanish>

²⁰⁹ ICC Prosecutor: alleged war crimes in the territory of the Republic of Korea under preliminary examination. 6 December 2010.

²¹⁰ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination activities. 13 December 2011.

²¹¹ OTP response to communications received concerning Iraq, 9 February 2006. Tras el cierre del examen preliminar en el año 2006, la Fiscal decidió, en mayo de 2014, volver a abrirlo tras haber recibido nueva información de acuerdo con el artículo 15: ICC-OPT, Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, re-opens the preliminary examination of the situation in Iraq, 13 May 2014.

²¹² ICC Prosecutor confirms situation in Guinea under examination, Statement of 14 October 2009.

²¹³ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination activities. 13 December 2011, p. 12.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 6.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 18.

²¹⁶ ICC-OPT, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on opening a Preliminary Examination into the situation in Burundi. 25 April 2016; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2016. 14 November 2016, p. 7. Lo llamativo del caso de Burundi es que, posteriormente, este Estado se retira del Estatuto de Roma. La situación en la que queda la situación ante la Corte se detalla en: Pre-Trial Chamber III: Situation in Burundi. Public redacted version of "Request for authorization of an investigation pursuant to article 15", 6 September 2017, ICC-01/17-5-US-Exp. ICC-01/17-5-Red, 15 November 2017, p. 7.

²¹⁷ La primera noticia que tenemos respecto del examen preliminar es cuando ya ha concluido y el Fiscal solicita el inicio de una investigación a la Sala de Cuestiones Preliminares: Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009.

²¹⁸ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination activities. 13 December 2011, p. 14.

²¹⁹ Report on Preliminary Examination Activities, 5 December 2018; Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute. ICC-RoC46(3)-01/18-1, 9 April 2018; Decision on the

En definitiva, al valorar la capacidad de la Corte para poner fin a la impunidad de los crímenes más graves conviene tener presente los límites que condicionan su actuación. Por ello, para asegurar que los responsables "sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia", el Preámbulo reconoce el deber de los Estados de "ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales"²²⁰. Es decir, independientemente de la creación este tribunal penal internacional, siguen siendo los Estados quienes tienen la responsabilidad primaria²²¹ de investigar, enjuiciar y sancionar a los presuntos responsables de haber cometido los más graves crímenes internacionales²²². Y es que, como es de sobra conocido, la Corte, tal y como se recoge en el Preámbulo, es "complementaria de las jurisdicciones penales nacionales"²²³. Por esta razón, resulta fundamental que sean los propios Estados quienes, en el plano interno, adopten las medidas necesarias para que se materialicen los propósitos del Estatuto²²⁴.

El principio de complementariedad constituye el eje fundamental que vertebra y condiciona el funcionamiento de la Corte Penal Internacional y, por ello, será analizado en la presente investigación. No obstante, lejos de limitarnos a analizar su incidencia respecto de los procesos judiciales nacionales, estudiaremos su alcance a propósito de los elementos básicos que conforman un proceso íntegro de justicia transicional. Es decir, analizaremos cuál es la posición de la Corte Penal Internacional con respecto a la justicia transicional y comprobaremos hasta qué punto los mecanismos con los que identificamos a la misma pueden hacer o no la situación o los casos inadmisibles ante la Corte. Sin embargo, antes de proceder a ello -y tras este paréntesis que considerábamos necesario en el recorrido histórico que estamos analizando-, resulta preciso conocer con mayor

"Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute". No. ICC-RoC46(3)-01/18, 6 September 2018.

²²⁰ Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

²²¹ Es importante recordar que, tras la entrada en vigor del Estatuto de Roma, la facultad de ejercer la jurisdicción penal respecto de los responsables de haber cometido crímenes internacionales no puede ser considerada una competencia exclusiva de los Estados (Escobar Hernández, Concepción, "La Corte Penal Internacional en construcción...", *op.cit.*, p. 209).

²²² Resolución RC/RES.1 de la Asamblea de Estados Parte: Complementariedad, *op.cit.*, punto primero.

²²³ En la Conferencia de Revisión se volvió a subrayar el principio de complementariedad y se hizo hincapié en "las obligaciones que el Estatuto de Roma impone a los Estados Partes" (Resolución RC/RES.1 de la Asamblea de Estados Parte: Complementariedad, *op.cit.*, punto segundo).

²²⁴ Implementación del Estatuto de Roma en las legislaciones internas, cooperación y asistencia mutua entre los Estados, aumento de las capacidades de las jurisdicciones nacionales con la finalidad de que éstas puedan investigar y enjuiciar efectivamente los crímenes cometidos o garantizar el intercambio de información son ejemplos de las medidas fundamentales que se recomendaron en la Resolución RC/RES.1 de la Asamblea de Estados Parte: Complementariedad, *op.cit.*

detalle qué es la justicia transicional y, para ello, es necesario volver a los orígenes del campo.

1.7. La consolidación de la justicia transicional como campo autónomo de estudio

En los apartados previos hemos ido trazando un recorrido histórico que nos ha permitido introducirnos en las variadas respuestas que, a lo largo del tiempo, los diversos Estados han adoptado con la finalidad de hacer frente a las violaciones de los derechos humanos cometidas en sus respectivos territorios. Sin embargo, hemos podido advertir que ni en los procesos de transición, ni en las conferencias estudiadas se empleó el término "justicia transicional". De hecho, tal y como explica Paige Arthur, si bien los organizadores de la conferencia del año 1992 sobre "Justice in Times of Transition" utilizaron en ocasiones el término "justicia transicional", éstos prefirieron referirse a sus actividades como "justicia en tiempos de transición"²²⁵. Así, tal y como puede comprobarse atendiendo a la investigación realizada por la autora, en las bases de datos de periódicos internacionales, reseñas legales y revistas de ciencias sociales, la primera aparición no fue sino en un artículo publicado por una reportera del *Boston Herald* que cubría la conferencia de 1992²²⁶.

A pesar de que no existe unanimidad en la doctrina en torno a la autoría²²⁷ o el origen del concepto de justicia transicional, lo que es innegable es que tras la publicación en el año 1995 de los tres volúmenes editados por Neil Kritz²²⁸, *Transitional Justice: How*

²²⁵ Arthur, Paige, "How 'Transitions' Reshaped Human Rights...", *op.cit.*, p. 329.

²²⁶ *Ibidem*. Guillaume Mouralis lleva a cabo una investigación semejante y, si bien encuentra contadas referencias anteriores al año 1992, llega a conclusiones similares a las de Paige Arthur (Moraulis, Guillaume, "The Invention of 'Transitional Justice' in the 1990s", *op.cit.*, pp. 85 – 89). No obstante, a juicio de Muñoz Nugal y Gómez Isa, el término se acuñó y comenzó a utilizarse ya en la década de los años ochenta (Muñoz Nugal, Ester y Gómez Isa, Felipe, "Derechos económicos y sociales en procesos de justicia transicional...", *op.cit.*, p. 2).

²²⁷ Por ejemplo, Ruti Teitel reclama la autoría del término. En palabras de la propia autora, la primera vez que hizo referencia al término "transitional justice" fue en el año 1991 en su *Grant Application to the United States Institute of Peace*: "Transitional Justice: a Bridge between Regimes", citado en Teitel, Ruti G., "Global Transitional Justice", Paper on Human Rights, Global Justice and Democracy, Working Paper No.8, Center for Global Studies, Spring 2010.

²²⁸ A juicio de Moraulis, fue Neil J. Kritz quien consolidó el concepto de justicia transicional como frase y como práctica (Moraulis, Guillaume, "The Invention of 'Transitional Justice' in the 1990s", *op.cit.*, p. 90). En el mismo sentido: Sandoval Villalba, Clara, "Transitional Justice: Key Concepts, Processes and Challenges", Institute for Democracy & Conflict Resolution (IDCR) Briefing Paper, 2010, p. 2; Elster, Jon, "Coming to terms with the past. A framework for the study of justice in the transition to democracy", *European Journal of Sociology*, Vol. 39, Issue 1, May 1998, p. 7; Benavides Venegas, Farid Samir, *Justicia en épocas...* *op.cit.*, p. 15.

*Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*²²⁹, considerados como "la fuente más valiosa en forma de libro"²³⁰ o el "canon de referencia disciplinar"²³¹, el empleo del término "justicia transicional" creció exponencialmente²³² y se introdujo en el léxico del derecho y de las relaciones internacionales²³³.

La relevancia de los volúmenes²³⁴ radicó en que consiguieron sistematizar el material que se hallaba disperso hasta el momento²³⁵ y, a través de la comparación de diferentes experiencias, se pudieron extraer mínimos comunes aplicables a todo tipo de transiciones²³⁶. A pesar de las dificultades, los estudios, que se limitaron a las transiciones a la democracia²³⁷, consiguieron consolidar la base y los ejes de la justicia transicional, al abordar cuestiones tan relevantes para el campo como lo son los dilemas relativos a los enjuiciamientos de los responsables²³⁸, la documentación de la verdad, las sanciones no penales como la remoción de cargos públicos relacionados con el régimen dictatorial o la compensación de las víctimas. Como posteriormente analizaremos, éstos son los pilares

²²⁹ Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes*, United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995.

²³⁰ Barahona de Brito, Alexandra, "Bibliografía comentada", *op.cit.*, p. 453.

²³¹ Forcada Barona, Ignacio, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, *op.cit.*, p. 98. En el mismo sentido: Arthur, Paige, "How `Transitions´ Reshaped Human Rights...", *op.cit.*, p. 331.

²³² Las siguientes investigaciones muestran el aumento de las referencias al concepto: Arthur, Paige, "How `Transitions´ Reshaped Human Rights...", *op.cit.*, pp. 329 - 331; Moraulis, Guillaume, "The Invention of `Transitional Justice´ in the 1990s", *op.cit.*, pp. 87 - 88.

²³³ Pham, Phuong N., "Stay the Hand of Justice...", *op.cit.*, p. 33. A este respecto, hay quien considera que el éxito de la frase se produjo gracias a la legitimación académica (Moraulis, Guillaume, "The Invention of `Transitional Justice´ in the 1990s", *op.cit.*, pp. 88 - 89).

²³⁴ El estudio se compone de tres extensos volúmenes. En el primero de ellos, se analizan las cuestiones políticas, históricas, legales filosóficas y morales que giran en torno a los dilemas de la justicia transicional y se analizan medidas tan relevantes como los enjuiciamientos, las comisiones de la verdad, las medidas de compensación o las sanciones no penales como las leyes de lustración. El segundo de ellos aglutina la experiencia práctica de diferentes Estados que han tenido que hacer frente a violaciones a los derechos humanos cometidos por regímenes autoritarios previos. Los casos en concreto son: Alemania, Francia, Dinamarca, Bélgica, Italia, Corea del Sur, Grecia, Portugal, España, Argentina, Uruguay, Brasil, Chile, Uganda, Checoslovaquia, Hungría, Bulgaria, Albania, Rusia y Lituania. Finalmente, el tercero de ellos se compone de documentación, legislación e informes de los mecanismos transicionales implementados por los diferentes Estados.

²³⁵ Smith, Charles Duryea, "Introduction" en Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes*, Vol. 1, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995, p. xvi.

²³⁶ *Ibidem*

²³⁷ *Ibidem*

²³⁸ A juicio de determinados especialistas, estas medidas tienen una posición central en el libro (Pham, Phuong N., "Stay the Hand of Justice...", *op.cit.*, p. 33).

en los que actualmente se asienta la justicia transicional. Por ello, como se esperaba²³⁹, la compilación consiguió impulsar definitivamente el campo de la justicia transicional²⁴⁰.

Sin embargo, la novedad²⁴¹ no radicó en la creación de una nueva materia, una nueva forma de justicia, sino en la sistematización, análisis y comparación de estudios, reflexiones, experiencias, mecanismos y, especialmente, las más diversas e incluso contradictorias prácticas²⁴² estatales que lidiaban con una misma pregunta²⁴³: cómo hacer frente a las violaciones de los derechos humanos cometidos por regímenes autoritarios previos. Es decir, se trataba de dar forma a la práctica²⁴⁴ *ad hoc*²⁴⁵, inductiva²⁴⁶ y fragmentada²⁴⁷ existente hasta el momento²⁴⁸. En definitiva, podemos afirmar que la justicia transicional surge en un ámbito concreto y bien delimitado: las transiciones a la democracia. Y, precisamente, son este tipo de transiciones las que le dan pleno sentido al

²³⁹ Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes*, Vol. 1, *op.cit.*, p. xvii.

²⁴⁰ En el mismo sentido Ramírez Barat, Clara, *La justicia en el Tiempo. Una aproximación al concepto de justicia en los procesos de transición a la democracia*, Tesis Doctoral, Getafe, septiembre de 2007, p. 3. Disponible online en: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/2541>

²⁴¹ Los autores coinciden en señalar que los dilemas o los retos que planteaba la justicia transicional no eran nuevos: Mani, Rama, "La reparación como un componente de la justicia transicional...", *op.cit.*, pp. 156 - 158; Roht - Arriaza, Naomi, "The new landscape of transitional justice" en Roht - Arriaza, Naomi and Mariezcurrena, Javier (Eds.), *Transitional Justice in the Twenty - First Century. Beyond Truth versus Justice*, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 2; Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula, "Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades" en Rettberg, Angelika (Comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005, p. 214; De Greiff, Pablo, "Algunas reflexiones...", *op.cit.*, p. 17.

²⁴² Véase cómo se ironiza sobre esta situación en: Pensky, Max, "Commentary on Critiquing Core Transitional Justice Concepts" en Palmer, Nicola, Clark, Phil and Granville, Danielle (Eds.), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, Cambridge - Antwerp - Portland, Intersentia, 2012, p. 91.

²⁴³ Y es que, tal y como se ha puesto de manifiesto, las discusiones eran similares porque las dificultades que atravesaban los Estados, independientemente de sus vicisitudes, eran muy semejantes (Arthur, Paige, "How 'Transitions' Reshaped Human Rights...", *op.cit.*, p. 355).

²⁴⁴ Este es un aspecto sobre el que quisiéramos incidir: la justicia transicional ha sido un campo que ha surgido de la práctica, tal y como corroboran los siguientes estudios: De Greiff, Pablo, "Algunas reflexiones...", *op.cit.*, p. 17; De Gamboa Tapias, Camila, "Justicia transicional...", *op.cit.*, p. 22; Duggan, Colleen, "Editorial Note", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 4, Issue 3, 2010, p. 317; Sandoval, Clara, "Transitional justice and social change", *op.cit.*, p. 182; Saffon, María Paula, "Enfrentando los horrores del pasado. Estudios conceptuales y comparados sobre justicia transicional" en Minow, Martha, Crocker, David A., y Mani, Rama, *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar, 2011, pp. 16 - 18; Alija Fernández, Rosa Ana, "La multidimensionalidad de la justicia transicional...", *op.cit.*, pp. 93 - 95; De Gamboa Tapias, Camila, "Presentación" en De Gamboa Tapias, Camila (Ed.), *Justicia transicional: teoría y praxis*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2006, p. 12; Buckley - Zistel, Susanne, Beck, Teresa Koloma, Braun, Christian and Mieth, Friederike, "Transitional justice theories: An introduction", *op.cit.*, p. 2; Ramírez Barat, Clara, *La justicia en el Tiempo...*, *op.cit.*, pp. 7 - 8; Lecombe, Delphine, "Una paz conflictiva...", *op.cit.*, p. 213.

²⁴⁵ Engstrom, Par, "Transitional Justice and Ongoing Conflict", *op.cit.*, pp. 41 - 61.

²⁴⁶ Chinchón Álvarez, Javier, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España...* *op.cit.*, p. 18.

²⁴⁷ Gómez Isa, Felipe, "Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales. El caso español" en Ripol Carulla, Santiago y Villán Durán, Carlos (Dir.), *Justicia de Transición: El caso de España*, Barcelona, Institut Català Internacional per la Pau, 2012, p. 173.

²⁴⁸ *Ibidem*.

concepto²⁴⁹ *justicia transicional*²⁵⁰. Es decir, el término transicional se refiere no a una forma de justicia transitoria, sino a la justicia aplicable en momentos de transición.

2. Las características de la justicia transicional en las originarias transiciones a la democracia

2.1. Definición, ámbito de aplicación y objetivos de la justicia transicional

Para poder definir una materia, hay que conocer el ámbito en el que ésta resulta de aplicación y los objetivos que la misma persigue. Pues bien, tal y como hemos adelantado en el párrafo precedente, no resulta complicado identificar el ámbito de aplicación de la justicia transicional en estos primeros años de desarrollo. Y es que, como en el propio título de la obra editada por Kritz se señala, en un inicio, esta materia se limitaba a las transiciones a la democracia²⁵¹. Siguiendo la línea marcada en este trabajo, fueron varios los autores que adoptarían esta concepción de justicia transicional, es decir, que entendían que se trataba de una materia que analizaba cómo podían los Estados en el tránsito a la democracia hacer frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por el régimen previo²⁵². Por ello, es posible definir el campo como la *justicia*²⁵³, calificada por algunos como excepcional²⁵⁴, que resultaba de aplicación en momentos de transición política.

Con el transcurso del tiempo, este tipo de procesos de justicia transicional han sido denominados como "the paradigmatic transition"²⁵⁵ y cuyas características más

²⁴⁹ No obstante, no todos los expertos de la época aceptaron unánimemente este concepto. Véanse, por ejemplo, los debates que se relatan en: Arthur, Paige, "How 'Transitions' Reshaped Human Rights...", *op.cit.*, pp. 311- 312, p. 333 – 345 y en Moraulis, Guillaume, "The Invention of 'Transitional Justice' in the 1990s", *op.cit.*, p. 88.

²⁵⁰ Arthur, Paige, "How 'Transitions' Reshaped Human Rights...", *op.cit.*, pp. 325 – 326; Centro Internacional para la Justicia Transicional, "¿Qué es la justicia transicional?", *op.cit.*

²⁵¹ Smith, Charles Duryea, "Introduction", *op.cit.*, p. xv.

²⁵² Pueden consultarse las definiciones proporcionadas en: Crocker, David A., "Transitional Justice and International Civil Society: Toward a Normative Framework", *Constellations*, Vol. 5, No. 4, 1998, p. 492; Boraine, Alex, "Transitional Justice", *op.cit.*, p. 67.

²⁵³ Las controversias en torno al tipo de justicia de la justicia transicional no fueron escasas. Precisamente, uno de los libros más influyentes en el campo de la justicia transicional trató de responder a este complejo interrogante: Teitel, Ruti G., *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2000. En él, la autora opta por una concepción de justicia excepcional, contextual y parcial, aplicable en contextos de cambio político tras un régimen dictatorial previo. Sin embargo, esta forma de entender la justicia transicional ha sido criticada en Roht - Arriaza, Naomi, "The new landscape of transitional justice", *op.cit.*, p. 1.

²⁵⁴ Teitel, Ruti G., *Transitional Justice*, *op.cit.*; Elster, Jon, "Coming to terms with the past...", *op.cit.*, p. 24; Hansen, Thomas Obel, "The vertical and horizontal expansion of transitional justice...", *op.cit.*, p. 109.

²⁵⁵ Ní Aoláin, Fionnuala and Campbell, Colm, "The Paradox of Transition in Conflicted Democracies", *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, No. 1, February 2005, pp. 173 - 174. Ahora bien, conviene aclarar que tampoco existe un consenso absoluto en la doctrina en torno a los tipos de transiciones que deberían

destacables pueden ser, por una parte, el hecho de hallarse ligadas a una particular concepción de democracia y a una consideración del régimen previo, en mayor o menor medida, como ilegítimo²⁵⁶ y, por otra, la posibilidad de identificar un "momento transicional" o, al menos, un proceso singular de transición²⁵⁷. Además, todas ellas parecen compartir ciertas características comunes que, como ha señalado el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (procedimiento especial al que luego nos referiremos), se pueden resumir de la siguiente manera:

“En primer lugar, se trata de países que habían alcanzado niveles relativamente avanzados de institucionalización horizontal y vertical, es decir que sus instituciones podían abarcar íntegramente sus respectivos territorios nacionales y que sus sistemas jurídicos regulaban los aspectos más importantes de la relación entre los ciudadanos y las instituciones del Estado, pese a lo cual fueron incapaces de impedir las manifiestas y graves violaciones cometidas. En segundo lugar, las medidas en cuestión fueron adoptadas en respuesta a un tipo particular de vulneración, relacionada con el ejercicio abusivo del poder del Estado, precisamente a través de esas instituciones. Así pues, cabe interpretar que la finalidad de los procesos de transición en esas situaciones posautoritarias era en parte recuperar las instituciones y tradiciones brutalmente interrumpidas”²⁵⁸.

Tras haber delimitado el ámbito de aplicación de la justicia transicional, conviene analizar cuáles eran los objetivos que se le atribuían a esta modalidad de justicia. Pues bien, a este respecto es posible comprobar que, pese al listado más o menos extenso de funciones que se pudiera llegar a realizar²⁵⁹, existe cierto consenso en la doctrina en torno a la finalidad de la justicia transicional²⁶⁰ ya que la mayoría de expertos coincidían en

incluirse dentro de este primer grupo. Por ejemplo, determinados autores defienden que "the issue of transitional justice, as we are using the term, does not emerge when there is no transition or the transition is from one dictator to another" (Crocker, David A., "Transitional Justice and International Civil Society...", *op.cit.*, pp. 493 – 494) mientras que otros, por el contrario, sí que valoran la justicia transicional que se produce en regímenes autoritarios (McAuliffe, Pádraig, "Transitional Justice's Expanding Empire...", *op.cit.*, p. 37) o distinguen en sus explicaciones entre "liberal transition" y "non - liberal transition" (Hansen, Thomas Obel, "Transitional Justice...", *op.cit.*, pp. 3 – 4). Por esta razón, no le faltaba razón a Chinchón Álvarez cuando advertía que "afrontar el examen de los procesos de transición, en términos generales, supone enfrentar el análisis de una materia ampliamente analizada y, sin embargo, enormemente problemática" (Chinchón Álvarez, Javier, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, *op.cit.*, p. 273).

²⁵⁶ Ní Aoláin, Fionnuala and Campbell, Colm, "The Paradox of Transition...", *op.cit.*, pp. 173 - 174.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 181.

²⁵⁸ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, *op.cit.*, punto. 15.

²⁵⁹ Puede resultar ilustrativo el listado de los ocho objetivos enumerados por Crocker, David A., "Transitional Justice and International Civil Society...", *op.cit.*, pp. 495 - 500.

²⁶⁰ Clara, por ejemplo, la respuesta que se da en: Kritz, Neil J., "The dilemmas of transitional justice" en Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes*, Vol. 1, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995, p. xxi.

señalar que lo que los nuevos regímenes buscaban era el establecimiento del Estado de derecho, la democracia/democratización²⁶¹ o ambos²⁶². Y, para ello, y con la finalidad de distanciarse del régimen anterior, era indispensable hacer frente a los abusos cometidos por los miembros del antiguo régimen y otorgar justicia a las víctimas²⁶³.

Si bien en estos momentos nos vamos a limitar a realizar una descripción objetiva de la doctrina de la época, no podemos dejar pasar la oportunidad de apuntar que, a nuestro juicio, no es posible atribuir estos objetivos tan ambiciosos a la justicia transicional cuando, como hemos ido señalando en las líneas precedentes, estos procesos de transición se sustentaron en leyes de amnistía, mecanismos de verdad como sustitución de procesos judiciales penales o, simplemente, purgas masivas. Por ello, estamos completamente de acuerdo con que "se han hecho muchas afirmaciones cuestionables acerca de los efectos de las políticas de verdad y justicia"²⁶⁴.

En todo caso, y como señalábamos previamente, de la lectura de la doctrina de la época parece deducirse un cierto consenso en los objetivos que se le atribuían a este campo emergente. Ahora bien, ello no implicaba que hubiera tal acuerdo a la hora de decidir cómo lograrlos. Por ello, responder al interrogante acerca de cómo podían los nuevos líderes democráticos hacer frente a los abusos cometidos por el régimen previo (expresión ampliamente utilizada en esta primera fase²⁶⁵) era, sin lugar a dudas, el más complejo

²⁶¹ Belasco, Lauren Marie, "The Transitions of Transitional Justice: Mapping the Waves From Promise to Practice", *Journal of Human Rights*, Vol. 12, Issue 2, 2013, p. 199; Teitel, Ruti, "How are the new democracies of the southern cone dealing with the legacy of past human rights abuses?" en Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes, Vol. 1*, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995, pp. 146 – 153; Malamud - Goti, Jaime, "Transitional governments in the breach: why punish state criminals?" en Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes, Vol. 1*, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995, p. 189.

²⁶² Teitel, Ruti G., "Transitional Justice in a New Era", *Fordham International Law Journal*, Vol. 26, Issue 4, 2002, p. 898.

²⁶³ McGregor, Lorna, "Transitional Justice and the Prevention of Torture", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, Issue 1, 2013, pp. 29 – 30; Zalaquett, José, "Confronting human rights violations committed by former governments...", *op.cit.*, p. 5; Sharp, Dustin N., "Beyond the Post - Conflict Checklist...", *op.cit.*, pp. 175 - 176.

²⁶⁴ Barahona de Brito, Alexandra, Aguilar Fernández, Paloma y González Enríquez, Carmen, "Introducción" en Barahona de Brito, Alexandra, Aguilar Fernández, Paloma y González Enríquez, Carmen (Eds.), *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones y olvido en las nuevas democracias*, Madrid, Istmo, 2002, pp. 56 - 57.

²⁶⁵ Por ello, precisamente, los relevantes manuales de Kritz llevan por título *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes*.

dilema, el problema más significativo²⁶⁶ o la preocupación central²⁶⁷ con la que debería lidiar la justicia transicional²⁶⁸.

Compleja pregunta que, precisamente, trató de responder Teitel en su obra pionera sobre la justicia transicional²⁶⁹. Sin perjuicio de la relevancia del libro de la autora, consideramos que es Timothy Garton Ash quien, mediante cuatro interrogantes básicos y muy concisos, mejor muestra las opciones que se manejaban en esta primera fase: "si sí o no, hay que recordar y procesar el pasado, en cualquiera de las maneras posibles, o simplemente intentar olvidar y pensar en el futuro; cuándo conviene abordarlo, si es que se aborda; quién debe hacerlo, y, por último, pero igual de importante, cómo"²⁷⁰.

De entre todas las preguntas formuladas, nos vamos a centrar sólo en una: teniendo en cuenta que nos hallamos a finales del siglo XX y que prácticamente en las mismas fechas se aprobaría el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), ¿dónde estaba el Derecho Internacional? ¿Acaso no se podían derivar del Ordenamiento Jurídico Internacional ciertas obligaciones que limitaran la respuesta que los Estados podían dar ante la comisión de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos? ¿Acaso era jurídicamente viable no adoptar ningún tipo de medida?²⁷¹ Como analizaremos en el siguiente apartado, si bien el Derecho no brillaba por su ausencia, se hallaba, cuanto

²⁶⁶ Zalaquett, José, "Balancing ethical imperatives and political constraints...", *op.cit.*, p. 203.

²⁶⁷ Teitel, Ruti G., *Globalizing transitional justice. Contemporary essays*, *op.cit.*, p. xiii.

²⁶⁸ Huntington, Samuel P., "The third wave: democratization in the late twentieth century" en Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes, Vol. 1*, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995, p. 67; Barahona de Brito, Alexandra, Aguilar Fernández, Paloma y González Enríquez, Carmen, "Introducción", *op.cit.*, p. 29; Sriram, Chandra Lekha, Martin - Ortega, Olga and Herman, Johanna, "Guidance paper: Evaluating and Comparing Strategies of Peacebuilding and Transitional Justice", *Just and Durable Peace by Piece*, European Union 7th Framework Programme, Deliverable 3, Centre on Human Rights in Conflict, Working Paper 2, May 2009, p. 7 (Disponible online en: <https://www.ciaonet.org/attachments/14206/uploads>); Crocker, David A., "Comisiones de la verdad, justicia transicional y sociedad civil" en Minow, Martha, Crocker, David A., y Mani, Rama, *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar, 2011, pp. 112 - 113.

²⁶⁹ Concretamente, ésta fue la pregunta fundamental que realizó la experta: "In these times of massive political movement from illiberal rule, one burning question recurs. How should societies deal with their evil pasts?" (Teitel, Ruti G., *Transitional Justice*, *op.cit.*, p. 3).

²⁷⁰ Ash, Timothy Garton, "Juicios, purgas y lecciones de historia", *op.cit.*, p. 44. Para responder a esta pregunta el autor analizaba tres posibles vías que, como tendremos ocasión de comprobar, difícilmente serían trasladable a los casos actuales: juicios, purgas y lecciones de historia (*Ibid.*, p. 49).

²⁷¹ Esta posibilidad se recoge en números escritos de la época, por ejemplo: Elster, Jon, "Coming to terms with the past...", *op.cit.*, p. 17; Crocker, David A., "Transitional Justice and International Civil Society: Toward a Normative Framework", *Constellations*, Vol. 5, No. 4, 1998, p. 495; Huntington, Samuel P., "The third wave...", *op.cit.*, pp. 66 - 67; Huyse, Luc, "Justice after transition: on the choices successor elites make in dealing with the past" en Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes, Vol. 1*, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995, pp. 348 - 349.

menos, eclipsado por consideraciones de orden político que eran, sin lugar a dudas, las que marcaban las opciones a seguir en los procesos de transición²⁷².

2.2. La constante vulneración del Derecho Internacional en los procesos de transición

La tensión entre los imperativos de la justicia y los propios de la democracia²⁷³ ha sido, desde los orígenes del campo, una de las señas de identidad de la justicia transicional²⁷⁴ que, incluso, continúa en la actualidad²⁷⁵. Por ello, podemos dividir la doctrina²⁷⁶ de la época en dos grandes y opuestos extremos²⁷⁷: por una parte, se hallaban aquéllos que apoyaban los enjuiciamientos²⁷⁸ y, por el otro, se situaban los que consideraban que, en

²⁷² Saffon, María Paula, "Enfrentando los horrores del pasado...", *op.cit.*, pp. 13 – 14; Mani, Rama, "La reparación como un componente de la justicia transicional...", *op.cit.*, p. 159.

²⁷³ Este debate ha recibido diferentes denominaciones: justicia vs paz; justicia vs democracia; justicia vs verdad, etc. No obstante, en el fondo, la cuestión es la misma: ¿se debe enjuiciar a los responsables o, por el contrario, es mejor sustituirlos por otros mecanismos no penales como, por ejemplo, comisiones de la verdad?

²⁷⁴ Turner, Catherine, "Deconstructing Transitional Justice", *Law and Critique*, Vol. 24, Issue 2, July 2013, p. 194.

²⁷⁵ Precisamente, el hecho de que la justicia transicional haya logrado desarrollarse pese a las tensiones propias del debate e, incluso, como mostraremos en los apartados sucesivos, haya logrado consolidarse es, siguiendo a Pablo de Greiff, "su primer gran logro", véase De Greiff, Pablo, "Algunas reflexiones...", *op.cit.*, p. 19.

²⁷⁶ Hay quien considera que el debate enfrentó, por una parte, a los abogados internacionales y, por otra, a los científicos sociales (Jeffery, Renée and Kim, Hun Joon, "Introduction...", *op.cit.*, pp. 9 – 10). A nuestro juicio, esta distinción no es del todo correcta ya que una lectura de los escritos doctrinales de la época muestra que muchos internacionalistas también se mostraban a favor de una política de perdón y olvido.

²⁷⁷ Estos dos extremos se recogen en: Chinchón Álvarez, Javier, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, *op.cit.*, p. 280; Huyse, Luc, "Justice after transition...", *op.cit.*, pp. 339 – 342; Barahona de Brito, Alexandra, Aguilar Fernández, Paloma y González Enríquez, Carmen, "Introducción" en Barahona de Brito, Alexandra, Aguilar Fernández, Paloma y González Enríquez, Carmen (Eds.), *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones y olvido en las nuevas democracias*, Madrid, Istmo, 2002, p. 68.

²⁷⁸ Méndez, Juan E., "In Defense of Transitional Justice" en McAdams, A. James (Ed.), *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, Notre Dame and London, University of Notre Dame Press, 1997, p. 1; Neier, Aryeh, "What should be done about the guilty?" en Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes*, Vol. 1, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995, p. 182.

contextos de transición, la única opción viable era "perdonar"²⁷⁹, "olvidar"²⁸⁰ el pasado, lograr la "reconciliación"²⁸¹ ya que, de lo contrario, se podría correr el peligro de una reinstauración de la dictadura²⁸². En una posición intermedia, podemos encontrar a unos pocos que reivindicaban que, entre el olvido total y la improbable realización de una justicia completa, había más opciones²⁸³ o que consideraban que era necesario lograr un equilibrio entre los dos imperativos²⁸⁴.

El tiempo se ha encargado de demostrar que, salvo contadas excepciones, fueron los defensores del segundo grupo quienes ganaron la partida. Y es que, el argumento en torno a la "amenaza de desestabilización" se convirtió, en aquella época, en "la excusa original"²⁸⁵ que llevaría a los Estados a afirmar que apoyarían las medidas de justicia transicional siempre y cuando no entraran en contradicción con otras prioridades como, por ejemplo, el mantenimiento de la estabilidad²⁸⁶ o el logro de la "reconciliación"²⁸⁷. En

²⁷⁹ Son numerosos los expertos que han profundizado en torno a la función del perdón en los procesos de justicia transicional: Saunders, Rebecca, "Questionable Associations: The Role of Forgiveness in Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 5, Issue 1, 2011, pp. 119 - 141; Etxeberria Mauleon, Xabier, "El lugar del perdón en la justicia en contextos de transición política" en Bernuz Beneitez, María José y García Inda, Andrés (Eds.), *Después de la violencia. Memoria y justicia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2015, pp. 57 - 98; Cowley, Christopher, "Forgiveness, Legitimacy of" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, New York, Cambridge University Press, 2013, pp. 187 - 193. A este respecto, resulta especialmente interesante la entrevista que Roht Arriaza realiza a José Zalaquett y sus reflexiones en torno al perdón (Roth - Arriaza, Naomi, "La necesidad de la reconstrucción moral tras violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado: una entrevista con José Zalaquett" en Reátegui, Félix (Ed.), *Justicia transicional: manual para América Latina*, Brasilia: Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia; Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011, pp. 175 - 180).

²⁸⁰ Son numerosos los ejemplos de "olvido" que se citan en: Ash, Timothy Garton, "Juicios, purgas y lecciones de historia", *op.cit.*, p. 45.

²⁸¹ Para conocer la relación entre la reconciliación y la justicia transicional en estos primeros años de desarrollo de la justicia transicional: Villa - Vicencio, Charles and Doxtader, Erik (Eds.), *Pieces of the Puzzle. Keywords on Reconciliation and Transitional Justice*, South - Africa, Institute for Justice and Reconciliation, 2004. Así mismo, para un análisis más cercano en el tiempo: Renner, Judith, "A Discourse Theoretic Approach to Transitional Justice Ideals: Conceptualising 'Reconciliation' as an Empty Universal in Times of Political Transition" en Palmer, Nicola, Clark, Phil and Granville, Danielle (Eds.), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, Cambridge - Antwerp - Portland, Intersentia, 2012, pp. 51 - 71.

²⁸² A este respecto, el artículo de Rangelov y Teitel da buena muestra de la posición de determinados autores en esta primera fase de la justicia transicional: Rangelov, Iavor and Teitel, Ruti, "Transitional Justice", *op.cit.*, pp. 342 - 345.

²⁸³ Minow, Martha, "Memoria y odio: ¿Se pueden encontrar lecciones por el mundo?" en Minow, Martha, Crocker, David A., y Mani, Rama, *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar, 2011, pp. 79 - 108.

²⁸⁴ Boraine, Alex, "Transitional Justice", *op.cit.*, p. 72.

²⁸⁵ Méndez, Juan E., "Justicia de transición", *op.cit.*, p. 23.

²⁸⁶ Hansen, Thomas Obel, "The vertical and horizontal expansion of transitional justice...", *op.cit.*, p. 112; Hansen, Thomas Obel, "Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 14.

²⁸⁷ Llegados a este punto, quisiéramos señalar que, a nuestro juicio, fue el caso sudafricano el que vinculó el ideal de la verdad con la posibilidad de "reconciliar" a la sociedad y, por ello, creemos que en estos momentos nos hallamos en un estadio en el que una parte de la doctrina considera que es la justicia restaurativa (que, como explicaremos más adelante, se identifica principalmente con las comisiones de la verdad) el tipo de justicia que debe implementarse al crear un proceso de justicia transicional, relegando,

definitiva, el debate se planteaba como un "hard choice"²⁸⁸ en el que el compromiso era inevitable²⁸⁹.

Ante esta situación (y teniendo en cuenta que los expertos que trabajaban en este campo provenían, principalmente, de los estudios jurídicos²⁹⁰ y políticos²⁹¹ y que, por ende, éstas eran las disciplinas predominantes en los estudios sobre la justicia transicional²⁹²), resulta llamativo que, lejos de basar el debate en las obligaciones que se derivaban del Derecho Internacional²⁹³, las partes parecieran conformarse con evocar términos ambiguos y sumamente subjetivos²⁹⁴. Y es que, los argumentos expuestos apenas tomaban en consideración las obligaciones que el Derecho Internacional imponía a los Estados. Por el contrario, una lectura de los escritos de la época muestra que, en la toma de decisiones relativas a la implementación de procesos transicionales, prevalecían única y exclusivamente las consideraciones políticas²⁹⁵. Así, no sorprende que se llegara a considerar que, en muchas ocasiones, el factor determinante era el equilibrio de poder

de esta manera, a la justicia penal a un segundo plano. Es más, si algún término se hizo popularmente conocido en esta fase de la justicia transicional gracias al caso de Sudáfrica fue el polémico y ambiguo concepto de la reconciliación. Y ello a pesar de que, como se ha puesto de manifiesto, se empleaba en un sentido y el contrario. En efecto, como explica Roht Arriaza, "the South African experience was key, for example, in popularizing and legitimizing a concept of 'reconciliation' that had been seen in Latin America as simply a code word for impunity but that was taken up very differently in the African context" (Roht - Arriaza, Naomi, "Editorial Note", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, Issue 3, 2013, p. 385). Estas mismas contradicciones pueden observarse en el caso de Ruanda, en el que, según Alex Boraine, "talk about reconciliation is highly suspect and can be viewed as a call for amnesia" (Boraine, Alex, "Transitional Justice", *op.cit.*, p. 69). Es más, a juicio de Forsberg, "for the perpetrators reconciliation means amnesty, whereas for the victims it means prosecution" (Forsberg, Tuomas, "The Philosophy and Practice...", *op.cit.*, p. 73).

²⁸⁸ Benomar, Jamal, "Justice after transitions" en Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes*, Vol. 1, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995, p. 32.

²⁸⁹ Biggar, Nigel, "Conclusion" en Biggar, Nigel (Ed.), *Burying the past. Making peace and doing justice after civil conflict*, Washington, D.C., Georgetown University Press, 2003, p. 312.

²⁹⁰ Forcada Barona, Ignacio, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, *op.cit.*, p. 100.

²⁹¹ Anders, Gerhard and Zenker, Olaf, "Transition and Justice...", *op.cit.*, p. 398. En la misma línea: Ramírez Barat, Clara, *La justicia en el Tiempo...*, *op.cit.*, p. 3.

²⁹² El comentario a la bibliografía que se realiza en Barahona de Brito, Alexandra, "Bibliografía comentada", *op.cit.*, pp. 451 – 495, es un excelente ejemplo de los debates que planteaba la literatura doctrina de la época.

²⁹³ Es importante señalar que determinados expertos no comparten esta perspectiva de la justicia transicional. De hecho, a juicio de un determinado grupo de especialistas, en esta época el debate se sustentaba en el Derecho Internacional y, especialmente, se planteaba en términos de derechos humanos: Barahona de Brito, Alexandra, Aguilar Fernández, Paloma y González Enríquez, Carmen, "Introducción", *op.cit.*, pp. 53 – 54; Lutz, Ellen, "Transitional justice: Lessons learned and the road ahead" en Roth - Arriaza, Naomi and Mariezcurrena, Javier (Eds.), *Transitional Justice in the Twenty - First Century. Beyond Truth versus Justice*, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 328 – 329.

²⁹⁴ A modo de curiosidad, nos parecen cuanto menos llamativas las directrices que se llegaron a elaborar en estos primeros años de desarrollo del campo en: Huntington, Samuel P., "The third wave...", *op.cit.*, p. 81.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 69; Saffon, María Paula, "Enfrentando los horrores del pasado...", *op.cit.*, pp. 13 – 14; Mani, Rama, "La reparación como un componente de la justicia transicional...", *op.cit.*, p. 159.

entre las fuerzas que representaban el pasado y las nuevas democracias²⁹⁶ o que hacer frente a las violaciones a los derechos humanos del pasado consistía en un problema ético y político"²⁹⁷.

Precisamente, esta escasa o nula fundamentación jurídica puede ser una de las razones que explica por qué los derechos de miles de víctimas, reconocidos internacionalmente²⁹⁸, no fueron tomados en consideración²⁹⁹. Ahora bien, que el Derecho Internacional no fuera aplicado no significa que no existiera. Por ello, nos parece muy oportuno el término empleado por Chinchón Álvarez para calificar este contexto: nos hallamos ante el “desuso”³⁰⁰ del mismo.

Esta escasa y pobre fundamentación jurídica en el debate central de la justicia transicional no sólo afectó a los derechos de las víctimas, sino que causó las más variadas y llamativas paradojas³⁰¹ entre los argumentos expuestos³⁰² lo que, en último término, demostró que elegir entre democracia-paz-estabilidad y justicia no era sino un chantaje³⁰³. Un chantaje que, desgraciadamente, se subsumió bajo el concepto o bajo la defensa de la "justicia transicional" para flexibilizar, limitar, excluir y, en definitiva, ignorar el conjunto de obligaciones internacionales que imponían límites a la respuesta de los Estados en procesos de transición. Por esta razón, consideramos que, en esta primera fase, la justicia transicional equivalía o era un sinónimo de impunidad³⁰⁴. Así, a nuestro juicio, la justicia

²⁹⁶ Benomar, Jamal, "Justice after transitions" en Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes, Vol. 1*, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995, p. 41.

²⁹⁷ Zalaquett, José, "Balancing ethical imperatives and political constraints...", *op.cit.*, p. 205.

²⁹⁸ Sobre el estado del Derecho Internacional en esta época: Roht - Arriaza, Naomi (Ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, New York - Oxford, Oxford University Press, 1995.

²⁹⁹ Schabas, William, "Transitional Justice and the Norms of International Law", *op.cit.*

³⁰⁰ Chinchón Álvarez, Javier, "Derecho internacional y transformaciones del Estado. Del desuso, uso y abuso del ordenamiento jurídico internacional cuando de ciertas transformaciones que afectan a la forma de gobierno se trata" en Soroeta Licerias, Juan (ed.), *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cursos de Derechos Humanos de Donostia - San Sebastián, Volumen XI*, Bilbao, Servicio Editorial UPV/EHU, 2010, pp. 75 - 121. En definitiva, este extremo no hace sino dar la razón a Bassiouni cuando afirma clara y tajantemente que "international criminal justice has historically been resisted by governments, whose goals have invariably been driven by political realism or what is more commonly referred to as *realpolitik*" (Bassiouni, M. Cherif, "Assessing conflict outcomes...", *op.cit.*, p. 17).

³⁰¹ Newman, Edward and Schnabel, Albrecht (Eds.), *Recovering from Civil Conflict: Reconciliation, Peace and Development*, London-Portland-Or, Frank Cass, 2002, p. 33.

³⁰² Luc Huyse da buena muestra de ello en: Huyse, Luc, "Justice after transition...", *op.cit.*, pp. 348 - 349.

³⁰³ Méndez, Juan E. and Cone, Catherine, "Transitional justice" en Sheeran, Scott and Rodley, Sir Nigel (Ed.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, London and New York, Routledge, 2013, p. 774.

³⁰⁴ Collins, Cath, *Post - transitional justice...*, *op.cit.*, p. 19. En una posición similar: Newman, Edward, "Transitional Justice: The Impact of Transnational Norms and the UN" en Newman, Edward and Schnabel, Albrecht (Eds.), *Recovering from Civil Conflict: Reconciliation, Peace and Development*, London-Portland-Or, Frank Cass, 2002, p. 31. En contra, en cambio: Bell, Christine, "Transitional Justice, Interdisciplinarity...", *op.cit.*, p. 7.

transicional se convirtió en una especie de escudo que garantizaba a los Estados la más amplia flexibilidad a la hora de responder a las demandas de miles de víctimas ante violaciones masivas y sistemáticas cometidas por el régimen precedente.

Ahora bien, es justo mencionar que no todos los sectores de la doctrina comparten las características que acabamos de señalar ya que todo depende de la lectura que se realice sobre el origen del campo. Y es que, la lectura difiere considerablemente si situamos el inicio de la disciplina en los precedentes de Núremberg o Tokio o, incluso, en el establecimiento de los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda. Los sectores doctrinales que toman estos casos como punto de partida de la justicia transicional argumentan que, en un primer momento, la respuesta de la justicia transicional era predominantemente legal y, concretamente, penal³⁰⁵. Esta conclusión no hace sino demostrar los escasos consensos que, todavía hoy, existen en el campo de la justicia transicional.

2.3. Las circunstancias contextuales como argumento para justificar la descoordinación de los mecanismos transicionales

Sin perjuicio de que vayamos a analizar los mecanismos de la justicia transicional de forma más detallada en la Sección tercera del presente Capítulo, conviene adelantar que esta modalidad de justicia, desde sus orígenes, ha aglutinado un conjunto de mecanismos que, de una u otra manera, tratan de dar respuesta a las violaciones de los derechos humanos que se han cometido en los contextos de transición³⁰⁶.

Estos mecanismos comenzaron a surgir a medida que los diversos Estados iban atravesando sus respectivos procesos de transición: juicios, comisiones de la verdad, programas administrativos de reparación, destitución de funcionarios públicos o reformas

³⁰⁵ Benavides Venegas, Farid Samir, *Justicia en épocas... op.cit.*, p. 19; Arbour, Louise, "Economic and social justice for societies in transition", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 40, No. 1, 2007, pp. 1 - 2; Pham, Phuong N., "Stay the Hand of Justice...", *op.cit.*, pp. 34 - 35; Fijalkowski, Agata and Grosescu, Raluca, "Introduction" en Fijalkowski, Agata and Grosescu, Raluca (Eds.), *Transitional Criminal Justice in Post - Dictatorial and Post - Conflict Societies*, Cambridge - Antwerp - Portland, Intersentia, 2015, p. 2; Bothmann, Astrid, *Transitional justice in Nicaragua...*, *op.cit.*, p. 17; Turner, Catherine, "Deconstructing Transitional Justice", *op.cit.* p. 196; Buckley - Zistel, Susanne, Beck, Teresa Koloma, Braun, Christian and Mieth, Friederike, "Transitional justice theories: An introduction", *op.cit.*, p. 3.

³⁰⁶ Por esta razón, estamos de acuerdo con Boraine cuando defiende que "transitional justice has emerged from the isolated practice of a variety of mechanisms, all attempting to address the past" (Boraine, Alex, "Transitional Justice as an Emerging Field", *op.cit.*, p. 2.

institucionales, fueron algunos de los instrumentos que se han empleado a lo largo de la historia³⁰⁷. Instrumentos que, lejos de adoptarse de manera coordinada y complementaria, tendieron a instaurarse atendiendo a las circunstancias particulares de los Estados. Es decir, lejos de existir una política integral que abogase por la adopción de un conjunto complementario de medidas, los Estados, tras valorar sus peculiares coyunturas políticas, sociales e, incluso, culturales, optaron por uno u otro mecanismo³⁰⁸, si bien cabe advertir ciertas similitudes regionales³⁰⁹. En definitiva, existe un alto grado de consenso en la doctrina a la hora de afirmar que cada caso era único³¹⁰ y que, por ello, la adopción del mecanismo en cuestión se hallaba vinculado al contexto y a las circunstancias³¹¹

³⁰⁷ Las diferentes opciones al alcance de los Estados fueron analizadas en: Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes, Vol. 1*, *op.cit.*, pp. xxi - xxvii. Es interesante mencionar que los mecanismos analizados por el editor son: criminal sanctions, non - criminal sanctions, acknowledging the past, compensation, restitution and rehabilitation. En un sentido muy similar: Huyse, Luc, "Justice after transition...", *op.cit.*, pp. 337 - 339; Huntington, Samuel P., "The third wave...", *op.cit.*, p. 81; Neier, Aryeh, "What should be done...", *op.cit.*, pp. 172 - 183; Newman, Edward, "Transitional Justice...", *op.cit.*, pp. 34 - 40; Ash, Timothy Garton, "Juicios, purgas y lecciones de historia", *op.cit.*, pp. 43 - 62.

³⁰⁸ Mani, Rama, "La reparación como un componente de la justicia transicional...", *op.cit.*, p. 161. Por ello, es correcto referirse al origen del campo, como señala Lecombe, como fragmentado: Lecombe, Delphine, "Una paz conflictiva...", *op.cit.*, p. 214. Determinados expertos incluso se aventuraron a proporcionar directrices para elegir el mecanismo más adecuado (Rosenberg, Tina, "Tierras embrujadas" en El Centro Internacional para la Justicia Transicional (Ed.) o VV.A., *Ensayos sobre la justicia transicional*, Nueva York, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2003, p. 12).

³⁰⁹ Una interesante clasificación geográfica se puede consultar en: Fisher, Kirsten J. and Stewart, Robert, "After the Arab Spring: a new wave of transitional justice?" en Fisher, Kirsten J. and Stewart, Robert (Eds.), *Transitional Justice and the Arab Spring*, London and New York, Routledge, 2014, p. 2. En un sentido, hasta cierto punto, similar: A/HRC/36/50/Add.1 Report to the Human Rights Council on his global study on transitional justice, 7 august 2017, párr. 5 - 23.

³¹⁰ Roth - Arriaza, Naomi, "The new landscape of transitional justice", *op.cit.*, p. 5; Kritz, Neil J., "War Crimes and Truth Commissions: Some Thoughts on Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights", *USAID Conference, Promoting Democracy, Human Rights, and Reintegration in Post-Conflict Societies*, October 30 - 31, 1997, p. 23.

³¹¹ Un estudio sumamente riguroso en torno al conjunto de condicionantes que influyen en las respuestas que las sociedades eran capaces de dar para hacer frente al legado de abusos a los derechos humanos fue el realizado por: Barahona de Brito, Alexandra, Aguilar Fernández, Paloma y González Enríquez, Carmen (Eds.), *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones y olvido en las nuevas democracias*, Madrid, Istmo, 2002. En un sentido similar: Crocker, David A., "Transitional Justice and International Civil Society...", *op.cit.*, p. 493; Zalaquett, José, "Confronting human rights violations...", *op.cit.*, pp. 17 - 31; O'Donnell, Guillermo and Schmitter, Philippe C., "Transition from authoritarian rule: tentative conclusions about uncertain democracies" en Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes, Vol. 1*, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995, pp. 57 - 64; Huyse, Luc, "Justice after transitions...", *op.cit.*, pp. 104 - 115; Herz, John H., "From dictatorship to democracy: coping with the legacies of authoritarianism and totalitarianism" en Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes, Vol. 1*, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995, pp. 132 - 145; Solomon, Richard H., "Preface" en Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes, Vol. 1*, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995, p. xiii; Henkin, Alice H., "State crimes...", *op.cit.*, p. 186; Ash, Timothy Garton, "Juicios, purgas y lecciones de historia", *op.cit.*, p. 60; Zalaquett, José, "Balancing ethical imperatives and political constraints...", *op.cit.*, p. 205; Huyse, Lucien; *Young Democracies and the Choice between Amnesty, Truth Commissions and Prosecutions*. Leuven, Instituut Recht en Samenleving, 1998; Goldstone, Richard J., "Justice as a Tool for Peace-Making: Truth Commissions and International Criminal Tribunals", *NYU Journal of Law and Politics*, Vol. 28, 1996, p.

particulares del Estado en transición³¹². Y, cuando a los Estados se les da la facultad de elegir sin imponer ningún tipo de requisito o condición, es lógico que opten por eludir los procesos judiciales³¹³, reemplazándolos por otras medidas menos sensibles como las comisiones de la verdad o los programas de reparación³¹⁴.

A pesar de que la actual forma de concebir la justicia transicional ha experimentado un avance considerable, resulta interesante comprobar que los mecanismos que actualmente se emplean continúan siendo prácticamente los mismos que en los orígenes del campo³¹⁵. Es decir, no se ha producido un aumento de instrumentos transicionales, sino que lo que ha cambiado es la forma en la que los mismos resultan de aplicación en un proceso de justicia transicional con la finalidad de respetar las obligaciones que se derivan del Ordenamiento Jurídico Internacional.

2.4. A modo de conclusión: la justicia transicional en los primeros años de desarrollo del campo

A lo largo de esta Sección hemos comprobado que los orígenes de la justicia transicional han sido eminentemente prácticos y que, por ello, resulta complicado establecer una fecha exacta en la que podamos afirmar con rotundidad que se había creado un nuevo campo, máxime si tenemos en cuenta que, en estas fechas, en la práctica estatal no se empleaba el concepto “justicia transicional”.

Sin embargo, el recorrido histórico que hemos ido realizando pone de manifiesto cómo poco a poco se fue dando cierta forma a los dilemas que surgían en los más variados contextos de transición cuando los Estados debían responder ante las violaciones de los

492; Landsaman, Stephan, "Alternative Responses to Serious Human Rights Abuses: of Prosecution and Truth Commissions", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, No. 4, 1996, pp. 81 – 92; Eisnagle, Carrie J. Niebur, "An International Truth Commission: Utilizing Restorative Justice as an Alternative to Retribution", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003, pp. 209 - 241.

³¹² Las similitudes de los diversos procesos han sido analizadas en: Albon, Mary, "Project on justice in times of transition...", *op.cit.*, p. 53; Smith, Charles Duryea, "Introduction", *op.cit.*, p. xvi; Kritz, Neil J., "The dilemmas of transitional justice" en Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes, Vol. 1*, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995, p. xix; Rosenberg, Tina, "Tierras embrujadas", *op.cit.*, p. 12.

³¹³ Ilustrativo, sin lugar a dudas, el siguiente escrito de la época: Phillips, Timothy and Albon, Mary, "When Prosecution Is Not Possible: Alternative Means of Seeking Accountability for War Crimes", Cooper, Belinda (Ed.), *War Crimes: The Legacy of Nuremberg*, New York, TV Books, 1999, pp. 244- 264. Ahora bien, a pesar del título, los autores defienden que los procesos penales son necesarios y que los culpables de haber perpetrado crímenes internacionales deben ser sancionados.

³¹⁴ Se ha defendido que las reparaciones y las purgas recibieron menos atención que los juicios y las comisiones de la verdad (Bothmann, Astrid, *Transitional justice in Nicaragua ...*, *op.cit.*, p. 53).

³¹⁵ Bell, Christine, "Transitional Justice, Interdisciplinarity...", *op.cit.*, p. 8.

derechos humanos cometidos por los regímenes previos. Y, por ello, es posible extraer unos mínimos comunes que nos ayudan a entender cómo se concebía la justicia transicional en los primeros años de desarrollo.

Así, hemos indicado que existen ciertos ámbitos bien delimitados en los que se implementaban las medidas de la justicia transicional: en primer lugar, resultaba de aplicación en las transiciones de regímenes autoritarios a la democracia; en segundo lugar, tenía como objetivo responder al interrogante acerca de cómo hacer frente a los abusos cometidos por el régimen previo; en tercer lugar, la concepción de justicia no era la misma que en periodos ordinarios; y, finalmente, la respuesta o los mecanismos que se implementaban dependían, directamente, de las circunstancias y condiciones políticas de la transición.

Por otra parte, hemos observado cómo cada Estado, pese a ciertas similitudes regionales a las que nos acabamos de referir, moduló su respuesta a sus particulares circunstancias. Sin embargo, y pese a la disparidad de soluciones ofrecidas, se fueron generando un número de instrumentos que se acabaron identificando con la justicia transicional: procesos judiciales penales, comisiones de la verdad, programas de reparación, reformas institucionales, entre otros, son algunas de las medidas que, poco a poco, se fueron sumando al catálogo de opciones a disposición de los Estados en transición. Ahora bien, la absoluta discrecionalidad de los Estados sumada a la amplitud de opciones y la escasa influencia que ejercía el Derecho Internacional, conllevó que éstos optaran por aquellas soluciones que menos “dificultades” les pudieran acarrear. Y es que, ¿por qué enjuiciar y “poner en peligro” la estabilidad democrática cuando es posible la instauración de un simple mecanismo de búsqueda de la verdad?

En definitiva, a pesar de la existencia y de la vigencia de ciertas obligaciones internacionales y de que, en 1998, se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, podemos concluir afirmando que el Derecho Internacional no jugó un papel destacado en los orígenes del campo. Por ello, podríamos considerar a esta originaria justicia transicional como una modalidad de justicia que “permitía” o “toleraba” una situación de impunidad.

SECCIÓN 3.^a. DESGLOSANDO LOS COMPONENTES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

1. La *transición* de la justicia transicional: los contextos que activan un proceso transicional

Como hemos intentado mostrar en la primera Sección del presente Capítulo, la justicia transicional, en su origen, fue aplicada por los Estados en un ámbito concreto y bien delimitado: los contextos de transición de regímenes autoritarios a regímenes más democráticos³¹⁶. No obstante, a finales del siglo XX³¹⁷ principios del XXI³¹⁸ el ámbito de aplicación de la justicia transicional comenzó a trasladarse a otros contextos³¹⁹. Una de las razones puede deberse al auge sin precedentes en el empleo de los mecanismos que se consideraban propios de la justicia transicional y a la consiguiente reacción de la Comunidad Internacional³²⁰. Esta implementación, lejos de resultar de aplicación en contextos de transición a la democracia, fue llevada a cabo por Estados que ponían, o debían poner, fin a un conflicto armado³²¹ o se veían en la necesidad de hacer frente a violaciones de los derechos humanos cometidos en otra serie de conflictos violentos. Es más, incluso determinados mecanismos comenzaban a ser aplicados por Estados que

³¹⁶ Resulta oportuno recordar que este especial contexto delimitó las opciones de los Estados a la hora de implementar las medidas transicionales y que condicionó la forma de entender la justicia transicional.

³¹⁷ Turner, Catherine, "Deconstructing Transitional Justice", *op.cit.*, p. 202.

³¹⁸ Sin embargo, otros autores consideran que fue a partir del año 2000 cuando el campo comenzó a expandirse: Bell, Christine, "Transitional Justice, Interdisciplinarity...", *op.cit.*, p. 8; Van der Merwe, Hugo and Brankovic, Jasmina, "Transitional Justice and Human Rights", *op.cit.*, p. 898; Roht - Arriaza, Naomi, "The new landscape of transitional justice", *op.cit.*, p. 8.

³¹⁹ Tampoco en este extremo existe consenso en torno la fecha en la que comenzó la expansión del campo. Si bien entendemos que puede ser difícil marcar un momento exacto en el que quepa hablar de expansión, a nuestro juicio, en ningún caso, y en contra de la opinión de numerosos autores, cabe situar este momento a mediados de la década de los noventa. Creemos que es conveniente recordar que la justicia transicional se consolida en 1995, fecha en la que se entendía como un modelo de justicia aplicable en contextos de transición a la democracia. Por ello, no consideramos viable que la expansión se hubiera podido realizar con anterioridad o en un momento inminentemente posterior a dicha fecha. No obstante, como ya hemos señalado, determinados autores se manifiestan en sentido contrario como, por ejemplo: Jeffery, Renée and Kim, Hun Joon, "Introduction..."; *op.cit.*, p. 5; Bassiouni, M. Cherif, "Assessing conflict outcomes...", *op.cit.*, p. 24; Mani, Rama, "La reparación como un componente de la justicia transicional...", *op.cit.*, p. 158.

³²⁰ Determinados autores, a la hora de explicar la expansión de la justicia transicional, no ponen el foco de atención en el aumento de las medidas implementadas, sino que consideran que fue la reacción de organizaciones como la ONU la que catalizó el campo (Sharp, Dustin N., "Beyond the Post - Conflict Checklist...", *op.cit.*, p. 177).

³²¹ A juicio de Pablo de Greiff, este traslado de las medidas de contextos postautoritarios a contextos postconflicto o a conflictos en curso es una de las razones por las que se ha producido la ampliación desmesurada de la justicia transicional (De Greiff, Pablo, "Algunas reflexiones...", *op.cit.*, p. 25).

habían realizado su "transición" democrática años atrás pero que, en aquel momento, no habían hecho frente a las graves violaciones de los derechos humanos cometidas. Comenzaba así la expansión del campo de la justicia transicional³²², expansión que supuso una alteración en la naturaleza de las situaciones a las que se aplicaba la etiqueta "transición"³²³ ya que, en muchas ocasiones, las transiciones políticas estaban lejos de producirse³²⁴.

1.1. La justicia transicional en los conflictos armados

Parece lógico pensar que si la justicia transicional surgió como un conjunto de medidas que debían aplicar los nuevos Estados democráticos tras haber puesto fin a un régimen dictatorial, la expansión del campo se produjera en ámbitos, hasta cierto punto, similares a los de su aplicación de origen. No obstante, la evolución de la justicia transicional siguió, y continuaría años después, por caminos más bien opuestos³²⁵. Y es que, la primera expansión se produjo en un contexto que poco o nada tenía que ver con las originarias transiciones a la democracia: las transiciones a la paz tras un conflicto³²⁶.

³²² Uno de los estudios más completos sobre la expansión del campo ha sido el realizado por: Hansen, Thomas Obel, "The vertical and horizontal expansion of transitional justice...", *op.cit.*, pp. 105 - 124.

³²³ Turner, Catherine, "Deconstructing Transitional Justice", *op.cit.*, p. 202.

³²⁴ Van der Merwe, Hugo and Brankovic, Jasmina, "Transitional Justice and Human Rights", *op.cit.*, p. 896.

³²⁵ La aplicación de unas mismas o similares respuestas ante una disparidad de ámbitos de aplicación es una de las razones por las que consideramos que, actualmente, todavía nos hallamos ante imprecisiones, incoherencias y las más variadas contradicciones en el campo de la justicia transicional. Es decir, ha sido esta aplicación desmesurada de medidas la que ha producido tal incoherencia en el campo que hace muy difícil, sino imposible, delimitar claramente los casos que deben ser considerados, propiamente, de justicia transicional. Y es que, pese al tiempo transcurrido desde el surgimiento del campo, continúa sin existir un debate serio, una reflexión profunda sobre el significado de la justicia transicional y, especialmente, sobre los límites de la expansión del campo. Es más, esta ambiciosa expansión que se produce en el campo de la justicia transicional no ha hecho más que empezar. Y es que, tal y como comprobaremos en los apartados posteriores, el traslado de las experiencias de la justicia transicional en democracias a justicia transicional tras un conflicto armado no fue sino el primero de las muchas expansiones que se producirían posteriormente.

³²⁶ Ahora bien, y antes de continuar, creemos que es conveniente aclarar que si bien, a nuestro juicio, este tipo de transiciones a la paz constituyen un nuevo ámbito para la justicia transicional, determinados sectores de la doctrina los sitúan como parte de los procesos originarios (Sharp, Dustin N., "Emancipating Transitional Justice from the Bonds of the Paradigmatic Transition", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, Issue 1, March 2015, p.150) o paradigmáticos del campo (McAuliffe, Pádraig, "Transitional Justice's Expanding Empire...", *op.cit.*, p. 36; Engstrom, Par, "Transitional Justice and Ongoing Conflict", November 2011, p. 2. Disponible online en SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2004313. Posición, esta última, que no compartimos ya que consideramos que los debates que comenzaron a plantearse en sociedades que transitaban a la paz tras un conflicto armado suponían una novedad para la justicia transicional (Forcada Barona, Ignacio, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, *op.cit.*, pp. 110 – 111).

A nuestro juicio, resulta llamativo que, apenas unos años después de que se consolidara el campo, se debatiera la aplicación de las medidas de la justicia transicional en otra serie de ámbitos³²⁷, máxime teniendo en cuenta que ni siquiera existía consenso entre los expertos en torno al alcance y los fundamentos básicos en los que se debía asentar la justicia transicional en las originarias transiciones a la democracia³²⁸. La consecuencia, como cabía esperar, es obvia: se trasladaron unos conocimientos imprecisos y, en ocasiones, contradictorios a un contexto en el que las prioridades de las sociedades eran bien distintas³²⁹. Este extremo ha sido explicado por el propio Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición en su primer informe anual:

³²⁷ Por ejemplo, en 1998, se organizó una conferencia en Oxford bajo el título "Burying the Past. Justice, Forgiveness, and Reconciliation in the Politics of South Africa, Guatemala, East Germany, and Northern Ireland" en la que se debatió la aplicación de este modelo de justicia en contextos alejados de las clásicas transiciones a la democracia ("Acknowledgments" en Biggar, Nigel (Ed.), *Burying the past. Making peace and doing justice after civil conflict*, Washington, D.C., Georgetown University Press, 2003, p. ix). En todo caso, tal y como se ha defendido, en los escritos y práctica de la época parecía existir cierto consenso en que los mecanismos podrían ser aplicados también en las transiciones a la paz tras un conflicto armado (Van der Merwe, Hugo and Brankovic, Jasmina, "Transitional Justice and Human Rights", *op.cit.*, p. 898). A pesar de ello, y como acertadamente se ha señalado, "transitional justice absorbed this new development and continued to be invoked as a necessary ingredient in any peace process" (Pham, Phuong N., "Stay the Hand of Justice...", *op.cit.*, p. 33). Este dato es la prueba, una vez más, del origen práctico de la justicia transicional. Es decir, la justicia transicional, en estos nuevos contextos, se iba implementando conforme había que hacer frente a las nuevas necesidades, conforme había que ir satisfaciendo nuevas demandas y, por ello, se trataba, de nuevo, de la implementación de prácticas sin una previa organización, *ad hoc*, modulada según las circunstancias y, muchas veces, en cascada.

³²⁸ Por ello, son muchas las preguntas que nos surgen. Por ejemplo, ¿hasta qué punto pudo consolidarse la materia en apenas tres años? Es decir, ¿acaso se solventaron todas las lagunas que existían en la justicia transicional? ¿Podía hablarse de consenso entre los expertos sobre el significado y la forma de aplicación de la justicia transicional? Y, en definitiva, ¿acaso podemos hablar, en 1998, de una consolidación del campo hasta tal punto que se considerara oportuna su expansión? Nosotros no lo creemos. A nuestro juicio, no existía consenso sobre lo que significaba un proceso de justicia transicional ya que, recordemos, en 1995 todavía se estaban comparando experiencias, se estaban debatiendo las medidas que se aplicaban en los diferentes Estados y el objetivo de los expertos consistía en extraer mínimos comunes. Pero, ¿acaso eso implica que existiera un consenso sobre el significado, el contenido o la naturaleza de la justicia transicional? Como ya hemos indicado, no lo creemos. De la misma manera, tampoco consideramos que los expertos estuvieran de acuerdo acerca de cómo implementar un proceso de justicia transicional, ya que no existía consenso acerca de los mecanismos que se deberían emplear o el alcance que debería darse a cada uno. Más relevante aún, no existía tampoco un acuerdo unánime en torno a las obligaciones internacionales que resultaban de aplicación. Y, finalmente, entre otras muchas patentes lagunas, el debate sobre si era obligatorio o no iniciar un proceso de justicia transicional no se había, ni mucho menos, solventado. Por lo tanto, ¿es posible trasladar un campo, una materia, unos mecanismos, unos instrumentos que todavía no se habían analizado adecuadamente, al no haber transcurrido un tiempo de reflexión suficiente para ello, a otros ámbitos alejados de su lugar de origen? En definitiva, ¿cómo es posible trasladar unos conocimientos imprecisos sobre una materia sobre la que no existe consenso?

³²⁹ Sobre esta cuestión ha reflexionado en numerosas ocasiones el Relator Especial sobre la justicia transicional, tal y como dan buena muestra, entre otros, los siguientes Informes en los que se pronuncia al respecto: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/39/53, de 25 de julio de 2018, puntos 26 – 27; A/HRC/36/50 (Advance unedited version) Report to the Human Rights Council on transitional justice in weakly institutionalized post-conflict settings, 21 August 2017.

"En estas situaciones, caracterizadas a menudo no solo por la debilidad de las instituciones sino también por graves problemas de penuria económica, se hace difícil aplicar con éxito medidas que han sido diseñadas partiendo de la premisa de que es viable un proceso relativamente sencillo de depuración y exigencias de responsabilidades y de que hay instituciones capaces de administrar cabalmente ese proceso y revelar la verdad de lo ocurrido, así como suficientemente fuertes para soportar reformas a corto plazo y conseguir los recursos necesarios para establecer programas de reparación a las víctimas"³³⁰.

A pesar de ello, para comienzos del año 2000³³¹, la justicia transicional ya se aplicaba en situaciones posconflicto³³² y, en el año 2004, tras la publicación del Informe del

³³⁰ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, *op.cit.*, punto 16.

³³¹ Hay que tener en cuenta que en el año 2002 Bassiouni publicaba el libro de *Post - Conflict Justice*, pionero en esta materia: Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *Post - Conflict Justice*, New York, Transnational Publishers, 2002. También Kritz ha analizado las razones por las que se comienza a prestar atención a esta materia: Kritz, Neil J., "Progress and Humility: The Ongoing Search for Post - Conflict Justice" en Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *Post - Conflict Justice*, New York, Transnational Publishers, 2002, pp. 56 - 57.

³³² A título meramente ilustrativo podemos señalar que se ha debatido la aplicación de la justicia transicional (o alguno de los mecanismos que la componen) en Estados tan dispares como: Liberia, Zimbabue, Burundi, Siria, Myanmar, Turquía y, cómo no, Colombia. Los siguientes estudios, de una manera u otra, han abordado estos casos: Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 2 and 3*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013; Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization and Post - Conflict Justice, Vol. II*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010; HAYNER, Priscilla, "Negotiating peace in Liberia: Preserving the possibility for Justice", *November 2007 report, Herny Durnant Centre for Humanitarian Dialogue, 2007*, pp. 1 - 31; WEAH, Aaron, "Hopes and uncertainties: Liberia's Journey to End Impunity" en *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 6, Núm. 2, 2012, pp. 331 - 343; De Yeaza, Carla, "A Search for Truth: A Critical Analysis of the Liberian Truth and Reconciliation Commission" en *Human Rights Review*, Nº14, 2013, pp. 189 - 212; Levitt, Jeremy I., "Domesticating International Law Thought Truth and Reconciliation Commission: The Case of the Liberian TRC" en *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 104, March 24 - 27, 2010, pp. 333 - 336; Du Plessis, Max and Ford, Jolyon, "Transitional justice: a future truth commission for Zimbabwe?" en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, January, 2009, pp. 73 - 117; Chitsike, Kudakwashe, "Transitional justice options for Zimbabwe: a guide to key concepts" en *Institute for Justice and Reconciliation. Africa Programme*, 2012; Vandeginste, Stef, *Stones left unturned: law and transitional justice in Burundi*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010; Vandeginste, Stef, "Transitional Justice for Burundi: A Long and Winding Road" en Ambos, Kai, Large, Judith and Wierda, Marieke (Eds.), *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Verlag Berlin Heidelberg, Springer, 2009, pp. 393 - 422; Nee, Ann and Uvin, Peter, "Silence and Dialogue. Burundians' Alternatives to Transitional Justice" en Shaw, Rosalind, Waldorf, Lars and Hazan, Pierre, *Localizing Transitional Justice. Interventions and priorities after mass violence*, Stanford, Stanford Studies in Human Rights, 2010, pp. 157 - 182; Taylor, David, "We Have No Influence: International Discourse and the Instrumentalisation of Transitional Justice in Burundi" en *Stability: International Journal of Security and Development*, 2(3):47, 2013, pp. 1 - 10; International Center for Transitional Justice, "Navigating Paths to Justice in Myanmar's Transition", June 2014, 20 pp.; Budak Yeliz, "Dealing with the Past: Transitional Justice, Ongoing Conflict and the Kurdish Issue in Turkey" en *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, Issue 2, July, 2015, pp. 219 - 238; Barbosa, Francisco, *¿Justicia transicional o impunidad? La encrucijada de la paz en Colombia*, Editora Géminis, Bogotá, 2017. Castellanos Morales, Ethel Nataly, *Justicia Transicional en Colombia. Formulación de propuestas desde un análisis comparado*, Universidad nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico - Sociales Gerardo Molina, Bogotá, 2008; Gil Alicia, Maculan, Elena y Ferreira, Susana (Eds.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado - UNED, Madrid, 2017; Reed, Michael y Rivera, María Cristina (Eds.), *Transiciones en contienda: Disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional,

Secretario General de las Naciones Unidas sobre “el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”³³³, la aplicación en estos contextos ya era una modalidad aceptada de justicia transicional³³⁴. Es más, a partir de entonces, la ONU continuó impulsando con especial intensidad este ámbito concreto de la justicia transicional³³⁵.

Por si hubiera pasado desapercibido, quisiéramos insistir en el título del Informe del Secretario General arriba citado. Como éste pone de manifiesto, la justicia transicional no solo se empezó a emplear como instrumento o conjunto de herramientas a disposición de los Estados cuando éstos pusieran fin a un conflicto armado, sino que, como el propio nombre indica, resultaba de aplicación también en los conflictos en curso. Este hecho, es

2010; Uprimny Yepes, Rodrigo, Saffon Sanín, María Paula, Botero Marino, Catalina y Restrepo Saldarriaga, Esteban, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Ediciones Antropos, 2006.

Es más, resulta interesante consultar también la propia página web del Centro Internacional de la Justicia Transicional ya que, echando un vistazo a los Estados en los que actúa, es posible obtener una idea general acerca de los variados contextos que entran dentro de esta categoría, situándose entre ellos los Estados en conflicto: <https://www.ictj.org/es/our-work>

³³³ Informe del Secretario General: El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, *op.cit.*

³³⁴ En la doctrina, también se propusieron Principios con la finalidad de dar respuesta a las nuevas demandas e interrogantes que planteaba la aplicación de la justicia tras un conflicto armado. Si bien los autores del estudio al que nos vamos a referir prefieren enmarcar su discurso bajo la denominación de “post-conflict” justice, en el fondo el contenido y los debates que se plantean son los mismos. Por ello, quisiéramos citar los “Chicago principles” que se propusieron y elaboraron en: Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization and Post - Conflict Justice, Vol. 1*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010 y que pueden consultarse también en: The International Human Rights Law Institute, “The Chicago Principles on Post-Conflict Justice”, 2007. Disponible online en: https://law.depaul.edu/about/centers-and-institutes/international-human-rights-law-institute/projects/Documents/chicago_principles.pdf

Los Chicago Principles on Post-Conflict Justice no emplean el concepto de “justicia transicional” pero reconocen que se trata de un concepto similar (p. 3). La similitud alcanza tal grado que, como comprobaremos a continuación, el concepto que ellos emplean se vale de los mismos mecanismos -que, defienden, deben aplicarse de manera complementaria (p. 3)- y se enfrenta a los mismos dilemas que los que se atribuyen a la justicia transicional (por ejemplo, el clásico debate entre paz y justicia, p.8). Así, puede apreciarse cómo el Principio 1 menciona la obligación de enjuiciar a los responsables; el Principio 2 hace referencia al derecho a la verdad y a la obligación de investigar; el Principio 3 se centra en las víctimas e incide en su derecho a la reparación; el Principio 4 menciona ciertas sanciones administrativas; el Principio 5 hace referencia a la memoria histórica; el Principio 6 se centra en los mecanismos tradicionales de justicia; y, finalmente, el Principio 7 engloba las reformas institucionales. Pues bien, como trataremos de demostrar en la presente investigación, estos Principios se reconocen con prácticamente el mismo alcance en la justicia transicional, lo que nos lleva a la conclusión que, más allá de la terminología empleada, los dilemas a los que se enfrentan ambas “materias” no son sino los mismos.

³³⁵ Por ejemplo, han adquirido una relevancia capital la publicación en serie, desde el año 2006, de los “Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto”. En el primero de ellos, el relativo a las Comisiones de la verdad (HR/PUB/06/1), explican que “la elaboración de estos instrumentos no es más que el primer paso en el compromiso sustantivo del ACNUDH a favor del desarrollo de políticas en materia de justicia de transición” (Arbour, Louise, “Prefacio” en Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006, p. vi (HR/PUB/06/1).

decir, la implementación de un proceso de estas magnitudes en el transcurso mismo de un conflicto armado que, en definitiva, implica exigir responsabilidades por las atrocidades cometidas incluso antes de que se haya logrado un acuerdo de paz³³⁶, no hace sino complicar aún más la ejecución de la justicia transicional³³⁷. Por esta razón, hay quien afirma que "at first glance, ongoing conflict and transitional justice seem conflictive concepts"³³⁸.

Dado que ni siquiera se ha producido una "transición" a la paz, sino que es precisamente esa "transición" la que se busca, determinados autores se refieren a esta tipología como "pretransition `transitional justice'"³³⁹ o afirman que casos como el colombiano, que son clasificados en este grupo, atraviesan "un proceso de justicia transicional sin transición"³⁴⁰. Precisamente, puede que haya sido el ejemplo de Colombia el que haya contribuido a hacer avanzar el ámbito de aplicación de la justicia transicional en estos especiales contextos en los que el conflicto armado todavía no ha terminado.

A este respecto conviene aclarar que, en el año 2005 -cuando se debatía la adopción de la conocida como Ley de Justicia y Paz³⁴¹-, en este Estado latinoamericano se discutía si era correcto o no referirse a este caso como un supuesto de justicia transicional³⁴². Era

³³⁶ Engstrom, Par, "Transitional Justice and Ongoing Conflict", *op.cit.*, p. 2.

³³⁷ Véase, en este sentido, Méndez, Juan E. and Cone, Catherine, "Transitional justice", *op.cit.*, p. 771.

³³⁸ Ambos, Kai, "Conflict (Ongoing) and Transitional Justice" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, New York, Cambridge University Press, 2013, pp. 151 - 152.

³³⁹ Bell, Christine, "Transitional Justice, Interdisciplinarity...", *op.cit.*, p. 23.

³⁴⁰ Uprimny Yepes, Rodrigo, "¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación para Colombia" en Uprimny Yepes, Rodrigo, Saffon Sanín, María Paula, Botero Marino, Catalina y Restrepo Saldarriaga, Esteban, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Ediciones Antropos, 2006, p. 14.

³⁴¹ Como analizaremos en el Capítulo segundo de la presente investigación, tras la aprobación de esta Ley en el año 2005, se han continuado adoptando diversos modelos de justicia transicional en el país. Si bien realizaremos un breve repaso a los diversos "experimentos" de Colombia con la justicia transicional, queremos adelantar que nos centraremos en el avance más destacado hasta el momento: el Acuerdo de paz alcanzado entre el Gobierno y las FARC para poner fin al conflicto armado que crea un complejo sistema de justicia transicional. Para conocer los distintos momentos en los que se ha aplicado la justicia transicional en Colombia: Rúa Delgado, Carlos Felipe, "Los momentos de la justicia transicional en Colombia", *Revista de Derecho*, N° 43, 2015, pp. 71 - 109.

³⁴² La siguiente doctrina seleccionada da buena muestra de este debate: Aponte Cardona, Alejandro, "Colombia: un caso sui generis en el marco de la justicia de transición", *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.*, N° 12, Edición Especial 2008, pp. 395-434; Orjuela Ruiz, Astrid y Lozano Acosta, Carlos, "La indeterminación del campo de la justicia transicional en Colombia", *Estud. Socio-Juríd.*, Vol. 14(1), 2012, pp. 255-281; Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula, "Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia", *Anuario de Derechos Humanos*, Núm. 4, 2008, pp. 165 - 195; Uprimny Yepes, Rodrigo, Saffon Sanín, María Paula, Botero Marino, Catalina y Restrepo Saldarriaga, Esteban, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Ediciones Antropos, 2006; Reed, Michael y Rivera, María Cristina (Eds.), *Transiciones en contienda: Disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2010; Castellanos Morales, Ethel Nataly, *Justicia Transicional en Colombia. Formulación de propuestas*

tal la ambigüedad que, como acertadamente han destacado especialistas colombianos en la materia, en un inicio era incluso contradictorio el uso que se realizaba de la justicia transicional dentro del país: por una parte, explican, existía un “uso manipulador” (que era el predominante³⁴³) en el que, bajo el discurso de la justicia transicional, simplemente se trataba de garantizar la impunidad. Otros sectores, en cambio, adoptaron lo que denominan un “uso democrático” de la misma, cuyo objetivo era poner fin a la impunidad mediante la aplicación de los mecanismos transicionales³⁴⁴. Como cabe apreciar, resulta cuanto menos paradójico que todos los actores emplearan el discurso de la justicia transicional pese a perseguir resultados contrapuestos³⁴⁵. Sin embargo, con el paso de los años, Colombia no sólo se ha convertido en el caso más notorio de la justicia transicional sino que, además, ha contribuido a que actualmente no se discuta la aplicación de los mecanismos transicionales en contextos de transición de la guerra a la paz³⁴⁶, incluso

desde un análisis comparado, Universidad nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico - Sociales Gerardo Molina, Bogotá, 2008.

³⁴³ Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula, "Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia", *op.cit.*, pp. 176 – 183.

³⁴⁴ *Ibidem*.

³⁴⁵ *Ibidem*.

³⁴⁶ A este respecto, quisiéramos concluir señalando que la expansión de la justicia transicional en estos contextos ha conllevado que ésta haya entrado en contacto directo con otros sectores como, por ejemplo, las operaciones de mantenimiento de la paz. Por ello, se ha defendido que la justicia transicional comienza a estar ligada al campo del “peacebuilding” (Sriram, Chandra Lekha, "Transitional justice and the liberal peace" en Newman, Edward, Paris, Roland and Richmond, Oliver (Eds.), *New perspectives on liberal peacebuilding*, United Nations University Press, Tokio - New York - Paris, 2009, p. 118). Nueva superposición entre dos materias que hasta ahora habían transcurrido por caminos separados y sobre cuya relación, en la actualidad, existe un interesante debate. Por ejemplo, hay quien afirma que la justicia transicional "has now joined a virtual checklist of post-conflict interventions spearheaded by the international community in post-conflict countries" (Sharp, Dustin N., "Beyond the Post - Conflict Checklist...", *op.cit.*, p. 195), incorporación en las operaciones de mantenimiento de la paz que ya había sido desde hacía años reivindicada por ciertos sectores de la doctrina (Bassiouni, M. Cherif, "Assessing conflict outcomes...", *op.cit.*, p. 32). Llamativamente, cada vez que surge un nuevo ámbito de aplicación, muchos autores comienzan a modular el discurso de la justicia transicional para que resulte aplicable o, en otras palabras, para que "encaje" en el nuevo contexto. Por esta razón, numerosos expertos comienzan a apostar por la reconceptualización de la justicia transicional como una forma de peacebuilding (Sharp, Dustin N., "Emancipating Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 152; Lambourne, Wendy, "Transitional Justice...", *op.cit.*, pp. 29 – 30).

Si bien, como a lo largo del apartado analizaremos, un proceso de justicia transicional también puede gestarse mientras todavía transcurre el conflicto armado y, en este sentido, puede funcionar como herramienta que contribuya a poner fin al mismo, entrando, en este ámbito, en contacto con otras materias como las relativas a la resolución de conflictos, consideramos que hay que tomar con cierta precaución afirmaciones como las mencionadas en torno a la reconceptualización de la justicia transicional. La razón reside en el hecho de que, desde estos enfoques, no siempre se tiende a subrayar el carácter imperativo de ciertas obligaciones internacionales y, por ello, es posible que, bajo el aquí "actualizado" discurso de la justicia transicional se acabe vulnerando el Derecho internacional. Es más, en este tipo de discursos puede que la exigencia de responsabilidades, la justicia o el objetivo de hacer frente a las violaciones a los derechos humanos no sean, ni mucho menos, los objetivos prioritarios. Para contrastar esta afirmación, pueden consultarse, a modo de ejemplo, los argumentos que sobre estos extremos se esgrimen en: Bell, Christine, "Transitional Justice, Interdisciplinarity...", *op.cit.*, p. 9; Engstrom, Par, "Transitional Justice and Ongoing Conflict", *op.cit.*, pp. 6 - 7; Lambourne, Wendy, "Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 47; Sriram, Chandra Lekha, Martin - Ortega, Olga and Herman, Johanna, "Guidance paper...", *op.cit.*, p. 7.

cuando el conflicto armado no ha terminado³⁴⁷. Es más, debido al examen preliminar que la Corte Penal Internacional mantiene en Colombia, este caso ha traído consigo que se preste una mayor atención a la compleja relación que une a la justicia transicional con la actuación de la Corte Penal Internacional, tal y como analizaremos en el Capítulo segundo del presente trabajo.

1.2. Las transiciones a la democracia y la justicia “postransicional”

Independientemente de la expansión experimentada en el campo que nos ocupa, hay un elemento que se mantiene invariable: la justicia transicional continuó y todavía hoy continúa implementándose en sociedades que transitan de regímenes autoritarios a regímenes más democráticos³⁴⁸.

Dentro de este grupo es común que se incluyan las transiciones experimentadas por varios Estados en las comúnmente denominadas “primaveras árabes”³⁴⁹ y, en especial³⁵⁰, los ejemplos de Egipto³⁵¹ y Túnez³⁵². Es más, se ha llegado a defender que la aplicación

Para profundizar sobre estos debates, puede acudir a la siguiente doctrina seleccionada: Baker, Catherine and Obradovic-Wochnik, Jelena, "Mapping the Nexus of Transitional Justice and Peacebuilding", *Journal of Intervention and Statebuilding*, Vol. 10, Issue 3, 2016, pp. 281 - 301; McAuliffe, Pádraig, "The Marginality of Transitional Justice within Liberal Peacebuilding: Causes and Consequences", *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 9, 2017, pp. 91 - 103; Sriram, Chandra Lekha, "Transitional justice and the liberal peace", *op.cit.*, pp. 112 - 129; Kent, Lia, "Transitional justice and peacebuilding" en Simic, Olivera, *An Introduction to Transitional Justice*, Routledge, London and New York, 2017, pp. 201 - 222; Sharp, Dustin N., *Rethinking Transitional Justice for the Twenty-First Century: Beyond the end of history*, *op.cit.*, pp. 95 - 154.

³⁴⁷ Ambos, Kai, "Conflict (Ongoing) and Transitional Justice", *op.cit.*, p. 147; Sarkin, Jeremy, "Refocusing transitional justice to focus not only on the past, but also to concentrate on ongoing conflicts and enduring human rights crises", *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 7, 2016, pp. 294 - 329; Engstrom, Par, "Transitional justice and ongoing conflict", *op.cit.*, pp. 41 - 61.

³⁴⁸ Este ámbito, a juicio de determinados autores, representa "the orthodox case studies of transitional justice scholarship" (Hansen, Thomas Obel, "Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 3).

³⁴⁹ Autores que han profundizado en las particularidades de estos casos: Fisher, Kirsten J. and Stewart, Robert (Eds.), *Transitional Justice and the Arab Spring*, London and New York, Routledge, 2014; Rishmawi, Mona, "Transitional Justice in the Arab Countries: Opportunities and Challenges", en *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 106, March 2012, pp. 497 - 504.

³⁵⁰ Por ejemplo, el libro previamente citado editado por Fisher y Stewart también analiza los casos de Libia, Yemen o Siria. No obstante, a nuestro juicio, los conflictos sufridos por estas sociedades no merecen ser calificadas como casos de transición. Todo lo contrario, nos hallamos ante conflictos todavía vigentes y sobre los que volveremos en el Capítulo segundo de la presente investigación.

³⁵¹ Abou-El-Fadl, Reem, "Beyond conventional transitional justice: Egypt's 2011 revolution and the absence of political will", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 6, Issue 2, 2012, pp. 1 - 13. Puede consultarse también: <https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/egypt>

³⁵² Puede consultarse, por una parte, la información disponible en la página web del Centro Internacional de la Justicia Transicional: <https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/tunisia>. Por otra parte, puede realizarse una lectura del Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición sobre Túnez: Informe del Relator Especial sobre la promoción

de la materia en estos casos puede suponer un nuevo avance de la disciplina o, en palabras de determinados expertos, "a new wave of transitional justice"³⁵³.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo analizado hasta el momento, bien pudiera parecer que la obligación de los Estados de hacer frente a las violaciones a los derechos humanos cometidas por el régimen previo debería llevarse a efecto en el momento mismo de la transición, es decir, inmediatamente después de que el nuevo régimen democrático asumiera el poder. No obstante, tal y como la historia ha demostrado, esta situación no siempre se ha producido.

Por esta razón, no es de extrañar que muchas sociedades, años después de la transición política, hayan seguido reclamando justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición por los legados de abusos de los derechos humanos cometidos por los regímenes represivos previos -lo que constituye una prueba clara y contundente de que el pasado siempre vuelve³⁵⁴.

Así, tras años de reivindicaciones, una mayor conciencia en el ámbito internacional en torno a la necesidad de satisfacer las demandas de miles de víctimas, una mayor experiencia en la implementación y desarrollo de este tipo de procesos de justicia transicional y, finalmente, y más relevante aún, la mayor contundencia del Derecho Internacional sobre la subsistencia en el tiempo de las obligaciones internacionales³⁵⁵, ha conllevado que se hayan iniciado un considerable número de procesos de justicia transicional en sociedades post-transicionales, llegándose, incluso, a hablar de una "justice cascade"³⁵⁶ o de un efecto dominó³⁵⁷.

de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, Adición: Misión a Túnez (11 a 16 de noviembre de 2012). A/HRC/24/42/Add.1, 30 de julio de 2013.

³⁵³ Fisher, Kirsten J., and Stewart, Robert (Eds.), *Transitional Justice and the Arab Spring*, *op.cit.*, p. 1.

³⁵⁴ Advertencia que, ya en 1995, se recogía en la pionera obra sobre la justicia transicional editada por Kritz (Zalaquett, José, "Balancing ethical imperatives and political constraints...", *op.cit.*, p. 205). En fechas más recientes se ha pronunciado también el primer Relator Especial sobre la justicia transicional al declarar que "serious rights violations cannot be swept under the rug; that problems do not disappear and people do not forget" (De Greiff, Pablo, "Some Thoughts on Transitional Justice", *op.cit.*, p. 3.

³⁵⁵ A nuestro juicio, si bien es imposible reducir a un único factor la razón por la que se han producido estos relevantes acontecimientos, consideramos que el Derecho internacional ha jugado un relevante papel. Y es que, llegados a este punto es conveniente recordar que las obligaciones internacionales que los Estados deben cumplir, también en transiciones a la democracia, subsisten en el tiempo con independencia del momento histórico en el que se produjo la "transición política" (Méndez, Juan E., "Justicia de transición", *op.cit.*, p. 14).

³⁵⁶ Sikkink, Kathryn, *La cascada de la justicia. Cómo los juicios de lesa humanidad están cambiando el mundo de la política*, Barcelona, Gedisa, 2016.

³⁵⁷ Teitel, Ruti G., "Global Transitional Justice", *op.cit.*, p. 2.

En definitiva, esta tipología de justicia post-transicional o de “justicia pospuesta”³⁵⁸, constituye otro ámbito más en el que resulta de aplicación la justicia transicional, a pesar de que, como se ha argumentado, se salga de “los moldes clásicos”³⁵⁹. En este ámbito, la función de la justicia transicional consiste en “restañar heridas que, pese al transcurso del tiempo, aún permanecen abiertas en sociedades que sufrieron ese conflicto en el pasado y que pretendieron superar sus consecuencias básicamente mediante el olvido, como ocurrió en el caso español”³⁶⁰.

En efecto, el caso de España³⁶¹ es el claro ejemplo que muestra que las demandas de las víctimas al exigir verdad, justicia, reparación y no repetición por los crímenes

³⁵⁸ Teitel, Ruti G., *Globalizing transitional justice. Contemporary essays*, *op.cit.*, p. 188.

³⁵⁹ Gómez Isa, Felipe, “Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales. El caso español”, *op.cit.*, p. 184.

³⁶⁰ Alija Fernández, Rosa Ana, “La multidimensionalidad de la justicia transicional...”, *op.cit.*, pp. 110 - 111.

³⁶¹ Son numerosos los estudios que han analizado en detalle este caso: Chinchón Álvarez, Javier, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España...*, *op.cit.*; Jimeno Aranguren, Roldán (Ed.), *Justicia transicional: historia y actualidad*, Aranzadi, Navarra, 2017 (en especial, consúltese la tercera parte del libro que lleva por título: La justicia transicional española); Ripol Carulla, Santiago, “La justicia de transición: concepto y práctica española (selección de bibliografía y documentación)”, *Historiografías*, Vol. 8, 2014, pp. 76 – 107; Burbidge, Peter, “Walking the dead of the Spanish civil war: Judge Baltasar Garzón and the Spanish Law of Historical Memory”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, pp. 753 - 781; Capellà i Roig, Margalida, “La recuperación de la memoria histórica desde la perspectiva jurídica e internacional”, *Entelequia. Revista Interdisciplinar: Monográfico*, nº 7, septiembre 2008, pp. 273 – 279; Chinchón Álvarez, Javier, “El viaje a ninguna parte: memoria, leyes, historia y olvido sobre la guerra civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 45, 2007, pp. 119 - 233; Chinchón Álvarez, Javier, “Justicia transicional: `Memoria Histórica`, y responsabilidad internacional del Estado: Un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas del inicio formal de la transición política española”, *Revista de Derecho de Extremadura*, 2009, pp. 49 – 74; Chinchón Álvarez, Javier, “La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas: nunca es tarde si la dicha es ¿buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la `Ley de memoria histórica`, *Foro, Nueva Época*, Núm. 7, 2008, pp. 13 - 55; Chinchón Álvarez, Javier, “TEDH- Decisión de 27.03.2012, Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España, 301410/09- Arts 2, 3, 5, 8 y 13 CEDH - Desaparición forzada de personas durante la Guerra Civil Española: Incompetencia (sobrevvenida) respecto a la obligación autónoma, independiente y continuada de investigar”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 56, 2013, pp. 741 - 759; Chinchón Álvarez, Javier, “Transición española y justicia transicional: ¿Qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de Derecho internacional postergados en la transición política de España”, *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, Monográfico Núm. 7, 2008, pp. 331 - 354; Chinchón, J., Vicente, L. y Moreno, A., “La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España: Un análisis jurídico tras los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, el Comité contra la Desaparición Forzada y el Relator Especial sobre Justicia Transicional de las Naciones Unidas”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, pp. 66-101; Chinchón Álvarez, Javier y Vicente Márquez, Lydia, “La investigación de los crímenes cometidos en la Guerra Civil y el Franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del Derecho internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 19, 2010, 43 pp; De la Cuesta, José Luis y Odriozola, Miren, “Marco normativo de la memoria histórica en España: legislación estatal y autonómica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 20, 2018, 38 pp.; Gil Gil, Alicia, “Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado Español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos? Análisis de la decisión del TEDH de 27 de marzo de 2012, caso

cometidos en la Guerra Civil y posterior dictadura franquista subsisten en el tiempo. Sin embargo, este caso también corrobora, lamentablemente, que a pesar de la evolución experimentada en el Derecho Internacional, de las condenas reiteradas y unánimes de varios órganos de las Naciones Unidas recordando al Estado sus obligaciones internacionales³⁶² y de la demanda de buena parte de la sociedad, cuando no existe

Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España, y de sus antecedentes en la jurisdicción española", *InDret*, Núm. 4, 2012, 29 pp.; Gomez Isa, Felipe, "Retos de la Justicia Transicional en contextos no transicionales: el caso Español", *Interamerican and European Human Rights Journal*, Vol. 3, 2010, pp. 70 - 85; Maculan, Elena, "Límites a la expansión de la persecución por crímenes internacionales y al papel del juez-historiador: la aportación de la STS 101/2012", *Revista de Derecho penal y criminología*, Vol. 8, 2012, pp. 497 - 518; Tamarit Sumalla, Josep, "Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, pp. 43 - 65; Tamarit Sumalla, Josep, "Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español", *Política criminal*, Vol. 7, Núm. 13, 2012, pp. 74 - 93; Tamarit Sumalla, Josep, "Transition, historical memory and criminal justice in Spain", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, pp. 729 - 752; Villán Durán, Carlos y Faleh Pérez, Carmelo, "Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los Derechos Humanos cometidas en España durante la Guerra Civil y la Dictadura", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 16, 2008, 51 pp.; Zapico Barbeito, Mónica, "Investigating the crimes of the Franco Regime: legal possibilities, obligations of the Spanish State and duties towards the victims", *International Criminal Law Review*, Vol. 10, 2010, pp. 243 - 274; Escudero Alday, Rafael, *Memoria histórica y democracia en España: la brecha de la transición*, Fontamara, México, 2016; Escudero Alday, Rafael y Pérez González (Eds.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Trotta, Madrid, 2013; Gil Gil, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona, 2009; Jimeno, Roldan, *Amnesties, Pardons and Transitional Justice: Spain's Pact of Forgetting*, Routledge, New York, 2018; Ripol Carulla, Santiago y Villán Durán, Carlos (Dir.), *Justicia de transición: El caso de España*, Barcelona, Institut Català Internaoinal per la Pau, 2012; Rodríguez Arias, Miguel Ángel, *El caso de los niños perdidos del franquismo: crimen contra la humanidad*, Tirant monografías, Valencia, 2008; Tamarit Sumalla, Josep M., *Historical memory and criminal justice in Spain: a case of late transitional justice*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013.

³⁶² No solo el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición ha condenado la pasividad de España en materia de justicia transicional (Informe A/HRC/27/56/Add.1, de 22 de julio de 2014; A/HRC/27/56/Add.3, de 17 de septiembre de 2014), sino que ésta es una posición común en los diversos órganos de las Naciones Unidas ya que, en cada uno de los informes publicados, han reiterado el incumplimiento de las obligaciones internacionales en esta materia. A modo de ejemplo, resulta oportuno citar los siguientes: Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición Misión a España. A/HRC/27/49/Add.1, distribución general 2 de julio de 2014; Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a España: Comentarios de España al informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias tras su misión a España. A/HRC/27/49/Add.3, distribución general 23 de diciembre de 2014.

Respecto del Comité contra la Desaparición Forzada puede consultarse: Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 29 de la Convención Informes de los Estados partes en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención que debían presentarse en 2012 España. CED/C/ESP/1. Distribución general 28 de enero de 2013; Observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención. CED/C/ESP/CO/1, distribución general 12 de diciembre de 2013; Informe sobre el seguimiento de las observaciones finales del Comité contra la Desaparición Forzada. CED/C/9/2, distribución general 16 de octubre de 2015; Observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención. Adición. Información recibida de España sobre el seguimiento de las observaciones finales. CED/C/ESP/CO/1/Add.1, distribución general 23 de febrero de 2015.

Por lo que respecta al Comité de Derechos Humanos consúltense, especialmente, los dos más actuales: Quinto informe periódico España: CCPR/C/ESP/5, 5 de febrero del 2008; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a España: CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009; Comentarios del Gobierno de

voluntad política para legislar en materia de justicia transicional, los avances que se pueden producir en el reconocimiento de los derechos de las miles de víctimas³⁶³ siguen siendo escasos por mucho que pase el tiempo.

1.3. La justicia transicional aplicable en otros posibles contextos

En los últimos años, estamos asistiendo a un aumento considerable en el número de Estados que emplean los mecanismos propios o característicos de la justicia transicional para hacer frente a los abusos a los derechos humanos cometidos en décadas previas, tales como la práctica de la esclavitud, las violaciones de los derechos de las poblaciones indígenas o, incluso, para hacer frente a pasados coloniales, cuyo objetivo consistiría, según algunos autores, en "to press western liberal democracies into addressing historic wrongs"³⁶⁴. Entrarían dentro de esta categoría, entre otros, los casos de Canadá³⁶⁵, Australia³⁶⁶, Fiyi³⁶⁷, las Islas Salomón³⁶⁸, Nueva Zelanda³⁶⁹ e, incluso, Carolina del Norte (EEUU)³⁷⁰.

España sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/ESP/CO/5). CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, 26 de enero de 2009; Comentarios del Gobierno de España sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/ESP/CO/5). Respuesta a las recomendaciones formuladas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas relativas al quinto informe periódico de España. CCPR/C/ESP/CO/5/Add.2, 6 de agosto de 2010; Sexto informe periódico España: CCPR/C/ESP/CO/6, 10 de mayo de 2013; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a España: CCPR/C/ESP/CO/6, 14 de agosto de 2015; Información recibida de España sobre el seguimiento de las observaciones finales: CCPR/C/ESP/CO/6/Add.1, 27 de septiembre de 2016.

En el Comité contra la tortura, finalmente, cabe mencionar: Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España. CAT/C/ESP/CO/6, 29 de mayo de 2015; Observaciones finales del Comité contra la Tortura. CAT/C/ESP/CO/5, 9 de diciembre de 2009.

³⁶³ Víctimas que, como es conocido, han encontrado una pequeña esperanza de que su causa sea atendida en Argentina. Sobre esta cuestión puede profundizarse en: Sánchez Legido, Ángel, "Los juicios argentinos sobre los crímenes del franquismo", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 67/1, 2015, pp. 298 - 303.

³⁶⁴ Bell, Christine, "Transitional Justice, Interdisciplinarity...", *op.cit.*, p. 15.

³⁶⁵ Es posible obtener más información al respecto en: <https://www.ictj.org/es/our-work/regions-and-countries/canad%C3%A1>. En la doctrina puede consultarse también: Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, vol. 3, *op.cit.*, p. 414; Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, pp. 141 - 142.

³⁶⁶ Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, vol. 2, *op.cit.*, p. 26.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 173.

³⁶⁸ Precisamente, el Centro Internacional para la Justicia Transicional cita este caso en su propia página web: <https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/solomon-islands> Puede consultarse también: Renée, Jeffery, "Reconciliation and the Rule of Law in the Solomon Islands" en Jeffery, Renée and Joon Kim, Hun (Eds.), *Transitional Justice in the Asia - Pacific*, New York, Cambridge University Press, 2014, pp. 226 - 227.

³⁶⁹ Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, vol. 2, *op.cit.*, p. 333.

³⁷⁰ En la doctrina se ha analizado en detalle este caso en: Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, Barcelona, Bellaterra, 2014, pp. 126 - 127. Así mismo, puede obtenerse más información acudiendo a la página web del Centro Internacional para la Justicia Transicional: <https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/usa-greensboro-nc>

Una concisa definición de este grupo de casos que se engloban bajo la denominación de "injusticias históricas"³⁷¹, aunque también hay autores que se refieren a este grupo como "transitional justice in mature democracies"³⁷², la podemos encontrar en la *Encyclopedia of Transitional Justice*:

"Historical injustices are past injustices and abuses perpetrated by state and/or societal actors. An essential ingredient of discussions on human rights and justice, historical injustice include colonialism, slavery, systematic discrimination, land deprivations, forced deportations, genocide, structural inequalities that target individuals or groups, and other human rights abuses. Often involving political, social, and cultural prejudice, historical injustices can affect both majority and minority groups. Both the Durban Declaration on Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance (2001) and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (2007) were significant steps towards recognizing the right to reparation for historical injustices"³⁷³.

De entrada, debemos aclarar que nos parece que es un ejercicio democrático necesario, imprescindible y sumamente relevante el hecho de que todos los Estados que tengan un pasado en el que, por las circunstancias que fueran, se cometieron violaciones de los derechos humanos, pongan en marcha los mecanismos necesarios para repararlos, es decir, para reconocer las injusticias cometidas³⁷⁴. Estos actos deberían producirse siempre y en todo momento, independientemente de la fecha en la que tuvieron lugar si, en ese momento histórico concreto, se ignoraron las demandas de miles de víctimas.

Ahora bien, llegados a este extremo debemos advertir que, actualmente, cualquier intento por responder a un legado de violaciones mediante un mecanismo característico de la justicia transicional se identifica o se cataloga como caso de justicia transicional³⁷⁵. Pero, ¿son estos supuestos, también, casos de justicia transicional? ¿Acaso plantean los mismos dilemas que hemos identificado en los ámbitos previos? ¿Acaso se le puede exigir

³⁷¹ Arthur, Paige, "How 'Transitions' Reshaped Human Rights...", *op.cit.*, pp. 361 - 362.

³⁷² McAuliffe, Pádraig, "Transitional Justice's Expanding Empire...", *op.cit.*, p. 36.

³⁷³ Gómez Isa, Felipe, "Historical Injustices" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, Vol. 1, New York, Cambridge University Press, 2013, p. 285.

³⁷⁴ En marzo de 2019, en España se produjo una situación que se podría llegar a asimilar a lo que se exige en este tipo de "injusticias históricas". Concretamente, México pidió a España que el Estado "admita su responsabilidad histórica por esas ofensas y ofrezca las disculpas o resarcimientos públicos que convengan". Las ofensas a las que se refieren son, ni más ni menos, que los abusos que se cometieron durante el período de la conquista de México. Extremo al que el Gobierno español se opuso frontalmente por considerarlo un asunto del pasado ("López Obrador asegura en su carta al Rey que los abusos de la conquista `aún generan encendidas polémicas'", *El País*, 27 de marzo de 2019. Disponible online en: https://elpais.com/internacional/2019/03/27/mexico/1553651641_263448.html).

³⁷⁵ Por ello, no podíamos estar más de acuerdo con Pablo de Greiff cuando ironiza con que "a veces parece como si la justicia transicional se hubiera convertido en una suerte de herramienta de mil usos capaz de resolver todo tipo de problemas en cualquier tipo de contextos" (De Greiff, Pablo, "Algunas reflexiones...", *op.cit.*, p. 25).

lo mismo a una democracia que, décadas después, pone en marcha un mecanismo transicional para reparar los crímenes cometidos que a un Estado que se encuentra inmerso en un conflicto armado y que se vale de las posibilidades que ofrece la justicia transicional para poner fin al mismo? Desde nuestro punto de vista, la respuesta debe ser negativa³⁷⁶.

Por ello, consideramos que la implementación aislada de un mecanismo transicional no conlleva, automáticamente, la "etiqueta" de justicia transicional. Por ejemplo, el hecho de que Canadá haya instaurado una comisión de la verdad para investigar las "injusticias históricas", no significa que Canadá esté atravesando o que el Estado se halle inmerso en un proceso de justicia transicional³⁷⁷. Creemos que es más correcto defender que el país en cuestión se vale de algunos de los instrumentos que proporciona la justicia transicional para hacer frente a las violaciones cometidas en un momento concreto de su historia, pero ello no implica que el caso en cuestión pueda ser calificado como "proceso de justicia transicional"³⁷⁸.

Finalmente quisiéramos añadir que, junto con los ámbitos hasta ahora analizados, son comunes las referencias a otros casos en los que también resultan de aplicación los mecanismos de la justicia transicional. Concretamente, dentro de las posibles situaciones de violencia que pueden producir violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos³⁷⁹, es común hacer referencia a los actos de terrorismo³⁸⁰. Este grupo puede

³⁷⁶ Esta posición la comparte también Rosemary Nagy. Véase Nagy, Rosemary, "Transitional Justice as Global Project...", *op.cit.*, p. 281.

³⁷⁷ Es justo mencionar que no todos los autores comparten esta catalogación de las "injusticias históricas", ya que son varios los que defienden que, en este ámbito también, nos hallamos ante supuestos de justicia transicional: Henry, Nicola, "From Reconciliation to Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 208; Winter, Stephen, "Towards a Unified Theory of Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, Issue 2, p. 227; Phillips, Michael, "Justice - Seeking in Settler States: A Model for Thinking about 'Justice' in Transitional Societies" en Corradetti, Claudio, Eisikovits, Nir and Rotondi, Jack Volpe (Eds.), *Theorizing Transitional Justice*, England, Ashgate, 2015, p. 86; Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1, op.cit.*, p. xli.

³⁷⁸ Éste puede ser, a nuestro juicio, el elemento clave que nos permita diferenciar los casos: hay que diferenciar claramente entre los objetivos que se persiguen al implementar un mecanismo transicional y, por el contrario, llevar a cabo un proceso íntegro y holístico de justicia transicional. La razón fundamental reside, a nuestro juicio y como a continuación tendremos ocasión de profundizar, en que para poder obtener el calificativo de "proceso de justicia transicional", es necesario cumplir una serie de requisitos adicionales. Es decir, supone una escala más que la mera aplicación de los mecanismos.

³⁷⁹ Alija Fernández, Rosa Ana, "La multidimensionalidad de la justicia transicional...", *op.cit.*, p. 115. Tal y como explican, "en estos contextos, lo que se plantea es "la necesidad de articular un proceso de retorno a la normalidad institucional y social de los Estados democráticos, tras haberse visto estos sometidos a periodos de graves e intensas tensiones políticas y sociales, incluidas aquellas en que se han manifestado divisiones políticas y sociales acompañadas de un nivel significativo de violencia o de actividad terrorista" (*Ibid.*, pp. 10 – 11).

³⁸⁰ La posible aplicación de la justicia transicional en caso del terrorismo cometido en territorios ocupados se ha analizado en: Quesada Alcalá, Carmen et Zakerian, Mehdi, "La justice transitionnelle: un cadre

catalogarse como "conflicted democracies"³⁸¹ o "transitional justice in civil - civil transitions"³⁸² y suele citarse el caso de Irlanda del Norte como el caso más representativo³⁸³. De la misma manera, ciertos sectores doctrinales han analizado si el caso del País Vasco podría encajar dentro de este modelo de justicia transicional³⁸⁴.

conceptuel et normatif international contre le terrorisme des territoires occupés", *International Studies Journal*, Vol. 6, No.4, Spring 2010, pp. 1 - 22.

³⁸¹ Ní Aoláin, Fionnuala and Campbell, Colm, "The Paradox of Transition...", *op.cit.*, pp. 172 - 213.

³⁸² McAuliffe, Pádraig, "Transitional Justice's Expanding Empire...", *op.cit.*, p. 36.

³⁸³ Para profundizar en el caso de Irlanda del Norte, puede consultarse el Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición acerca de su misión al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. A/HRC/34/62/Add.1, 17 de noviembre de 2016. Y la respuesta dada al Informe en: Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence on his mission to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland: comments by the State. A/HRC/34/62/Add.2, 18 November 2016. En la doctrina, han analizado este caso en particular: Duffy, Aoife, "A truth commission for Northern Ireland", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 4, 2010, pp. 26 - 46; Jankowitz, Sarah, "The 'hierarchy of victims' in Northern Ireland: a framework for critical analysis", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 12, 2018, pp. 216 - 236; Lawther, Cheryl, "Denial, silence and the politics of the past: unpicking the opposition to truth recovery in Northern Ireland", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, 2013, pp. 157 - 177.

³⁸⁴ A título meramente ilustrativo, cabe citar los siguientes estudios doctrinales que analizan el caso del País Vasco: Bengoetxea, Joxerramon, "Transitional Justice versus Traditional Justice: The Basque Case", *JEMIE- Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, Vol. 12, 2013, pp. 30 - 58; Bengoetxea, Joxerramon, "Justicia transicional 'versus' justicia tradicional: el caso vasco" en Jimeno Aranguren, Roldán (Ed.), *Justicia transicional: historia y actualidad*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 371 - 402; Landa, Jon-Mirena (Dir.), *Justicia transicional: propuestas para el caso vasco Justizia Trantsizionala: proposamenak Euskal Herriarentzat/Justice Transitionnelle: propositions pour le Pays Basque/Transitional Justice: proposals for the Basque case*, Institut Universitaire Varenne, Collection Transition & Justice, 3, 2014; Hayner, Priscilla, "¿Justicia transicional en el País Vasco? Principios básicos de análisis" en Landa, Jon-Mirena (Dir.), *Justicia transicional: propuestas para el caso vasco Justizia Trantsizionala: proposamenak Euskal Herriarentzat/Justice Transitionnelle: propositions pour le Pays Basque/Transitional Justice: proposals for the Basque case*, Institut Universitaire Varenne, Collection Transition & Justice, 3, 2014, pp. 301 - 305; Deusto Fórum, *Justicia para la convivencia: Los puentes de Deusto: Encuentro 'Justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo', Junio 2012*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2012; Jimeno Aranguren, Roldán (Ed.), *Justicia transicional: historia y actualidad*, Aranzadi, Navarra, 2017 (en especial, nos remitimos directamente a la cuarta parte del libro que lleva por título: "La justicia transicional en los conflictos vascos y norirlandés"); Amnistía Internacional, *Afrontar el pasado para construir el futuro: Verdad, justicia y reparación en el contexto del País Vasco*, Informe de 10 de febrero de 2017; Landa, Jon - M., "Human rights and politically-motivated violence in the Basque Country", *Journal of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, Vol. 12, No. 2, 2013, pp. 7 - 29; Landa Gorostiza, Jon-Mirena (Dirección de Derechos Humanos, Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco), "Bases para la puesta en marcha de una Comisión de la Verdad en Euskadi", Vitoria - Gasteiz, 31 de marzo de 2009; Pérez Machío, Ana Isabel, "Garantismo versus impunidad en el contexto del final de ETA", *Hermes: pentsamendu eta historia aldizkaria/revista de pensamiento e historia*, Nº. 47, 2014, pp. 58 - 59; Salvioli, Fabián, "La ley 12/2016 de la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre 'Reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999', y su compatibilidad con el régimen internacional de los derechos humanos", Conferencia impartida dentro de la Jornada: Ley de víctimas 12/2016 y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Organizada por la Cátedra de Derechos Humanos y Poderes Públicos de la UPV/EHU, disponible online en: http://katedraddhh.eus/documentos/pdf/seminarios/Dictamen_Ley_12_de_2016_.pdf

A nuestro juicio, la aplicación de la justicia transicional en democracias "en conflicto"³⁸⁵ supone una tipología de justicia transicional con características muy diferentes a las estudiadas hasta ahora. La diferencia fundamental radica en que nos hallamos ante Estados democráticos y que, consiguientemente, no transitan ni hacia una democracia desde un régimen autoritario ni hacia la paz tras un conflicto armado, interno o internacional³⁸⁶. Ahora bien, qué duda cabe que en los Estados democráticos también pueden producirse violaciones de los derechos humanos que adquieran una especial intensidad y que, en consecuencia, puedan reclamar la aplicación de los mecanismos transicionales.

Como comprobaremos en apartados sucesivos del presente Capítulo, en realidad, la justicia transicional supone una aglutinación de mecanismos que, individualmente considerados, ya existen y se aplican también en los Estados democráticos: procesos judiciales penales, mecanismos de investigación, reparaciones y, finalmente, la obligación de adoptar garantías de no repetición. Es decir, un Estado democrático, en el que se han cometido violaciones de los derechos humanos con una especial intensidad durante un período de tiempo prolongado, tiene una serie de obligaciones internacionales que debe cumplir califique o no el proceso como propio de justicia transicional.

Por ello, es desde esta perspectiva desde la que defendemos que, cuando las violaciones adquieren una especial intensidad (entendiendo por tales la comisión de las mismas con una especial sistematicidad, gravedad y masividad), y cuando se cometen en un contexto de violencia prolongada, la justicia transicional puede ofrecer a estas sociedades un proceso integral sobre el cual construir un escenario de paz o puede contribuir a eliminar escenarios de violencia, a la vez que garantiza los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición.

Como cabe apreciar, el elemento que opera como mínimo común de todos los procesos o modalidades de la justicia transicional son las violaciones masivas de los derechos humanos a las que hay que dar respuesta. No obstante, al igual que ocurría con el resto de ámbitos de la justicia transicional, esta tipología tiene unas características propias que

³⁸⁵ Las vicisitudes de este contexto de justicia transicional se describen en: Álvarez Berastegi, Amaia, "Justicia transicional en estados democráticos: Uso y abuso de los límites conceptuales" en Jimeno Aranguren, Roldán (Ed.), *Justicia transicional: historia y actualidad*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 69 – 86.

³⁸⁶ Éstas y otras particularidades se describen en: Ní Aoláin, Fionnuala and Campbell, Colm, "The Paradox of Transition...", *op.cit.*, p. 174.

la diferencian del resto de supuestos. Y es que, en este ámbito, el debate entre paz vs justicia no surge con tanta intensidad y existen instituciones democráticas con la capacidad suficiente para iniciar o implementar el correspondiente proceso en el que se aplicarán los mecanismos de la justicia transicional. En definitiva, la situación difiere considerablemente de los debates que hemos estudiado hasta el momento.

Por ello, cabe preguntarse si es correcto calificar a este grupo como justicia transicional. Pues bien, recordando que es el diferente contexto el que modula la implementación de un proceso de justicia transicional, consideramos que, efectivamente, si una sociedad ha sufrido un conflicto violento, se han cometido actos de terrorismo o, en un momento dado, se han producido altercados o situaciones que hayan ocasionado violaciones masivas a los derechos humanos, la justicia transicional proporciona las herramientas necesarias para garantizar que una sociedad pueda ofrecer una respuesta integral y holística a las atrocidades cometidas. Una respuesta que garantice que se elabore un relato sobre lo ocurrido; que garantice el derecho de las víctimas a la justicia; que repare los derechos vulnerados y, especialmente, que adopte todas las medidas que sean necesarias para garantizar que esos hechos no vuelvan a repetirse. Es desde esta perspectiva desde la que defendemos que la justicia transicional también puede aportar una respuesta más satisfactoria a estas sociedades que si, por el contrario, el Estado o la sociedad en la que se implementan intenta dar una respuesta individual y escalonada a las personas cuyos derechos humanos han sido violados -que, insistimos, ya sea a través de un proceso de justicia transicional, ya sea de manera individual, ante cualquier violación de un derecho humano existen un conjunto de obligaciones internacionales que imponen a los Estados deberes específicos y que, de ninguna manera, deberían eludirse, so pena de incurrir en responsabilidad internacional.

1.4. A modo de conclusión: la irrelevancia de la “transición” política como factor activador de un proceso de justicia transicional

Tras el estudio de los diversos contextos en los que se demanda el empleo de la justicia transicional, solo nos queda concluir que el único elemento común de todos ellos es la necesidad de dar una respuesta ante la masividad, gravedad y sistematicidad de las

violaciones de los derechos humanos cometidas³⁸⁷. Por ello, bien pudiera parecer que el elemento “transitorio”, de entrada, poco o nada aporta al concepto³⁸⁸. Sin embargo, es este término, precisamente, el que más equívocos puede ocasionar.

Y es que, uno de los errores frecuentes en la justicia transicional consiste en atribuir el adjetivo *transicional* a la forma de justicia que se imparte y no al contexto en sí, lo que conlleva que algunos autores consideren que el concepto puede resultar engañoso³⁸⁹. Precisamente, con la finalidad de evitar estos equívocos, hay quienes prefieren referirse a la materia como la aplicación de la justicia *en épocas de transición*³⁹⁰ o aclaran que ellos se refieren a la "justicia en las transiciones"³⁹¹ o insisten en "la *justicia* de la justicia transicional"³⁹².

Resulta oportuno recordar que la aplicación de la justicia transicional se produjo por primera vez en un ámbito concreto y bien delimitado: en las *transiciones* a la democracia. Como previamente explicábamos, en este contexto tiene pleno sentido el nombre de la justicia *transicional* ya que se trata de la justicia aplicable en las transiciones a la democracia³⁹³. Ahora bien, como ya hemos podido comprobar, en los años posteriores, el campo de la justicia transicional sufrió una expansión desmesurada y, actualmente, se engloban bajo la denominación de la justicia transicional casos en los que no se ha producido una *transición democrática*: Estados que hacen uso de los mecanismos transicionales tras el fin de un conflicto violento o como herramienta coadyuvante para poner fin a los mismos; Estados que aplican los elementos de la justicia transicional años después de finalizada la "transición" a la democracia; Estados que utilizan estos mismos mecanismos para reparar "injusticias históricas"; o Estados en los que se han producido

³⁸⁷ Ahora bien, este hecho no obsta a que nos preguntemos: ¿hasta qué punto es posible seguir extendiendo el ámbito de aplicación de la justicia transicional? ¿Hasta cuándo es conveniente seguir diseñando modelos de justicia transicional aplicables según las diferentes circunstancias? ¿Hasta dónde el campo va a seguir soportando nuevas expansiones sin riesgo de quebrarse? ¿Hemos llegado a tal extremo que es posible defender la viabilidad de implementar un proceso de justicia transicional ante todo tipo de circunstancias y modalidades?

³⁸⁸ Para profundizar más sobre este concepto: Quinn, Joanna R, "Whither the 'transition' of transitional justice", *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 8, Issue 1, 2014-2015, pp. 63 - 80.

³⁸⁹ Bickford, Louis, "Transitional Justice", *op.cit.*, p. 1045. En el mismo sentido Méndez, Juan E., "Editorial Note", *op.cit.*, p. 157.

³⁹⁰ Benavides Venegas, Farid Samir, *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*, Barcelona, Institut Català Internacional per la Pau, 2011.

³⁹¹ Reátegui, Felix, "Introducción", *op.cit.*, p. 36.

³⁹² Rincón, Tatiana, *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010.

³⁹³ Entendiendo por "transición", generalmente, "el paso de un régimen no democrático a otro democrático, no simplemente un cambio de gobierno o un proceso de liberalización dentro de un régimen autoritario" (Barahona de Brito, Alexandra, Aguilar Fernández, Paloma y González Enríquez, Carmen, "Introducción", *op.cit.*, p. 41).

un número considerable de violaciones de los derechos humanos en un determinado "conflicto" y ven oportuna la implementación de la justicia transicional como medio para reparar esos daños. En definitiva, y aunque parezca hasta cierto punto contradictorio, "accountability for past wrongs is being demanded in situations where there is no clear or consolidated political transition"³⁹⁴.

Sin embargo, ¿es esta ampliación del campo razón suficiente para que debamos descartar el concepto de justicia *transicional*? A nuestro juicio, este conflictivo término tiene la capacidad de englobar un conjunto de situaciones que van más allá de las meras transiciones a la democracia y, por ello, creemos que todavía hoy continúa teniendo pleno sentido. Es más, como hemos tratado de demostrar, en la actualidad, se exige con cierta facilidad la aplicación de este modelo de justicia en conflictos armados u otras situaciones de violencia³⁹⁵. Por ello, como señalábamos con anterioridad, en el fondo, es un término ampliamente conocido cuya notoriedad puede emplearse en beneficio de los derechos de las víctimas. Además, no debemos olvidar que los órganos de las Naciones Unidas y otros organismos internacionales emplean el concepto reiterada e indubitativamente³⁹⁶.

Por esta razón, en el presente estudio defendemos la necesidad de continuar empleando este concepto. Ahora bien, quisiéramos realizar dos precisiones: por una parte, vamos a entender por "transición" una situación, un momento o un proceso de cambio³⁹⁷ (es decir,

³⁹⁴ Teitel, Ruti G., *Globalizing transitional justice. Contemporary essays*, *op.cit.*, p. xiv. Por ello se ha defendido que "instead of being a field that sought to address a set of transitional challenges, transitional justice was increasingly understood as the application of a set of predefined instruments to a context vaguely defined as transitional" (Van der Merwe, Hugo, "Transitions in the Middle East and North Africa...", *op.cit.*, p. 228).

³⁹⁵ Por esta razón, estamos de acuerdo con Kai Ambos cuando argumenta que "una lectura tan limitada de la JT, focalizada en la transición, excluiría situaciones en las que, como en Colombia o - quizás - Palestina/Israel, las partes en un conflicto en curso quieren hacer uso de la caja de herramientas de la JT. Es por esta razón que una lectura más amplia de la JT centrada en el interés de la justicia parece más adecuada" (Ambos, Kai, "Evaluando la eficacia de la Justicia Transicional: Unos comentarios preliminares", *ZIS*, 9/2015, p. 468. Disponible online en: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_9_947.pdf).

³⁹⁶ A este respecto, resulta ilustrativo conocer el ámbito de aplicación de las siguientes resoluciones: Resolución aprobada sin votación por el Consejo de Derechos Humanos, en su 37ª sesión, el 27 de septiembre de 2012: Derechos Humanos y justicia de transición (A/HRC/RES/21/15), Punto 13. Éste mismo contenido puede apreciarse también en las resoluciones previas del Consejo de derechos humanos como, por ejemplo, en: la Resolución aprobada sin votación por el Consejo de Derechos Humanos, en su 30ª sesión, el 1 de octubre de 2009: Derechos Humanos y justicia de transición (A/HRC/RES/12/11) y la Resolución aprobada sin votación por la Comisión de Derechos Humanos, en su 59ª sesión, el 20 de abril de 2005: Derechos Humanos y justicia de transición (E/CN.4/RES/2005/70). Otro ejemplo ilustrativo lo podemos encontrar en: ICTJ briefing, "Transitional Justice in the United Nations Human Rights Council", *op.cit.*, p. 2.

³⁹⁷ En la doctrina suele ser común encontrarnos alusiones a la producción de "alguna forma de transición política" (Sharp, Dustin N., "Interrogating the Peripheries...", *op.cit.*, p. 153; García Amado, Juan Antonio, "Justicia transicional. Enigmas y...", *op.cit.*, pp. 99 - 100.); "proceso de cambio político" (Bonet Pérez, Jordi y Alija Fernández, Rosa Ana, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Bilbao,

en ningún caso nos vamos a limitar a las transiciones democráticas³⁹⁸) y, por otra parte, el foco de atención lo trasladaremos no tanto a la “transición”, sino al amplio concepto de “justicia” que analizaremos a continuación.

2. La *justicia* transicional: los diversos significados de la noción “justicia”

Comenzábamos la introducción al presente trabajo señalando que, a nuestro juicio, uno de los errores más frecuentes en el campo que nos ocupa consistía en calificar a la justicia

Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2009, p. 12); "transformación política" (McEvoy Kieran, "Transitional justice" en Cane, Peter and Conaghan, Joanne (Eds.), *The New Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, Print Publication Date: 2008; Published online: 2009. Available in: Oxford Reference: "Transitional justice refers to the different styles of justice that take shape in societies emerging from violent conflict or dramatic political transformation"; Bell, Christine, "Transitional Justice, Interdisciplinarity...", *op.cit.*, p. 7); "transformación de la sociedad" (Lindenmann, Jürg, "Transitional justice and the International Criminal Court: some reflections on the role of the ICC in conflict transformation" en Kohen, Marcelo G. (Ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law/ La promoción de la justicia, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber Amicorum Lucius Caflisch, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2007, p. 318); "transformaciones radicales de un orden social y político" (Uprimny Yepes, Rodrigo, "¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación para Colombia", *op.cit.*, p. 13. Con las mismas palabras expresan esta transformación Torregrosa Jiménez, Rodolfo y Torregrosa Jiménez, Norhys, *Justicia transicional. Paz vs Justicia...*, *op.cit.*, p. 9. También recogen estas transformaciones varios autores en VV.AA., *Manual de procedimiento de Justicia y Paz*, Colombia, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2009, p. 19) o, de manera general, que la justicia transicional implica un "un proceso de cambio de un orden de cosas" (Torres Argüelles, Alfredo, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 26).

³⁹⁸ A pesar de la evolución experimentada en el campo, debemos mencionar que determinados autores continúan poniendo el foco de atención en estas clásicas transiciones. Y es que, todavía es posible encontrar definiciones que siguen centrándose en exclusiva en las transiciones a la democracia o en el cambio de régimen. Véanse, por ejemplo, las definiciones que se proponen en: Nalepa, Monika, "Captured Commitments: An Analytic Narrative of Transitions with Transitional Justice", *World Politics*, Vol. 62, No. 2, April 2010, p. 341; Miller, Zinaida, "Effects of Invisibility...", *op.cit.*, p. 266. Centrándose también en el cambio de régimen: Sentencia del Tribunal Supremo N° 101/2012, de 27 de febrero de 2012, Fundamento Jurídico Quinto. Disponible online en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Sala_de_prensa/Documentos_de_Interes/Tribunal_Supremo__Sentencia_del_caso__Manos_Limpias_y_Asociacion_Libertad_e_Identidad_vs_Baltasar_Garzon__por_prevaricacion_judicial__STS_101_2012

A este respecto, cabe añadir que no faltan los autores que nos recuerdan los objetivos tradicionales del campo como el relativo a "avanzar o retornar a la normalidad democrática (Valencia Villa, Hernando, "Introducción a la justicia transicional", Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana "Julio Cortázar" de la Universidad de Guadalajara, México, el 26 de octubre de 2007, p. 1. Disponible online en: <http://escolapau.uab.es/img/programas/derecho/justicia/seminariojt/tex03.pdf>) o, incluso, quienes se limitan a estudiar los abusos estatales cuando, en realidad, la justicia transicional debe lidiar con las violaciones cometidas por todas las partes (Henry, Nicola, "From Reconciliation to Transitional Justice...", *op.cit.*, pp. 211 – 212). Ahora bien, en el extremo contrario se encuentran todos aquellos que se conforman con definir el concepto como el tránsito de una situación de conflicto a la paz, lo que tampoco consideramos del todo correcto (Kaufman, Zachary D., "The Future of Transitional Justice", *St. Antony's International Review (University of Oxford Journal of International Relations)*, Vol. 1, 2005, p. 58).

transicional como una especie de justicia *light*³⁹⁹, débil, extraordinaria o excepcional⁴⁰⁰. Así mismo, hemos comprobado cómo determinados autores atribuyen el calificativo de “transicional” a la forma de justicia que se debe impartir y no al propio contexto en sí⁴⁰¹.

Pues bien, debemos añadir que, en el extremo opuesto, se hallan quienes identifican de manera general el concepto de “justicia transicional” con el “componente ‘justicia’ dentro de los procesos políticos de transición”⁴⁰². Si bien es cierto que la justicia transicional no deja de ser una modalidad de “justicia” aplicable en contextos de transición, consideramos que esta definición no es suficiente ya que, no da respuesta a la siguiente pregunta fundamental: ¿qué “tipo” de justicia es, en definitiva, la justicia transicional? Es decir, ¿es una justicia penal o, por el contrario, se basa en una concepción alternativa a la mera retribución? ¿Puede considerarse una justicia ordinaria o extraordinaria? Y, al fin y al cabo, ¿qué lugar ocupa la justicia penal en el entramado transicional?

Antes de responder a los interrogantes planteados debemos advertir que nos adentramos en una materia sumamente controvertida en la que, como el campo de la justicia transicional nos tiene acostumbrados, la doctrina⁴⁰³ se halla profundamente dividida y, consecuentemente, no es posible hallar un mínimo consenso sobre el significado de la “justicia”⁴⁰⁴. Ahora bien, teniendo en cuenta que “different cultures have different understandings of what justice is, as well as different understandings of the

³⁹⁹ Véase una fundada crítica a esta forma de concebir la justicia en: Méndez, Juan E., "Justicia de transición", *op.cit.*, pp. 13 - 14.

⁴⁰⁰ Llegados a este punto, conviene recordar los argumentos esgrimidos en la introducción del Capítulo primero.

⁴⁰¹ Reyes Alvarado, Yesid, "Víctimas, fin y necesidad de la pena en el derecho penal y en la llamada justicia transicional" en Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 201.

⁴⁰² Olásolo Alonso, Héctor, *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, p. 227.

⁴⁰³ A este respecto quisiéramos destacar la notable atención doctrinal que este debate ha suscitado en los últimos años (Turner, Catherine, *Violence, Law and the Impossibility of Transitional Justice*, *op.cit.*, p. 132).

⁴⁰⁴ Vandeginste, Stef and Sriram, Chandra Lekha, "Power Sharing and Transitional Justice: A Clash of Paradigms?", *Global Governance*, Vol. 17, No. 4, 2011, p. 490; Clark, Phil and Palmer, Nicola, "Challenging Transitional Justice", *op.cit.*, p. 3. Uno de los estudios más recientes y detallados que hemos encontrado en torno al concepto de justicia ha sido el realizado en: Sharp, Dustin N., *Rethinking Transitional Justice for the Twenty-First Century: Beyond the end of history*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018. En él, en los capítulos 2, 3 y 5, el autor intenta dar respuesta a los siguientes interrogantes: la justicia para qué, para quién y con qué finalidad.

relativity of justice modalities in postconflict situations”⁴⁰⁵, resultan comprensibles las dificultades que esta tarea lleva aparejadas⁴⁰⁶.

Concretamente, los autores no sólo difieren en la defensa de lo que la justicia debería ser⁴⁰⁷, sino que muestran posturas extremadamente contrapuestas que condicionan la forma de entender y de implementar el proceso transicional y los correspondientes mecanismos en su conjunto⁴⁰⁸. Por ejemplo, existe una clara división doctrinal⁴⁰⁹ en torno a la consideración de la justicia transicional como justicia ordinaria⁴¹⁰ o, en el extremo opuesto, como una justicia extraordinaria, excepcional⁴¹¹, especial⁴¹² o imperfecta⁴¹³.

⁴⁰⁵ Bassiouni, M. Cherif, "Editorial", *op.cit.*, pp. 336. En términos similares Dancy, Geoff, "Impact Assessment, Not Evaluation: Defining a Limited Role for Positivism in the Study of Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 4, Issue 3, 2010, p. 355.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 367.

⁴⁰⁷ Una buena muestra de las diferentes posturas del debate se puede apreciar en: De Greiff, Pablo, "Theorizing Transitional Justice", *op.cit.*, pp. 58 - 65. Véase también: Phillips, Michael, "Justice - Seeking in Settler States: A Model for Thinking about 'Justice' in Transitional Societies" en Corradetti, Claudio, Eisikovits, Nir and Rotondi, Jack Volpe (Eds.), *Theorizing Transitional Justice*, England, Ashgate, 2015, pp. 81 - 92; Webber, Jeremy, "Forms of Transitional Justice" en Williams, Melissa S., Nagy, Rosemary and Elster, Jon (Eds.), *Transitional Justice*, New York and London, New York University Press, 2012, pp. 98 - 128; Mani, Rama, "Balancing Peace with Justice in the Aftermath of Violent Conflict", *Development*, Vol. 48, Issue 3, 2005, pp. 25 - 34.

⁴⁰⁸ Es más, este extremo podría llegar a condicionar el examen de las cuestiones de admisibilidad que analizaremos en el Capítulo tercero.

⁴⁰⁹ Este debate, si bien en el plano teórico puede ser enriquecedor, poco o nada aporta al verdadero trasfondo de la justicia transicional, ya que, como veremos en apartados sucesivos, ante la comisión de violaciones masivas, sistemáticas y graves a los derechos humanos, ninguna fórmula de justicia puede considerarse que vaya a lidiar con hechos "ordinarios".

⁴¹⁰ Posner, Eric A. and Vermeule, Adrian, "Transitional Justice as Ordinary Justice", *University of Chicago Public Law and Legal theory Working Paper*, No. 40, March 2003, p. 4. Disponible online: http://www.law.uchicago.edu/files/files/40.eap-av.transitional.both_.pdf A este respecto, resulta interesante la crítica que realiza Pablo de Greiff a esta forma de concebir la justicia transicional en: De Greiff, Pablo, "Theorizing Transitional Justice", *op.cit.*, pp. 61 - 62.

⁴¹¹ Kamto, Maurice, "Réflexions sur la notion de justice transitionnelle" en Mottet, Carol and Pout Christian (Ed.), *La justice transitionnelle : une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable*, Conference Paper 1/2011, Dealing with the Past - Series, p. 33. Disponible online en <http://www.ohchr.org/Documents/Countries/Africa/ActesConf2JusticeTransit.pdf>

⁴¹² Precisamente, Ramírez Barat denunciaba esta concepción de justicia en su Tesis Doctoral: Ramírez Barat, Clara, *La justicia en el Tiempo...*, *op.cit.*, p. 5.

⁴¹³ Kritz, Neil, "Where We Are and How We Got Here...", *op.cit.*, p. 30; Bohl, Kristin, "Breaking the Rules of Transitional Justice", *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 24, No. 2, 2006, p. 565; Duggan, Colleen, "Editorial Note", *op.cit.*, p. 321; Lefranc, Sandrine and Vairel, Frédéric, "The Emergence of Transitional Justice as a Professional International Practice" en Israël, Liora and Mouralis, Guillaume (Eds.), *Dealing with Wars and Dictatorships. Legal Concepts and Categories in Action*, The Hague, T.M.C Asser Press, 2014, p. 238; Hourquebie, Fabrice, "La notion de 'justice transitionnelle' a-t-elle un sens?", *op.cit.*, p.1; Garzón Real, Baltasar, "Justicia penal vs. justicia transicional: el derecho a la paz en el marco de los estándares internacionales en materia de verdad, justicia y reparación", pp. 2 - 3. Carta de Baltasar Garzón en Bogotá, a 23 de mayo de 2011, en calidad de asesor de la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia. Disponible online en: <http://memoriaydignidad.org/memoriaydignidad/index.php/site-administrator/extradicion-y-sus-secuelas/instrumentos-internacionales/131-rutas-para-exigir-los-derechos-de-las-victimas/700-rutas-juridicas-derechos-victimas-baltasar-garzon-carta-2011>

Por ello, pasaremos a continuación a analizar, sin ánimo de exhaustividad, los diversos significados que se le atribuyen a la justicia transicional. A este respecto, quisiéramos añadir que, si bien es imposible establecer líneas divisorias infranqueables en las que dividir las posiciones doctrinales, a grandes rasgos podríamos hacer las siguientes distinciones: justicia legal/judicial/internacional vs local/alternativa/tradicional⁴¹⁴ y justicia retributiva vs restaurativa⁴¹⁵.

2.1. La justicia judicial/legal/internacional y la justicia local/tradicional/alternativa

Por una parte, ciertos sectores consideran que, en la literatura de la justicia transicional, predomina una visión meramente legal o judicial de justicia⁴¹⁶, posición que, en no pocas ocasiones, ha sido duramente criticada⁴¹⁷. Por esta razón, se ha llegado a afirmar que se ha producido una legalización⁴¹⁸, judicialización⁴¹⁹, institucionalización⁴²⁰ o

⁴¹⁴ Para analizar las confrontaciones entre el ámbito local y el internacional en la justicia transicional nos remitimos a: Colvin, Christopher J., "Community Justice versus Transitional Justice" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, New York, Cambridge University Press, 2013, pp. 136 – 140; Tiemessen, Alana, "Judicial versus Nonjudicial Methods" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 205 – 212; Sriram, Chandra Lekha, "International versus Domestic Norms and Actors" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, New York, Cambridge University Press, 2013, pp. 200 - 205.

⁴¹⁵ Es posible encontrar un excelente resumen de este debate en: Loyle, Cyanne E., "Restorative versus Retributive Justice" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, New York, Cambridge University Press, 2013, p. 236; Boraine, Alexander, "Retributive justice and restorative justice: contradictory or complementary?" en Adler, Nanci (Ed.), *Genocide and Accountability. Three Public Lectures by Simone Veil, Geoffrey Nice, Alex Boraine*, Vossiuspers, Amsterdam, 2004, pp. 39 – 52.

⁴¹⁶ Henry, Nicola, "From Reconciliation to Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 212; Nagy, Rosemary, "Transitional Justice as Global Project...", *op.cit.*, p. 276; Fletcher, Laurel E., "Editorial Note", *op.cit.*, p. 198; Sharp, Disting N., "Emancipating Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 159; Turner, Catherine, "Deconstructing Transitional Justice", *op.cit.*, p. 207; Bell, Christine, "Transitional Justice, Interdisciplinarity...", *op.cit.*, p. 22.

⁴¹⁷ Pham, Phuong N., "Stay the Hand of Justice...", *op.cit.*, p. 37; Mullen, Matthew, "Reassessing the focus of transitional justice: the need to move structural and cultural violence to the centre", *Cambridge Review of International Affairs*, Vol. 28, Issue 3, 2015, pp. 462 – 463; Murphy, Colleen, "Transitional Justice" en Chatterjee, Deen K. (Ed.), *Encyclopedia of Global Justice*, Dordrecht Heidelberg London New York, Springer, 2011, p. 1090; Nagy, Rosemary, "Transitional Justice as Global Project...", *op.cit.*, pp. 275 - 289; Lambourne, Wendy, "Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 47.

⁴¹⁸ Subotic, Jelena, "The Transformation...", *op.cit.*, pp. 106 – 107.

⁴¹⁹ Teitel, Ruti G., "Global Transitional Justice", *op.cit.*, p. 6; Rangelov, Iavor and Teitel, Ruti, "Transitional Justice", *op.cit.*, p. 340; Vieille, Stephanie, "Transitional Justice: A Colonizing Field?", *Amsterdam Law Forum*, Vol. 4, N°3, September 2012, p. 59; Engstrom, Par, "Transitional Justice and Ongoing Conflict", *op.cit.*, p. 7.

⁴²⁰ Teitel, Ruti, "Editorial Note...", *op.cit.*, p. 3; Sharp, Dustin N., "Interrogating the Peripheries...", *op.cit.*, p. 168; McEvoy Kieran, "Transitional justice", *op.cit.*; Rubli, Sandra, "Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 3.); Subotic, Jelena, "The Transformation...", *op.cit.*, pp. 106 – 107.

internacionalización⁴²¹ de la justicia transicional. Es más, desde posturas similares (en ocasiones vinculadas a los estudios sobre el desarrollo⁴²²), se ha denunciado la escasa atención que la materia ha prestado a las causas estructurales de los conflictos⁴²³, que no se haya tomado en consideración a los grupos más vulnerables de la sociedad⁴²⁴ o, fundamentalmente, que se hayan dejado fuera los derechos económicos, sociales y culturales⁴²⁵. Y es que, a pesar de que se ha defendido que “en todo contexto de justicia

⁴²¹ Engstrom, Par, "Transitional Justice and Ongoing Conflict", *op.cit.*, p. 7; Nadery, Ahmad Nader, "Editorial Note: In the Aftermath of International Intervention: A New Era for Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 5, Issue 2, 2011, p. 174; Roth - Arriaza, Naomi, "El papel de los actores internacionales en los procesos nacionales de responsabilidad" en Barahona de Brito, Alexandra, Aguilar Fernández, Paloma y González Enríquez, Carmen (Eds.), *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones y olvido en las nuevas democracias*, Istmo, Madrid, 2002, p. 71; Hughes, Edel, Schabas, William A. and Thakur, Ramesh, "Introduction" en Hughes, Edel, Schabas, William A. and Thakur, Ramesh (Eds.), *Atrocities and international accountability: beyond transitional justice*, Tokio-New York- Paris, United Nations University Press, 2007, p. 2; Lutz, Ellen, "Transitional justice: Lessons learned and the road ahead", *op.cit.*, p. 333.

En todo caso, queremos señalar que ya en la recopilación de Kritz se menciona la internacionalización de las cuestiones relativas a la justicia transicional. Por lo tanto, este debate no es tan novedoso como quieren hacernos creer (Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes, Vol. 1, op.cit.*, p. xxviii). Es más, este debate también estuvo presente en 1992 en el proyecto de la justicia en tiempos de transición, tal y como puede apreciarse en: Albon, Mary, "Project on justice in times of transition...", *op.cit.*, pp. 47 - 48.

⁴²² Duthie, Roger, "Toward a Development - sensitive Approach to Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, Issue 3, 2008, pp. 292 - 309; Mani, Rama, "Editorial: Dilemmas of Expanding Transitional Justice, or Forging the Nexus between Transitional Justice and Development", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, Issue 3, 2008, pp. 253 - 265; Aguirre, Daniel, "Development and Transitional Justice" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, New York, Cambridge University Press, 2013, pp. 158 - 164; Juan E. Méndez también hizo referencia a la relación entre la justicia transicional y desarrollo en la Lectura inaugural de los cursos de verano de la iniciativa de Antonio Cassesse: Méndez, Juan E., "Post - Conflict Justice and State Building", Lectura inaugural en Antonio Cassesse Summer School, Geneva, July 1, 2013, pp. 8 - 10. Es más, incluso el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, dedicó uno de sus informes a analizar la relación entre la justicia transicional y el desarrollo sostenible: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/68/345, de 23 de agosto de 2013.

⁴²³ Para profundizar en la relación entre las causas estructurales de los conflictos y la justicia transicional: McAuliffe, Pádraig, "Structural Causes of Conflict and the Superficiality of Transition" en Corradetti, Claudio, Eisikovits, Nir and Rotondi, Jack Volpe (Eds.), *Theorizing Transitional Justice*, England, Ashgate, 2015, pp. 93 - 105. En todo caso, queremos destacar que este tema no es, en ningún caso reciente ya que, Rama Mani denunció, hace más de 10 años, esta situación: Mani, Rama, "Balancing Peace with Justice...", *op.cit.*, p. 27.

⁴²⁴ Precisamente, el Secretario General defendía en su pionero Informe del año 2004 que "una estrategia cabal también debe prestar atención especial a los abusos cometidos contra los grupos más afectados por el conflicto, como las minorías, los ancianos, los niños, las mujeres, los prisioneros, los desplazados y los refugiados y establecer medidas particulares para su protección e indemnización en procesos judiciales y de reconciliación", Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, Punto IX.25.

⁴²⁵ Nagy, Rosemary, "Transitional Justice as Global Project...", *op.cit.*, p. 284; Carranza, Ruben, "Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes?", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, Issue 3, 2008, p. 317. No obstante, lo cierto es que, en los últimos años, especialmente tras la publicación por parte de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos del estudio sobre "Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales", está adquiriendo una importante relevancia en la doctrina la defensa e inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales en los procesos de justicia transicional tal y como se pone de manifiesto

de transición debe tenerse en cuenta toda la gama de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”⁴²⁶, lo cierto es que la realidad muestra que estos derechos no suelen ser incorporados en los mecanismos de la justicia transicional⁴²⁷.

Por otra parte, frente al auge o expansión de la justicia internacional penal⁴²⁸, en los últimos años, ha surgido una fuerte corriente doctrinal⁴²⁹ que apuesta por una estrategia

en: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2014 (HR/PUB/13/5).

En la doctrina se han pronunciado sobre esta cuestión, entre otros: Oré Aguilar, Gaby and Gómez Isa, Felipe (Eds.), *Rethinking transitions: Equality and Social Justice in Societies Emerging from Conflict*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2011; Carranza, Ruben, "Plunder and Pain...", *op.cit.*, pp. 310 - 330; Duthie, Roger, "Toward a Development...", *op.cit.*, pp. 292 - 309; Laplante, Lisa J., "Transitional Justice and Peace Building: Diagnosing and Addressing the Socioeconomic Roots of Violence through a Human Rights Framework", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, Issue 3, 2008, pp. 331 - 355; Miller, Zinaida, "Effects of Invisibility...", *op.cit.*, pp. 266 - 291; Sankey, Diana, "Towards Recognition of Subsistence Harms: Reassessing Approaches to Socioeconomic Forms of Violence in Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 8, Issue 1, 2014, pp. 121 - 140.

⁴²⁶ Derechos Humanos y justicia de transición (A/HRC/RES/21/15), *op.cit.*, Preámbulo. La Nota Orientativa del Secretario General del año 2011 también incidía en este aspecto: Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, *op.cit.*

⁴²⁷ Muñoz Nogal, Ester y Gómez Isa, Felipe, "Derechos económicos y sociales en procesos de justicia transicional...", *op.cit.*, p. 14; Gready, Paul and Robins, Simon, "From Transitional to Transformative Justice: A New Agenda for Practice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 8, Issue 3, 2014, p. 346. A propósito de los argumentos que se suelen alegar para justificar la necesidad de que los mecanismos se centren en los "abusos graves de derechos humanos", "violaciones más graves" o "crímenes de sistema": *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, HR/PUB/06/1, *op.cit.*, p. 9; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), pp. 12 - 19; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1), pp. 19 - 22.

⁴²⁸ Waldorf, Lars, "Local transitional justice - customary law, healing rituals, and everyday justice" en Simic, Olivera, *An Introduction to Transitional Justice*, Routledge, London and New York, 2017, p. 160. Por ejemplo, a juicio del autor, el proceso gacaca se presentó como una alternativa al TIPR y los procesos de *mato oput* en Uganda los considera como una respuesta ante la intervención de la Corte penal internacional.

⁴²⁹ Determinados órganos de las Naciones Unidas también han reconocido la necesidad de tomar en consideración el contexto y las prácticas locales de justicia siempre que éstas sean compatibles con los estándares internacionales: Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, Punto 36; Carta de fecha 13 de junio de 2008 dirigida al Secretario General por los Representantes Permanentes de Alemania, Finlandia y Jordania ante las Naciones Unidas: Declaración de Nuremberg sobre Paz y Justicia. Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, distribución general 19 de junio de 2008 (A/62/885), Punto IV. 2.5; Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, Punto A.7.; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Cartografía del sector de la justicia*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/2), p. 18; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Supervisión del sistema de justicia*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/3), p. 11. En un sentido similar se posiciona también el influyente Centro Internacional para la Justicia Transicional en: Centro Internacional para la Justicia Transicional, "¿Qué es la justicia transicional?", *op.cit.*

local⁴³⁰, tradicional⁴³¹ o, alternativa⁴³² a esta primera forma de concebir la justicia, que se suele identificar con mecanismos de búsqueda de la verdad y prácticas tradicionales de justicia a nivel comunitario⁴³³, listado al que algunos autores añaden también la justicia indígena, informal o, en definitiva, no occidental⁴³⁴. Desde estas posiciones que, por otra parte, no son novedosas para la justicia internacional⁴³⁵ se reivindica, básicamente, la necesidad de que cada sociedad imparta justicia según las concepciones de la propia

⁴³⁰ Shaw, Rosalind and Waldorf, Lars, (Ed.), *Localizing transitional justice: interventions and priorities after mass violence*, Stanford, Stanford University Press, 2010; McEvoy, Kieran and McGregor, Lorna (Eds.), *Transitional Justice from Below. Grassroots Activism and the Struggle for Change*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2008; Arriaza, Laura and Roth - Arriaza, Naomi, "Social Reconstruction as a Local Process", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, Issue 2, 2008, pp. 152 – 153; Waldorf, Lars, "Local transitional justice...", *op.cit.*, pp. 157 – 176; Sharp, Dustin N, "Transitional justice and 'local' justice" en Lawther, Cheryl, Moffet Luke and Jacobs, Dov (Eds.), *Research Handbook on Transitional Justice*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 142 – 158; Sharp, Dustin N., "Addressing Dilemmas of the Global and the Local in Transitional Justice", *Emory International Law Review*, Vol. 29, 2017, pp. 71 – 117; Roth - Arriaza, Naomi, Schey, Peter A. and Shelton, Dinah, "Addressing Human Rights Abuses: Truth Commissions and the Value of Amnesty", *19 Whittier Law Review*, 325, 1997, pp. 343 - 344. Este último artículo, a nuestro juicio, resulta especialmente pertinente para apreciar el distinto trato que obtienen la local y la internacional. Y es que, tal y como explican los expertos mediante el ejemplo de la Antigua Yugoslavia, es cuanto menos sorprendente la diferencia en la cantidad de dinero que se llegó a invertir en el funcionamiento del Tribunal y, sin embargo, resulta sorprendente que no se lograra la cantidad necesaria para exhumar las fosas comunes que pedían un número considerable de víctimas. Por ello, concluyen que resulta imperativo tomar en consideración estas preocupaciones que surgen en el ámbito local cuando nos referimos a la impunidad y a la exigencia de responsabilidades.

⁴³¹ Nagy, Rosemary, "Centralizing legal pluralism? Traditional justice in transitional contexts" en Sriram, Chandra Lekha, García-Godos, Herman, Johanna and Martin-Ortega, Olga (Eds.), *Transitional justice and peacebuilding on the ground: Victims and ex-combatants*, Routledge, London and New York, 2013, pp. 81 – 99; Manirakiza, Pacifique, "Customary African Approaches to the Development of International Criminal Law" en Levitt, Jeremy I. (Ed.), *Africa: Mapping New Boundaries in International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008, pp. 44 - 48; Brems, Corradi and Schotsmans (Eds.), *International actors and traditional justice in Sub-Saharan Africa: Policies and Interventions in Transitional Justice and Justice Sector Aid*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015; Bennett, Brems, Corradi, Nijzink and Schotsmans (Eds.), *African perspectives on tradition and justice*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012; Hinz, Manfred O. and Mapaure, Clever (Eds.), *In Search of Justice and Peace: Traditional and Informal Justice Systems in Africa*, Namibia Scientific Society, Windhoek, 2010; Huyse, Luc and Salter, Mark (Eds.), *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict: Learning from African Experiences*, International IDEA, Sweden, 2008.

⁴³² Kemp, Susan, "Alternative Justice Mechanisms, Compliance and Fragmentation of International Law" en Van den Herik, Larissa and Stahn, Carsten (Eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 261 – 263; Stauffer Carl S., "Transitional Justice", *op.cit.*, p. 5272.

⁴³³ Tiemessen, Alana, "Judicial versus Nonjudicial Methods", *op.cit.*, p. 206.

⁴³⁴ Sharp, Dustin N, "Transitional justice and 'local' justice", *op.cit.*, p. 144.

⁴³⁵ Precisamente, en los debates relativos al establecimiento de la Corte penal internacional ya se argumentaba que los tribunales nacionales eran quienes se encontraban en mejor posición para impartir justicia (Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Official Records of the General Assembly, 50th session, Supplement Nr. 22 (A/50/22). Para profundizar más sobre esta cuestión, puede acudir también a: Ryngaert, Cedric, "The principle of complementarity: a means of ensuring effective international criminal justice" en Ryngaert, Cedric (Ed.), *The Effectiveness of International Criminal Justice*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009, p. 170. Así mismo, véanse las explicaciones otorgadas por Sánchez Legido a propósito del "carácter territorial de la jurisdicción penal" en: Sánchez Legido, Ángel, *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 26 – 32 y pp. 320 – 336.

comunidad local⁴³⁶ y no mediante un modelo occidental impuesto⁴³⁷ ya que, añaden, solo así se garantiza la legitimidad o efectividad de la justicia transicional⁴³⁸ y se puede atender a un mayor número de perpetradores⁴³⁹. Es más, ha sido tal el auge experimentado en esta forma de concebir la materia que, incluso, ha sido presentada como la “cuarta generación de la justicia transicional”⁴⁴⁰.

2.2. *La justicia restaurativa vs. justicia retributiva*

No muy alejados de estas posiciones, otro grupo de expertos ha criticado la vinculación de la justicia transicional con el derecho penal o la justicia retributiva⁴⁴¹. Así, se ha defendido, simple y llanamente, que “criminal justice is not, of course, the only form of accountability for atrocity”⁴⁴². Si bien es cierto que la justicia no se reduce, ni mucho menos, a una visión retributiva, es indiscutible que, actualmente, la justicia penal sigue ocupando una posición central en todo proceso de justicia transicional⁴⁴³. Solo así se explica la necesidad constante y los esfuerzos que se realizan tanto desde la teoría como

⁴³⁶ An-Na'im, Abdullahi Ahmed, "Editorial Note: From the Neocolonial 'Transitional' to Indigenous Formations of Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol.7, Issue 2, 2013, p. 199.

⁴³⁷ Nagy, Rosemary, "Centralizing legal pluralism?...", *op.cit.*, p. 85.

⁴³⁸ Lundy, Patricia and McGovern, Mark, "Whose justice? Rethinking Transitional Justice from the Bottom Up", *Journal of Law and Society*, Vol. 35, No. 2, June 2008, pp. 291 - 292. En un sentido similar: Duggan, Colleen, "Show me your impact: Evaluating transitional justice in contested spaces", *Evaluation and Program Planning*, Vol. 35, Issue 1, 2012, p. 205; Sharp, Dustin N, "Transitional justice and 'local' justice", *op.cit.*, pp. 144 - 145.

⁴³⁹ Tiemessen, Alana, "Judicial versus Nonjudicial Methods", *op.cit.*, p. 210.

⁴⁴⁰ Sharp, Dustin N., "Interrogating the Peripheries...", *op.cit.*, p. 152.

⁴⁴¹ Una definición más concisa de esta forma de entender la justicia se proporciona en: Ursachi, Raluca, "Retributive Justice" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, New York, Cambridge University Press, 2013, p. 289. Los siguientes estudios seleccionados también reflexionan sobre esta modalidad de justicia: Wangm Shaina P., "Transitional Justice as Retribution: Revisiting its Kantian Roots" en Palmer, Nicola, Clark, Phil and Granville, Danielle (Eds.), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, Cambridge - Antwerp - Portland, Intersentia, 2012, pp. 31 - 50; Gil Gil, Alicia, "El papel del derecho penal en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva" en Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 365 - 392.

⁴⁴² Schabas, William A. and Thakur, Ramesh, "Concluding remarks: The question that still remain" en Hughes, Edel, Schabas, William A. and Thakur, Ramesh (Eds.), *Atrocities and international accountability: beyond transitional justice*, Tokio-New York- Paris, United Nations University Press, 2007, p. 281. En un sentido similar véase también Teitel, Ruti, "Editorial Note...", *op.cit.*, p. 4; Boraine, Alex, "Transitional Justice as an Emerging Field", *op.cit.*, p. 3; Biggar, Nigel, "Making Peace or Doing Justice: Must We Choose?" en Biggar, Nigel (Ed.), *Burying the past. Making peace and doing justice after civil conflict*, Washington, D.C., Georgetown University Press, 2003, p. 7; González Zapata, Julio, "La justicia transicional...", *op.cit.*, p. 39.

⁴⁴³ Seils, Paul, "La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional", *op.cit.*, p. 21; Méndez, Juan E., "Speeches...", *op.cit.*, p. 365; Freeman, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 10.

desde la práctica para justificar las opciones no penales en procesos de justicia transicional.

Puede que sea ésta una de las razones por las que, en los últimos años, hayan comenzado a surgir otras concepciones de justicia como, por ejemplo, la justicia reparadora⁴⁴⁴ o “reparatory justice”⁴⁴⁵, la justicia “estructural”⁴⁴⁶, la justicia distributiva⁴⁴⁷, la justicia transformativa⁴⁴⁸ o transformadora⁴⁴⁹ y, cómo no, la conocida como justicia restaurativa que, en mayor o menor medida, tratan de desplazar o limitar el componente penal de la justicia en procesos de justicia transicional. Dado que ha sido ésta última, es decir, la justicia restaurativa⁴⁵⁰, la que mayor atención parece acaparar en los estudios doctrinales y en la práctica transicional (hasta tal punto que, incluso, se ha llegado a afirmar que se halla en el corazón mismo de la literatura transicional⁴⁵¹), estudiaremos los fundamentos en los que se asienta.

Como punto de partida conviene señalar que, actualmente, son escasos⁴⁵² los trabajos que se centran en las vicisitudes que genera la aplicación de la justicia restaurativa en

⁴⁴⁴ Mani, Rama, "La reparación como un componente de la justicia transicional...", *op.cit.*, pp. 153 - 207. Los dos siguientes artículos de la experta también profundizan en esta forma de concebir la justicia: Mani, Rama, "Balancing Peace with Justice...", *op.cit.*, pp. 25 - 34; Mani, Rama, "Does power trump morality?...", *op.cit.*, pp. 23 - 41 (especialmente las páginas 36 - 40).

⁴⁴⁵ Puede consultarse una definición de esta forma de justicia en: Ursachi, Raluca, "Reparatory Justice" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, New York, Cambridge University Press, 2013, p. 288.

⁴⁴⁶ Thomason, Krista K., "Transitional Justice as Structural Justice" en Corradetti, Claudio, Eisikovits, Nir and Rotondi, Jack Volpe (Eds.), *Theorizing Transitional Justice*, England, Ashgate, 2015, pp. 71 - 80.

⁴⁴⁷ Bergsmo, Morten, Rodríguez Garavito, César, Kalmanovitz, Pablo y Saffon, Maria Paula (Eds.), *Justicia distributiva en sociedades en transición*, Oslo, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012.

⁴⁴⁸ Gready, Paul and Robins, Simon, "From Transitional to Transformative Justice...", *op.cit.*, pp. 339 - 361. A favor de un concepto de "justicia transformativa" también se posiciona: Lambourne, Wendy, "Transitional Justice...", *op.cit.*, pp. 28 - 48.

⁴⁴⁹ Mani, Rama, "La reparación como un componente de la justicia transicional...", *op.cit.*, pp. 201 - 202. Ahora bien, no todos los autores se muestran a favor de esta forma de concebir la justicia transicional. Véase la crítica realizada por Kai Ambos en: Ambos, Kai, "Evaluando la eficacia de la Justicia Transicional...", *op.cit.*, p. 468.

⁴⁵⁰ Un excelente resumen a la justicia restaurativa puede encontrarse en: Tamarit Sumalla, Josep, "La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico" en Tamarit Sumalla, Josep (Coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, pp. 3 - 60. Sin embargo, es conveniente señalar que este estudio no se enmarca dentro los contextos de justicia transicional. Por ello, precisamente, Lambourne denuncia que la doctrina de la justicia restaurativa no ha debatido suficiente sobre la aplicación de este concepto en contextos de transición (Lambourne, Wendy, "Restorative justice and reconciliation" en Clamp, Kerry (Ed.), *Restorative Justice in Transitional Settings*, Routledge, London and New York, 2016, p. 56).

⁴⁵¹ Loyle, Cyanne E., "Restorative versus Retributive Justice", *op.cit.*, p. 235.

⁴⁵² Es cierto que es ingente el volumen de literatura que analiza la justicia restaurativa ante crímenes “ordinarios”, pero, a nuestro juicio, no es posible aplicar estos conocimientos, directamente, en el campo de la justicia transicional (Clamp, Kerry and Doak, Jonathan, "More than Words: Restorative Justice Concepts in Transitional Justice Settings", *International Criminal Law Review*, Vol. 12, 2012, p. 340). Por ello, se ha defendido que, primero, es necesario precisar el concepto de la justicia restaurativa (ya que éste continúa siendo discutido) antes de aplicarlo en procesos de justicia transicional, razón por la que se ha

contextos de justicia transicional⁴⁵³. Y es que, la mayoría de los estudios tienden a analizar de manera aislada los mecanismos que se identifican con la justicia restaurativa⁴⁵⁴ o simplemente parecen equiparar ambas modalidades de justicia⁴⁵⁵.

Empezando por la propia definición del concepto, conviene advertir que no parece existir una definición universalmente aceptada sobre la justicia restaurativa⁴⁵⁶. En todo caso, en el presente estudio, tomaremos como referencia los “Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal”⁴⁵⁷ y, así, entenderemos

concluido que hay que ser cautelosos a la hora de aplicar los conocimientos que se puedan extraer de la aplicación “ordinaria” de la justicia restaurativa a la justicia transicional (*Ibid.*, pp. 345 – 346 y 359 – 360). Pueden apreciarse las dificultades de aplicar este modelo restaurativo en: Clamp, Kerry, *Restorative Justice in Transition*, Routledge, London and New York, 2014, p. 18.

⁴⁵³ Entre los estudios realizados podemos merecen una atención especial: Llewellyn, Jennifer J and Philpott, Daniel (Eds.), *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, Oxford University Press, Oxford, 2014; Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula, "Justicia transicional y justicia restaurativa...", *op.cit.*, pp. 211 – 232; Clamp, Kerry, *Restorative Justice in Transition*, London-New York, Routledge, 2014; Clamp, Kerry (Ed.), *Restorative Justice in Transitional Settings*, Routledge, London and New York, 2016; McEvoy, Kieran and Eriksson, Anna, "Restorative justice in transition: Ownership, leadership and 'bottom-up' human rights" en Sullivan, Dennis and Tiftt, Larry (Eds.), *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Routledge, London and New York, 2006, pp. 321 – 335; Parmentier, Stephan, Vanspauwen, Kris and Weitekamp, Elmar, "Dealing with the legacy of mass violence: changing lenses to restorative justice" en Smeulers, Alette and Haveman, Roelof (Eds.), *Supranational criminology: towards a criminology of international crimes*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, pp. 335 – 356; Villa-Vicencio, Charles, "Transitional justice, restoration and prosecution" en Sullivan, Dennis and Tiftt, Larry (Eds.), *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Routledge, London and New York, 2006, pp. 387 – 400; Clamp, Kerry and Doak, Jonathan, "More than Words: Restorative Justice Concepts in Transitional Justice Settings", *op.cit.*, pp. 339 – 360.

⁴⁵⁴ Este extremo se ha denunciado en: Clamp, Kerry, *Restorative Justice in Transition*, *op.cit.*, p. 1; Musila, Godfrey, *Rethinking International Criminal law: Restorative Justice and the Rights of Victims in the International Criminal Court*, LAP Lambert Academic Publishing, Germany, 2010, p. 19.

⁴⁵⁵ Quisiéramos añadir que hemos apreciado una cierta confusión en la doctrina ya que no son pocos los expertos que parecen identificar o equiparar la justicia restaurativa con la justicia transicional cuando, como estudiaremos a continuación, no nos hallamos ante conceptos sinónimos. Esta posición ha sido defendida también por Sarkin, Jeremy, "Enhancing the legitimacy, status, and role of the International Criminal Court globally by using transitional justice and restorative justice strategies", *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 6, Issue 1, 2011 - 2012, p. 88. Como acertadamente matiza el experto, la justicia restaurativa es parte de un proceso más amplio de justicia transicional.

⁴⁵⁶ Hoyle, Carolyn, "Can International Justice Be Restorative Justice? The Role of Reparations" en Palmer, Nicola, Clark, Phil and Granville, Danielle (Eds.), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, Cambridge - Antwerp - Portland, Intersentia, 2012, p. 193; Phoenix, Joanna, "Restorative Justice" en Young, Nigel J. (Ed.), *The Oxford International Encyclopedia of Peace, Vol. II*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 636; Clamp, Kerry and Doak, Jonathan, "More than Words: Restorative Justice Concepts in Transitional Justice Settings", *op.cit.*, p. 342.

⁴⁵⁷ Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social, de 24 de julio de 2002, Anexo: Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal.

por justicia restaurativa⁴⁵⁸ “todo programa que utiliza procesos restitutivos e intente lograr resultados restitutivos”⁴⁵⁹, considerando como proceso restitutivo:

“todo proceso en el que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restitutivos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas”⁴⁶⁰

Así mismo, entenderemos por resultado restitutivo:

“un acuerdo logrado como consecuencia de un proceso restitutivo. Entre los resultados restitutivos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente”⁴⁶¹.

En definitiva, podríamos considerar que la justicia restaurativa:

“da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa; permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad; y permite a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia”⁴⁶².

Si bien la Resolución del Consejo Económico y Social que aprueba los Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal⁴⁶³ en ningún momento menciona su posible “traslado” o incorporación a los programas de justicia transicional⁴⁶⁴, lo cierto es que, como adelantábamos previamente, la justicia

⁴⁵⁸ Pueden consultarse otras definiciones de este concepto en: Loyle, Cyanne E., "Restorative versus Retributive Justice", *op.cit.*, p. 235; "Jaynes, Natalie, "Restorative Justice" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, New York, Cambridge University Press, 2013, p. 289; Buti, Antonio, "Restorative justice" en Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization and Post - Conflict Justice, Vol. 1*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp. 699 – 707; Villa Vicencio, Charles, "Restorative justice" en Villa - Vicencio, Charles and Doxtader, Erik (Eds.), *Pieces of the Puzzle. Keywords on Reconciliation and Transitional Justice*, Institute for Justice and Reconciliation, South - Africa, 2004, pp. 33 – 38; Phoenix, Joanna, "Restorative Justice", *op.cit.*, pp. 636 - 637.

⁴⁵⁹ Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social, de 24 de julio de 2002, Anexo: Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal, Punto I.1.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, Punto I.2.

⁴⁶¹ *Ibid.*, Punto I. 3.

⁴⁶² *Ibid.*, preámbulo.

⁴⁶³ *Ibidem.*

⁴⁶⁴ Sobre los problemas que este traslado puede causar se han pronunciado, entre otros: Clamp, Kerry, "Restorative justice as a contested response to conflict and the challenge of the transitional context: An introduction" *op.cit.*, pp. 1 - 15. Precisamente, tomando en consideración los dilemas que un traslado de experiencias automáticas puede generar, otros expertos han ideado otro concepto para referirse a esta cuestión: “restorative transicional justice” (Bueno, Isabella, Parmentier, Stephan and Weitakamp, Elmar,

restaurativa cuenta con un gran apoyo en la literatura transicional, especialmente tras el modelo creado en Sudáfrica⁴⁶⁵ que es considerado por algunos “one of the most commonly cited restorative transitional justice efforts”⁴⁶⁶.

A pesar de que, como han explicado expertos en la materia, los orígenes de la justicia transicional y la justicia restaurativa son diferentes⁴⁶⁷, no son pocos los que consideran que las iniciativas de justicia en estos contextos de transición deberían ir dirigidas a “restaurar” o a “reparar” a las víctimas y a la sociedad, más que a castigar a los presuntos responsables⁴⁶⁸. Por ello, se suele poner el foco de atención en la verdad y en la reconciliación⁴⁶⁹, más que en el castigo del responsable⁴⁷⁰. Así mismo, parece existir cierto consenso en torno al papel central que deben ostentar las víctimas en la justicia restaurativa⁴⁷¹.

Es más, recientes procesos de justicia transicional parecen comenzar a incorporar esta modalidad de justicia en sus respectivos procesos de transición. Por ejemplo, el Acuerdo de paz de Colombia, base de la justicia transicional que actualmente se está implementando en el país, prevé que la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará:

“una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la

"Exploring restorative justice in situations of political violence: The case of Colombia" en Clamp, Kerry (Ed.), *Restorative Justice in Transitional Settings*, Routledge, London and New York, 2016, p. 43.

⁴⁶⁵ Tamarit Sumalla, Josep, "La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico", *op.cit.*, p. 9. Posteriormente, en las páginas 54 – 55 el autor explica también determinados proyectos restaurativos adoptados por Irlanda del Norte. Para comprender cómo se entendía la justicia restaurativa en la Comisión de la Verdad y la Reconciliación sudafricana resulta ilustrativo el siguiente informe: Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report, Volume one, 29 October 1998, p. 126. Disponible online en: <http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/Volume%201.pdf>

⁴⁶⁶ Loyle, Cyanne E., "Restorative versus Retributive Justice", *op.cit.*, p. 236.

⁴⁶⁷ Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula, "Justicia transicional y justicia restaurativa...", *op.cit.*, p. 217.

⁴⁶⁸ Precisamente, ésta es una de las características que con más frecuencia se le atribuye a la justicia restaurativa (Buti, Antonio, "Restorative justice", *op.cit.*, p. 701).

⁴⁶⁹ Carey, Sabine C., Gibney, Mark and Poe, Steven C., "Rebuilding society in the aftermath of repression", *op.cit.*, p. 213.

⁴⁷⁰ Sin embargo, determinados expertos critican que la justicia restaurativa tienda a identificarse como una justicia para las víctimas ya que, añaden, tanto el presunto responsable como la propia comunidad deben tener también un papel central (Clamp, Kerry, "Clearing the conceptual haze: Restorative justice concepts in transitional settings" en Clamp, Kerry (Ed.), *Restorative Justice in Transitional Settings*, Routledge, London and New York, 2016, p. 20).

⁴⁷¹ García-Godos, Jemima, "Reparations" en Simic, Olivera, *An Introduction to Transitional Justice*, Routledge, London and New York, 2017, p. 178; Varona Martínez, Gema, "El papel de las víctimas respecto de los mecanismos utilizados en la justicia transicional" en Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 163.

dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido”⁴⁷².

Como cabe apreciar, de entrada, la Jurisdicción Especial para la Paz parece relegar la justicia penal a un segundo plano bajo la defensa que las víctimas lo que desean es una justicia restaurativa. No obstante, ¿hasta qué punto se puede excluir el componente penal de la justicia cuando los máximos responsables han cometido crímenes internacionales como ha ocurrido en Colombia? ¿Acaso el derecho de las víctimas a la justicia no abarca la justicia penal? Para poder responder a este interrogante, analizaremos a continuación qué derechos ostentan las víctimas en estos contextos de justicia transicional.

2.3. Los derechos de las víctimas en la justicia transicional: la necesidad de garantizar una concepción amplia de justicia

Precisar quiénes tienen, concretamente, la condición de víctimas, es un trabajo que se ve complicado al no existir -pese a las demandas reiteradas de los juristas⁴⁷³- una definición unánime de víctimas⁴⁷⁴. A nuestro juicio, la definición más actual⁴⁷⁵, global⁴⁷⁶ y completa es la que proporcionan los “Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”⁴⁷⁷:

⁴⁷² Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, firmado el 24 de noviembre de 2016, p. 144. Véanse también los artículos 3 y 13 de la Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.

⁴⁷³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1), p. 18.

⁴⁷⁴ La siguiente doctrina seleccionada analiza en detalle la definición de víctima y se pronuncia sobre el distinto alcance con el que se le reconoce en el ámbito internacional: López Martín, Ana Gemma, “Los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de Derechos Humanos en Derecho internacional”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Vol. XLVII, 2014, pp. 133 – 162; Lacerda, Tessa, “Victim: What is hidden behind this word?”, *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 10, 2016, pp. 179 – 188; Fernández de Casadevante Romani, Carlos, “Las víctimas y el derecho internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. XXV, 2009, pp. 3 – 66.

⁴⁷⁵ Una definición anterior se puede consultar en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

⁴⁷⁶ Y es que, en los ámbitos regionales es posible que el alcance que se le otorgue al concepto de la víctima varíe. A modo de ejemplo se puede consultar: Eradicating impunity for serious human rights violations. Guidelines adopted by the Committee of Ministers on 30 March 2011 at the 1110th meeting of the Ministers’ Deputies and reference texts, p. 26.

⁴⁷⁷ Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005: Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas

“Se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.”⁴⁷⁸

Como cabe apreciar, las víctimas pueden ser tanto individuales como colectivas⁴⁷⁹, incluidos sus familiares o personas a su cargo, siempre y cuando hayan sufrido un daño, ya sea físico o psicológico, sea por una acción o por una omisión, que constituya una violación manifiesta o grave de sus derechos. Es más, la condición de víctima es independiente de la sanción del presunto responsable⁴⁸⁰. Si bien en un marco meramente teórico parece claro quién puede llegar a ser considerada víctima, lo cierto es que en la práctica este ejercicio no es sencillo y, en consecuencia, no son pocas las ocasiones en las se acaban estableciendo jerarquías de víctimas⁴⁸¹ también, como comprobaremos a continuación, en contextos de transición.

2.3.1. LAS VÍCTIMAS, EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN RECONOCIMIENTO LENTO PERO CONSTANTE

Antes de profundizar en el tema que nos concierne, conviene hacer un breve inciso para recordar el merecido reconocimiento que las víctimas, poco a poco, están

internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147).

⁴⁷⁸ *Ibid.*, párr. 8. Posteriormente, en el párrafo 9 se añade: “Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima”.

⁴⁷⁹ Extremo que ya había sido defendido en el Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1993/8, de 2 de julio de 1993, párrafos 14 – 15.

⁴⁸⁰ Nos hallamos, por lo tanto, ante dos sujetos cuyos derechos deberán respetarse y garantizarse siempre y en todo momento, tal y como se señala en: los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, A/RES/60/147, *op.cit.*, punto 27; Derechos Humanos y justicia de transición (A/HRC/RES/21/15), *op.cit.*, punto 21; Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 64f).

⁴⁸¹ Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed: Procesos de preservación de la memoria histórica, A/HRC/25/49, de 23 de enero de 2014, punto 21. A este respecto, nos parecen sumamente interesantes las reflexiones que realiza la Relatora en los párrafos 50 – 56.

experimentado a escala internacional⁴⁸². Y decimos poco a poco ya que este avance es relativamente reciente debido a que, “durante siglos, el Derecho internacional ha estado más preocupado por la sanción de quienes cometían crímenes internacionales que de la situación en la que quedaban sus víctimas”⁴⁸³.

Sin embargo, gradualmente fue surgiendo, fundamentalmente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un movimiento a favor del reconocimiento de ciertos derechos de las víctimas⁴⁸⁴. Esa semilla tuvo su primer fruto⁴⁸⁵ en 1985, con la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder”⁴⁸⁶ y que, posteriormente, culminaría en 2006 gracias a la adopción de los “Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”⁴⁸⁷. Ahora bien, pese a la aprobación de estos Principios⁴⁸⁸, calificados por determinados expertos como “a monumental milestone in the history of human rights as well as

⁴⁸² Fernández de Casadevante Romaní, Carlos, "Las víctimas y el derecho internacional", *op.cit.*, pp. 3 – 66; Fernández de Casadevante Romaní, Carlos, *International Law of Victims*, Springer, Berlin, 2012; Sanz - Díez de Ulzurrun Lluch, Marina, "Normas internacionales relativas a las víctimas de delitos en Derecho internacional" en Fernández de Casadevante Romaní, Carlos (Dir.), *Nuevos desarrollos en el Derecho internacional de los derechos humanos: los derechos de las víctimas*, Navarra, Aranzadi, 2014, pp. 19 – 55.

⁴⁸³ Orihuela Calatayud, Esperanza, "¿Justicia restaurativa para las víctimas? El papel de la Corte Penal Internacional" en Soroeta Licerias, Juan (Ed.), *Conflictos, Nuevos Colonialismos y Derechos Humanos en una Sociedad Internacional en crisis, Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia- San Sebastián*, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 30. Por esta razón, y desgraciadamente, es correcto señalar que hasta ahora “most victims have been suffering in anonymity” (Van Boven, Theo, "Victim-oriented perspectives: rights and realities" en Bonacker, Thorsten and Safferling, Christoph (Eds.), *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, TMC Asser Press, The Hague, 2013, p. 26).

⁴⁸⁴ Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, *op.cit.*, p. 335.

⁴⁸⁵ Esta declaración ha sido considerada por algunos como “the first milestone” a favor del reconocimiento de las víctimas en la comunidad internacional (Rauschenbach, Mina and Scalia, Damien, "Victims and international criminal justice: a vexed question?", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, Num. 870, 2008, p. 443).

⁴⁸⁶ Un excelente estudio sobre esta Declaración se ha realizado por: López Martín, Ana Gemma, "Las víctimas del abuso de poder en Derecho Internacional" en Fernández de Casadevante Romaní, Carlos (Dir.), *Nuevos desarrollos en el Derecho internacional de los derechos humanos: los derechos de las víctimas*, Navarra, Aranzadi, 2014, pp. 255 – 287.

⁴⁸⁷ En este punto, puede resultar relevante acudir al comentario a los Principios y Directrices básicos realizado por: Bassiouni, M. Cherif, "Victim's Rights: International recognition" en Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization and Post - Conflict Justice, Vol. 1*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp. 621 – 651.

⁴⁸⁸ Para una interesante reflexión en torno al valor jurídico de estos principios: López Martín, Ana Gemma, "Los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de Derechos Humanos en Derecho internacional", *op.cit.*, pp. 159 - 160.

international criminal justice”⁴⁸⁹, no hay duda alguna que todavía “the international legal system is far from being victim-oriented”⁴⁹⁰.

Este impulso que iban adquiriendo los derechos de las víctimas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴⁹¹ se trasladaría⁴⁹², muy paulatinamente, al Derecho Internacional Penal⁴⁹³. Así, de un nulo reconocimiento hacia los derechos de las víctimas en los Tribunales de Núremberg y Tokio⁴⁹⁴, pasamos a una posición de meros testigos en los Tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda⁴⁹⁵ -situación similar a la que se encontraban las víctimas también en el Tribunal Especial para Sierra Leona⁴⁹⁶- y a un cierto reconocimiento (todavía limitado) en la Corte

⁴⁸⁹ Bassiouni, M. Cherif, "Victim's Rights: International recognition", *op.cit.*, p. 653.

⁴⁹⁰ Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law... op.cit.*, p. 133.

⁴⁹¹ Para profundizar en el distinto tratamiento que tienen las víctimas en cada uno de los sectores del Ordenamiento jurídico internacional puede acudir a: Fernández de Casadevante Romaní, Carlos, *International Law of Victims*, Springer, Berlin, 2012. A este respecto, conviene destacar que ha sido, precisamente, en el sistema interamericano donde las víctimas han visto garantizados sus derechos ante violaciones masivas y sistemáticas con mayor intensidad (Malarino, Ezequiel, "Las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Dir.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 23 – 44, autor que defiende que la Corte Interamericana ha creado un verdadero “estatuto de víctima” a través de su jurisprudencia).

⁴⁹² Más que traslado, incluso cabe hablar, en ocasiones, de incorporación a la práctica de la Corte penal internacional. Véase, por ejemplo, la relevancia que se les otorga a estos dos instrumentos en: Report of the Court on the strategy in relation to victims, Assembly of States Parties of the ICC, Eighth session, The Hague, 18-26 November 2009. ICC-ASP/8/45.

⁴⁹³ Rauschenbach, Mina and Scalia, Damien, "Victims and international criminal justice: a vexed question?", *op.cit.*, pp. 441 – 459; Carnero Castilla, Rubén, "Las víctimas de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional Penal" en Fernández de Casadevante Romani, Carlos (Dir.), *Nuevos desarrollos en el Derecho internacional de los derechos humanos: los derechos de las víctimas*, Navarra, Aranzadi, 2014, pp. 109 – 149.

⁴⁹⁴ Del Carpio Delgado, Juana, *Las víctimas ante los tribunales penales internacionales ad hoc*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 22; Moffett, Luke, "The role of victims in the International Criminal Tribunals of the Second World War", *International Criminal Law Review*, Vol. 12, 2012, pp. 245 – 270.

⁴⁹⁵ Del Carpio Delgado, Juana, *Las víctimas ante los tribunales penales internacionales ad hoc*, *op.cit.*, p. 61. Schabas, por su parte, matiza que, si bien en estos tribunales las víctimas ocupaban una posición secundaria, hasta cierto punto éstas pudieron beneficiarse de sus actuaciones y añade que los tribunales contribuyeron a aclarar la verdad y a estigmatizar a los responsables de los crímenes cometidos, si bien, concluye, no se produjeron ni reparaciones ni perdones (Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, *op.cit.*, pp. 335 – 339). Más crítica, sin embargo, se muestra Von Wistinghausen, al considerar que las víctimas en los tribunales *ad hoc* quedaron reducidas a “mere source of information” (Von Wistinghausen, Natalie, "Victims as witnesses: views from the defence" en Bonacker, Thorsten and Safferling, Christoph (Eds.), *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, TMC Asser Press, The Hague, 2013, p. 166). Puede consultarse también las críticas que sobre la posición de las víctimas como testigos se realiza en: Dembour, Marie-Bénédicte and Haslam, Emily, "Silencing hearings? Victim-witnesses at war crimes trials", *European Journal of International Law*, Vol. 15, No. 1, 2004, pp. 151 – 177.

⁴⁹⁶ El artículo 15 del Estatuto permitía al Fiscal interrogar a las víctimas y el 16, por su parte, preveía la creación de una unidad de víctimas y testigos con la finalidad de garantizar su protección.

Penal Internacional⁴⁹⁷, línea que se seguiría⁴⁹⁸, en mayor o menor medida, en los tribunales creados con posterioridad como las Salas Especiales en los tribunales de Camboya⁴⁹⁹ o el Tribunal Especial para el Líbano⁵⁰⁰.

Centrándonos en el Estatuto de Roma, conviene señalar que éste otorga una mayor relevancia a los derechos de las víctimas⁵⁰¹ y, por ello, además de reconocer en el Preámbulo que “en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la

⁴⁹⁷ Sin embargo, hay quien defiende que “los avances más importantes en el reconocimiento internacional para las víctimas de los graves crímenes contra el Derecho internacional (...) se han producido en el Estatuto de Roma” (García San José, Daniel, “El derecho a la justicia de las víctimas de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LVIII, 2006, p. 130). Ahora bien, el autor critica que no se haya dado un paso más para reconocer también la legitimación activa de las víctimas ante la Corte (*Ibid.*, p. 131).

⁴⁹⁸ La influencia que pudo tener la adopción del Estatuto de Roma en estos tribunales posteriores ha sido puesta de manifiesto por: Orihuela Calatayud, Esperanza, *Las víctimas y la Corte Penal Internacional. Análisis de la participación de las víctimas ante la Corte*, Navarra, Aranzadi, 2014.

⁴⁹⁹ Precisamente, el Centro Internacional para la Justicia Transicional no duda en afirmar que “victim participation and outreach is one of the ECCC’s defining features” (<https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/cambodia>). Para ampliar el estudio relativo a la participación de las víctimas en las Salas Especiales puede acudir a: Stegmiller, Ignaz, “Legal developments in civil party participation at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 27, Issue 2, 2014, pp. 465 - 477. El autor realiza un matiz importante que no parece oportuno señalar: si bien la regulación de la participación de las víctimas en el texto del Estatuto es amplia, la jurisprudencia la ha reducido considerablemente en la práctica (*Ibidem.*). Boyle, David, “The rights of victims: participation, representation, protection, reparation”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006, pp. 307 – 313; Gee-kin Ip, Ken, “Fulfilling the mandate of national reconciliation in the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) - An evaluation through the prism of victims’ rights”, *International Criminal Law Review*, Vol. 13, 2013, pp. 865 – 894; Studzinsky, Silke, “Participation rights of victims as civil parties and the challenges of their implementation before the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia” en Bonacker, Thorsten and Safferling, Christoph (Eds.), *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, TMC Asser Press, The Hague, 2013, pp. 175 – 188; McGonigle Leyh, Brianne, “Victim-oriented measures at the international criminal institutions: participation and its pitfalls”, *International Criminal Law Review*, Vol. 12, 2012, pp. 387 – 390.

⁵⁰⁰ Véase el artículo 17 del Estatuto del Tribunal Especial. La situación de las víctimas ante este tribunal ha sido analizada en: Hemptinne, Jérôme de, “Challenges raised by victims’ participation in the proceedings of the Special Tribunal for Lebanon”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, pp. 165 – 179.

⁵⁰¹ Véase la definición de víctimas que se proporciona en la Regla 85 de las Reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional. Sobre el significado de “víctima” para la Corte y los pronunciamientos de ésta al respecto: Orihuela Calatayud, Esperanza, “¿Justicia restaurativa para las víctimas? El papel de la Corte Penal Internacional”, *op.cit.*, pp. 42 – 58; Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Munich-Oxford-Baden-Baden, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2016, pp. 1704- 1705; Olásolo Alonso, Héctor y Galain Palermo, Pablo, “Diálogo jurisprudencial en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas entre el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos y el sistema de aplicación del Derecho penal internacional del Estatuto de Roma” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (Eds.), *Diálogo jurisprudencia en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, México DC, 2013, pp. 1301 – 1304; Olásolo, Héctor y Kiss, Alejandro, “El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 12-13, 2010, pp. 5 – 13; Spiga, Valentina, “Indirect victims’ participation in the Lubanga trial”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, pp. 183 – 198; Bachvarova, Tatiana, “Victims’ eligibility before the International Criminal Court in historical and comparative context”, *International Criminal Law Review*, Vol. 11, 2011, pp. 665 – 706.

humanidad”⁵⁰² y tras garantizar, en ciertas partes del proceso y con ciertos límites⁵⁰³, su derecho⁵⁰⁴ a la participación⁵⁰⁵ (además de su protección⁵⁰⁶), establece mecanismos que

⁵⁰² Segundo párrafo del Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Incursión en el Preámbulo que, precisamente, fue propuesta por España (Documents submitted by delegations, DOCUMENT A/CONF.183/C.1/L.22, Spain: proposal regarding the preamble [Original: Spanish] [26 June 1998]. Citado en: United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court Rome, 15 June - 17 July 1998 Official Records Volume III Reports and other documents, p.202). Pueden leerse los comentarios de España a la propuesta del Preámbulo en: 20th meeting, Tuesday, 30 June 1998, at 10.20 am, Chairman: Mr. Kirsch (Canada). A/CONF.183/C.1/SR.20. Agenda item 11 (continued) Consideration of the question concerning the finalization and adoption of a convention on the establishment of an international criminal court in accordance with General Assembly resolutions 51/207 of 17 December 1996 and 52/160 of 15 December 1997 (A/CONF.183/2/Add.1 and Corr.1, A/CONF.183/C.1/L.14/Rev.1, A/CONF.183/C.1/L.22, A/CONF.183/C.1/L.24 and A/CONF.183/C.1/L.29). Citado en: United Nations, Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June - 17 July 1998, Official Records Volume II, p. 259.

⁵⁰³ No tenemos que olvidar (tal y como nos recuerda una de las juezas de la Corte) que debido a la selección de casos que se producen ante la Corte, no todas las víctimas podrán participar en el proceso (Van den Wyngaert Hon, Christine, "Victims before International Criminal Courts: Some views and concerns of an ICC trial judge", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 44, Issue 1, 2011, pp. 487 – 488). A pesar de estos límites, no se ha dudado en reivindicar la relevancia del sistema a favor de las víctimas: Kaul, Hans-Peter, "Victims' rights and peace" en Bonacker, Thorsten and Safferling, Christoph (Eds.), *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, TMC Asser Press, The Hague, 2013, pp. 223 – 229. A este respecto, nos parecen especialmente relevantes los argumentos esgrimidos a favor de la reconciliación y la paz en las regiones afectadas por los conflictos y la contribución que, a este respecto, puede realizar la participación de las víctimas (*Ibid.*, p. 227). Los límites que presenta la participación de las víctimas ante la Corte ha sido estudiado por: Orihuela Calatayud, Esperanza, "¿Justicia restaurativa para las víctimas? El papel de la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, pp. 23 - 81. Concretamente, en las páginas 75 – 79, la especialista concluye que la participación “no está sirviendo a los intereses de la función restaurativa que la propia Corte dice tener” y, por ello, realiza interesantes propuestas con la finalidad de mejorar esta situación.

La imperante necesidad de establecer ciertos límites a la participación de las víctimas en el proceso ante la Corte se debe al exponencial aumento de víctimas que han solicitado este ejercicio de sus derechos, tal y como se pone de manifiesto en: Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, p. 1067; Salinas, Ania and Sloan, James, "The impact of the distinction between situations and cases on the participation of victims in the International Criminal Court" en Michelin, Claudio, Clunie, Gregor, McCorkindale, Christopher and Psarras, Haris (Eds.), *The public in law: representations of the political in legal discourse*, Ashgate, Great Britain, 2012, pp. 235 – 261.

⁵⁰⁴ Como se ha recordado, la participación de las víctimas es un derecho reconocido en el propio Estatuto y no un privilegio (Report of the Court on the strategy in relation to victims of the Assembly of States Parties of the ICC, ICC-ASP/8/45, *op.cit.*, Punto 45).

⁵⁰⁵ Artículo 68 del Estatuto de Roma, las Regla 89 - 93 de las Reglas de procedimiento y prueba, las Regla 86 y 87 de las Reglas de la Corte; Report of the Court on the strategy in relation to victims of the Assembly of States Parties of the ICC, ICC-ASP/8/45, *op.cit.*; ICC-OTP, Policy Paper on Victims' Participation, April 2010; Resolución RC/Res.2, Aprobada por consenso en la novena sesión plenaria el 8 de junio de 2010: Impacto del sistema del Estatuto de Roma sobre las víctimas y las comunidades afectadas. Sin embargo, esta regulación no parece que haya resultado suficiente ya que la participación ha ocasionado no pocos quebraderos de cabeza y, por ello, se ve necesario su revisión para garantizar su “sostenibilidad, eficacia y eficiencia” (Resolución ICC-ASP/10/Res.5. Aprobada por consenso en la novena sesión plenaria el 21 de diciembre de 2011: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes, p. 36). El resultado que, hasta ahora, se ha logrado se describe en: "Court's Revised Strategy in Relation to Victims", ICC-ASP/11/38, 5 November 2012; Report of the Court on the Revised strategy in relation to victims: Past, present and future, Assembly of State Parties, Eleventh session The Hague, 14-22 November 2012, ICC-ASP/11/40. Finalmente, quisiéramos señalar que es posible encontrar un interesante análisis de la estrategia de la Corte en relación con las víctimas en: Carayon, Gaelle and O'Donohue, Jonathan, "The International Criminal Court's Strategies in Relation to Victims", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 2017, pp. 567 – 591.

Una ilustrativa recopilación de cómo ha sido, hasta ahora, la participación de las víctimas en el proceso ante la Corte se realiza en: Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-

Pierre Bemba Gombo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3343, 21 March 2016, pp. 16 – 21; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. ICC-01/04-01/06-2842, 14 March 2012, pp. 15 - 22.

Por otra parte, y siguiendo con el tema de la participación, nos parece interesante destacar especialmente la audiencia que se les da a las representaciones de víctimas con la finalidad de oír sus opiniones acerca del inicio de las investigaciones ante la Corte. Y decimos que es relevante porque estos informes que se remiten a la Corte muestran que las víctimas, efectivamente, quieren justicia. Pueden consultarse, a modo de ejemplo, entre otros: Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Report on the Victims' Representations Received Pursuant to Article 15(3) of the Rome Statute. ICC-01/15-11, 4 December 2015; Kenia: Pre-Trial Chamber II. Public Redacted Version of Corrigendum to the Report on Victims' Representations (ICC-01/09-17-Conf-Exp-Corr) and annexes 1 and 5. ICC-01/09-17-Corr-Red, 29 March 2010; Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Report on Victims' Representations. ICC-02/11-11-Red, 29 August 2011.

La posición de las víctimas en la Corte Penal Internacional ha sido analizada en detalle en los siguientes trabajos seleccionados: Orihuela Calatayud, Esperanza, "¿Justicia restaurativa para las víctimas? El papel de la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, pp. 23 – 81; Musila, Godfrey, *Rethinking International Criminal law: Restorative Justice and the Rights of Victims in the International Criminal Court*, LAP Lambert Academic Publishing, Germany, 2010; Vasiliev, Sergey, "Victim Participation Revisited - What the ICC is Learning about Itself" en Stahn, Carsten (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 1133 – 1202; McCarthy, Conor, "The Rome Statute's Regime of Victim Redress: Challenges and Prospects" en Stahn, Carsten (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 1203 – 1221; Will, Mary, "A Balancing Act: The Introduction of Restorative Justice in the International Criminal Court's Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo", *Journal of Transnational Law and Policy*, Vol. 17, Issue 1, 2007, pp. 85 – 120; Ambos and Triffterer, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Munich-Oxford-Baden-Baden, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2016; Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, United Kingdom, Oxford University Press, 2016 (2ª ed.); Sullo, Pietro, "The ICC as a Transitional Justice Actor: New Space for Victims?", *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol. 11, n.1, 2017, pp. 239 – 275; Megret, Frederic, "Of Shrines, Memorials and Museums: Using the International Criminal Court's Victim Reparation and Assistance Regime to Promote Transitional Justice", *Buff. Hum. Rts. L. Rev.*, Vol. 16, 2010, pp. 1 – 56; Hoyle, Carolyn and Ullrich, Leila, "New court, new justice? The evolution of 'Justice for Victims' at domestic courts and at the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, 2014, pp. 681 – 703; Moffett, Luke, "Elaborating justice for victims at the International Criminal Court: Beyond rhetoric and The Hague", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, 2015, pp. 281 – 311; Plevin, Adrian M., "Beyond a 'victim right': Truth-finding power and procedure at the ICC", *Criminal Law Forum*, Vol. 25, 2014, pp. 441 – 464; Gutiérrez Rodríguez, María, "Las víctimas ante la Corte Penal Internacional: ¿Efectiva realización de los derechos de participación y reparación?" en Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 47 – 78; Kelly, Michael J., "The status of victim under the Rome Statute of the International Criminal Court" en Bonacker, Thorsten and Safferling, Christoph (Eds.), *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, TMC Asser Press, The Hague, 2013, pp. 47 – 66; Swaak-Goldman, Olivia, "Addressing the interests of victims: perspectives from the Office of the Prosecutor" en Michelon, Claudio, Clunie, Gregor, McCorkindale, Christopher and Psarras, Haris (Eds.), *The public in law: representations of the political in legal discourse*, Ashgate, Great Britain, 2012, pp. 263 – 285; Bachavarova, Tatiana, *The standing of victims in the procedural design of the International Criminal Court*, Brill Nijhoff, Leiden and Boston, 2017; Funk, T. Markus, *Victims' Rights and Advocacy at the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2010; Guerrero Palomares, Salvador, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, Aranzadi, Navarra, 2014; Moffett, Luke, *Justice for victims before the International Criminal Court*, Routledge, London and New York, 2014; Orihuela Calatayud, Esperanza, *Las víctimas y la Corte Penal Internacional: Análisis de la participación de las víctimas ante la Corte*, Aranzadi, Navarra, 2014; Greco, Gioia, "Victims' rights overview under the ICC legal framework: a jurisprudential analysis", *International Criminal Law Review*, Vol. 7, 2007, pp. 531 – 547; Zappalà, Salvatore, "The rights of victims v. the rights of the accused", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, pp. 137 – 164; Van den Wyngaert Hon, Christine, "Victims before International Criminal Courts: Some views and concerns of an ICC trial judge", *op.cit.*, pp. 487 – 488; Eckelmans, Franciska C., "The ICC's practice on victim participation" en Bonacker, Thorsten and Safferling, Christoph (Eds.), *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, TMC Asser Press, The Hague, 2013, pp. 189 – 221; Salinas, Ania and Sloan, James, "The impact of the distinction between situations and cases on

se dirigen a proporcionar reparación por los crímenes internacionales que éstas han sufrido⁵⁰⁷. Es más, en la propia Corte existen ciertos órganos cuya función consiste en atender a las demandas de las víctimas⁵⁰⁸ como el Fondo Fiduciario para las Víctimas⁵⁰⁹, la Sección de Víctimas y Testigos⁵¹⁰ y la Oficina del Defensor Público para las Víctimas⁵¹¹. Pues bien, este reconocimiento a favor de ciertos derechos a las víctimas ha sido considerado como “una piedra angular del sistema del Estatuto de Roma”⁵¹² e, incluso, como un guiño a la justicia restaurativa en el seno de la Corte⁵¹³. No obstante,

the participation of victims in the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 235 – 261; Baumgartner, Elisabeth, "Aspects of victim participation in the proceedings of the International Criminal Court", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, Num. 870, 2008, pp. 409 – 440; Catani, Lucia, "Victims at the International Criminal Court: some lessons learned from the Lubanga Case", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 905 – 922; Moffet, Luke, "Meaningful and effective? Considering victims' interests through participation at the International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, Vol. 26, 2015, pp. 255 – 289; Olásolo, Héctor y Kiss, Alejandro, "El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas", *op.cit.*, pp. 1 – 37; Pena, Mariana and Carayon, Gaelle, "Is the ICC making the most of victim participation?", *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, 2013, pp. 518 – 535; Pues, Anni, "A victim's right to a fair trial at the International Criminal Court? Reflections on Article 68 (3)", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, 2015, pp. 951 – 972; Spiga, Valentina, "Indirect victims' participation in the Lubanga trial", *op.cit.*, pp. 183 – 198; Stahn, Carsten, Olásolo, Héctor and Gibson, Kate, "Participation of victims in Pre-Trial proceedings of the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006, pp. 219 – 238; Wemmers, Jo-Anne, "Victims' right and the International Criminal Court: perceptions within the Court regarding the victims' right to participate", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23, 2010, pp. 629 – 643; Wheeler, Caleb H., "No longer just a victim: the impact of victim participation on trial proceedings at the International Criminal Court", *International Criminal Law Review*, Vol. 16, 2016, pp. 525 - 546.

⁵⁰⁶ Artículo 68 del Estatuto de Roma, las Regla 87 y 88 de las Reglas de procedimiento y prueba, las Regulation 41 y 42 de las Reglas de la Corte.

⁵⁰⁷ El tema de la reparación será abordado en el Capítulo cuarto de la presente investigación. En todo caso, debemos adelantar que este derecho se regula en el artículo 75 del Estatuto de Roma; las Reglas 94 - 97 de las Reglas de procedimiento y prueba; la Regulación 88 del Reglamento de la Corte.

⁵⁰⁸ Para conocer en detalle la función de los mismos: Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, *op.cit.*, pp. 1707 – 1709; Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, *op.cit.*, pp. 352 - 359.

⁵⁰⁹ Artículo 79 del Estatuto de Roma, Regla 98 de las Reglas de procedimiento y prueba; Resolución de la Asamblea de Estados Parte ASP/1/RES.6: Establishment of a fund for the Benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court; y, finalmente, Regulations of the Trust fund for victims. También es posible ampliar la información en: <https://trustfundforvictims.org/>

⁵¹⁰ Artículo 43 del Estatuto de Roma, Rules 16 – 19 of the Rules of procedure and evidence, Regulation 41 of the Regulations of the Court y Regulations 54 – 118 of the Regulation of the Registry.

⁵¹¹ Rule 16.1b) c) de las Reglas de procedimiento y prueba; Regulation 81 of the Regulation of the Court; Regulations 114-117 of the Regulation of the Registry.

⁵¹² Resolución ICC-ASP/15/Res.5, adoptada por consenso en la undécima sesión plenaria, el 26 de noviembre de 2016: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes, p. 38. Lo que nos ha llamado la atención es que la primera referencia que hemos encontrado a este respecto ha sido en la Resolución ICC-ASP/14/Res.4, adoptada por consenso en la duodécima reunión plenaria, el 26 de noviembre de 2015: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes. Por ello, nos preguntamos, ¿acaso no se reconocían estos derechos con anterioridad a esta fecha? ¿Era otra la posición de la Corte respecto de los derechos de las víctimas? En todo caso, sí que es cierto que, en el año 2010, en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma se abordó el tema relativo al “impacto del sistema del Estatuto de Roma sobre las víctimas y las comunidades afectadas” y se adoptaron resoluciones al respecto.

⁵¹³ A este respecto, resultan oportunas las palabras de Mr. Ban Ki-Moon, Secretario General de las Naciones Unidas: "Una era de rendición de cuentas". Discurso ante la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo de 2010. En la doctrina resultan interesantes los

¿puede considerarse que la Corte Penal Internacional desarrolla una función restaurativa mediante la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables de haber cometido crímenes internacionales?⁵¹⁴

A nuestro juicio, la función restaurativa de la Corte es sumamente limitada. Por ello, nos parece más acertado considerarla como un tribunal con una función predominantemente retributiva (dirigida a investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables) en cuyo seno se reconocen ciertos componentes con una función más restaurativa⁵¹⁵. Sin embargo, no es ésta la visión que tiene la propia Corte de su función. Y es que, relevantes figuras que componen este Tribunal han declarado, por ejemplo, que “ICC is about much more than just punishing the perpetrators. The Rome Statute and the ICC bring retributive and restorative justice together with the prevention of future

siguientes estudios: Kendall, Sara, "Restorative justice at the International Criminal Court", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70/2, 2018, pp. 217 – 221; Lindenmann, Jürg, "Transitional justice and the International Criminal Court...", *op.cit.*, p. 326; Bassiouni, M. Cherif, "Historical Survey: 1919 - 1998" en Bassiouni, M. Cherif (Compiler), *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, New York, Transnational Publishers, 1998, p. 3; Garbett, Claire, "The International Criminal Court and restorative justice: victims, participation and the processes of justice", *Restorative Justice: An International Journal*, Vol. 5, Issue 2, 2017, pp. 198 – 220; Musila, Godfrey, *Rethinking International Criminal law: Restorative Justice and the Rights of Victims in the International Criminal Court*, *op.cit.*, p. 20; Gutiérrez Rodríguez, María, "Las víctimas ante la Corte Penal Internacional: ¿Efectiva realización de los derechos de participación y reparación?", *op.cit.*, p. 76; Gee-kin Ip, Ken, "Fulfilling the mandate of national reconciliation in the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC)...", *op.cit.*, pp. 880 – 881; Swaak-Goldman, Olivia, "Addressing the interests of victims: perspectives from the Office of the Prosecutor", *op.cit.*, p. 263; Pena, Mariana and Carayon, Gaele, "Is the ICC making the most of victim participation?", *op.cit.*, p. 535. En contra de la función restaurativa de la Corte: Riccardi, Alice, *Sentencing at the International Criminal Court: From Nuremberg to the Hague*, eleven, Den Haag, 2016, p. 221.

⁵¹⁴ En el siguiente estudio, la autora se pregunta si la justicia internacional puede ser justicia restaurativa: Hoyle, Carolyn, "Can International Justice Be Restorative Justice?...", *op.cit.*, pp. 189 - 209. La conclusión a la que llega nos parece sumamente pertinente ya que, argumenta, la justicia internacional no puede ser justicia restaurativa, pero sí que puede emplear prácticas restaurativas (*Ibid.*, p. 192).

⁵¹⁵ Orihuela Calatayud, Esperanza, "¿Justicia restaurativa para las víctimas? El papel de la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, pp. 23 - 81. En el artículo, la autora considera que la función de la Corte no es solo punitiva, sino también “de restauración” (función esta que se produce gracias a la participación de las víctimas en el proceso y las medidas de reparación que la Corte posibilita). Sin embargo, la experta realiza una importante matización que suscribimos completamente: la Corte “no hace justicia a través de procesos restaurativos sino que combina la justicia punitiva con algunos elementos o medidas propios de la justicia restaurativa” (*Ibid.*, p. 40). En un sentido similar podemos citar a: Garbett, Claire, "The International Criminal Court and restorative justice: victims, participation and the processes of justice", *op.cit.*, pp. 199 – 200. A lo largo del estudio, la autora se muestra cauta en el análisis pero finalmente concluye que la Corte no parece adherirse a las prácticas típicas de la justicia restaurativa: en primer lugar, no se produce un encuentro entre víctimas y victimarios; en segundo lugar, la Corte no permite llegar a “acuerdos” entre las partes; el tribunal no tiene ningún mecanismos para reintegrar a los victimarios o víctimas en la sociedad; es más, incluso la participación de las víctimas en el proceso deja mucho que desear.). Por esta razón, la autora concluye que “For this reason, the ICC’s proceedings are better understood to comprise a retributive approach with the additional participants of legal representatives of victims, and not a typical restorative justice approach” (*Ibid.*, p. 216). Una posición similar es la mantenida también por: McGoningle Leyh, Brianne, "Victim-oriented measures at the international criminal institutions: participation and its pitfalls", *op.cit.*, p. 380; Moffet, Luke, "Meaningful and effective? Considering victims’ interests through participation at the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 255 – 289.

crimes”⁵¹⁶. Incluso Fernández de Gurmendi se refirió a la Corte como un sistema “híbrido”⁵¹⁷ o Von Hebel afirmó que proporciona una justicia restaurativa a cientos de víctimas⁵¹⁸. Es más, también en las sentencias dictadas se alude a este concepto de justicia restaurativa para defender que la Corte es mucho más que justicia punitiva⁵¹⁹. En definitiva, parece existir cierto consenso⁵²⁰ en el seno del órgano judicial en torno a la combinación de justicia restaurativa y retributiva que es capaz de proporcionar⁵²¹.

Al margen de este debate, lo que es innegable es que, gracias a la labor que realiza la Corte, miles de víctimas obtienen una justicia que, precisamente, les es negada en sus propios países. Por esta razón, suscribimos íntegramente las palabras de Bensouda cuando reprocha a todos aquéllos que critican la actuación de la Corte (por considerar que se centra exclusivamente en el continente africano) que se olvidan, precisamente, de las víctimas⁵²². En efecto, debemos recordar que la actuación de la Corte va dirigida también a las víctimas africanas⁵²³ y que éstas son las primeras beneficiarias de la actuación de la

⁵¹⁶ ICC-OPT, ICC President tells World Parliamentary Conference “ICC brings retributive and restorative justice together with the prevention of future crimes”, Press Release: 11 December 2012, ICC-CPI-20121211-PR860. Disponible online en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr860>. En un sentido similar véanse las palabras de Fernández de Gurmendi: “Justice for atrocity crimes, both retributive and restorative – taking into account the interests of the victims and affected communities – is an important factor for long-term stability in post-conflict societies” (ICC-OPT, International Criminal Court: ‘Justice is key to durable peace’, Press Release : 21 September 2015, ICC-CPI-20150921-PR1152. Disponible online en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1152>).

⁵¹⁷ ICC - OTP, Judge Silvia Fernández de Gurmendi, President of the International Criminal Court, “International Criminal Court Today: Challenges and Opportunities”, Keynote speech at Seminar “International Criminal Court – the Past, the Present and the Future”, 9 June 2016, Helsinki, Finland. Disponible online en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/1600609-Helsinki-keynote-speech-ICC-President-Fernandez.pdf>

⁵¹⁸ ICC - OPT, Herman von Hebel, Registrar, Remarks to the 15th session of the Assembly of States Parties, The Hague, 21 November 2016, p. 11. Disponible online en: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP15/ASP15-Opening-Statement-Registrar-ENG.pdf

⁵¹⁹ ICC - OTP, Dissenting Opinion of Judge Eboe-Osuji, ICC-01/09-02/11-863-Anx-Corr 27-11-2013.

⁵²⁰ Por ejemplo, una de las juezas de la Corte ha defendido que “it may be too much to expect from the ICC to be a retributive (fighting impunity) and a restorative mechanism at the same time. It may be worth considering separating the two, and to leave the restorative functions to the Trust Fund” (Van den Wyngaert Hon, Christine, “Victims before International Criminal Courts: Some views and concerns of an ICC trial judge”, *op.cit.*, pp. 475 – 496).

⁵²¹ ICC - OTP, Assembly of State Parties, Report of the Court on the implementation in 2013 of the revised strategy in relation to victims, Twelfth session, The Hague, 20-28 November 2013, ICC-ASP/12/41; ICC Newsletter, Victims before the ICC, October 2004, p. 7. Disponible online en: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/4E898258-B75B-4757-9AFD-47A3674ADBA5/278481/ICCNL2200410_En.pdf; Report of the Court on the strategy in relation to victims of the Assembly of States Parties of the ICC, ICC-ASP/8/45, *op.cit.*

⁵²² Smith, David, New chief prosecutor defends International Criminal Court, The Guardian, 23 May 2012. Disponible online en: <https://www.theguardian.com/law/2012/may/23/chief-prosecutor-international-criminal-court>

⁵²³ *Ibidem*.

Corte Penal Internacional⁵²⁴. Por esta razón, es innegable que deben tener una voz propia⁵²⁵ con la que defender sus intereses.

Por todo cuanto se acaba de señalar, debemos reconocer que, tras la aprobación del Estatuto de Roma, la posición en la que se encuentran las víctimas ha mejorado sustancialmente, si bien, como señala Orihuela Calatayud, no responde “a las expectativas que cabía albergar”⁵²⁶. Por ello, no es baladí el trabajo que todavía queda por hacer⁵²⁷ ya que, la práctica de la Corte está demostrando las dificultades que surgen a la hora de pasar de la teoría a la práctica⁵²⁸. Sin embargo, hay quien se muestra mucho más optimista e, incluso, llega a referirse a las víctimas como “sujetos”⁵²⁹ o “actores”⁵³⁰ en este sector del Ordenamiento jurídico internacional, posición que, incluso, se ha recogido en el último Plan Estratégico de la Fiscalía al concluir que “under the Rome Statute, victims are actors of international justice rather than its passive subjects”⁵³¹.

2.3.2. LAS VÍCTIMAS COMO SUJETOS CENTRALES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Una vez contextualizada la posición que ostentan las víctimas en el Derecho Internacional y, especialmente, en el Estatuto de Roma, conviene añadir que uno de los rasgos que caracteriza a la justicia transicional es que se trata de una justicia por y para las víctimas⁵³². Así, no en vano, la Resolución que creó el mandato del Relator Especial

⁵²⁴ Swaak-Goldman, Olivia, "Addressing the interests of victims: perspectives from the Office of the Prosecutor", *op.cit.*, p. 263.

⁵²⁵ Como acertadamente han señalado Olásolo y Kiss, la práctica de la Corte ha revelado que las víctimas, en ocasiones, tienen intereses diversos a los de la Fiscalía (Olásolo, Héctor y Kiss, Alejandro, "El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas", *op.cit.*, pp. 36 – 37). Es más, las víctimas pueden suponer un límite a los amplios poderes discrecionales de la Fiscalía, especialmente a la hora de no abrir una investigación (Stahn, Carsten, Olásolo, Héctor and Gibson, Kate, "Participation of victims in Pre-Trial proceedings of the ICC", *op.cit.*, pp. 237 – 238).

⁵²⁶ Orihuela Calatayud, Esperanza, *Las víctimas y la Corte Penal Internacional. Análisis de la participación de las víctimas ante la Corte*, *op.cit.*, p. 21.

⁵²⁷ Bitti, Gilbert and Bourguiba, Leïla, "Victim's access to the International Criminal Court: much remains to be done" en Michelin, Claudio, Clunie, Gregor, McCorkindale, Christopher and Psarras, Haris (Eds.), *The public in law: representations of the political in legal discourse*, Ashgate, Great Britain, 2012, pp. 287 – 302.

⁵²⁸ Incluso hay quien se refiere al tratamiento procesal de las víctimas como “precario” (García San José, Daniel, "El derecho a la justicia de las víctimas de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional", *op.cit.*, p. 132).

⁵²⁹ Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law...*, *op.cit.*, pp. 111 – 133.

⁵³⁰ Swaak-Goldman, Olivia, "Addressing the interests of victims: perspectives from the Office of the Prosecutor", *op.cit.*, p. 264.

⁵³¹ OTP, Strategic Plan 2019-2021, 17 July 2019, p. 23.

⁵³² Méndez, Juan E., "Victims as Protagonist in Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 10, Issue 1, 2016, pp. 1 – 5; Ambos, Kai, "El marco jurídico de la justicia de transición" en

sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición solicitó que este procedimiento especial adoptara una perspectiva centrada en las víctimas⁵³³, línea que también han seguido los órganos de las Naciones Unidas que se han pronunciado sobre la cuestión⁵³⁴. Por ello, los actuales programas de justicia transicional

Ambos, Malarino y Elsner (Eds.), *Justicia de transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 41; Varona Martínez, Gema, "El papel de las víctimas respecto de los mecanismos utilizados en la justicia transicional" en Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 145 – 183; Bonacker, Thorsten, Oettler, Anika and Safferling, Christoph, "Valorising victims' ambivalences in contemporary trends in transitional justice" en Bonacker, Thorsten and Safferling, Christoph (Eds.), *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, TMC Asser Press, The Hague, 2013, pp. 279 – 296; Doak, Jonathan, "The therapeutic dimension of transitional justice: emotional repair and victim satisfaction in international trials and truth commissions", *International Criminal Law Review*, Vol. 11, 2011, pp. 263 – 298. Añádase, si se desea, una lectura crítica con esta posición de las víctimas como centro de las medidas de la justicia transicional en: Robins, Simon, "Failing victims? The limits of transitional justice in addressing the needs of victims of violations", *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 11, 2017, pp. 41 - 58.

⁵³³ La Resolución 18/7 del Consejo de Derechos Humanos que crea el mandato hace referencia a esta cuestión y, posteriormente, ha sido reivindicada por el propio Relator en uno de sus Informes anuales: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, *op.cit.*, párr. 54 – 57.

⁵³⁴ Son interesantes los siguientes documentos que justifican la centralidad de las víctimas en la justicia transicional: Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 18; Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, *op.cit.*, punto 6; Declaración de Nuremberg sobre Paz y Justicia, A/62/885, *op.cit.*, punto III. 3 (enfoque centrado en las víctimas). Sin embargo, es curioso, tal y como ha apreciado Varona Martínez, que en la definición que el Secretario General da sobre la justicia transicional, en el famoso Informe del año 2004, no haya "una mención expresa a las víctimas" (Varona Martínez, Gema, "El papel de las víctimas respecto de los mecanismos utilizados en la justicia transicional", *op.cit.*, p. 151).

tratan de situar a las víctimas en el centro del proceso y garantizan su participación a lo largo de las diversas etapas⁵³⁵, además de su protección⁵³⁶.

No obstante, si bien la relevancia que ocupan las víctimas en la justicia transicional merece ser destacada, no es menos cierto que un proceso de transición también se dirige al conjunto de la sociedad⁵³⁷ y que hay otras partes, como los responsables de haber

⁵³⁵ Para conocer más de cerca el tema de la participación de las víctimas en los procesos de justicia transicional: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/34/62, de 27 de diciembre de 2016 (el Informe versa en su conjunto sobre la participación de las víctimas en los mecanismos de justicia transicional). Puede consultarse también el informe A/HRC/27/56, puntos 92 y siguientes en el que el Relator solicita que se otorgue una mayor participación a las víctimas en los procesos de justicia transicional.

La participación de las víctimas en estos procesos también se ha defendido en varios órganos de las Naciones Unidas, como, por ejemplo, en: Resolución sobre impunidad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2005/81, de 21 de abril de 2005, aprobada sin votación, 60º sesión, puntos 12 y 16; Derechos Humanos y justicia de transición (A/HRC/RES/21/15), *op.cit.*, punto 15; Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, de 12 de octubre de 2011, punto 16; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), pp. 19 – 22; Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad: Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005; Resolución sobre impunidad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2004/72, de 21 de abril de 2004, aprobada sin votación, 57º sesión; Resolución sobre impunidad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2003/72, de 25 de abril de 2003, aprobada sin votación, 62º sesión; Eradicating impunity for serious human rights violations. Guidelines adopted by the Committee of Ministers on 30 March 2011, *op.cit.* Puede que sea, precisamente, ésta una de las razones que le llevan a Méndez a afirmar que “the requirement of victim participation has become a well-established norm” (Méndez, Juan E., “Victims as protagonist...”, *op.cit.*, p. 2). El estudio relativo a la participación de las víctimas en los procesos de justicia transicional puede ampliarse en: Bundschuh, Thomas, “Enabling transitional justice, restoring capabilities: the imperative of participation and normative integrity”, *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, 2015, pp. 10 – 32.

⁵³⁶ Sobre la protección de víctimas y testigos en procesos de justicia transicional pueden consultarse los siguientes recursos: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, HR/PUB/06/1, *op.cit.*, p. 24; Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*; Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, de 2 de Octubre de 1997; Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, *op.cit.*; Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el derecho a la verdad. A/HRC/15/33, de 28 de julio de 2010; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El derecho a la verdad. A/HRC/12/19, de 21 de agosto de 2009; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), pp. 21 – 22; Eradicating impunity for serious human rights violations. Guidelines adopted by the Committee of Ministers on 30 March 2011, *op.cit.*, punto 10.

⁵³⁷ Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/12/18, de 6 de agosto de 2009. Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, Tema 2 de la agenda, punto 59; Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, A/68/362, de 4 de septiembre de 2013, punto 29; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/68/345, de 23 de agosto de 2013, puntos 17 – 18.

cometido crímenes internacionales⁵³⁸, que ya sea de manera directa o indirecta ejercerán una notable influencia en las medidas transicionales que se lleguen a adoptar. Esta posición central que ostentan se debe a su condición de titulares de derechos⁵³⁹. Por ello, suscribimos íntegramente las palabras del Relator Especial cuando afirma que:

“Lo que es imprescindible, y lo que se pretende conseguir con las medidas de justicia de transición, es el reconocimiento de la víctima como titular de derechos. Esto implica no solo el derecho de buscar vías de reparación que puedan atenuar su sufrimiento, sino el restablecimiento de los derechos tan brutalmente vulnerados de la víctima y la afirmación de su condición de persona con derecho a hacer demandas o reclamaciones en virtud de sus derechos y no simplemente gracias a la empatía suscitada o a cualquier otro tipo de consideración.”⁵⁴⁰

En la literatura transicional estos derechos son unánimemente⁵⁴¹ aceptados: así, se admite que las víctimas tienen derecho a la justicia, a la verdad, a la reparación y a que el Estado adopte garantías de no repetición para evitar violaciones futuras de los derechos humanos⁵⁴².

⁵³⁸ Si bien profundizaremos en el tema de los responsables de haber cometido crímenes internacionales en los Capítulos sucesivos, nos parece interesante hacer referencia a un interesante estudio que contrapone los intereses de las víctimas con la reintegración de los excombatientes: Sriram, Chandra Lekha, "Victims, excombatants and the communities: irreconcilable demands or a dangerous convergence?" en Bonacker, Thorsten and Safferling, Christoph (Eds.), *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, TMC Asser Press, The Hague, 2013, pp. 233 – 251.

⁵³⁹ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, punto 61; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/68/345, de 23 de agosto de 2013, puntos 37 – 38 y 65 – 67; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, *op.cit.*, puntos 29 – 31.

⁵⁴⁰ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, *op.cit.*, punto 29.

⁵⁴¹ Ahora bien, queremos advertir que este aparente consenso no nos debe llevar a pensar que no existen discusiones en este campo concreto. Por poner un solo ejemplo: ¿tienen las víctimas derecho a una justicia penal ante los tribunales de justicia o, por el contrario, este derecho puede satisfacerse en vías alternativas y no penales? Este simple interrogante pone de manifiesto que si bien es cierto que el reconocimiento de los derechos (en abstracto) de las víctimas no plantea problema alguno, lo cierto es que, a la hora de definir el alcance de cada uno de los ejes, las posturas difieren considerablemente y modifican de manera sustancial la forma de entender la justicia transicional.

⁵⁴² Una de las labores del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición ha consistido en dedicar un informe temático a analizar el alcance de cada uno de los derechos en la justicia transicional. Excelente trabajo realizado que, sin lugar a dudas, ha ayudado a precisar los contornos jurídicos en los que se asientan cada uno de los mecanismos. Por esta razón, nos parece oportuno citar la página web del Relator donde puede encontrar fácilmente el trabajo llevado a cabo por el experto: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/TruthJusticeReparation/Pages/AnnualReports.aspx> Con mayor o menor alcance, estos derechos también se han reconocido en: Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos), E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, *op.cit.*, punto 16; Derechos Humanos y justicia de transición (A/HRC/RES/21/15), *op.cit.*, punto 8.

En la doctrina, puede profundizarse en los derechos que el ordenamiento jurídico internacional reconoce a las víctimas en: Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law...*, *op.cit.*, pp. 692 – 698; Bassiouni, M. Cherif, "Victim's Rights: International recognition", *op.cit.*, pp. 578 – 583; Bassiouni, M. Cherif, "International recognition of victims' rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 6, Issue 2, 2006, pp.

El reconocimiento generalizado de estos derechos en el ámbito internacional pone de manifiesto que una única acción nunca va a ser suficiente para garantizar toda la gama de derechos reconocidos. Es decir, no por investigar, enjuiciar y sancionar a los presuntos responsables el Estado se libera de la obligación de reparar a las víctimas o de adoptar garantías de no repetición y, por ello, defendemos que una estrategia de justicia transicional deberá ser integral y completa con la finalidad de que existan varios mecanismos dirigidos a garantizar cada uno de los derechos de las víctimas reconocidos en el Derecho Internacional⁵⁴³. En definitiva, no cabe sino concluir que es necesaria una concepción amplia de justicia que no se limite, pero que tampoco excluya, la justicia penal⁵⁴⁴.

Ahora bien, esta defensa de una fórmula integral o completa de justicia puede ser empleada por ciertos sectores con la finalidad de limitar el alcance penal de la justicia transicional. Y es que, la práctica corrobora que, actualmente, contamos con ejemplos de procesos de transición en los que, bajo el discurso de garantizar los derechos de las víctimas, lo que se pretende es, simplemente, permitir que los responsables de haber cometido ciertos crímenes internacionales se beneficien de un proceso más benévolo de justicia. A nuestro juicio, éste es el caso, precisamente, en el que se encuentra Colombia.

De hecho, desde que comenzaron las negociaciones de paz, las partes hicieron suyo el discurso de las víctimas repitiendo, una y otra vez, que “el resarcimiento de las víctimas debería estar en el centro de cualquier acuerdo”⁵⁴⁵. Por esta razón, no es de extrañar que el punto V del Acuerdo final lleve por título: “Acuerdo sobre las víctimas del Conflicto: Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos”⁵⁴⁶. Pues bien,

203 – 279; Medellín Urquiaga, Ximena, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de las víctimas*, Fundación para el Debido Proceso, Washington, D.C., 2014; Aldana-Pindell, Raquel, "An emerging universality of justiciable victim's right in the criminal process to curtail impunity for state-sponsored crimes", *Human Rights Quarterly*, Vol. 26, Issue 3, 2004, pp. 605 – 686; Roederer, Christopher, "Victim's Rights and Redress" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 272 - 279; López Martín, Ana Gemma, "Los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de Derechos Humanos en Derecho internacional", *op.cit.*, pp. 133 – 162.

⁵⁴³ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, *op.cit.*, Punto III.D.22 – 23.

⁵⁴⁴ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/39/53, *op.cit.*, párr. 31.

⁵⁴⁵ Acuerdo final para la terminación del conflicto..., *op.cit.*, p. 8.

⁵⁴⁶ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, p. 124.

Véase también cómo recoge los derechos de las víctimas la Ley 1922, de 18 de julio de 2018, “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, concretamente el Título Primero del Libro Primero que lleva por rúbrica “Centralidad de los derechos de las víctimas”. La

presuntamente, este punto se asienta sobre una premisa fundamental: el reconocimiento y satisfacción de los derechos de las víctimas⁵⁴⁷ a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición⁵⁴⁸ (y, añaden, “sobre la premisa de no intercambiar impunidades”⁵⁴⁹). Para lograr este objetivo, el Acuerdo prevé una “combinación de mecanismos de carácter judicial y extra-judicial”⁵⁵⁰.

Es cierto que el Acuerdo contempla medidas de verdad, de reparación, de no repetición y que contiene un ligero componente judicial⁵⁵¹ si bien, como veremos más adelante, no siempre es penal. Ahora bien, que aglutine estos mecanismos que, en el fondo, son una plasmación directa de los derechos de los que son titulares las víctimas, no implica que

Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre los derechos de las víctimas. A modo ilustrativo, podemos citar unas de las sentencias más recientes en las que declara que “las normas que regulen la JEP, así como las autoridades competentes, deben garantizar la participación de las víctimas asegurando los estándares constitucionales reseñados, y aplicando el Acuerdo Final como referente obligatorio de validez e interpretación” (Sentencia de la Corte Constitucional C-80, de 15 de agosto de 2018, p. 310). Pueden consultarse también las páginas 340 – 370 que analizan los artículos del proyecto de ley estatutaria que regula, por ejemplo, la centralidad de los derechos de las víctimas o la participación efectiva de las mismas en el proceso y los artículos 1, 7, 13, 14 y 15 de la Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.

⁵⁴⁷ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, p. 124.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 147.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 127. También se alude a esta cuestión y se reconocen los derechos de las víctimas en el Acto Legislativo No. 1, de 4 de abril de 2017, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.

⁵⁵⁰ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, p. 128. Y es que, tal y como precisa el Acto Legislativo No. 1, “El Sistema es integral, para que las medidas logren un máximo de justicia y de rendición de cuentas sobre las violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH ocurridas a lo largo del conflicto”, Artículo transitorio 1 del Acto Legislativo No. 1, de 4 de abril de 2017. Sin embargo, en esta aparente combinación, precisamente, puede residir la trampa de la justicia transicional. Y es que, obsérvese cómo se defiende la integridad de medidas creadas: “los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto parte de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada. Están interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades” (Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, p. 130). A pesar de que se abandere el discurso de los derechos de las víctimas, lo cierto es que esa frase va dirigida a los responsables de haber cometido crímenes internacionales, ya que las condiciones que se señalan o los tratamientos especiales de justicia que se citan, no se dirigen a las víctimas, se dirigen a sus victimarios. Por lo tanto, nos preguntamos, ¿busca el sistema integral colombiano dar una respuesta a las víctimas o, por el contrario, trata de convencer a los responsables de haber perpetrado crímenes internacionales a que se sometan al Sistema Integral?

⁵⁵¹ Si tomamos como ejemplo la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), podemos apreciar que este órgano judicial, teóricamente, pretende, entre otros objetivos, “satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia” (Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, p. 143; artículo transitorio 5 del Acto Legislativo No. 1, de 4 de abril de 2017, *op.cit.*). Para ello, declara que en todas las actuaciones que lleve a cabo se tomarán en consideración sus derechos (Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, p. 144). Ahora bien, ya hemos señalado cómo al definir la justicia, el Acuerdo trata de excluir todo componente penal. Por lo tanto, a lo largo del trabajo analizaremos cuál es, realmente, la posición en la que quedan las víctimas en la JEP.

se esté respetando íntegramente el alcance que estos derechos tienen en virtud del Derecho Internacional, tal y como trataremos de demostrar a lo largo del presente trabajo.

2.3.3. A MODO DE CONCLUSIÓN: ARGUMENTOS A FAVOR DE UNA CONCEPCIÓN AMPLIA DE JUSTICIA

Como hemos tratado de demostrar, en un proceso de justicia transicional es necesaria una combinación de elementos o de estrategias que garanticen, de manera íntegra, el conjunto de derechos reconocidos a las víctimas. Por ello, cabe concluir que la *justicia* de la justicia transicional debe ser una justicia holística⁵⁵², una justicia integral⁵⁵³, una justicia “compleja y polifacética”⁵⁵⁴. Manejamos, sin lugar a dudas, una noción amplia de justicia⁵⁵⁵.

La razón por la que es necesaria una fórmula amplia, integral, complementaria de justicia se basa en dos ejes fundamentales: en primer lugar, porque solo así se pueden satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y las garantías de no repetición reconocidas en el Ordenamiento Jurídico Internacional; y, en segundo lugar, porque cualquier concepción o modalidad aislada de justicia es insuficiente para atender a las demandas que surgen cuando se han cometido los crímenes más graves. Ni el derecho penal, ni la justicia restaurativa, ni la intervención de la comunidad

⁵⁵² Boraine, Alexander L., "Transitional Justice: a holistic interpretation", *Journal of International Affairs*, Vol. 60, Num. 1, 2006, pp. 17 – 27; Boraine, Alex, "Transitional Justice", *op.cit.*, p. 68; Alija Fernández, Rosa Ana, "La multidimensionalidad de la justicia transicional...", *op.cit.*, pp. 124 – 143; Sooka, Yasmin Louise, "The Politics of Transitional Justice" en Sriram, Chandra Lekha and Pillay Suren (Eds.), *Peace versus justice? The dilemma of transitional justice in Africa*, James Currey, UK-US, 2010, p. 38.

⁵⁵³ Mani, Rama, "Balancing Peace with Justice...", *op.cit.*, p. 27.

⁵⁵⁴ Ramírez Barat, Clara, *La justicia en el Tiempo...*, *op.cit.*, p. 379.

⁵⁵⁵ Alex Boraine fue de los primeros en defender la concepción amplia de justicia (Boraine, Alex, "Transitional Justice", *op.cit.*, p. 67). Posteriormente, la doctrina se ha posicionado a favor de la misma, si bien la forma de entenderla difiere considerablemente de unos expertos a otros: Crocker, David A., "Comisiones de la verdad, justicia transicional y sociedad civil", *op.cit.*, pp. 112 – 113; Méndez, Juan E., "Speeches...", *op.cit.*, p. 366; Hourquebie, Fabrice, "La notion de `justice transitionnelle´a-t-elle un sens?", *op.cit.*, p. 9; Lambourne, Wendy, "Transitional Justice...", *op. cit.*, p. 47; Bickford, Louis, "Transitional Justice", *op.cit.*, p. 1045; Nickson, Ray and Braithwaite, John, "Deeper, broader, longer transitional justice", *European Journal of Criminology*, Vol. 11, No. 4, July 2014, pp. 445 – 463; Mani, Rama, "Editorial", *op.cit.*, p. 265; Alija Fernández, Rosa Ana, "La multidimensionalidad de la justicia transicional...", *op.cit.* p. 96 ; Ambos, Kai, "El marco jurídico de la justicia de transición" *op.cit.*, pp. 35 – 36; Mallinder, Louise, "Can Amnesties and International Justice be Reconciled?", *International Journal of Transitional Justice*, Vol.1, 2007, pp. 220 – 221.

internacional sin tomar en consideración las demandas locales, va a ser suficiente para atender a los dilemas que surgen en los contextos de transición⁵⁵⁶.

Por ello, defendemos que es necesario realizar una lectura integradora de los variados tipos de justicia aquí analizados (es decir, retributiva y restaurativa⁵⁵⁷, local e internacional, judicial y no judicial⁵⁵⁸). Este hecho nos permite concluir que en ningún caso cabe excluir el componente retributivo-penal del proceso transicional cuando se han cometido los crímenes internacionales sobre los que, como comprobaremos más adelante, la Corte Penal Internacional podría llegar a ejercer su jurisdicción⁵⁵⁹. Y es que, como acertadamente defendió Odio Benito, “estos mecanismos adicionales y restaurativos pueden contribuir a mejorar las condiciones de vida de las víctimas, pero la impunidad para los más serios responsables de crímenes internacionales no puede ni debe ser uno de esos mecanismos”⁵⁶⁰.

Por todas las razones esgrimidas, defendemos que es en estos contextos de excepcionalidad donde la justicia transicional tiene el potencial de realizar, siempre y cuando no se tergiverse su significado, una importante función, ya que tiene la capacidad

⁵⁵⁶ Por esta razón, nos parece correcto defender que “the holistic approach to transitional justice affords a genuine opportunity for at least some accountability, some truth, some reconciliation and healing, some transformation and some reparations for victims” (Boraine, Alexander L., “Transitional Justice: a holistic interpretation”, *op.cit.*, p. 28).

⁵⁵⁷ Loyle, Cyanne E., “Restorative versus Retributive Justice”, *op.cit.*, p. 236; Lambourne, Wendy, “Transformation justice, reconciliation and peacebuilding” en Buckley - Zistel, Susanne, Beck, Teresa Koloma, Braun, Christian and Mieth, Friederike (Eds.), *Transitional Justice Theories*, Abingdon and New York, Routledge, 2014, pp. 20 – 21; Carey, Sabine C., Gibney, Mark and Poe, Steven C., “Rebuilding society in the aftermath of repression”, *op.cit.*, pp. 220 – 221; Varona Martínez, Gema, “El papel de las víctimas respecto de los mecanismos utilizados en la justicia transicional”, *op.cit.*, p. 166; Lindenmann, Jürg, “Transitional justice and the International Criminal Court...”, *op.cit.*, p. 320; Stahn, Carsten, “International Criminal Justice and Reconciliation: Beyond the Retributive v. Restorative Divide”, *op.cit.*; Roche, Declan, “Dimensions of Restorative Justice”, *Journal of Social Issues*, Vol. 62, No. 2, 2006, p. 235; Lambourne, Wendy, “Restorative justice and reconciliation” *op.cit.*, p. 70; Clamp, Kerry, “Towards a transformative vision of restorative justice as a response to mass victimisation: Some concluding thoughts” en Clamp, Kerry (Ed.), *Restorative Justice in Transitional Settings*, Routledge, London and New York, 2016, p. 211; Parmentier, Stephan, Vanspauwen, Kris and Weitekamp, Elmar, “Dealing with the legacy of mass violence: changing lenses to restorative justice”, *op.cit.*, 2008, p. 356; McEvoy, Kieran and Eriksson, Anna, “Restorative justice in transition: Ownership, leadership and ‘bottom-up’ human rights”, *op.cit.*, p. 331. Sin embargo, este aparente consenso no debe hacernos pensar que el debate se halle superado. A modo de ejemplo, pueden consultarse los interesantes interrogantes que se plantean sobre los intentos hacia cierto nivel de “alternatividad” entre los componentes restaurativos y retributivos en: Bonet Pérez, Jordi, “La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional” en Bonet Pérez, Jordi y Alija Fernández, Rosa Ana, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 30 – 31 y las conclusiones a las que se llegan en la p. 74.

⁵⁵⁸ Tiemessen, Alana, “Judicial versus Nonjudicial Methods”, *op.cit.*, p. 211; Sharp, Dustin N, “Transitional justice and ‘local’ justice”, *op.cit.*, pp. 154 - 157.

⁵⁵⁹ Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula, “Justicia transicional y justicia restaurativa...”, *op.cit.*, p. 228.

⁵⁶⁰ Odio Benito, Elizabeth, “Posibles aportaciones del Estatuto de Roma a los procesos judiciales en las sociedades en transición”, *op.cit.*, p. 252.

de ofrecer una respuesta global ante las demandas de justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición de las víctimas, en particular, y de la sociedad, en general. En definitiva, nos hallamos ante *una forma de justicia* que, lejos de ser de excepción -y teniendo a la víctima como sujeto principal-, procura satisfacer los derechos que los tratados internacionales de protección de derechos humanos les reconocen. Por ello, como acertadamente ha defendido Pablo de Greiff, la justicia transicional podría definirse como “a strategy for the achievement of a familiar conception of justice to which countries in the area have adhered as manifested by their ratification of international instruments that ground and express rights to truth, justice, reparation, and guarantees of non – recurrence”⁵⁶¹.

Así, no es de extrañar que la justicia transicional aglutine un conjunto de mecanismos que, en el fondo, recogen estas diferentes concepciones de justicia⁵⁶² (penal, local, internacional, restaurativa, reparadora, preventiva) -cuyo fundamento jurídico radica en las obligaciones de investigar, de enjuiciar, de sancionar, de reparar y, finalmente, de adoptar garantías de no repetición ante las violaciones de los derechos humanos cometidas- y que de manera íntegra, coherente y complementaria deberán ser aplicados en un proceso de transición⁵⁶³, tal y como comprobaremos en el punto que sigue a continuación.

3. El sistema integral de la justicia transicional

3.1. Los mecanismos transicionales: justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición

Para comprender adecuadamente en qué consiste un proceso íntegro de justicia transicional, deberíamos comenzar por analizar los mecanismos que lo integran. Sin embargo, conviene advertir que no hemos apreciado ni en la doctrina, ni en la práctica, ni en los informes o estudios elaborados por los órganos internacionales una única

⁵⁶¹ De Greiff, Pablo, "Some Thoughts on Transitional Justice", *op.cit.*, p. 4.

⁵⁶² Véase la clasificación y la excelente explicación que se proporciona sobre estas equiparaciones en: Alija Fernández, Rosa Ana, "La multidimensionalidad de la justicia transicional...", *op.cit.*, pp. 124 - 143.

⁵⁶³ Bonet Pérez, Jordi y Alija Fernández, Rosa Ana, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2009.

enumeración en torno a los “ingredientes” transicionales⁵⁶⁴. Lo que sí que parece existir es cierta sensación de “expansión” en el empleo de los mismos⁵⁶⁵, tal y como veremos a continuación.

Así, por una parte, en la literatura transicional es común encontrar enumeraciones más o menos extensas de los mecanismos que componen esta modalidad holística de justicia⁵⁶⁶. Otro tanto ocurre en los informes, resoluciones y otros instrumentos internacionales publicados por varios órganos, organizaciones u organismos internacionales⁵⁶⁷. Si nos centramos en el ámbito de las Naciones Unidas, podemos concluir que el listado de mecanismos o instrumentos transicionales abarca tantas opciones como compromisos estén dispuestos asumir los Estados⁵⁶⁸.

⁵⁶⁴ En contra se posiciona Forcada Barona ya que, a juicio del autor, se ha producido un cierto proceso de estandarización (Forcada Barona, Ignacio, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, *op.cit.*, pp. 23 – 24).

⁵⁶⁵ Hazan, Pierre, "Measuring the impact...", *op.cit.*, pp. 19 – 20; Fischer, Martina, "Transitional Justice and Reconciliation: Theory and Practice" en Austin, Beatrix, Fischer, Martina and Giessmann, Hans J. (Eds.), *Advancing Conflict Transformation. The Berghof Handbook II*, Opladen/Farmington Hills: Barbara Budrich Publishers, 2011, p. 407; Henry, Nicola, "From Reconciliation to Transitional Justice...", *op.cit.*, pp. 206 – 207; Teitel, Ruti G., *Globalizing transitional justice. Contemporary essays*, *op.cit.*, p. xv; Sharp, Dustin N., "Interrogating the Peripheries...", *op.cit.*, p. 169; Forcada Barona, Ignacio, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, *op.cit.* p. 80.

⁵⁶⁶ A este respecto, puede realizarse un análisis comparativo entre los mecanismos propuestos por diversos autores acudiendo a los siguientes trabajos seleccionados: McEvoy Kieran, "Transitional justice", *op.cit.*; Bickford, Louis, "Transitional Justice", *op.cit.*, p. 1045; Bonacker, Thorsten and Buckley - Zistel, Susanne, "Introduction: Transitions from Violence - Analyzing the Effects of Transitional Justice", *International Journal of Conflict and Violence*, Vol. 7, Issue 1, 2012, p. 5; Hazan, Pierre, "Measuring the impact...", *op.cit.*, pp. 24 - 25; Elster, Jon, "Transitional Justice as Universal Narrative" en Israël, Liora and Mouralis, Guillaume (Eds.), *Dealing with Wars and Dictatorships. Legal Concepts and Categories in Action*, The Hague, T.M.C Asser Press, 2014, p. 77; Rosenberg, Tina, "Tierras embrujadas", *op.cit.*, pp. 11 - 12; Bothmann, Astrid, *Transitional justice in Nicaragua...*, *op.cit.*, p. 19; Posner, Eric A. and Vermeule, Adrian, "Transitional Justice as Ordinary Justice", *op.cit.*, p. 5; Arriaza, Laura and Roht - Arriaza, Naomi, "Social Reconstruction as a Local Process", *op.cit.*, pp. 163 – 169; Dimitrijevic, Nenad, "Accountability Mechanisms" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya, "Access to Secret Files" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 5 – 10; Alija Fernández, Rosa Ana, "La multidimensionalidad de la justicia transicional...", *op.cit.*, pp. 143 – 166; Ibáñez Najar, Jorge Enrique, *Justicia Transicional y las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, pp. 475 – 556; Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 939.

⁵⁶⁷ El Centro Internacional para la Justicia Transicional, por ejemplo, si bien aglutina como elementos básicos de la justicia transicional las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación, la justicia de género, la reforma institucional y las iniciativas de conmemoración, añade que estas medidas "no representan una lista exclusiva" (Centro Internacional para la Justicia Transicional, "¿Qué es la justicia transicional?", *op.cit.*).

⁵⁶⁸ Por ejemplo, el pionero Informe del Secretario General sobre "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos" enumeraba medidas tales como "el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos" (Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, Punto III.8). Esta enumeración la repetiría después en el Informe elaborado en el año 2011 sobre El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos (Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en

Por esta razón, cada vez con mayor frecuencia, se tiende a considerar a la justicia transicional, además de como un eslogan⁵⁶⁹, como un “menú de opciones”⁵⁷⁰. Un menú que permitiría a los Estados elegir de entre todos los ingredientes, de entre todos los mecanismos y métodos transicionales aquéllos que mejor se adecúen a sus particularidades contextuales. Sin embargo, a nuestro juicio, no existe una libertad absoluta en la elección de los mecanismos o en el diseño del proceso transicional y, por ello, estamos de acuerdo con Forcada Barona cuando afirma que la justicia transicional no es un proyecto a la carta⁵⁷¹.

las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, *op.cit.*, Punto IV.17). Sin embargo, en otro informe publicado apenas dos años después consideraba que “entre las actividades incluidas en la justicia de transición figuran las siguientes: procesos nacionales de consulta sobre justicia de transición, procesos de verdad y reconciliación, indemnizaciones, tribunales internacionales y mixtos, instituciones nacionales de derechos humanos, procesos de veto e investigaciones especiales, determinación de los hechos y comisiones de investigación” (Informe del Secretario General, Aunar nuestras fuerzas para fortalecer el apoyo de las Naciones Unidas al estado de derecho, A/61-636 - S/2006/980, de 14 de diciembre de 2006, Punto 41). Sin embargo, en la Nota Orientativa sobre la aproximación de las Naciones Unidas a la justicia transicional publicada en el año 2010 enumera como componentes de la justicia transicional las siguientes: “1. Prosecution initiatives; 2. Facilitating initiatives in respect of the right to the truth; 3. Delivering reparations; 4. Institutional reform; 5. National consultations”, Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, *op.cit.*, Punto B). Como podemos apreciar, la enumeración de medidas no es idéntica y puede llevar a confusión en torno a qué medidas o mecanismos deben adoptarse en procesos de justicia de transición.

Otra clasificación un tanto diferente la podemos encontrar en la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos sobre los Derechos humanos y la justicia de transición al enumerar las siguientes medidas: “...el procesamiento individual, la reparación, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de los antecedentes de los empleados o funcionarios públicos...” (Derechos Humanos y justicia de transición (A/HRC/RES/21/15), *op.cit.*, Punto 1). Como podemos apreciar, la correspondencia con las medidas apuntadas por el Secretario General no es absoluta.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas también se ha pronunciado sobre los mecanismos transicionales. Si bien podemos encontrar referencias a estos instrumentos en varias resoluciones, para efectos ilustrativos tomaremos como ejemplo una sola de ellas. Así, por ejemplo, en la Resolución 1894 (2009) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6219ª sesión, celebrada el 11 de noviembre de 2009, “señala que ha de considerarse toda una gama de mecanismos de justicia y reconciliación, incluidos los tribunales penales nacionales, internacionales y “mixtos”, y las comisiones de la verdad y la reconciliación, así como los programas nacionales de reparación para las víctimas y las reformas institucionales” (Resolución 1894 (2009) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6219ª sesión, celebrada el 11 de noviembre de 2009).

⁵⁶⁹ Bassiouni, M. Cherif, "Editorial", *op.cit.*, pp. 336.

⁵⁷⁰ Thoms, Oskar N.T., Ron, James and Paris, Roland, "State - Level Effects of Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 329 o Subotic, Jelena, "The Transformation...", *op.cit.*, p. 119. Es más, gráficamente hay quien ha comparado este menú de opciones con un sofisticado buffet. Así, irónicamente McAdams ha argumentado que "the challenge of reckoning with the past is not like a fancy buffet, where one pauses to review a menu of options and then chooses the most attractive dishes: 'I'll take two truth commissions, one short trial, but no property issues, thank you.'" (McAdams, A. James, "Transitional Justice: The Issue that Won't Go Away", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 5, Issue 2, 2011, p. 306). En contra de la justicia transicional como “menú”: Méndez, Juan E., "Responsabilización por los abusos del pasado", *Revista de Relaciones Internacionales*, Vol. 6, Num. 13, 1997, p. 1.

⁵⁷¹ Forcada Barona, Ignacio, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, *op.cit.*, p. 28.

Consideramos que, tras la creación del mandato del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición⁵⁷², los principales mecanismos transicionales pueden clasificarse en cuatro grupos⁵⁷³: los procesos judiciales penales⁵⁷⁴, los mecanismos de investigación de la verdad, los programas de reparación y las medidas dirigidas a garantizar la no repetición⁵⁷⁵ de las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos⁵⁷⁶.

⁵⁷² El nombre del Relator hace referencia a los cuatro mecanismos que componen la justicia transicional. Por otra parte, el propio experto ha explicado las bases de su mandato y la estrategia aplicada para ejecutarla en el Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, *op.cit.*

⁵⁷³ Por una parte, rechazamos, siguiendo a Paul Seils, la reconciliación como quinto mecanismo de justicia transicional (Seils, Paul, "La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional", *op.cit.*, pp. 23 – 24). No obstante, es común encontrar este "mecanismo" como otro ingrediente más de la fórmula de la justicia transicional, tal y como muestran los estudios de: Hourquebie, Fabrice, "La notion de `justice transitionnelle´a-t-elle un sens?", *op.cit.*, p. 5; Bickford, Louis, "Transitional Justice", *op.cit.*, p. 1046 - 1047; Van Zyl, Paul, "Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto" en Reátegui, Félix (Ed.), *Justicia transicional: manual para América Latina*, Brasilia: Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia; Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011, p. 49. Lo mismo sucede en el caso de la amnistía ya que, para algunos autores, tanto la amnistía como, en ocasiones, los indultos, son considerados herramientas transicionales: Bothmann, Astrid, *Transitional justice in Nicaragua...*, *op.cit.*, p. 19; Bohl, Kristin, "Breaking the Rules of Transitional Justice", *op.cit.*, p. 558; Olsen, Tricia D., Payne, Leigh A. and Reiter, Andrew G., "The Justice Balance: When Transitional Justice Improves Human Rights and Democracy", *Human Rights Quarterly*, Vol. 32, No. 4, November 2010, p. 991). Finalmente, otra categoría de autores, tras reconocer que son los cuatro mecanismos citados los ejes centrales de la justicia transicional añaden otros elementos. Sandoval Villalba, por ejemplo, considera que se han incorporado también a la "agenda" de la justicia transicional las consultas nacionales y los programas de desame, desmovilización y reintegración de combatientes (Sandoval Villalba, Clara, "Transitional Justice...", *op.cit.*, pp. 3 - 4.

⁵⁷⁴ A nuestro juicio, y a diferencia del enunciado del mandato del Relator Especial, consideramos que sería más correcto referirnos al componente "justicia" como "procesos judiciales penales". La razón radica en que desde ciertos sectores doctrinales existe una alarmante tendencia a diluir el componente penal de los procesos de justicia transicional. Es decir, tiende a identificarse el elemento "justicia" con una "justicia no penal". Una justicia que, en no pocas ocasiones, no se sabe a ciencia cierta en qué consiste. Por ello, defendemos que, teniendo en cuenta el desarrollo que ha adquirido el Derecho Internacional Penal, no es posible eliminar el componente penal de un proceso íntegro de justicia transicional. Y, por ello, con la finalidad de aportar claridad, consideramos que sería oportuno enunciar el componente justicia como "procesos judiciales penales" o "justicia penal".

⁵⁷⁵ El objetivo de prevenir posibles violaciones futuras a los derechos humanos ha sido un tema trabajado con cierta profundidad por el Relator Especial, tal y como muestran los siguientes estudios: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición y del Asesor Especial del Secretario General sobre la Prevención del Genocidio: Estudio conjunto sobre la contribución de la justicia de transición a la prevención de las violaciones y transgresiones manifiestas de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario, como el genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad, y su repetición, A/HRC/37/65, de 6 de junio de 2018; Report to the general Assembly on a comprehensive framework approach to prevention, A/72/523, de 12 de octubre de 2017.

⁵⁷⁶ Determinados expertos excluyen las garantías de no repetición del listado de mecanismos transicionales. Así, consideran en exclusiva la justicia, la verdad y la reparación como el eje de la justicia transicional. Es más, incluso se refieren a estos mecanismos como "the salutary troika of promised outcomes" (Fletcher, Laurel E., "Editorial Note", *op.cit.*, p. 194). En sentido similar: Garzón Real, Baltasar, "Justicia penal vs. justicia transicional...", *op.cit.*, p. 2. Incluso la Declaración de Nuremberh sobre Paz y Justicia apuesta por este enfoque: Declaración de Nuremberg sobre Paz y Justicia, A/62/885, *op.cit.*, Punto 2,2.4.

Otro grupo, en cambio, únicamente considera a las reformas institucionales como garantía de no repetición: Thoms, Oskar N.T., Ron, James and Paris, Roland, "The effects of transitional justice mechanisms: a

A pesar de que determinados especialistas han defendido que no existe una “jerarquía” entre los diversos mecanismos⁵⁷⁷, lo cierto es que los procesos judiciales penales y los mecanismos de investigación de la verdad, concretamente las denominadas comisiones de la verdad⁵⁷⁸, son considerados los mecanismos principales o los más "prominentes"⁵⁷⁹ en la mayoría de procesos transicionales⁵⁸⁰. Es más, hay quien defiende que la comunidad internacional prioriza los procesos penales por encima del resto⁵⁸¹. Por esta razón, resulta comprensible que no todos los mecanismos hayan experimentado el mismo avance, tampoco en un sentido jurídico⁵⁸², y reconocimiento en los ámbitos interno e internacional⁵⁸³.

Debemos adelantar que la elección de estos cuatro ejes de la justicia transicional, que aglutinan mecanismos judiciales y no judiciales⁵⁸⁴, se basa en la correspondencia que se observa entre los mismos y las obligaciones que el Derecho Internacional impone a los Estados ante la comisión de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos: la obligación de investigar, la obligación de enjuiciar, la obligación de sancionar, la

summary of empirical research findings and implications for analysts and practitioners", Centre for International Policy Studies Working Paper, April 2008, p. 4. Disponible online en: http://aix1.uottawa.ca/~rparis/CIPS_Transitional_Justice_April2008.pdf; Hourquebie, Fabrice, "La notion de justice transitionnelle 'a-t-elle un sens?", *op.cit.*, p. 5; Sandoval Villalba, Clara, "Transitional Justice... », *op.cit.*, pp. 3 - 4; Bickford, Louis, "Transitional Justice", *op.cit.*, p. 1045; Bonacker, Thorsten and Buckley - Zistel, Susanne, "Introduction: Transitions from Violence...", *op.cit.*, p. 5; Van Zyl, Paul, "Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto", *op.cit.*, p. 49; Méndez, Juan E. and Cone, Catherine, "Transitional justice", *op.cit.*, pp. 770 - 771; Duggan, Colleen, "Prólogo" en Rettberg, Angelika (Comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005, p. vii.

A nuestro juicio, las reformas instituciones constituyen una de las garantías de no repetición más relevantes que podremos aplicar. No obstante, existen también otras medidas que deben englobarse dentro de esta última categoría y que permitirán una mayor garantía, pero no una vacuna absoluta, a la hora de evitar la repetición en el futuro de masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos. Es más, consideramos que atendiendo al Derecho internacional es más correcto enunciar este cuarto mecanismo como garantía de no repetición ya que, recordemos, una de las consecuencias de los Estados en el caso de incurrir en responsabilidad internacional radica, precisamente, en la obligatoriedad de adoptar estas medidas.

⁵⁷⁷ McAuliffe, Pádraig, "Transitional Justice's Expanding Empire...", *op.cit.*, p. 33.

⁵⁷⁸ Para determinados autores son, exclusivamente, las comisiones de la verdad los mecanismos más populares: Lundy, Patricia and McGovern, Mark, "Whose justice?...", *op.cit.*, p. 270. Por esta razón, algunos autores se refieren a las mismas como el mecanismo más icónico de la justicia transicional (Carranza, Ruben, "Plunder and Pain...", *op.cit.*, p. 315).

⁵⁷⁹ Thoms, Oskar N.T., Ron, James and Paris, Roland, "State - Level Effects of Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 330.

⁵⁸⁰ Mani, Rama, "Does power trump morality?...", *op.cit.*, pp. 30 - 31.

⁵⁸¹ Combs, Nancy Amoury, "From prosecutorial to reparatory: a valuable post-conflict change of focus", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 36, 2015, pp.220 – 221.

⁵⁸² De Greiff, Pablo, "Algunas reflexiones...", *op.cit.*, pp. 23 – 24.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 23. Por ello, el autor denuncia lo que denomina el "éxito diferencial" de las diferentes medidas.

⁵⁸⁴ Hay quien prefiere clasificar los mecanismos según el tipo de justicia que vayan a impartir como, por ejemplo, Forcada Barona que distingue entre mecanismos de carácter retributivo, restaurativo e institucional: Forcada Barona, Ignacio, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, *op.cit.*, pp. 9 - 10.

obligación de reparar y la obligación de adoptar garantías de no repetición⁵⁸⁵. No obstante, antes de estudiar el contenido concreto de estas obligaciones, profundizaremos un poco más en la integridad que se predica del proceso.

3.2. *Los límites intrínsecos de los mecanismos y la necesidad de buscar la complementariedad*

Una vez hemos comprobado que la justicia transicional trata de lograr una justicia holística, parece lógico pensar que ésta, con la finalidad de satisfacer cada uno de los elementos o tipologías de justicia previamente enumeradas, debería aglutinar el conjunto de mecanismos citados dentro de un mismo proceso.

A este respecto, nos parece oportuno llamar la atención sobre el término empleado: “proceso”. En efecto, es preciso señalar que nos hallamos ante un proceso⁵⁸⁶ - que, en cierta medida, se halla desligado de la transición política en sentido estricto⁵⁸⁷- y que

⁵⁸⁵ Méndez, Juan E., "Justicia de transición", *op.cit.*, pp. 13 – 30; Forcada Barona, Ignacio, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, *op.cit.*, pp. 25 – 29; Alija Fernández, Rosa Ana, "La multidimensionalidad de la justicia transicional...", *op.cit.*, p. 144; Bisset, Alison, *Truth Commissions and Criminal Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 12.

⁵⁸⁶ Para un interesante debate en torno a la consideración de la justicia transicional como objetivo o como un proceso en sí mismo: McAdams, A. James, "Transitional Justice...", *op.cit.*, pp. 304 - 312. En un sentido similar y defendiendo la realización de las obligaciones internacionales en contextos de transición como proceso y no como resultado: Méndez, Juan E., "In Defense of Transitional Justice" *op.cit.*, p. 12; Turgis, Noémie, *La justice transitionnelle en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.403. Finalmente, quisiéramos añadir que otros autores se refieren al proceso como “un proceso normativo para hacer frente al pasado” (Bengoetxea, Joxerramon, "Justicia transicional 'versus' justicia tradicional...", *op.cit.*, p. 377).

⁵⁸⁷ Precisamente, por hallarse desligado de la transición política, determinados autores se preguntan, no sin razón, dónde se hallan los límites en la implementación de este proceso o cómo se sabe dónde empieza y cuándo acaba el mismo (Pham, Phuong N., "Stay the Hand of Justice: Whose Priorities Take Priority?" en Shaw, Rosalind and Waldorf, Lars, with Hazan, Pierre (Ed.), *Localizing transitional justice: interventions an priorities after mass violence*, Stanford, Stanford University Press, 2010, p. 36).

Otros autores, siguiendo esta misma línea, han defendido que, si bien la transición es un fenómeno limitado en el tiempo, no puede decirse lo mismo de la justicia transicional (McAuliffe, Pádraig, "Transitional Justice's Expanding Empire...", *op.cit.*, p. 35). En un sentido similar se han posicionado también: McEvoy, Kieran and McGregor, Lorna, "Transitional Justice from Below: An Agenda for Research, Policy and Praxis" en McEvoy, Kieran and McGregor, Lorna (Eds.), *Transitional Justice from Below. Grassroots Activism and the Struggle for Change*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2008, p. 6 (estudio en el que los autores defienden que la justicia transicional no puede identificarse en un momento concreto en el tiempo). Otros autores, en cambio, han defendido que se trata de “un proceso dentro de otro proceso - el de transición política-” (Bonet Pérez, Jordi y Alija Fernández, Rosa Ana, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, *op.cit.*, p. 12). Por las razones hasta ahora esgrimidas, llaman a tanto la atención las palabras del Secretario General de la ONU cuando considera que los programas de justicia transicional eran “by definition exceptional and of limited duration” (Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, *op.cit.*, Punto A.7).

puede definirse como “prolongado”⁵⁸⁸, “irregular”⁵⁸⁹ y “cambiante”⁵⁹⁰ en el tiempo. Y es que, ante la magnitud de violaciones cometidas, los mecanismos transicionales requieren años, incluso podría hablarse de varias décadas, para poder culminar sus mandatos⁵⁹¹.

Actualmente, y a diferencia de los primeros años de desarrollo del campo⁵⁹², existe cierto consenso⁵⁹³ acerca de la necesidad de implementar procesos que interrelacionen varias medidas con el objetivo de lograr un sistema complementario, global o íntegro de justicia transicional⁵⁹⁴. En definitiva, se ha acabado aceptando que “only by interweaving,

⁵⁸⁸ Panepinto, Alice, "Transitional Justice: International Criminal Law and Beyond", *Archivo Penale*, N.3, 2014, p. 6. Precisamente, la longitud del período transicional ha llevado a determinados autores a establecer fases dentro del proceso de justicia transicional como, por ejemplo: Mihr, Anja, "From Reconciliation to the Rule of Law and Democracy", *Web Journal of Current Legal Issues*, No. 1, February 2009, p. 5. Disponible online en: <http://webjcli.ncl.ac.uk/2009/issue1/mihr1.html>; Hazan, Pierre, "Measuring the impact...", *op.cit.*, pp. 27 – 28.

⁵⁸⁹ Biggar, Nigel, "Conclusion" en Biggar, Nigel (Ed.), *Burying the past. Making peace and doing justice after civil conflict*, Washington, D.C., Georgetown University Press, 2003, p. 309.

⁵⁹⁰ Como acertadamente señala Sandoval, “States engaging with transitional justice have to constantly adjust their policy interventions in this area” (Sandoval, Clara, "Transitional justice and social change", *op.cit.*, p. 186).

⁵⁹¹ Por ello, “a long-term perspective is therefore essential” (Roht - Arriaza, Naomi, "The new landscape of transitional justice", *op.cit.*, pp. 12 – 13).

⁵⁹² Tal y como hemos comprobado en el primer capítulo de la presente investigación, en los primeros procesos de transición, los Estados aplicaban (cuando lo hacían) los mecanismos transicionales de manera aislada y descoordinada, sin establecer vínculos o relaciones entre ellos. En consecuencia, la respuesta que ofrecieron ante violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos fue, en la mayoría de ocasiones, insatisfactoria y duramente criticada. Ahora bien, ello no obsta a que, incluso en los primeros años de desarrollo del campo hubiera ciertos especialistas que abogaban por esta estrategia integral como, por ejemplo, el pionero trabajo de: Crocker, David A., "Transitional Justice and International Civil Society...", *op.cit.*, p. 498; Van Zyl, Paul and Freeman, Mark, "Conference Report" en Henkin, Alice H. (Ed.), *The Legacy of Abuse. Confronting the Past, Facing the Future*, USA, The Aspen Institute, 2002, pp. 17 – 19.

⁵⁹³ Ahora bien, ello no obsta para que siga habiendo expertos que defiendan la necesidad de excluir ciertos componentes del proceso de la justicia transicional. A este respecto cabe citar, a título ilustrativo, los siguientes ejemplos: Aukerman, Miriam J., "Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 15, 2002, pp. 39 – 97; Smeulers, Alette and Grünfeld, Fred, *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations: A Multi- and Interdisciplinary Textbook*, Leiden - Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 460.

⁵⁹⁴ Méndez, Juan E., "Speeches...", *op.cit.*, pp. 366 - 367; Moreno Ocampo, Luis, "Building a Future on Peace and Justice: The International Criminal Court" en Ambos, Kai, Large, Judith and Wierda, Marieke (Eds.), *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlin, Springer - Verlag, 2009, p. 12; Roht - Arriaza, Naomi, "The new landscape of transitional justice", *op.cit.*, p. 8; Bassiouni, M. Cherif, "Assessing conflict outcomes: accountability and impunity", *op.cit.*, pp. 25 - 28; Kritz, Neil J., "Progress and Humility: The Ongoing Search for Post - Conflict Justice" en Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *Post - Conflict Justice*, New York, Transnational Publishers, 2002, pp. 59 - 60; Mutua, Makau, "A Critique of Rights in Transitional Justice...", *op.cit.*, pp. 38 - 40; Boraine, Alex, "Transitional Justice", *op.cit.*, pp. 68 - 72; De Greiff, Pablo, "Theorizing Transitional Justice", *op.cit.*, pp. 34 - 39; Stahn, Carsten, "La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional" en Rettberg, Angelika (Comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005, pp. 81 – 142; Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, p. 42; Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 954. Por el contrario, para un análisis crítico sobre las posibilidades de la justicia transicional para lograr un proceso holístico véase Friedman, Rebekka and Jillions, Andrew, "The Pitfalls and Politics of Holistic Justice", *Global Policy*, Vol. 6, Issue 2, may 2015, pp. 141 - 150.

sequencing and accommodating multiple pathways to justice could some kind of larger justice in fact emerge”⁵⁹⁵.

La razón fundamental por la que es necesario implementar un proceso que se componga de varios mecanismos transicionales radica en los límites o en las "debilidades"⁵⁹⁶ que muestran cada uno de los mecanismos por separado⁵⁹⁷. Precisamente, el alcance limitado que ostentan cada una de las medidas consideradas de manera individual ha sido puesto de relieve tanto por el Centro Internacional para la Justicia Transicional⁵⁹⁸ como por el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Concretamente, a juicio de este último, "la insuficiencia de cada una de las áreas de acción por separado ofrece un poderoso incentivo para buscar modalidades de interacción que permitan superar sus respectivas limitaciones"⁵⁹⁹.

En definitiva, sólo mediante la aplicación coordinada de diferentes medidas podrá hacerse frente al reto que supone la comisión de violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos que, en determinadas ocasiones, adquirirán la condición de crímenes internacionales. Así, los límites que muestran cada uno de los mecanismos transicionales -y que, por consiguiente, provocarían el cumplimiento incompleto de cada una de las obligaciones internacionales en las que se sustentan-, pueden llegar a "subsanarse", en cierta medida, a través del cumplimiento (también parcial⁶⁰⁰) del resto⁶⁰¹.

El factor decisivo para que se consolidara esta posición y se lograra este reconocimiento generalizado fue la publicación, en el año 2004, del Informe del Secretario General sobre “el Estado de derecho y la justicia de transición en sociedades

⁵⁹⁵ Roht - Arriaza, Naomi and Mariezcurrena, Javier (Eds.), *Transitional Justice in the Twenty - First Century. Beyond Truth versus Justice*, *op.cit.*, p. 8. Posición similar es la mantenida por Pablo de Greiff al declarar que "international experience suggest that if these measures are implemented haphazardly, piecemeal, and in isolation from one another, it is less likely that they will be interpreted as instances of justice" (De Greiff, Pablo, "Theorizing Transitional Justice", *op.cit.*, p. 36).

⁵⁹⁶ De Greiff, Pablo, "Algunas reflexiones...", *op.cit.*, pp. 24 - 25.

⁵⁹⁷ Mutua, Makau, "What Is the Future of Transitional Justice?", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, Issue 1, March 2015, p. 7.

⁵⁹⁸ Centro Internacional para la Justicia Transicional, "¿Qué es la justicia transicional?", *op.cit.*

⁵⁹⁹ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, *op.cit.*, Punto III.D.22 - 23.

⁶⁰⁰ Por ejemplo, Bassiouni ha defendido que "each mechanism need not be taken as a whole. Rather, a portion of one or more may be used and combined with others" (Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 954).

⁶⁰¹ De Greiff, Pablo, "Theorizing Transitional Justice", *op.cit.*, p. 35.

que sufren o han sufrido conflictos". Este documento, además de definir la justicia de transición como una combinación de mecanismos judiciales o extrajudiciales⁶⁰², fue pionero, precisamente, por aportar un enfoque integrado y complementario al campo que nos ocupa al prever que:

"cuando sea necesaria una justicia de transición, las estrategias utilizadas deben ser holísticas y prestar una atención integrada a los procesos, las indemnizaciones, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes y las destituciones o a una combinación adecuada de los elementos anteriores. Las Naciones Unidas deben considerar por medio de la planificación anticipada y la consulta previa qué interacción hay entre los distintos mecanismos de la justicia de transición, a fin de asegurarse de que no entren en conflicto los unos con los otros"⁶⁰³.

Siguiendo la línea marcada por el Secretario General, son varios los órganos de las Naciones Unidas⁶⁰⁴ que apuestan firmemente por la incorporación de una perspectiva global en la justicia transicional. Es más, uno de los centros con mayor influencia en el campo que nos ocupa, el Centro Internacional para la Justicia Transicional, también es un firme defensor de "un enfoque holístico"⁶⁰⁵.

Este amplio consenso se ha visto reforzado, o incluso podríamos argumentar que ha culminado, con la creación del mandato del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición⁶⁰⁶, ya que, a la hora de crear este procedimiento especial -que, no olvidemos, se encarga de la promoción de la justicia transicional en el seno de las Naciones Unidas-, se tomó en consideración:

"la importancia de un enfoque global que abarque toda la gama de medidas judiciales y no judiciales, en particular los procesamientos individuales, las reparaciones, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de los antecedentes de los empleados o funcionarios públicos, o una combinación apropiada de esas medidas, a fin de, entre otras cosas, garantizar la rendición de cuentas, hacer justicia, brindar vías de recurso a las víctimas, fomentar la recuperación de la normalidad y la reconciliación, establecer entidades independientes que supervisen los sistemas de seguridad, restablecer la confianza

⁶⁰² Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, Punto III.8.

⁶⁰³ *Ibid.*, Punto IX.26.

⁶⁰⁴ A modo de ejemplo, resulta oportuno citar la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos, Derechos Humanos y justicia de transición (A/HRC/RES/21/15), *op.cit.*, Punto 1.

⁶⁰⁵ Centro Internacional para la Justicia Transicional, "¿Qué es la justicia transicional?", *op.cit.*

⁶⁰⁶ El mandato del Relator Especial quedó definido en la Resolución núm. 18/7 aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 13 de octubre de 2011: Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (A/HRC/RES/18/7, *op.cit.*).

en las instituciones del Estado y promover el estado de derecho de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos"⁶⁰⁷.

Es más, se previó que una de las funciones del Relator Especial consistiría en "hacer que se cobre mayor conciencia del valor de un enfoque sistemático y coherente para hacer frente a las violaciones manifiestas de los derechos humanos y a las violaciones graves del derecho internacional humanitario, y formular recomendaciones al respecto"⁶⁰⁸.

Ahora bien, pese al amplio consenso teórico en torno a la necesidad de un proceso íntegro de justicia transicional y sin desconocer los avances logrados⁶⁰⁹, lo cierto es que la aplicación práctica de este planteamiento no está resultando del todo satisfactorio. Por una parte, porque, como comprobaremos a lo largo de la investigación, en la casuística estatal no se han implementado correctamente estas directrices⁶¹⁰ y, por otra parte, porque ni siquiera existe un mínimo consenso a nivel teórico acerca de cómo llevarlo a efecto⁶¹¹. Por esta razón, uno de los principales retos que tiene el campo que nos ocupa radica, precisamente, en crear la fórmula de justicia transicional adecuada o la combinación adecuada de mecanismos⁶¹².

Y es que, actualmente, no existe una "fórmula única"⁶¹³, una "fórmula mágica"⁶¹⁴ o, en definitiva, una solución "disponible para la venta"⁶¹⁵ que garantice a los Estados un resultado satisfactorio cuando inician un proceso de justicia transicional. Es más, la adopción de una "solución universal", aplicable en todo proceso de justicia transicional, es ampliamente descartada por la mayoría de expertos que trabajan en este campo⁶¹⁶ e,

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p.2.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, Punto 1i).

⁶⁰⁹ Estos avances que se han logrado han sido reivindicados en el Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, *op.cit.*, Punto IV. 18.

⁶¹⁰ De Greiff, Pablo, "Theorizing Transitional Justice", *op.cit.*, p. 32.

⁶¹¹ Saffon, María Paula, "Enfrentando los horrores del pasado...", *op.cit.*, p. 19.

⁶¹² Véase cómo describe esta "técnica" Forcada Barona, Ignacio, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, *op.cit.*, p. 28.

⁶¹³ Precisamente, la inexistencia de una fórmula aplicable a todos los supuestos transicionales fue una de las principales conclusiones que se extrajeron de la obra colectiva editada por Schabas y Thakur: Schabas, William A. and Thakur, Ramesh, "Concluding remarks...", *op.cit.*, pp. 283 - 284. Esta conclusión también es compartida por el Centro Internacional para la Justicia Transicional ya que se defiende que "no hay una fórmula única para hacer frente a un pasado marcado por grandes abusos a los derechos humanos. Todos los enfoques de la justicia transicional se basan en una creencia fundamental en los derechos humanos universales. Pero, al final, cada sociedad debe elegir su propio camino" (Centro Internacional para la Justicia Transicional, "¿Qué es la justicia transicional?", *op.cit.*).

⁶¹⁴ Forcada Barona, Ignacio, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, *op.cit.*, p. 21.

⁶¹⁵ Lutz, Ellen, "Transitional justice: Lessons learned and the road ahead", *op.cit.*, p. 334.

⁶¹⁶ Alija Fernández, Rosa Ana, "La multidimensionalidad de la justicia transicional...", *op.cit.*, p. 102; Gómez Isa, Felipe, "Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales. El caso español", *op.cit.*, p. 173; Vieille, Stephanie, "Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 64; Nagy, Rosemary, "Transitional Justice

incluso, por el propio Relator Especial⁶¹⁷, ciertos órganos de las Naciones Unidas⁶¹⁸ y el Centro Internacional para la Justicia Transicional⁶¹⁹.

La razón fundamental que se suele alegar para justificar esta postura consiste en defender que las particularidades de cada Estado son tan significativas que, al final, cada proceso de justicia transicional que se crea es “único”⁶²⁰, tal y como la práctica parece corroborar ya que es evidente que no existen dos procesos de justicia transicional idénticos. Es más, la constatación de esta evidencia parece llevar a los autores a afirmar que lo que ha funcionado en un país puede no hacerlo en otro⁶²¹ ya que, se añade, cada transición es diferente⁶²². En definitiva, teniendo en cuenta que parece no existir “un solo método que dé resultados en todas partes”⁶²³, es común que se acabe concluyendo que cada sociedad debe adaptar la justicia transicional a su propio contexto o especial coyuntura social, económica, política y cultural⁶²⁴.

as Global Project...”, *op.cit.*, p. 275; Mani, Rama, "Balancing Peace with Justice...", *op.cit.*, pp. 30 - 31; Andreevska, Elena, "Transitional justice and democratic change...", *op.cit.*, p. 63; Reátegui, Felix, "Introducción", *op.cit.*, pp. 40 - 41; Stahn, Carsten, "La geometría de la justicia transicional...", *op.cit.*, p. 83.

⁶¹⁷ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, *op.cit.*, Punto IV.A. 49.

⁶¹⁸ Por ejemplo, el Consejo de Derechos Humanos en la Resolución sobre Derechos humanos y justicia de transicional destacó la importancia de que la estrategia integral de la justicia transicional tuviera en cuenta las particularidades de cada situación (Derechos Humanos y justicia de transición (A/HRC/RES/21/15), *op.cit.*, Punto 14).

Así mismo, esta posición ha sido defendida desde un inicio por el Secretario General de las Naciones Unidas: Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, *op.cit.*, Apartado III, Punto 16; Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, *op.cit.*, Apartado A, Punto 3.

⁶¹⁹ Centro Internacional para la Justicia Transicional, "¿Qué es la justicia transicional?", *op.cit.*

⁶²⁰ Sriram, Chandra Lekha, *Confronting Past Human Rights Violations. Justice vs Peace in Times of Transition*, London and New York, Frank Cass, 2004, p. 220.

⁶²¹ Méndez, Juan E., "Editorial Note", *op.cit.*, p. 160. Otros autores incluso van más allá y defienden que lo que puede ser beneficioso en un Estado puede ser perjudicial en otro, véase Thoms, Oskar N.T., Ron, James and Paris, Roland, "The effects of transitional justice mechanisms...", *op.cit.*, p. 17. Consúltese también si se desea Thoms, Oskar N.T., Ron, James and Paris, Roland, "State - Level Effects of Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 336.

⁶²² Posner, Eric A. and Vermeule, Adrian, "Transitional Justice as Ordinary Justice", *op.cit.*, p. 6.

⁶²³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, p. 2 (HR/PUB/08/1).

⁶²⁴ La siguiente doctrina recoge, en mayor o menor medida, los argumentos que hemos resumido en este párrafo: Andreevska, Elena, "Transitional justice and democratic change...", *op.cit.*, p. 63; Szablewska, Natalia and Bachmann, Sascha - Dominik, "Current Issues and Future Challenges in Transitional Justice", *op.cit.*, p. 342; Uprimny Yepes, Rodrigo, "Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano", *op.cit.*, p. 21; VV.AA., *Manual de procedimiento de Justicia y Paz*, *op.cit.*, p. 26; Clark, Phil, Kaufman, Zachary D. and Nicolaïdis, Kalypso, "Tensions in transitional justice", *op.cit.*, p. 381; Hughes, Edel, Schabas, William A. and Thakur, Ramesh, "Introduction", *op.cit.*, p. 2; Mutua, Makau, "What Is the Future...", *op.cit.*, p. 5; Mani, Rama, "Balancing Peace with Justice...", *op.cit.*, pp. 30 - 31.

Si bien estamos de acuerdo con la valoración que realiza el Relator Especial sobre la justicia transicional al apreciar que es fundamental “identificar y evaluar claramente las condiciones de cada país y de abordarlas de manera certera, contextualizada y con fines específicos”⁶²⁵, no es menos cierto que existen una serie de mínimos comunes⁶²⁶ que permiten una aproximación e, incluso, una cierta homogeneización entre los diferentes procesos transicionales⁶²⁷.

Tal y como estudiaremos a continuación, el proceso transicional encuentra su fundamento jurídico en las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional y, por ello, defendemos que los ejes de la justicia transicional sí que son universales⁶²⁸. Por lo tanto, ante la necesidad de cumplir idénticas obligaciones internacionales es lógico pensar que la respuesta de los Estados, independientemente de ciertas particularidades contextuales, deba ser, hasta cierto punto, también similar. Por ello, defendemos que las referencias al “especial contexto transicional” no pueden servir, en ningún caso, para exigir un nivel de protección menor a las víctimas o para rebajar las obligaciones internacionales que debe respetar el Estado en cuestión. Y es que, en muchas ocasiones, los propósitos que se esconden bajo la alegación de las particularidades estatales tienen como objetivo eludir las obligaciones internacionales asumidas por los Estados que, en última instancia, garantizan la protección de los derechos humanos de miles de víctimas. Para comprender adecuadamente estos argumentos, analizaremos en la Sección que sigue a continuación cuál es, precisamente, el régimen jurídico de la justicia transicional.

⁶²⁵ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, *op.cit.*, Punto 18.

⁶²⁶ Como señala Stahn, “un escenario concreto de transición rara vez es lo suficientemente específico como para no caber dentro del marco de las soluciones ofrecidas” (Stahn, Carsten, “La geometría de la justicia transicional...”, *op.cit.*, p. 82).

⁶²⁷ Por ello, celebramos que ya existan intentos en esta dirección, como lo muestran la aprobación, en el año 2007, de los denominados “The Chicago Principles on Post - Conflict Justice” cuyo objetivo consiste en ofrecer unos “basic guidelines for designing and implementing policies to address past atrocities” (Pueden consultarse los citados Principios en: https://law.depaul.edu/about/centers-and-institutes/international-human-rights-law-institute/projects/Documents/chicago_principles.pdf). En una línea muy similar podemos situar también los novedosos esfuerzos tendentes a crear una “teoría de la justicia transicional” (Corradetti, Claudio, Eisikovits, Nir and Rotondi, Jack Volpe (Eds.), *Theorizing Transitional Justice*, England, Ashgate, 2015).

⁶²⁸ Méndez, Juan E. and Cone, Catherine, “Transitional justice”, *op.cit.*, p. 771.

SECCIÓN 4.^a. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL SISTEMA INTEGRAL DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Como hemos comprobado previamente, en los primeros procesos de transición, los Estados, a la hora de hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos cometidas durante el periodo dictatorial o el conflicto armado, no tomaban en consideración el conjunto de obligaciones que imponía el Derecho Internacional. Sin embargo, a medida que este sector del ordenamiento jurídico ha ido evolucionando y a medida que se ha ido exigiendo con mayor vehemencia el cumplimiento de la normativa internacional, el grado de discrecionalidad de los Estados en procesos de transición se ha ido reduciendo⁶²⁹.

En esta evolución hacia el reconocimiento de un conjunto de normas internacionales vinculantes aplicables en procesos de transición debemos resaltar, además de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, la ingente labor realizada desde la Organización de las Naciones Unidas⁶³⁰ y, muy especialmente, las pioneras sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De entre todas ellas, debemos destacar el fallo en el *Caso Velásquez - Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988⁶³¹, considerado por algunos como "parte de la base jurídica de la justicia transicional"⁶³². Por todo ello, no podemos estar más de acuerdo con Martha Minow cuando defiende que lo característico de esta época no son los atroces crímenes que se siguen cometiendo, sino las herramientas

⁶²⁹ Para consultar los avances que se han ido produciendo paulatinamente en el Derecho internacional nos parecen relevantes los siguientes estudios: Chinchón Álvarez, Javier, "Derecho internacional y transformaciones del Estado". Del desuso, uso y abuso del ordenamiento jurídico internacional cuando de ciertas transformaciones que afectan a la forma de gobierno se trata" en Soroeta Licerias, J. (Ed.), *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Volumen XI*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2011, pp. 96 - 103; Forcada Barona, Ignacio, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, *op.cit.*, pp. 97 - 109; Barahona de Brito, Alexandra, Aguilar Fernández, Paloma y González Enríquez, Carmen, "Introducción", *op.cit.*, pp. 52 - 56; Ibarra Padilla, Adelaida María, "Justicia transicional: la relación Derecho - Poder en los momentos de transición", *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, Núm. 45, 2016, pp. 251 - 258; Muñoz Nogal, Ester y Gómez Isa, Felipe, "Derechos económicos y sociales en procesos de justicia transicional...", *op.cit.*, pp. 28 - 29; Ursachi, Raluca, "Justice Cascade" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, New York, Cambridge University Press, 2013, pp. 285 - 286; Van der Merwe, Hugo and Brankovic, Jasmina, "Transitional Justice and Human Rights", *op.cit.*, p. 897.

⁶³⁰ Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, *op.cit.*, Apartado IV, Punto 19, p. 7; Rincón, Tatiana, *Verdad, justicia y reparación*, *op.cit.*, pp. 27 - 28.

⁶³¹ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. La relevancia de la sentencia radica en que contribuyó a sentar los pilares del campo de la justicia transicional.

⁶³² Centro Internacional para la Justicia Transicional, "¿Qué es la justicia transicional?", *op.cit.* En un sentido similar: Freeman, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, *op.cit.*, p. 9; Alija Fernández, Rosa Ana, "La multidimensionalidad de la justicia transicional...", *op.cit.*, p. 107.

creadas por el Derecho para hacer frente a los mismos y ofrecer una respuesta a las víctimas⁶³³.

Ahora bien, el consenso en la doctrina y en la práctica en torno a la relevancia o posición que debe ocupar el Derecho Internacional en la justicia transicional se halla lejos de ser pacífica⁶³⁴. Es más, hay quien incluso cuestiona la propia aplicación del Derecho Internacional cuando se han cometido crímenes internacionales⁶³⁵. Por ello, determinados especialistas han tratado de dilucidar “hasta dónde alcanza la regulación jurídico-internacional en tales períodos”⁶³⁶.

Ante este tipo de tendencias revisionistas ya que, como comprobaremos a continuación, niegan la existencia misma del Derecho Internacional, conviene adelantar que el fundamento jurídico de la justicia transicional se halla en el conjunto de obligaciones internacionales asumidas por los Estados mediante la firma y ratificación de diversos tratados internacionales que continúan vigentes en los procesos de transición⁶³⁷. Por ello, estamos de acuerdo con Chinchón Álvarez cuando defiende que, en un proceso de justicia transicional, la aplicación del Derecho internacional no debería ser objeto de discusión⁶³⁸. No obstante, los conflictos que continúa generando la aplicación de la normativa internacional en procesos de transición muestra que esta afirmación está lejos de ser una realidad.

⁶³³ Minow, Martha, "Memoria y odio...", *op.cit.*, p. 81.

⁶³⁴ A modo de ejemplo, nos parece ilustrativo señalar cómo describe esta situación Forcada Barona: "El debate giraría en torno al papel del Derecho internacional dentro de la Justicia Transicional: ¿es necesario abrir su discurso a otras disciplinas, teniendo en cuenta que el pluralismo legal que rodea las situaciones transicionales parece exigir una aproximación más sociológica y criminológica que dé cuenta de la multiplicidad de mecanismos transicionales que mezclan lo político con lo jurídico y lo interno con lo internacional?; ¿o, simple y llanamente, hay que dejar de lado esa obsesión con la responsabilidad criminal y permitir que otros objetivos, y las disciplinas que los promueven, dejen oír su voz?" (Forcada Barona, Ignacio, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, *op.cit.*, p. 113).

⁶³⁵ Chinchón Álvarez, Javier, "Formulando las preguntas correctas sobre los problemas de cumplimiento de las obligaciones de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes pasados" en Almqvist, Jessica y Espósito, Carlos (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 347.

⁶³⁶ Alija Fernández, Rosa Ana, "La multidimensionalidad de la justicia transicional...", *op.cit.*, p. 95. En un sentido similar véase también Bell, Christine, "Transitional Justice, Interdisciplinarity...", *op.cit.*, p. 17.

⁶³⁷ Cassese, Antonio (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, *op.cit.*, pp. 538 - 540.

⁶³⁸ Chinchón Álvarez, Javier, "Formulando las preguntas correctas sobre los problemas de cumplimiento de las obligaciones de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes pasados", *op.cit.*, p. 352.

1. La identificación de las obligaciones internacionales aplicables en procesos de justicia transicional

1.1. La justicia transicional y las obligaciones internacionales dirigidas a erradicar la impunidad

Como es bien sabido, uno de los objetivos previstos en el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es poner fin a la impunidad con la que se cometen, todavía hoy, los crímenes internacionales⁶³⁹. Pues bien, si analizamos uno de los instrumentos más específicos en materia de impunidad, el “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”⁶⁴⁰, la conclusión que extraemos es que estos procesos de transición, también, deben perseguir este mismo objetivo⁶⁴¹.

Pese a que se ha estudiado en detalle el tema de la impunidad, lo cierto es que no parece existir consenso en torno a la forma de entender este concepto⁶⁴². Por ello, debemos

⁶³⁹ Ahora bien, a lo largo del articulado no se define qué debe entenderse por impunidad. Es más, debemos adelantar que ningún tratado, convención o estatuto internacional define este concepto. Únicamente la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas lo menciona en el preámbulo.

⁶⁴⁰ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005, *op.cit.* Si bien somos conscientes del valor jurídico que debe otorgarse a un Conjunto de principios aprobados por la Comisión de Derechos Humanos, queremos añadir que éstos no hacen sino plasmar en un documento de manera coherente e integral un conjunto de obligaciones internacionales preexistentes y con carácter vinculante. Para profundizar en el valor jurídico de los mismos nos parece oportuno traer a colación el excelente comentario que se ha realizado sobre los mismos en: Van Boven, Theo, "Preamble" en Haldemann, Frank and Unger, Thomas, *The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law Series, Oxford, 2018, p. 31; Roht-Arriaza, Naomi, "Principle 1. General obligations of States to take effective action to combat impunity" en Haldemann, Frank and Unger, Thomas, *The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law Series, Oxford, 2018, pp. 47 – 51. A este respecto, nos parecen muy acertadas las matizaciones que realiza la experta, ya que explica que los Principios se aprobaron en el año 2005 y, por lo tanto, no recogen los importantes avances y novedades que se han producido con posterioridad (*Ibid.*, pp. 53-54 en las que menciona el delicado tema de la pena privativa de libertad al que nos vamos a referir con mayor detalle en el último Capítulo de la presente investigación).

⁶⁴¹ Definición C) relativa al “Restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de transición hacia ellas”. Para ampliar la información relativa a las definiciones propuestas en el Conjunto de principios: Krähenmann, Sandra, "Definitions" en Haldemann, Frank and Unger, Thomas, *The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law Series, Oxford, 2018, pp. 40 - 41. En ella, la autora explica que los reiterados Conjunto de principios se aplican a contextos de justicia transicional, pero considera que tienen un mandato mucho más amplio.

⁶⁴² Roht - Arriaza analiza la diferente aproximación al concepto de impunidad por parte de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos y la Corte penal Internacional (Roht - Arriaza, N., "After Amnesties are Gone: Latin American National Courts and the new Contours of the Fight Against Impunity" en *Human Rights Quarterly*, 37(2), 2015, pp. 381 – 382). En un sentido similar: Chinchón Álvarez, Javier, "El concepto de impunidad a la luz del Derecho internacional: una aproximación sistémica desde el Derecho internacional penal y el Derecho internacional de los derechos humanos" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 24, 2012, p. 20.

comenzar con una pregunta básica: ¿qué es la impunidad?⁶⁴³ A nuestro juicio, en ocasiones se parte de un entendimiento limitado de impunidad, al identificarla única y exclusivamente con la ausencia de un proceso penal⁶⁴⁴. Sin embargo, como aclaran los Principios⁶⁴⁵, esta equiparación no es absoluta ya que la impunidad debe ser entendida de una forma más amplia. Por esta razón, este instrumento -partiendo del deber de respetar y garantizar los derechos humanos⁶⁴⁶ tal y como se halla previsto en un considerable

⁶⁴³ En la doctrina, los siguientes trabajos han profundizado en el concepto de la impunidad y las diferentes formas en la que la misma se puede manifestar: Ambos, K., *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc, 1999, pp. 34-43; Chinchón Álvarez, Javier, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, *op.cit.*, pp. 425 – 434; Bonet Pérez, Jordi y Alija Fernández, Rosa Ana, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, *op.cit.*, pp. 15 – 92; Chinchón Álvarez, Javier, "Impunidad, sistema de Justicia, estado de Derecho y democracia. ¿Es peor la impunidad que el crimen en sí mismo?", *Espacio Abierto-Revista del Centro de Investigación y Estudios Judiciales*, N. 20, 2014, pp. 18 – 22; Calvet Martínez, Elisenda, "Impunidad", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N.º. 10, 2016, pp. 144 – 157; Chinchón Álvarez, Javier, "El concepto de impunidad a la luz del Derecho Internacional...", *op.cit.*, pp. 1 – 31; Gómez Isa, Felipe, "El fenómeno de la impunidad: luces y sombras en América Latina", *Pensamiento Iberoamericano*, N.2, 2008, pp. 163 – 185; Engle, Karen, "Anti-impunity and the turn to criminal law in human rights", *Cornell Law Review*, Vol. 100, 2015, pp. 1069 – 1128; Roht-Arriaza, Naomi, "Combating impunity: some thoughts on the way forward", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, No. 4, 1996, pp. 93 – 102; Silva Sánchez, Jesús - María, "¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'", *Derecho penal y criminología*, Vol. 29, Num. 86-87, 2008, pp. 149 – 171. De entre todos ellos, debemos destacar el siguiente trabajo en el que se detallan minuciosamente las razones por las que la cooperación internacional resulta imprescindible para erradicar la impunidad: Orihuela, Calatayud, Esperanza, "La cooperación internacional contra la impunidad: llenando los vacíos de la jurisdicción territorial", Ponencia realizada en los *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz*, 2000. Disponible online en: <https://www.ehu.es/es/web/cursosderechointernacionalvitoria/-/cooperacion-internacional-contra-la-impunidad-llenando-los-vacios-de-la-jurisdiccion-territorial> Y es que, como explica la especialista, "la lucha contra esta especie de olvido o perdón por omisión resulta inexcusable, pero ésta no puede llevarse a cabo por los Estado de manera autárquica, sino que la cooperación internacional resulta imprescindible" (*Ibid.*, p. 163).

⁶⁴⁴ Otros documentos internacionales también precisan qué debe entenderse por impunidad y, en muchas ocasiones, la visión que éstos ofrecen de la misma es algo limitada como, por ejemplo, ocurre en: Guidelines adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe: Eradicating impunity for serious human rights violations; Report of the Rapporteur Ms Herta Daubler-Gmelin: "The state of human rights in Europe: the need to eradicate impunity", Parliamentary Assembly, Council of Europe, Doc. 11934, 3 June 2009, p.6; otros instrumentos, en cambio, se limitan a mencionar la lucha contra la impunidad pero no definen qué ha de entenderse por tal. Éste sería el caso, por ejemplo, de la African Commission on Human and Peoples' Rights,⁸⁷: Resolution on Ending impunity in Africa and on the Domestication and Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court, Banjul, 5, December 2005.

⁶⁴⁵ Este Conjunto de principios ha sido constantemente citado tanto por tribunales internacionales penales como por los órganos del sistema de las Naciones Unidas tal y como detalla la experta independiente encargada de actualizar los principios en: Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad, elaborado por la Profesora Diane Orentlicher. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 27 de febrero de 2004 (E/CN.4/2004/88), p. 2.

⁶⁴⁶ Véase la explicación dada en el Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, p.5.

número de instrumentos internacionales⁶⁴⁷-, proporciona la siguiente definición de impunidad que suscribimos íntegramente:

“La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones.”⁶⁴⁸

Es decir, además de investigar, enjuiciar y sancionar a los presuntos responsables de haber cometido una infracción, la impunidad se produce también cuando se niega a las víctimas el derecho a un recurso eficaz, a la reparación⁶⁴⁹, a la verdad⁶⁵⁰ y cuando no se

⁶⁴⁷ Art. 55 de la Carta de las Naciones Unidas; el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el preámbulo de la Convención Contra La Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el preámbulo de la Convención Internacional Para La Protección De Todas Las Personas Contra Las Desapariciones Forzadas; el art. 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; el art. 3 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos; el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; los arts. 1 y 2 de la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos; el art. 3 de la Carta Árabe de Derechos Humanos; los arts. 6 y 7 de la Asociación de Estados del Sureste Asiático. Así mismo, se puede consultar una excelente interpretación acerca del alcance que se le ha otorgado al reiterado deber en el segundo punto del Principio I de la Resolución 60/147: Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

⁶⁴⁸ Principio I. Obligaciones generales de los Estados de adoptar medidas eficaces para luchar contra la impunidad.

⁶⁴⁹ Precisamente, el "Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales", trabajo preparatorio de los relevantes Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, preveía que "... existe una conexión clara entre la impunidad de los autores de violaciones flagrantes de los derechos humanos y la no concesión de una reparación equitativa y adecuada a las víctimas y a sus familias o personas a cargo" (E/CN.4/Sub.2/1993/8, *op.cit.*, Puntos 126 y 127).

⁶⁵⁰ En el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el derecho a la verdad se reconoce expresamente que este derecho "constituye, junto con la justicia, la memoria y la reparación, uno de los pilares de la lucha contra la impunidad de las violaciones graves de los derechos humanos y de las infracciones del derecho internacional humanitario" (Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos": El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, de 7 de junio de 2007, Punto 83).

Y es que, tal y como se establece en la Resolución sobre el derecho a la verdad aprobada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se "reconoce la importancia de respetar y garantizar el derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos", Resolución sobre el derecho a la verdad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2005/66, de 20 de abril de 2005, aprobada sin votación, 59º sesión, p.2. Así mismo, resulta oportuno señalar que, el 18 de diciembre de 2013, la Asamblea General aprobó la Resolución 68/165 sobre El derecho a la verdad que, en su punto primero, reconoció en los mismos términos la contribución del derecho a la verdad para acabar con la impunidad.

toman las medidas dirigidas a evitar la repetición⁶⁵¹ de las violaciones a los derechos humanos⁶⁵². A sensu contrario, no por investigar y enjuiciar a los presuntos responsables, los Estados cumplen el conjunto íntegro de obligaciones asumidas en el ámbito internacional para poner fin a la impunidad⁶⁵³. Y es que, todas las obligaciones son, entre otras cuestiones, “mandatory, interrelated, non-hierarchical”⁶⁵⁴.

La conclusión más interesante que se extrae de la lectura de este Conjunto de Principios es que esta definición de impunidad muestra, conscientemente⁶⁵⁵, una

En el mismo sentido se pronuncia la Resolución sobre la Prevención del genocidio cuando en su Preámbulo alienta a los Estados a "promover el esclarecimiento de la verdad por los medios apropiados como un elemento importante para combatir la impunidad y promover la rendición de cuentas, lo que forma parte de la prevención del genocidio y de la reconciliación general", Resolución aprobada sin votación por el Consejo de Derechos Humanos, en su 59º sesión, el 27 de marzo de 2015: Prevención del genocidio, A/HRC/RES/28/34, p.2.

⁶⁵¹ Lo que no ha lugar a dudas es que "las violaciones y transgresiones manifiestas de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidos en épocas anteriores o en la actualidad, incluidos los que constituyen genocidio, crímenes de guerra, depuración étnica y crímenes de lesa humanidad, en particular si se aprecian indicios de un patrón de conducta, generan un riesgo de nuevas violaciones cuando no se hayan impedido o sancionado o no se hayan corregido automáticamente" (Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos, en 40º sesión, el 30 de septiembre de 2016: Derechos Humanos y justicia de transición, A/HRC/RES/33/19, p.3). Por ello, la necesidad de adoptar medidas que eviten la repetición de las violaciones cometidas se defiende cada vez con mayor frecuencia en el ámbito internacional. A modo de ejemplo podemos señalar cómo se prestó una especial atención a este extremo en la primera reunión internacional organizada por la Global Action Against Mass Atrocity Crimes, celebrada en San José (Costa Rica) los días 4 a 6 de marzo de 2014. Tal y como se recoge en el documento de las Declaraciones Finales, "dealing with the past and acting against impunity are essential to the non-recurrence of mass atrocity crimes". Es más, añaden que "memory, truth, justice, reparation and institutional reform are key to ensure non-recurrence in societies living a legacy of atrocity crimes" (First International Meeting of "Global Action Against Mass Atrocity Crimes" (GAAMAC), 4-6 March 2014, Chair Statement, San José, Costa Rica, 6 March 2014. Disponible online en: http://static.gaamac.org/media/uploads/PDFs/gaamac_final_chair_statement_08.05.2014.pdf).

⁶⁵² Chinchón Álvarez, J., "El concepto de impunidad a la luz del Derecho internacional ...", *op.cit.*, p.30; Odio Benito, E, "Justice for Peace: No to Impunity" en Joyner, C.C. (Ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceeding of the Siracusa conference 17 -21 September 1998*, Association Internationale de Droit Pénal, Eres, 1998, p. 151.

⁶⁵³ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Punto 16.

⁶⁵⁴ Roht-Arriaza, Naomi, "Principle 1...", *op.cit.*, p. 47.

⁶⁵⁵ En el extenso comentario que se ha realizado a estos Conjunto de principios se muestra cómo la coincidencia no es casual: Haldemann, Frank and Unger, Thomas, *The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law Series, Oxford, 2018. Por ejemplo, el capítulo introductorio se explica cómo estos Principios han encontrado un reconocimiento adicional a través de la creación del mandato del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Extremo que, añaden, no es casual ya que el vínculo entre los principios y la justicia transicional nunca ha sido una mera coincidencia. Por ello, insisten en que, en contextos de transición, los aprobados Principios dejan poco margen de acción a los Estados (Haldemann, Frank and Unger, Thomas, "Introduction" en Haldemann, Frank and Unger, Thomas, *The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law Series, Oxford, 2018, pp. 10 – 21). Por otra parte, en el capítulo dirigido a analizar el Preámbulo, se muestra cómo la coincidencia entre la trilogía de derechos en los que se asientan los principios y el mandato del Relator Especial es exactamente la misma (Van Boven, Theo, "Preamble", *op.cit.*, pp. 29 – 31). Finalmente, nos parece oportuno hacer referencia también al comentario a la definición de “transición a la democracia y a la paz” que se realiza en: Krähenmann, Sandra, "Definitions", *op.cit.*, pp. 40 - 41.

coincidencia plena con las obligaciones internacionales con las que se identifica a un proceso íntegro de justicia transicional y que, como explicaremos a continuación, son plena y especialmente aplicables en estos contextos⁶⁵⁶. Por esta razón, defendemos⁶⁵⁷ que la justicia transicional, al menos en el plano teórico⁶⁵⁸ y a diferencia de cómo era entendida en los primeros años de desarrollo, tiene la capacidad de contribuir a erradicar la impunidad⁶⁵⁹.

Ahora bien, para ello, claro está, todo proceso de justicia transicional tiene que sustentarse en una serie de mecanismos cuya base jurídica no son sino las obligaciones en las que se asientan los propios Principios: la obligación de investigar las violaciones cometidas; la obligación de enjuiciar a los presuntos responsables de haber cometido las mismas; la obligación de sancionarles en el caso de que se demuestre la implicación de

⁶⁵⁶ El estudio realizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos es especialmente ilustrativo en este aspecto: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2014 (HR/PUB/13/5), p.5. En la doctrina, por su parte, los siguientes trabajos han hecho referencia a la vinculación entre los principios de la lucha contra la impunidad y los pilares de la justicia transicional: Swisspeace, "A Conceptual Framework for Dealing with the Past. Holism in Principle and Practice. Dealing with the Past Background Paper", Switzerland, Swisspeace, October 2012, p. 2; Chinchón Álvarez, Javier, "El Derecho penal internacional en contextos transicionales" en Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, S.L., 2016, p. 470; Rincón, Tatiana, *Verdad, justicia y reparación*, op.cit., p. 36; Turgis, Noémie, *La justice transitionnelle en droit international*, op.cit., pp. 318 - 319.

⁶⁵⁷ Ciertos sectores doctrinales rechazan la idea de que la justicia transicional pueda contribuir a poner fin a la impunidad o que sea su principal objetivo. Por ejemplo, véase: Leebaw, Bronwyn Anne, "The Irreconcilable Goals...", op.cit., pp. 110 - 111; Teitel, Ruti, "Editorial Note...", op.cit., p. 3; Arenhövel, Mark, "Democratization and Transitional Justice", *Democratization*, Vol. 15, Issue 3, 2008, p. 580; Bell, Christine, "Transitional Justice, Interdisciplinarity...", op.cit., p. 9; Sriram, Chandra Lekha, Martin - Ortega, Olga and Herman, Johanna, "Guidance paper...", op.cit., p. 7.

⁶⁵⁸ Insistimos en este plano teórico ya que, como se ha denunciado, en la práctica de la justicia transicional, históricamente al menos, ha prevalecido la impunidad (Bonet Pérez, J., y Alija Fernández, R.A. (2009). *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*. Bilbao: Cuadernos Deusto de Derechos Humanos Núm. 53, p. 93; Chinchón Álvarez, J. (2007). *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, op.cit., p. 432; Bassiouni, M. Cherif, "Assessing conflict outcomes: accountability and impunity", op.cit., pp. 6 - 7).

⁶⁵⁹ Esta posición ha sido avalada por diversas autoridades y órganos de las Naciones Unidas. Así, entre otros, podemos citar: Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad, de 6 de octubre de 2004 (S/PRST/2004/34); Resolución 1674 (2006) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5430 sesión, S/RES/1674 (2006), de 28 de abril de 2006, p.3; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2014 (HR/PUB/13/5), p. 7; el Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/68/362, op.cit., Punto 93; African Commission on Human and Peoples' Rights, 235: Resolution on Transitional Justice in Africa, Banjul, The Gambia, 23 April 2013; Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos; Derechos Humanos y justicia de transición, A/HRC/RES/33/19, op.cit., p. 3. En la doctrina también se ha definido la justicia transicional poniendo el acento en la erradicación de la impunidad en: Stauffer Carl S., "Transitional Justice", op.cit., p. 5273; Bickford, Louis, "Transitional Justice", op.cit., p. 1046. Recomendamos también el excelente trabajo que muestra la relación entre la lucha contra la impunidad y los procesos de justicia transicional de: Bonet Pérez, Jordi, "La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional" en Bonet Pérez, Jordi y Alija Fernández, Rosa Ana, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, op.cit., pp. 15 - 92.

estas personas en los ilícitos cometidos; la obligación de reparar a las víctimas; y, finalmente, la obligación de adoptar todas las medidas que sean necesarias con la finalidad de evitar que se cometan nuevas violaciones semejantes en un futuro. Es fundamental insistir en que estas obligaciones no suponen un menú de opciones a elegir para los Estados⁶⁶⁰, sino que deben cumplirse en su totalidad⁶⁶¹. Ahora bien, la cuestión es cómo⁶⁶².

Esta pregunta es considerada "el interrogante capital"⁶⁶³, el más complejo⁶⁶⁴ o apremiante⁶⁶⁵ de la justicia transicional. La razón reside en que estas obligaciones encuentran su fundamento jurídico en los tratados internacionales que enumeraremos en el siguiente punto y en la interpretación realizada por los organismos encargados de su supervisión y control⁶⁶⁶, sin olvidar los avances logrados gracias al "soft law"⁶⁶⁷. Por ello, nos parece correcto afirmar que "desde la perspectiva jurídica, la justicia de transición responde a violaciones de elementos fundacionales de la arquitectura jurídica internacional"⁶⁶⁸.

Si bien son varias las obligaciones internacionales que resultan de aplicación en un proceso de justicia transicional, en el apartado que sigue a continuación nos limitaremos a estudiar la obligación de los Estados de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales sobre los que la Corte Penal Internacional ejerce su competencia ya que, no olvidemos, es la interrelación de ambas materias el objetivo que pretendemos mediante la elaboración de la presente Tesis Doctoral.

⁶⁶⁰ Méndez, Juan E. and Cone, Catherine, "Transitional justice", *op.cit.*, p. 764.

⁶⁶¹ Dos excelentes trabajos que enumeran y explican muy brevemente las obligaciones internacionales en las que se sustenta un proceso de justicia transicional pueden encontrarse en: Méndez, Juan E., "Justicia de transición", *op.cit.*, pp. 13 – 30; Bonet Pérez, Jordi y Alija Fernández, Rosa Ana, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2009.

⁶⁶² Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/68/345, de 23 de agosto de 2013, Punto 58, p. 21.

⁶⁶³ Chinchón Álvarez, Javier, "Justicia transicional" en Escudero Alday, Rafael (Coord.), *Diccionario de memoria histórica. Conceptos contra el olvido*, Madrid, Catarata, 2011, p. 101.

⁶⁶⁴ De Gamboa Tapias, Camila, "Presentación", *op.cit.*, p. 13.

⁶⁶⁵ Jeffery, Renée and Kim, Hun Joon, "Introduction...", *op.cit.*, p. 1.

⁶⁶⁶ Por esta razón, autorizados expertos defienden que ha sido, precisamente, a través de las interpretaciones de las normas como "han emergido estos principios aplicables a la justicia de transición" (Méndez, Juan E., "Justicia de transición", *op.cit.*, p. 18). En el mismo sentido: Rincón, Tatiana, *Verdad, justicia y reparación*, *op.cit.*, p. 41.

⁶⁶⁷ Méndez, Juan E. and Cone, Catherine, "Transitional justice", *op.cit.*, p.763.

⁶⁶⁸ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/68/345, de 23 de agosto de 2013, p. 5, nota a pie de página 3. En un sentido similar: Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, *op.cit.*, Apartado A.1, pp. 3 - 4.

1.2. La obligación de los Estados de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales sobre los que la Corte Penal Internacional ejerce su competencia

La existencia de una obligación internacional que impone a los Estados el deber de investigar y enjuiciar determinados delitos o violaciones de los derechos humanos⁶⁶⁹ puede deducirse de varias fuentes⁶⁷⁰. Por una parte, son varios los tratados internacionales de ámbito universal⁶⁷¹ que contienen expresamente la misma. Así, podemos citar la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio⁶⁷², la Convención contra

⁶⁶⁹ Quisiéramos aclarar que, en la presente investigación, emplearemos en ocasiones indistintamente el concepto de violaciones graves, masivas y sistemáticas a los derechos humanos o crímenes internacionales. Y es que, tal y como ha señalado Schabas, “the International Criminal Court is concerned, essentially, with matters that might generally be described as serious human rights violations” (Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, *op.cit.*, p. x).

⁶⁷⁰ A pesar de ello, resulta cuanto menos llamativo que expertos como Kai Ambos, todavía hoy, afirmen que “no uniform, comprehensive list of crimes entailing a duty to prosecute exists. On the contrary, the existence of such a duty and its precise scope are still controversial” (Ambos, Kai, “Principle 19. Duties of States with Regard to the Administration of Justice” en Haldemann, Frank and Unger, Thomas, *The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law Series, Oxford, 2018, p. 206). Es más, resulta llamativa la diferente forma de abordar este debate que mantenía en el año 1999 y que puede resultar, hasta cierto punto, contradictorio ya que, en aquel entonces, sí que parecía defender la existencia de una obligación de investigar y enjuiciar. Compárese: Ambos, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999 (2ªed.) con la postura mantenida en artículos o manuales de publicación más reciente. Así mismo, es también interesante el caso de Diane Orentlicher ya que la autora publicó un primer artículo sobre este tema en el año 1991 y, años después, en 2007, se vio obligada a matizar su postura. Compárese: Orentlicher, Diane F., “Setting Accounts’ Revisited...”, *op.cit.*, pp. 10 - 22 con Orentlicher, Diane F., “Setting Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 8, 1991, pp. 2537 – 2615. Un número mayor de estudios que versan sobre la obligación de investigar y enjuiciar pueden consultarse en: Scharf, Michael, “The letter of the law: the scope of the international legal obligation to prosecute human rights crimes”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, No. 4, 1996, pp. 41 - 61; Roht-Arriaza, Naomi, “State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law”, *California Law Review*, Vol. 78, Issue 2, 1990, pp. 449 - 513. Raduletu, Sebastian, “National Prosecutions as the Main Remedy in Cases of Massive Human Right Violations: An Assessment of the Approach of the European Court of Human Rights”, *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, 2015, pp. 458 – 460; Ibáñez Najar, Jorge Enrique, *Justicia Transicional y las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, pp. 244 – 315.

⁶⁷¹ Si bien algunos de los convenios que mencionaremos a continuación han sido adoptados también en el ámbito regional europeo y americano, en estos momentos únicamente nos referiremos a los instrumentos internacionales que poseen alcance universal.

⁶⁷² Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII (UNTS Vol. Núm. 78, p.277). A este respecto, conviene recordar que, en el artículo primero, establece que “el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar” y, por ello, afirma rotundamente en el artículo 4 que “las personas que hayan cometido genocidio (...) serán castigadas (...)”. Para cumplir este fin, la propia Convención obliga a los Estados a adoptar “las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio (...)” (artículo 5) y concluye que los acusados “serán juzgados por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.” (artículo 6).

la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁶⁷³, la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas⁶⁷⁴, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los

⁶⁷³ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor el 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (UNTS Vol. Núm. 1465, p.85). Esta Convención, en su artículo segundo, obliga a los Estados parte a tomar las “medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.” Medidas que, a juicio del Comité contra la Tortura, consisten en “impedir, investigar, enjuiciar y castigar” a los presuntos responsables de haber cometido delitos de tortura (Punto 18 de la Observación general N°2 del Comité contra la Tortura: Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes). Esta interpretación es consistente con el resto del articulado ya que la Convención establece que, si existen motivos razonables para creer que se ha cometido un acto de tortura, el Estado deberá proceder a la detención del presunto responsable (o tomará las medidas necesarias para asegurar su presencia) y deberá proceder, de manera inmediata, a realizar una investigación pronta e imparcial de los hechos (artículos 6.2 y 12). Es más, el artículo 7.1 obliga al Estado ya sea a extraditar a dicho individuo ya sea a someterlo a las “autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”.

Estas obligaciones no son sino la otra cara de la moneda de los derechos de la víctima de un delito de tortura: el derecho a la reparación del perjuicio sufrido que le reconoce el artículo 14.1 de la Convención. Para ello, el Comité contra la Tortura ha argumentado que la obligación del Estado de reparar tiene dos vertientes: por una parte, de tipo de sustantiva (las medidas de reparación en sí) y otra modalidad procedimental, que obliga a los Estados a establecer los mecanismos necesarios para que los perjudicados puedan presentar sus demandas y, así, se pueda determinar si tienen derecho o no a la reparación o, dicho en otros términos, que obliga a garantizar el derecho de las víctimas a un recurso efectivo (Puntos 5 y 20 de la Observación general N°3 del Comité contra la Tortura: Aplicación del artículo 14 por los Estados Partes). Recurso que, en virtud del punto 30, debe ser también judicial (Punto 30 de la Observación general N°3 del Comité contra la Tortura: Aplicación del artículo 14 por los Estados Partes). Recurso que nos lleva de nuevo a la casilla de salida ya que impone a los Estados la obligación de realizar una “investigación pronta, efectiva e imparcial” (Punto 25 de la Observación general N°3 del Comité contra la Tortura: Aplicación del artículo 14 por los Estados Partes).

⁶⁷⁴ Aprobada el 20 de diciembre de 2006 y entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010, de acuerdo a lo establecido en el artículo 39.1 (UNTS Vol. Núm., 2716, p.3). Y es que, no sólo el Preámbulo reconoce “el derecho de toda persona a no ser sometida a una desaparición forzada y el derecho de las víctimas a la justicia y a la reparación”, sino que en el artículo tercero prevé que “los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar (...) y para procesar a los responsables”. Medidas contundentes ante una práctica que, cometida de manera generalizada o sistemática, constituye un crimen de lesa humanidad (artículo 5) y que, por ello, la Convención obliga a los Estados a tipificar como delito en su legislación penal (artículo 4) y a establecer “penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad” (artículo 7). Ahora bien, antes de llegar al estadio de la imposición de una pena, la Convención obliga a los Estados a realizar una investigación preliminar (artículo 10.2) y, si estos no proceden a la extradición del presunto responsable o no le transfieren el caso a una instancia penal internacional, se hallan en el deber de someter “el caso a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal” (artículo 11). Véase también la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, de 9 de junio de 1994.

crímenes de lesa humanidad⁶⁷⁵ o, en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968 y entrada en vigor el 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII (UNTS Vol. Núm. 754, p.73). Si bien es cierto que la misma no impone expresamente la obligación de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales a los que se aplica, lo cierto es que esta interpretación se deduce de una lectura lógica de su articulado que, como no podía ser de otra forma, tiene por objeto que los Estados firmantes se comprometan “a adoptar con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida” (artículo IV). En definitiva, como reconoce el Preámbulo, no solo “la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales”, sino que advierte que “la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes”.

⁶⁷⁶ Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados y entrada en vigor el 7 de diciembre de 1978, de acuerdo con el artículo 95 (UNTS Vol. Núm. 1125, p.3). Concretamente, el artículo 85.1 prevé que “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes” (Véase también el Convenio I de Ginebra, art. 49; Convenio II de Ginebra, art. 50; Convenio III de Ginebra, art. 129; Convenio IV de Ginebra, art. 146). Para profundizar en el alcance de la obligación de juzgar o extraditar, resulta oportuno acudir al estudio realizado por: Orihuela, Calatayud, Esperanza, “La obligación *aut dedere aut iudicare* y su cumplimiento en España”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/2, 2016, pp. 207 - 228.

Así mismo, debemos añadir que el artículo 86.1 del Protocolo Adicional I prevé que “Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios y del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar”. Este artículo debe ser leído conjuntamente con el artículo 87 que se refiere a los deberes de los jefes militares y con los artículos 88 y 89 relativos a la asistencia mutua en materia penal y la cooperación entre las partes. Si bien será objeto de atención en el Capítulo tercero de la presente investigación, también debemos adelantar que el artículo 90 regula la Comisión internacional de encuesta cuyas funciones consisten, entre otras, en realizar “una investigación sobre cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave tal como se define en los Convenios o en el presente Protocolo o como cualquier otra violación grave de los Convenios o del presente Protocolo” (artículo 90.2c)i) del Protocolo Adicional I). Finalmente, resulta oportuno recordar también el procedimiento de encuesta previsto en el artículo 52 del Primer Convenio de para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña de 1949, en el que se prevé que, tras solicitud de una de las Partes en conflicto, se deberá iniciar una encuesta y, comprobada la violación, las Partes deben hacer que cese y deben reprimirla “lo más rápidamente posible” (artículo 52). También podemos hacer referencia al artículo 121 del III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 1949, en el que se prevé que, los casos de los prisioneros muertos o heridos en circunstancias especiales, serán objeto de una investigación oficial por parte de la Potencia detenedora y, “si la investigación prueba la culpabilidad de un o de varias personas, la Potencia detenedora tomará las oportunas medidas para incoar diligencias judiciales contra el responsable o los responsables”. Las mismas obligaciones resultan aplicables en el caso de los internados heridos o muertos en circunstancias especiales previsto en el artículo 131 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 1949.

Ahora bien, es justo señalar que esta posición no es, ni mucho menos, defendida de manera unánime por la doctrina, ya que las posturas al respecto son muchas y muy variadas. Por ejemplo, si bien determinados autores defienden la existencia de una obligación de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes de guerra, contra la humanidad y genocidio⁶⁷⁷, otros, en cambio, discuten esta obligación en el caso de los crímenes contra la humanidad⁶⁷⁸ y añaden al listado el crimen de tortura⁶⁷⁹, mientras que otro grupo, por su parte, niega la existencia de una obligación absoluta en el caso de estos últimos⁶⁸⁰. Es más, el tema de los crímenes de guerra cometidos en conflictos internos sigue sin ser pacífico ya que hay quien afirma que, en estos casos, la obligación de enjuiciar es simplemente “permissive”⁶⁸¹. Por esta razón, no sorprende que, incluso, haya quien se pregunte si es de ayuda o si es realista exigir el cumplimiento de la reiterada obligación⁶⁸².

Al margen de este debate, y con la finalidad de justificar la existencia de la citada obligación, consideramos oportuno acudir al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A este respecto, lo primero que apreciamos es que los convenios que forman este sector del Ordenamiento Jurídico Internacional no se refieren expresamente a la

⁶⁷⁷ Mbokani, Jacques B., "L'annistie et la répression des crimes de droit international au regard de l'avènement de la Cour pénale internationale : le Statut de Rome à l'épreuve des impératifs de la justice transitionnelle", *Annales de Droit de Louvain*, Vol. 75, N° 2, 2015, pp 245 - 253.

⁶⁷⁸ Han sido varios los estudios relativos al análisis de la posición del Derecho internacional respecto de los crímenes contra la humanidad como, por ejemplo, los realizados por: Ntoubandi, Faustin Z., *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007. Sin embargo, hay quien discute que exista una obligación de investigar y enjuiciar los crímenes contra la humanidad. Véase, por ejemplo, Scharf, Michael P., "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", *Cornell International Law Journal*, Vol. 32, Issue 3, 1999, pp. 507 – 527; Dukic, Dražan, "Transitional justice and the International Criminal Court - in "the interests of justice"?", *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, Num. 867, September 2007, pp. 700 – 705; Mallinder, Louise, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2008, pp. 125 - 130.

⁶⁷⁹ Ludwin King, Elizabeth B., "Does justice always require prosecution? The International Criminal Court and transitional justice measures" en *The Geo. Wash. Int'l l. Rev.*, Vol. 45, 2013, pp. 85 – 120; Majzub, Diba, "Peace or Justice - Amnesties and the International Criminal Court", *Melbourne Journal of International Law*, Vol.3, 2002, p. 258.

⁶⁸⁰ Véase, por ejemplo, Mallinder, Louise, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions...*, *op.cit.*, pp. 125 - 130.

⁶⁸¹ Mallinder, Louise, "Peacebuilding, the Rule of Law and the Duty to Prosecute: What Role Remains for Amnesties?", Medjoub, Faria (Ed.), *Building peace in post-conflict situations. ATLAS*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2012, p. 28. Así la autora concluye que “these findings indicate that, despite the developments in international law during the post-war period, some states continue to view their obligations to prosecute certain crimes under international law as permissive, and that consequently, state practice has not yet reached a point where the duty to prosecute can be argued to be customary, and hence binding on all nations. This more permissive understanding can be argued to grant states more space in addressing the crimes of the past.” (Mallinder, Louise, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions...*, *op.cit.*, p. 151).

⁶⁸² Villa - Vicencio, Charles, "Why perpetrators should not always be prosecuted: where the International Criminal Court and truth commissions meet", *Emory Law Journal*, Vol. 49, Issue, 1, Winter 2000, p. 206.

obligación de investigar y enjuiciar las violaciones de los derechos humanos que regulan. Ahora bien, esta obligación se deriva de los derechos de las víctimas a un recurso efectivo que se prevé, entre otros⁶⁸³, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶⁸⁴, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁸⁵, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁶⁸⁶, la

⁶⁸³ Carta Árabe de Derechos Humanos (léanse conjuntamente los artículos 3, 8, 12, 13 y, especialmente, el artículo 23) y la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN (consúltense los artículos 5 y 20).

⁶⁸⁴ Resolución 217 (A) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. A este respecto, el artículo 8 prevé que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”. Artículo que debemos completar con el 10 que establece que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

⁶⁸⁵ Aprobado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49 (UNTS Vol. Núm., 999 (p.171)). El artículo segundo establece que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto”. Para ello, el apartado segundo añade que “cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.” Entre dichas medidas, destaca la prevista en el apartado tercero que obliga a los Estados parte a garantizar a las víctimas un recurso efectivo. Así mismo, el apartado b añade que “b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial”. Tal y como ha señalado el Comité de Derechos Humanos en la Observación general N.º 31 relativa a la “índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, en el caso de que se cometa una violación a los derechos previstos en el Pacto, los Estados deben realizar una investigación y deben someter a los responsables a la justicia (Punto 18 de la Observación general N.º 31 del Comité de Derechos Humanos: La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. Es más, el artículo 2.3 requiere que los Estados otorguen una reparación a las víctimas. Reparación que, entre otras medidas, puede conllevar el “sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos” (*Ibid.*, punto 16).

Estas mismas obligaciones se han afirmado en atentados tan graves contra los derechos humanos como, por ejemplo, el derecho a la vida (art.6); el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7) o el derecho de toda persona detenida a recurrir ante un tribunal o a ser juzgada ante un juez u otro funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales (art. 9), tal y como muestran las Observaciones generales N.º 6 y 20: Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7). No obstante, por si todavía pudiera quedar alguna duda acerca de los derechos de las víctimas a un recurso judicial, el artículo 14 establece que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”. Tal y como ha aclarado el Comité de Derechos Humanos en la Observación General N.º 32 (relativa al derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia), “el acceso a la administración de justicia debe garantizarse efectivamente en todos esos casos para asegurar que ninguna persona se vea privada, por lo que toca al procedimiento, de su derecho a exigir justicia” (Punto 9 de la Observación General N.º 32 del Comité de Derechos Humanos: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia).

⁶⁸⁶ Aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entrada en vigor el 3 de septiembre de 1953 de acuerdo a lo previsto en el artículo 66 (UNTS Vol. Núm., 213, p.221). Tal y como prevé el primero de sus artículos, “las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”. Como es de sobra conocido, estos derechos comprenden, entre otros, el derecho a la vida (art. 2), la prohibición de la tortura (art. 3), el derecho a un proceso equitativo

Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁸⁷ o la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos⁶⁸⁸. Es más, un considerable número de instrumentos de *soft law* también se han pronunciado a favor de la existencia de una obligación de investigar y enjuiciar los ilícitos cometidos⁶⁸⁹.

(art. 6) o el derecho a un recurso efectivo (art. 13). Pues bien, independientemente de que nos vayamos a referir a este último derecho a continuación conviene advertir que los derechos sustantivos enumerados previamente también contienen una dimensión procesal que impone a los Estados la obligación de realizar investigaciones con la finalidad de dilucidar si el derecho en cuestión ha sido o no vulnerado. Es más, tal y como estudiaremos en el Capítulo tercero de la presente investigación, respecto de vulneraciones de derechos concretos como el derecho a la vida o la prohibición de la tortura, el Tribunal ha señalado que, en determinadas ocasiones, la investigación debe ir dirigida a dilucidar las responsabilidades penales de los presuntos responsables. En todo caso, y como ya hemos adelantado, es el artículo 13 el que regula el derecho a un recurso efectivo. Así, en virtud del mismo, “toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁶⁸⁷ Aprobada en San José el 22 de noviembre de 1969 y entrada en vigor el 18 de julio de 1978 (UNTS Vol. Núm., 1144, p.123). La citada Convención prevé, en el primero de sus artículos, que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”. Es más, para ello, el artículo segundo añade que los Estados se comprometen a adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Pues bien, igual que ocurría en el sistema europeo, su homólogo interamericano enumera un catálogo de derechos cuyo contenido engloba una dimensión procesal: la obligación de investigar las violaciones cometidas y, en ciertos casos, la obligación de enjuiciar y sancionar a los presuntos responsables. De la misma manera, el artículo 25 garantiza el derecho de toda persona a “un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes”.

⁶⁸⁸ Aprobada en Nairobi el 27 de junio de 1981 y entrada en vigor el 21 de octubre de 1986 (UNTS Vol. Núm. 1520, p. 217). Véase el artículo 1 relacionado con los artículos 7 y 26.

⁶⁸⁹ Dado que los pronunciamientos sobre esta cuestión son muchos y muy variados únicamente recogeremos los más relevantes. Así, podemos citar, entre otros: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), pp. 23 – 26; Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los Estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad, de Diane Orentlicher (E/CN.4/2004/88, *op.cit.*); Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*; Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos), E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, *op.cit.*; Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147), *op.cit.*, Principio II; Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, E/CN.4/Sub.2/1993/8, *op.cit.*; Resolución sobre el derecho a la verdad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2005/66, de 20 de abril de 2005, *op.cit.*; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada “Consejo de Derechos Humanos”: El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, *op.cit.*; A/HRC/RES/33/19, *op.cit.*; A/HRC/27/56; Derechos Humanos y justicia de transición (A/HRC/RES/21/15), *op.cit.*; Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, A/68/362, de 4 de septiembre de 2013; Eradicating impunity for serious human rights violations. Guidelines adopted by the Committee of Ministers on 30 March 2011, *op.cit.*

En definitiva, la conclusión que extraemos⁶⁹⁰ es que los instrumentos enumerados contienen, ya sea de manera directa o indirecta, una obligación que impone a los Estados el deber de llevar a cabo investigaciones ante la comisión de una violación de un derecho humano -que, tratándose de violaciones graves, sistemáticas y masivas podrían adquirir la condición de crímenes internacionales-, y que deberían derivar en la apertura de un proceso penal con la finalidad de dilucidar las responsabilidades a las que éstas hayan dado lugar.

A propósito de los crímenes internacionales no debemos olvidar, además, que los diferentes Estatutos de los tribunales internacionales penales creados hasta la fecha no contemplan otra función que no sea, lógicamente, la investigación, enjuiciamiento y, en el caso de demostrarse la culpabilidad, eventual condena penal de los presuntos responsables de haber cometido los crímenes internacionales sobre los que ejercen su jurisdicción⁶⁹¹. De entre todos los instrumentos adoptados hasta la fecha, estudiaremos en las líneas que siguen a continuación la plasmación de esta obligación en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

1.3. El deber de los Estados de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales

El Preámbulo⁶⁹² del Estatuto de Roma tras afirmar que "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo

⁶⁹⁰ Este componente penal que se deriva del sistema internacional de protección de los derechos humanos es discutido por ciertos sectores doctrinales que defienden que los Estados cumplirían sus compromisos internacionales mediante la aplicación de mecanismos que no necesariamente deben contener un componente penal o judicial. Nos referiremos a esta cuestión en el Capítulo tercero del presente trabajo.

⁶⁹¹ Estos principios ya se recogían en los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg y, en mayor o menor medida, han sido incorporados en el Estatuto del TIPY; TIPR; Regulation No. 2000/15 on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences; Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona; Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the prosecution under Cambodian law of crimes committed during the period of the Democratic Kampuchea; el Tribunal Especial de Irak; Agreement between the United Nations and the Lebanese Republic on the establishment of a Special Tribunal for Lebanon; Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990.

⁶⁹² Precisamente, fue España quien realizó la propuesta más elaborada del Preámbulo (Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, op.cit.*, p. 35). Pueden consultarse también las declaraciones de la delegación en 20th meeting, Tuesday, 30 June 1998, at 10.20 am, Chairman: Mr. Kirsch (Canada). A/CONF.183/C.1/SR.20. Agenda item 11 (continued) Consideration of the question concerning the finalization and adoption of a convention on the establishment of an international criminal court in accordance with General Assembly resolutions 51/207 of 17 December 1996 and 52/160 of 15 December 1997 (A/CONF.183/2/Add.1 and Corr.1, A/CONF.183/C.1/L.14/Rev.1, A/CONF.183/C.1/L.22, A/CONF.183/C.1/L.24 and A/CONF.183/C.1/L.29). Citado en: United Nations,

y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia"⁶⁹³, recuerda que "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales"⁶⁹⁴. Es decir, independientemente de la creación este Tribunal Penal Internacional, siguen siendo los Estados Parte quienes tienen la responsabilidad primaria⁶⁹⁵ de investigar, enjuiciar y sancionar a los presuntos responsables de haber cometido los más graves crímenes internacionales⁶⁹⁶ y, por ello, tienen la obligación de adoptar las medidas internas necesarias con la finalidad de garantizar este deber⁶⁹⁷. Y es que, la Corte, tal y como se recoge en el penúltimo apartado del Preámbulo, es "complementaria de las jurisdicciones penales nacionales"⁶⁹⁸.

Desde que el Estatuto fuera aprobado, uno de los temas más discutidos en la doctrina ha consistido en dilucidar si el apartado sexto del Preámbulo que acabamos de citar consolida o no una obligación internacional general de enjuiciar los crímenes internacionales sobre los que la Corte tiene competencia⁶⁹⁹. La base del debate radica en

Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June - 17 July 1998, Official Records Volume II, p. 259; DOCUMENT A/CONF.183/C.1/L.73. Recommendations of the Coordinator regarding the preamble [Original: English] [14 July 1998]. Citado en: United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court Rome, 15 June - 17 July 1998, Official Records Volume III Reports and other documents, p. 202.

⁶⁹³ Apartado cuarto del Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁶⁹⁴ Apartado sexto del Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁶⁹⁵ ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, p. 5; Resolución ICC-ASP/15/Res.5: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes, *op.cit.*, p. 37.

⁶⁹⁶ Precisamente, en el proceso de elaboración del Estatuto de Roma, determinadas delegaciones insistieron en que la aprobación del Estatuto no excluía la responsabilidad de los Estados de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales (Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Volume I. (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996) General Assembly Official Records. Fifty-first Session Supplement No.22 (A/51/22, 13 September 1996), p.36, Punto 156.

⁶⁹⁷ Resolución aprobada por la Asamblea General, A/RES/72/3, *op.cit.*, p. 2; Resolución ICC-ASP/15/Res.5: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes, *op.cit.*, p. 39.

⁶⁹⁸ Décimo apartado del Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁶⁹⁹ Fernandez, Julian and Pacreau, Xavier (Dirs.), *Statut de Rome de La Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Paris, Editions A. Pedone, 2012, pp. 305 – 308; Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Munich-Oxford-Baden-Baden, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2016, pp. 4 – 5; Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, pp. 47 – 49; Kleffner, Jann K., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 235 – 254. A este respecto, quisiéramos destacar un artículo académico que nos ha sorprendido al proponer la adopción de un Protocolo opcional al Estatuto de Roma con la finalidad de solventar, de una vez por todas este debate. Concretamente, el autor considera que es necesario que este protocolo deje constancia de la existencia de la obligación de los Estados de reprimir los crímenes internacionales sobre los que la Corte ejerce su competencia: Akhavan, "Whither National Courts? The Rome Statute's Missing Half: Towards an Express

que, si bien el Estatuto recoge contundentemente este deber en el Preámbulo, la parte dispositiva no hace referencia al mismo⁷⁰⁰. A este respecto conviene recordar que en el proceso de negociación del Estatuto determinadas partes argumentaron que, dada la importancia del contenido del Preámbulo, éste debería consistir en un artículo operativo⁷⁰¹, pero lo cierto es que este objetivo no se logró⁷⁰². Además, tampoco debe pasar desapercibido que otros elementos fundamentales que rigen el funcionamiento de la Corte como, por ejemplo, el principio de complementariedad, se mencionan tanto en el Preámbulo como en el articulado del Estatuto⁷⁰³. Por lo tanto, ¿debemos entender, una vez más, que nos hallamos ante un silencio deliberado o, sin embargo, debemos calificarlo como un ligero descuido u olvido⁷⁰⁴?

De entrada, resulta relevante destacar que es en el propio Preámbulo donde se enumeran los objetivos que debe perseguir la Corte⁷⁰⁵. Por ello, lejos de considerar al mismo como "hortatory prose that induces feelings of goodness all around and nothing more"⁷⁰⁶, la Corte ha optado por otra interpretación que consideramos mucho más

and Enforceable Obligation for the National Repression of International Crimes", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, pp. 1245 - 1266.

⁷⁰⁰ Por esta razón, determinados expertos no dudan en afirmar que el significado legal del mismo es limitado (Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, op.cit.*, pp. 4 – 5).

⁷⁰¹ Yearbook of the International Law Commission, 1994, Vol. II, Part II: Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty - sixth session, A/CN.4/SER.A/1994/Add.I (Part 2), p.27; Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Volume I. (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996) General Assembly Official Records. Fifty-first Session Supplement No.22 (A/51/22, 13 September 1996), p.36, Punto 156. Para profundizar en los debates relacionados con el Preámbulo en el proceso de elaboración del Estatuto: Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, op.cit.*, pp. 4 – 5; Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, op.cit.*, p. 34.

⁷⁰² Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, op.cit.*, p. 34.

⁷⁰³ Precisamente, este aspecto se debatió en el propio proceso de elaboración del Estatuto de Roma. En efecto, tal y como se recoge en el Informe del Comité ad hoc para el establecimiento de una Corte Penal Internacional: "36. According to one view, a mere reference in the preamble was insufficient, considering the importance of the matter, and a definition or at least a mention of the principle should appear in an article of the statute, preferably in its opening part. Such a provision would, it was stated, remove any doubt as to the importance of the principle of complementarity in the application and interpretation of subsequent articles." (Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, General Assembly Official Records, Fiftieth Session Supplement No. 22 (A/50/22), 1995, punto 36).

⁷⁰⁴ A este respecto, no debemos de olvidar el proceso que se siguió a la hora de aprobar el Preámbulo, tal y como se detalla en: Ambos and Triffterer, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, op.cit.*, p. 5; Scharf, Michael P., "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 522.

⁷⁰⁵ Situation in the Republic of Kenya in the Case of The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, "Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and resulting Request for State Party Cooperation ", TC V (A), ICC-01/09-01/11-1274-Corr2, 17 April 2014, punto 63.

⁷⁰⁶ Argumentos orales del Fiscal General de Kenia ante la Sala. Citado en: Situation in the Republic of Kenya in the Case of The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, "Decision on

acertada al defender que “the Rome Statute preamble is a compendious expression, in all solemnness, of the serious and urgent concerns that frame the mandate that the States Parties have given the ICC and from which derives the powers and attributes that are reasonable for the achievement of the Court's purposes”.⁷⁰⁷

A nuestro juicio, la relevancia del Preámbulo no sólo radica en que, obviamente, ha de ser tomado en consideración a la hora de interpretar el tratado⁷⁰⁸ o en el hecho de que recoge los objetivos fundamentales que debe perseguir la Corte, sino que, además, en el caso concreto del apartado relativo al "deber de los Estados de ejercer su jurisdicción penal" que estamos analizando, plasma por escrito una obligación que se deriva del Derecho Internacional y cuya existencia se cuestionaba con anterioridad a la aprobación del Estatuto de Roma⁷⁰⁹.

Por ello, si bien nos parece hasta cierto punto comprensible que cuando se aprobó el Estatuto, en el año 1998, todavía existieran ciertas dudas en torno al alcance de este deber, actualmente, pese a la posición en contra de determinados sectores doctrinales⁷¹⁰, consideramos que este debate debería de hallarse superado. En efecto, sostenemos que existe una obligación internacional que impone a los Estados el deber de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales sobre los que la Corte tiene competencia. Y es que, sin el reconocimiento de este deber, difícilmente puede comprenderse el eje estructurador sobre el que se asienta la Corte Penal Internacional: el principio de complementariedad.

A grandes rasgos debemos recordar que la Corte únicamente podrá ejercer su competencia sobre una situación o caso determinado cuando el Estado concernido no pueda ni quiera actuar. Más allá de las complejidades del principio de complementariedad la pregunta que cabe formular es la siguiente: ¿Qué sentido tendría fundamentar en dicho

Prosecutor's Application for Witness Summonses and resulting Request for State Party Cooperation ", TC V (A), ICC-01/09-01/11-1274-Corr2, 17 April 2014, punto 64.

⁷⁰⁷ *Ibidem*.

⁷⁰⁸ Artículo 31.2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969.

⁷⁰⁹ Ambos, Kai, "El marco jurídico de la justicia de transición", *op.cit.*, pp. 36 – 38.

⁷¹⁰ Seibert-Fohr, Anja, "The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003, p. 560; Mbokani, Jacques B., "L' amnistie et la répression des crimes de droit international au regard de l' avènement de la Cour pénale internationale: le Statut de Rome à l' épreuve des impératifs de la justice transitionnelle", *op.cit.*, p. 245 ; Nouwen, Sarah M.H., *Complementarity in the Line of Fire: The Catalysing Effect of the International Criminal Court in Uganda and Sudan*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 37 – 40; Jacobs, Dov, "Puzzling over Amnesties: Defragmenting the Debate for International Criminal Tribunals" en Van den Herik, Larissa and Stahn, Carsten (Eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 331 – 335.

principio la base de la actuación de la Corte Penal Internacional sin aceptar que los Estados tienen el deber de investigar, enjuiciar y sancionar los mismos en primer lugar? Es decir, si solo cuando los Estados no quieran o no puedan actuar genuinamente intervendrá la Corte, ¿cómo defender que no existe un deber previo de actuar?

Resulta difícil explicar el principio de complementariedad sin aceptar previamente que todo Estado se halla obligado a investigar, enjuiciar y sancionar, al menos, los crímenes internacionales sobre los que la Corte podría llegar a ejercer su jurisdicción. Por esta razón, estamos de acuerdo con Kleffner cuando señala que la reiterada obligación se puede derivar de la lectura conjunta de este párrafo sexto del Preámbulo con los apartados que regulan la complementariedad⁷¹¹. Es más, esta posición ha sido corroborada, en cierta medida, por el Fiscal de la Corte Penal Internacional en un documento de política general publicado en el año 2003⁷¹². Sin embargo, y tal y como hemos indicado, no son pocos los sectores doctrinales que cuestionan, todavía hoy, la existencia del deber de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales. Es más, la práctica seguida por determinados Estados al negarse a cumplir esta obligación hace que se remitan a estos graves hechos para reafirmar su postura.

⁷¹¹ Kleffner, Jann K., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, *op.cit.*, p. 254. Una postura, hasta cierto punto, similar se defiende en: Broomhall, Bruce, *International justice and the International Criminal Court: between sovereignty and the rule of law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 86; Freeman, Mark, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 39; Dukic, Dražan, "Transitional justice and the International Criminal Court...", *op.cit.*, p. 705. Otros autores, sin embargo, consideran que el Estatuto únicamente impone obligaciones a la Corte y no a los Estados y, por ello, no se muestran a favor de la existencia de dicha obligación (Nouwen, Sarah M.H., *Complementarity in the Line of Fire...*, *op.cit.*, pp. 37 – 40). Akhavan, por su parte, si bien se muestra a favor de la obligación, asume, hasta cierto punto, la tesis que defiende que, en la actualidad, del Estatuto no se deduce sin ningún género de dudas la existencia de la reiterada obligación y, por ello, se muestra partidario de aprobar un Protocolo opcional con la finalidad de solventar el debate (Akhavan, "Whither National Courts? The Rome Statute's Missing Half...", *op.cit.*, p. 1266).

⁷¹² ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, p. 5. En él recordaba que "the principle underlying the concept of complementarity is that States remain responsible and accountable for investigating and prosecuting crimes committed under their jurisdiction and that national systems are expected to maintain and enforce adherence to international standards. This principle is emphasised in the Preamble of the Rome Statute, recalling that "it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes"."

2. La debatida aplicación del Derecho Internacional en un proceso de justicia transicional

2.1. Los crímenes internacionales y la activación de la justicia transicional

Debido al avance experimentado por el Derecho Internacional, actualmente, no es posible eludir el conjunto de compromisos asumidos por los Estados en el ámbito internacional en contextos de justicia transicional⁷¹³. Por lo tanto, dado que es imperativo respetar las obligaciones internacionales -que, por otra parte, siguen siendo las mismas en procesos de transición que en circunstancias “ordinarias”⁷¹⁴- la siguiente pregunta lógica que surge es cómo hacerlo⁷¹⁵.

A este respecto, si bien defendemos que los principios y obligaciones que subyacen en la justicia transicional resultan de aplicación en todo momento, la forma en la que deben ser aplicados en procesos de justicia transicional reclama una ulterior matización. Y es que, ¿es posible otorgar la misma respuesta jurídica ante una violación de un derecho humano cometida en momento puntual que las masivas, graves y sistemáticas violaciones que se tratan de “reparar” en escenarios de transición de un conflicto armado a la paz o de un régimen autoritario a una democracia?⁷¹⁶ Precisamente, en este punto reside la complejidad de la justicia transicional ya que las violaciones de los derechos humanos que son objeto de la justicia transicional son aquellas que se caracterizan por su gravedad, masividad y sistematicidad⁷¹⁷.

⁷¹³ Report to the Human Rights Council on transitional justice in weakly institutionalized post-conflict settings, A/HRC/36/50, *op.cit.*, párr. 97.

⁷¹⁴ Los siguientes estudios que muestran que las obligaciones internacionales son las mismas se halle o no un Estado en transición: Méndez, Juan E., "Justicia de transición", *op.cit.*, p. 14; Rincón, Tatiana, *Verdad, justicia y reparación*, *op.cit.*, p. 25; Chinchón Álvarez, Javier, "Derecho internacional y transformaciones del Estado'....", *op.cit.*, p. 86; Turgis, Noémie, *La justice transitionnelle en droit international*, *op.cit.*, p. 547.

⁷¹⁵ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/68/345, de 23 de agosto de 2013, Punto 58, p. 21.

⁷¹⁶ A la situación en la que se encuentra el Derecho Internacional en estos contextos de transición se alude en: Report to the Human Rights Council on transitional justice in weakly institutionalized post-conflict settings, A/HRC/36/50, *op.cit.*, párrs. 56 – 58.

⁷¹⁷ El hecho de que se recurra con frecuencia a la expresión "violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario", ha conllevado que, con el paso del tiempo, se hayan adoptado resoluciones, informes o estudios cuyo ámbito de aplicación radique, específicamente, en este tipo de violaciones: Derechos humanos y justicia de transición. A/HRC/RES/33/19, *op.cit.*; Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, *op.cit.*; Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005 sobre los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147); Preámbulo de la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos: Relator

Sin embargo, ésta es, ni más ni menos, una de las razones que provoca la “activación” de un proceso de justicia transicional o, dicho de otra manera, una de las razones por las que los Estados se ven en la tesitura de acudir a las herramientas que proporciona la justicia transicional: la necesidad de ofrecer una respuesta global ante la magnitud de las violaciones de los derechos humanos cometidas. Por ello, es común que los órganos o los sectores doctrinales que han tratado de definir la justicia transicional pongan el acento, precisamente, en las características de masividad, sistematicidad o gravedad de las violaciones de los derechos humanos⁷¹⁸ con las que lidia la justicia transicional⁷¹⁹. Así,

Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (A/HRC/RES/18/7, *op.cit.*). En la resolución que prorroga el mandato se vuelve a insistir en este especial ámbito de aplicación (Resolución aprobada sin votación por el Consejo de Derechos Humanos en su 39ª sesión, el 25 de septiembre de 2014: Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (A/HRC/RES/27/3).

Si bien es cierto que actualmente no existe una enumeración taxativa que especifique cuáles son estas violaciones masivas, sistemáticas y graves a los derechos humanos, existe cierto consenso y unanimidad al considerar que el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad merecen, sin ningún género de dudas, este calificativo. Para profundizar en esta cuestión y en las violaciones que se deberían incluir dentro de este amplio concepto, véanse los siguientes instrumentos internacionales que se refieren -ya sea de manera más amplia, ya sea de manera más restringida- a este tipo de violaciones: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2009, (HR/PUB/09/1); Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos: Derechos humanos y justicia de transición, A/HRC/RES/33/19, *op.cit.*; Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*; Declaración y programa de acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993; Eradicating impunity for serious human rights violations. Guidelines adopted by the Committee of Ministers on 30 March 2011, *op.cit.*; Informe del Sr. M. Cherif Bassiouni, experto independiente sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, presentado de conformidad con la resolución 1998/43 de la Comisión de Derechos Humanos. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, E/CN.4/1999/65, de 8 de febrero de 1993. A este respecto, quisiéramos señalar que la Carta africana de derechos del hombre y de los pueblos y sus protocolos adicionales es la única que se refiere expresamente a este tipo de violaciones y prevé un mecanismo específico de respuesta: el Artículo 58 1. En la doctrina, puede acudir al excelente trabajo de López Martín que ilustra, de manera clara y precisa, qué violaciones a los derechos humanos se deben incorporar dentro de esta amplia denominación. Véase López Martín, Ana Gemma, "Los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de Derechos Humanos en Derecho internacional", *op.cit.*, pp. 133 - 162.

⁷¹⁸ Violaciones a los derechos humanos que, tal y como muestra uno de los muchos documentos elaborados por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se han centrado en las violaciones de los derechos civiles y políticos: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2014, p. 6 (HR/PUB/13/5).

⁷¹⁹ Por ejemplo, el Secretario General de las Naciones Unidas define la justicia de transición como "toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala..." (S/2004/616, *op.cit.*, apartado 8). Como cabe apreciar, el foco de atención se centra en el "pasado de abusos a gran escala" y no en un "proceso de transición". En un sentido similar: Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, *op.cit.* El Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, por su parte, se ocupa de "situaciones en las que haya habido violaciones manifiestas de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario" (A/HRC/RES/18/7, *op.cit.*, Preámbulo y A/HRC/21/46, *op.cit.*, punto 21). En el mismo sentido: ICTJ briefing, "Transitional Justice in the United Nations Human Rights Council", *op.cit.*, p. 2.

se podría concluir señalando que “la justicia transicional es una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos”⁷²⁰. En otras palabras: la activación de la justicia transicional se produce en el momento en el que un Estado deba responder ante numerosas y graves violaciones de los derechos humanos que hacen que acudir a los instrumentos ordinarios del Derecho no sea suficiente para dar una reparación íntegra y lo más adecuada posible. Es más, este rasgo es común en los diversos contextos en los que hoy en día se aplica la justicia transicional⁷²¹.

Sin embargo, al mismo tiempo, es en este extremo dónde reside la dificultad de la aplicación del Derecho Internacional en un proceso de justicia transicional⁷²². Y es que, como señalábamos previamente, ¿es posible aplicar literalmente la normativa internacional cuando las víctimas que reclaman justicia, verdad, reparación y no

En la doctrina se hace referencia a este ámbito de aplicación de la justicia transicional, entre otros, en: Forsythe, David P., "Human Rights and Mass Atrocities: Revisiting Transitional Justice", *International Studies Review*, Vol. 13, Issue 1, March 2011, p. 85; Méndez, Juan E., "Speeches...", *op.cit.*, pp. 364 - 365. Disponible online en: <http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1888&context=ublr>; Bickford, Louis, "Transitional Justice", *op.cit.*, p. 1045; Ramji - Nogaes, Jaya, "Bespoke transitional justice at the International Criminal Court" en De Vos, Christian, Kendall, Sara and Stahn, Carsten (Eds.), *Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 113; AIV/CAVV, *Transitional Justice. Justice and peace in situations of transition*, No. 65, AIV/No. 19, CAVV, April 2009, p. 8; Carletti, Cristiana, "La responsabilité pénale internationale et l'institution de l'amnistie: complémentarité entre la Cour Pénale Internationale et le juge national" en Zanghì, Claudio et Achour, Rafaà Ben (Eds.), *Droits de l'homme et juridictions pénales internationales. Séminaires italo-tunisiens (Tunis-Rome) Mai-Novembre 2009*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2009, p. 114; Chinchón Álvarez, Javier, "Justicia transicional: 'Memoria Histórica', y responsabilidad internacional del Estado...", *op.cit.*, p. 51; Ambos, Kai, "El marco jurídico de la justicia de transición", *op.cit.*, pp. 27 - 28; Fletcher, Laurel E. "A Wolf in Sheep's Clothing? Transitional Justice and the Effacement of State Accountability for International Crimes", *Fordham International Law Journal*, Vol. 39, 2016, p. 447; Clark, Theresa M., "Assessing the Special Court's Contribution to Achieving Transitional Justice", Jalloh, Charles Chernr (Ed.), *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: the impact for Africa and International Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 750; Olásolo Alonso, Héctor, *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales...*, *op.cit.*, p. 228; Freeman, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, *op.cit.*, p. 5.

Ahora bien, pese a que nos parece acertado definir la justicia transicional poniendo el foco de atención en las violaciones a los derechos humanos con las que debe lidiar, debemos añadir que la complejidad de la justicia transicional va más allá, tal y como explica De Greiff en: "Some Thoughts on Transitional Justice", Middle & East - North Africa e-bulletin N°4, Summer 2013, published by the Association for the Prevention of Torture (APT), p. 3. Disponible online en: http://www.apr.ch/content/files_res/mena-digest_pablo-degreiff_some-thoughts-on-transitional-justice_04_2013.pdf

Finalmente, nos gustaría señalar que, pese a que como hemos tratado de mostrar, es común definir a la justicia transicional haciendo referencia a la masividad, sistematicidad y gravedad de las violaciones a los derechos humanos a las que trata de dar respuesta, es justo añadir que, a juicio de Hayner, no siempre el número de víctimas o de violaciones cometidas será el factor determinante a la hora de implementar un proceso de justicia transicional sino que, por el contrario, hay otros elementos que pueden influir sobremanera en la decisión a adoptar por un Estado (Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, p. 343).

⁷²⁰ Centro Internacional para la Justicia Transicional, "¿Qué es la justicia transicional?", *op.cit.*

⁷²¹ Freeman, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, *op.cit.*, p. 5.

⁷²² De Greiff, Pablo, "Theorizing Transitional Justice", *op.cit.*, p. 62; Turgis, Noémie, *La justice transitionnelle en droit international*, *op.cit.*, p. 205.

repetición pueden ser cientos o miles?⁷²³ Parece lógico pensar que la respuesta que el Derecho dé a este interrogante, en principio, siempre será limitada⁷²⁴.

2.2. *Las dificultades inherentes en contextos de transición y los límites del Derecho Internacional*

Estas características inherentes a la justicia transicional a las que acabamos de aludir en el apartado anterior, son empleadas por determinados sectores doctrinales y por ciertos Estados en transición para justificar que, ante la masividad y sistematicidad de violaciones cometidas y teniendo en cuenta el especial contexto en el que se encuentra la sociedad, no es posible aplicar el Derecho Internacional de la misma manera que en circunstancias “ordinarias”. De esta manera, algunos acaban defendiendo que, en procesos de justicia transicional, es necesario “modificar”⁷²⁵ “adecuar” o “flexibilizar”⁷²⁶ las obligaciones internacionales⁷²⁷. Sin embargo, no podíamos estar más de acuerdo con Chinchón Álvarez cuando aprecia que en estos casos lo que normalmente se suele producir no es sino un abuso de la normativa internacional⁷²⁸.

⁷²³ Chinchón Álvarez, Javier, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, *op.cit.*, p. 312.

⁷²⁴ Boraine, Alex, "Transitional Justice as an Emerging Field", *op.cit.*, p. 2.

⁷²⁵ Sin embargo, el propio Relator Especial sobre la justicia transicional se ha posicionado, tajantemente, en contra de la modificación de las obligaciones internacionales aplicables en estos contextos (Report to the Human Rights Council on transitional justice in weakly institutionalized post-conflict settings, A/HRC/36/50, *op.cit.*, párr. 97).

⁷²⁶ Ahora bien, conviene matizar que la “flexibilidad” que se predica a este respecto no tiene nada que ver con la noción de flexibilidad que cabe apreciar en ciertos tratados internacionales. Como ha señalado Huesa Vinaixa, “en términos generales, la idea de flexibilidad tiende a solventar los inconvenientes de la rigidez en la formulación de las obligaciones convencionales, propiciando, de un lado, la salvaguardia de intereses legítimos de los Estados parte y, de otro, una mayor participación en los instrumentos convencionales multilaterales” (Huesa Vinaixa, Rosario, "Las 'cláusulas derogatorias' de los Convenios de Derechos Humanos en el marco de la guerra global contra el terrorismo", Soroeta Liceras, Juan (Ed.), *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Volumen XI, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2011, p. 150). Sin embargo, y tal y como adelantábamos, los sectores doctrinales que en la justicia transicional aluden a la “flexibilidad” buscan propósitos que no se corresponden con esta acertada definición.

⁷²⁷ En efecto, un aspecto llamativo de la literatura de la justicia transicional es que no son pocos los autores que defienden la necesidad de otorgar a los Estados un cierto margen de flexibilidad a la hora de aplicar el Derecho internacional en los procesos de transición, y todo ello tras reconocer, en algunas ocasiones, que no hay una justificación legal que ampare estas posiciones. Véanse, entre otras, las posturas defendidas en: Ambos, Kai, "El marco jurídico de la justicia de transición", *op.cit.*, pp. 23 - 129; Bell, Christine, "The 'New Law' of Transitional Justice" en Ambos, Kai, Large, Judith and Wierda, Marieke (Eds.), *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlin, Springer - Verlag, 2009, pp. 105 - 126. Especialmente las páginas 106 y 120 - 125; Dimitrijevic, Nenad, "Normative Change and Transitional Justice" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, New York, Cambridge University Press, 2013, pp. 224 - 230; AIV/CAVV, *Transitional Justice. Justice and peace in situations of transition*, *op.cit.* pp. 14 - 24; Turgis, Noémie, *La justice transitionnelle en droit international*, *op.cit.*, p. 365.

⁷²⁸ Chinchón Álvarez, Javier, "Derecho internacional y 'transformaciones del Estado'....", *op.cit.*, p. 110.

Otros sectores, sin embargo, pese a defender que las obligaciones internacionales subsisten en todo momento, consideran que su aplicación reclama una cierta matización⁷²⁹. Así, concluyen que la dificultad de esta materia reside en una correcta aplicación de estas obligaciones internacionales que no prevén excepciones, modulaciones, protocolos adicionales en contextos que distan mucho de las situaciones previstas en los propios tratados.

Con la finalidad de responder a este dilema, determinados especialistas han defendido la necesidad de realizar una concreta “interpretación” de la normativa internacional que se adecúe a estos particulares contextos de transición⁷³⁰. Sin perjuicio del respeto que merecen estas posturas doctrinales, consideramos que, en ocasiones, esta técnica basada en la mera “interpretación” de las normas internacionales puede ir en contra de los loables objetivos que se tratan de defender. Y es que, es de sobra conocido que todo hecho admite múltiples interpretaciones. Por ello, dejar en manos del intérprete de turno la aplicación del Derecho Internacional en un contexto de transición específico, puede llevar no solo a manifiestas arbitrariedades sino a la más absoluta contradicción en la aplicación de unas mismas normas. Y es que, como comprobaremos a lo largo de la investigación, los Estados y ciertos sectores doctrinales se valen de esta imprecisión y flexibilidad que todavía hoy caracteriza a la justicia transicional para proponer soluciones e “interpretaciones” no siempre respetuosas con la legalidad internacional. Precisamente, con la finalidad de evitar estas reinterpretaciones de la normativa internacional -en ocasiones sumamente creativas-, consideramos que la respuesta debe ser más precisa⁷³¹.

⁷²⁹ De Greiff, Pablo, "Theorizing Transitional Justice", *op.cit.*, p. 62. Concretamente, el experto defiende que el aspecto que varía es la forma concreta de aplicación de la normativa internacional. Para analizar las dificultades que conlleva la aplicación de la normativa internacional al caso concreto puede acudir al pormenorizado estudio de Chinchón Álvarez, Javier, "Derecho internacional y transformaciones del Estado'...", *op.cit.*, pp. 104 – 106; Chinchón Álvarez, Javier, "Justicia transicional", *op.cit.*, pp. 104 – 105; Turgis, Noémie, *La justice transitionnelle en droit international*, *op.cit.*, p. 206.

⁷³⁰ A este respecto, son interesantes las propuestas de De Greiff, Pablo, "Theorizing Transitional Justice", *op.cit.*, pp. 64 – 65; Bonet Pérez, Jordi y Alija Fernández, Rosa Ana, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, *op.cit.*, p. 82; Méndez, Juan E., "Speeches...", *op.cit.*, p. 367. Una posición hasta cierto punto similar es la que propone Chinchón Álvarez al defender la necesidad de buscar el "efecto útil" de las normas internacionales con la finalidad de que sea posible llevar a cabo el enjuiciamiento de los responsables y la reparación de las víctimas (Chinchón Álvarez, Javier, "Formulando las preguntas correctas sobre los problemas de cumplimiento de las obligaciones de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes pasados", *op.cit.*, p. 363 y Chinchón Álvarez, Javier, "En busca del efecto útil de las normas internacionales: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición ante contextos de violencia colectiva" en Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 3 – 22).

⁷³¹ Si bien en estos momentos nos resulta imposible desarrollar con mayor detalle esta posición, quisiéramos dejar anotado que tampoco nos parece inoportuno que comience a trabajarse en los contornos de los que podrían ser la base de un régimen jurídico particular aplicable en procesos de justicia transicional. Y es que,

Puede que esta necesidad de buscar una respuesta más novedosa y que se adecúe mejor a las dificultades de la transición haya sido la que ha llevado a otro grupo de especialistas a preguntarse si podría ser necesario el establecimiento de un régimen jurídico propio aplicable en estos casos. Pese a los esfuerzos realizados, parece que, en principio, la respuesta dada ha sido negativa⁷³². Ahora bien, hay quien parece valorar la existencia de, al menos, un cierto “droit coutumier de la justice transitionnelle en cours de formation”⁷³³.

No obstante, no solo se ha intentado flexibilizar el Derecho Internacional, se ha propuesto “reinterpretar” el mismo o se ha planteado la creación de un régimen jurídico propio aplicable en estos contextos, sino que la doctrina más respetuosa con la legalidad internacional también ha estudiado hasta qué punto, con el Ordenamiento Jurídico Internacional en mano, podría defenderse que determinadas circunstancias que se producen en procesos de transición permitirían suspender o limitar la aplicación de la normativa internacional⁷³⁴.

nos surgen las siguientes dudas: ¿acaso es mejor seguir defendiendo la aplicación de un "impreciso", "flexible", "ambiguo" Derecho internacional en procesos de justicia transicional que no reclamar la necesidad de un régimen jurídico propio para estos contextos? ¿Acaso es mejor seguir "reinterpretando" las normas internacionales en contextos de transición? ¿Acaso los derechos de las víctimas que han sufrido violaciones masivas y sistemáticas a sus derechos humanos no se verían mejor protegidos bajo la defensa de un régimen jurídico especial aplicable en estos supuestos? ¿Acaso el margen de discrecionalidad del que disfrutaban cómodamente los Estados no se vería reducido con la consolidación de un régimen particular? En definitiva, puede que la creación de un régimen jurídico propio aplicable en contextos de justicia transicional tuviera la capacidad de proteger los derechos de las víctimas y reducir los abusos estatales, y también doctrinales, que se producen bajo la defensa de un impreciso, ambiguo y flexible "Derecho Internacional". Ahora bien, teniendo en cuenta la involución que se está produciendo en el Derecho Internacional, somos conscientes de que, actualmente, no es, ni mucho menos, el momento más oportuno para proceder con semejante proyecto. Y es que, ante el panorama internacional actual, el resultado bien pudiera resultar en un programa de mínimos que reduzca, todavía más, los derechos de las víctimas ante la comisión de los más graves crímenes internacionales.

⁷³² Turgis, Noémie, *La justice transitionnelle en droit international*, op.cit., p. 208 ; Joinet, Louis, "Un état des lieux...", op.cit., pp. 14 – 15; Chinchón Álvarez, Javier, "El binomio justicia transicional - derecho transicional. Un examen a propósito de algunas reflexiones teóricas y prácticas recientes" en Actas V Jornadas de Estudios de Seguridad, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa, 2013, pp. 33 – 35.

⁷³³ Joinet, Louis, "Un état des lieux ... », op.cit., pp. 14 - 15. En un sentido similar véase Nagy, Rosemary, "Transitional Justice as Global Project...", op.cit., p. 276.

⁷³⁴ Así, por ejemplo, se han estudiado las circunstancias que excluyen la ilicitud internacional como el consentimiento, la legítima defensa, las contramedidas, la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad (circunstancias, todas ellas, previstas en la Resolución 56/83, de 28 de enero de 2002 aprobada por la Asamblea General: Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos) con la finalidad de comprobar si éstas podrían ser alegadas en un proceso de transición. Sin embargo, la respuesta que se ha dado ha sido, en principio, negativa (Chinchón Álvarez, Javier, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Madrid, Parthenon, 2007). Resulta particularmente interesante el Capítulo X que se refiere a la "Búsqueda de otras alternativas dentro del derecho internacional" (*Ibid.*, pp. 475 - 513). Sobre el estado de necesidad se han pronunciado también: Bonet Pérez, Jordi y Alija Fernández, Rosa Ana, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, op.cit., p. 78; Turgis, Noémie, *La justice transitionnelle en droit international*, op.cit., pp. 218 – 222). De la misma manera, también se ha analizado la posibilidad de alegar los artículos 61 y 62 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados

Finalmente, debemos mencionar a un último sector que congrega a numerosos especialistas que, a pesar de reconocer la existencia de ciertas obligaciones internacionales aplicables también en un proceso de justicia transicional, se vale de un concepto que parece funcionar a modo de escudo de choque para justificar el (in)cumplimiento parcial del Derecho internacional: el ideal de lograr la “paz”⁷³⁵. Este grupo, aun reconociendo la existencia de las obligaciones internacionales identificadas, defiende que, en contextos de transición, estas obligaciones deben “armonizarse” o “ponderarse” con los objetivos de la paz⁷³⁶. Es más, hay quien no duda en afirmar que,

relativos a la "imposibilidad subsiguiente de cumplimiento" y "cambio fundamental en las circunstancias" con la finalidad de no cumplir las disposiciones de un tratado. En esta ocasión, también, se ha concluido que dichas opciones deben ser descartadas (Chinchón Álvarez, Javier, "Formulando las preguntas correctas sobre los problemas de cumplimiento de las obligaciones de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes pasados", *op.cit.*, 357 – 358).

⁷³⁵ A este respecto, llama la atención, por ejemplo, la postura de Kai Ambos. Y es que, este reputado especialista no duda en afirmar que, en efecto, desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma, los Estados Partes se hallan obligados a perseguir los crímenes internacionales previstos en el tratado. Ahora bien, acto seguido añade que este “deber de perseguir” es una regla o principio flexible que, a su juicio, admite excepciones (Ambos, Kai, "El marco jurídico de la justicia de transición", *op.cit.*, pp. 36 – 40). Véase también: Schabas, William A., (Chair), ‘Truth Commissions, Accountability and the International Criminal Court, Commentary by William A. Schabas’, en van Genugten, Willem J.M., Scharf, Michael P. and Radin, Sasha E., *Criminal Jurisdiction 100 Years After the 1907 Hague Peace Conference : proceedings of the eighth Hague Joint Conference held in The Hague, the Netherlands, 28-30 June 2007*, The Hague, TMC Asser, 2009, p. 132.

⁷³⁶ Uprimny Yepes, Rodrigo, Sánchez Duque, Luz María y Sánchez León, Nelson Camilo, *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014, p. 81; Ambos, Kai, "Principle 19. Duties of States with Regard to the Administration of Justice" en Haldemann, Frank and Unger, Thomas, *The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law Series, Oxford, 2018, pp. 209 – 210; Schabas, William A., (Chair), ‘Truth Commissions, Accountability and the International Criminal Court, Commentary by William A. Schabas’, en van Genugten, Willem J.M., Scharf, Michael P. and Radin, Sasha E., *Criminal Jurisdiction 100 Years After the 1907 Hague Peace Conference : proceedings of the eighth Hague Joint Conference held in The Hague, the Netherlands, 28-30 June 2007*, The Hague, TMC Asser, 2009, p. 132.

A pesar de que la defensa de la paz es la justificación con más peso en la doctrina actual, lo cierto es que tampoco resulta extraño leer otra serie de argumentos que rememoran a las expresiones que se empleaban en los primeros años de desarrollo del campo de la justicia transicional como, por ejemplo, que la decisión de aplicar el Derecho internacional continuará siendo una decisión meramente política (Newman, Edward, "Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 47) o, cómo no, las posiciones más radicales que abogan directamente por olvidar el pasado (Rotondi, Jack Volpe and Eisikovits, Nir, "Forgetting after War: A Qualified Defense" en Corradetti, Claudio, Eisikovits, Nir and Rotondi, Jack Volpe (Eds.), *Theorizing Transitional Justice*, England, Ashgate, 2015, pp. 13 – 28). Sin embargo, afortunadamente, parece haber más posiciones en contra: Roht - Arriaza, Naomi (Ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, *op.cit.*, p. 302; Mottet, Carol, "Traitement du passé...", *op.cit.*, p. 49 ; Roht - Arriaza, Naomi, "Transitional Justice and Peace Agreements", *op.cit.*, p. 5; Sharp, Dustin N., "Beyond the Post - Conflict Checklist...", *op.cit.*, p. 171; Subotić, Jelena, "Bargaining justice: A theory of transitional justice compliance" en Buckley - Zistel, Susanne, Beck, Teresa Koloma, Braun, Christian and Mieth, Friederike (Eds.), *Transitional Justice Theories*, Abingdon and New York, Routledge, 2014, p. 129; Mutua, Makau, "A Critique of Rights in Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 31; Williams, Melissa S. and Nagy, Rosemary, "Introduction" en Williams, Melissa S., Nagy, Rosemary and Elster, Jon (Eds.), *Transitional Justice*, New York and London, New York University Press, 2012, p. 2; Bothmann, Astrid, *Transitional justice in Nicaragua...*, *op.cit.*, p. 33; Hazan, Pierre, "Measuring the impact...", *op.cit.*, p. 23; Chinchón Álvarez, Javier, "Justicia transicional", *op.cit.*, p. 103; Gómez Isa, Felipe, "Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales. El caso español", *op.cit.*, p. 173.

en contextos de transición, las obligaciones internacionales mencionadas tienen naturaleza de “principio”⁷³⁷. De entre todas las obligaciones, suele ser la que se halla vinculada con la exigencia de la “justicia penal” la que más detractores acumula y, por esta razón, no es extraño leer que, en contextos de justicia transicional, “criminal justice often has to give way to broader peace interests.”⁷³⁸ En definitiva, nos hallamos, una vez más, ante el clásico debate de la justicia transicional: paz vs justicia.

Esta eterna dicotomía es uno de los temas “más debatidos de la literatura sobre justicia transicional”⁷³⁹ que ha producido profundas divisiones en la doctrina⁷⁴⁰. Un debate que,

⁷³⁷ Uprimny Yepes, Rodrigo, Sánchez Duque, Luz María y Sánchez León, Nelson Camilo, *Justicia para la paz...*, *op.cit.*, pp. 83 - 89.

⁷³⁸ Ambos, Kai, "Principle 19. Duties of States with Regard to the Administration of Justice" en Haldemann, Frank and Unger, Thomas, *The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law Series, Oxford, 2018, pp. 205 - 206. En un sentido similar, no son pocos los expertos que continúan reconociendo las dificultades inherentes al campo de la justicia transicional y que continúan insistiendo en que "some compromises might need to be made" (Szablewska, Natalia and Bachmann, Sascha - Dominik, "Current Issues and Future Challenges in Transitional Justice" en Szablewska, Natalia and Bachmann, Sascha - Dominik (Eds.), *Current Issues in Transitional Justice. Towards a More Holistic Approach*, Switzerland, Springer International Publishing, 2015, p. 344) o que "se deben equilibrar cuidadosamente las exigencias de la justicia y la realidad de lo que es factible lograr a corto, mediano y largo plazo" (Van Zyl, Paul, "Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto", *op.cit.*, p. 47) o que recuerden que "el reto de la justicia transicional consiste entonces en la nada fácil tarea de resolver la tensión entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas, por un lado, y las necesidades que se derivan del contexto político de otorgar un tratamiento benévolo a los victimarios para lograr el cese de hostilidades, por otro lado" (Saffon, María Paula, "Enfrentando los horrores del pasado...", *op.cit.*, p. 17). En definitiva, más que insistir en la obligatoriedad del Derecho Internacional, en la necesidad de garantizar siempre y en todo momento los derechos de miles de víctimas, no son pocos los que se conforman con afirmar que hay que prestar atención a lo que es viable (Sriram, Chandra Lekha, *Confronting Past Human Rights Violations*, *op.cit.*, p. 13) o a lo que es alcanzable (Szablewska, Natalia and Bachmann, Sascha - Dominik, "Current Issues and Future Challenges in Transitional Justice", *op.cit.*, p. 344).

⁷³⁹ Dorado Porras, Javier, "Justicia Transicional", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N°8, marzo - agosto 2015, p. 195.

⁷⁴⁰ A juicio de Forcada Barona, estas posiciones pueden agruparse entre "pragmáticos o realistas" y "legalistas" (Forcada Barona, Ignacio, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, *op.cit.*, pp. 40 - 44). En términos similares se manifiestan expertos como Bassiouni en Bassiouni, M. Cherif, "Introduction" en Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *Post - Conflict Justice*, New York, Transnational Publishers, 2002, p. xv. Otros trabajos que han analizado la dicotomía entre la paz y la justicia son los siguientes: Kerr, Rachel and Mobekk, Eirin, *Peace and Justice: Seeking Accountability after War*, Polity Press, UK, 2007; Krzan, Bartłomiej, "International Criminal Court Facing the Peace vs. Justice Dilemma", *International Comparative Jurisprudence*, No. 2, 2016, pp. 81 - 88; Mendes, Errol P., *Peace and Justice at the International Criminal Court: A court of Last Resort*, UK-USA, Edward Elgar, 2010; Waddell, Nicholas and Clark, Phil (Eds.), *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa*, The Royal African Society, 2008; Clark, Janine Natalya, "Peace, Justice and the International Criminal Court: Limitations and Possibilities", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, pp. 521 - 545; Akhavan, Payam, "Are International Criminal Tribunals a Disincentive to Peace?: Reconciling Judicial Romanticism with Political Realism", *Human Rights Quarterly*, Vol. 31, 2009, pp. 624 - 654; Nsereko, Danuel D. Ntanda, "The role of the International Criminal tribunals in the promotion of peace and justice: the case of the International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, Vol. 19, 2008, pp. 373 - 393; Prorok, Alyssa K., "The (In)compatibility of Peace and Justice? The International Criminal Court and Civil Conflict Termination", *International Organization*, N° 71, 2017, pp. 213 - 243; Zolo, Danilo, "Peace through Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 727 - 734; Bouchard, Carl, "Justice versus

pese a que muchos autores consideren superado argumentando que no cabe hablar de paz sin justicia y que, por tanto, la justicia transicional garantiza ambas⁷⁴¹ -posición que ha sido promovida también desde la Organización de las Naciones Unidas⁷⁴² al reiterar que "fighting impunity and pursuing peace are not incompatible objectives - they can work in tandem, even in an ongoing conflict situation"⁷⁴³-, un vistazo a la práctica reciente y a nuevas declaraciones tanto por parte de la doctrina como en los más recientes fallos de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, muestran que la pugna entre los dos elementos continúa⁷⁴⁴ y que puede apreciarse en cada nuevo proceso de transición⁷⁴⁵. Y es que, como correctamente previó Juan Méndez, "stating that justice, peace, and prevention are all equally valuable; that they are not in contradiction with each other; and that they are mutually reinforcing does not solve the problem. We need to find ways to honor all three in practice, not just as a matter of lofty principles"⁷⁴⁶.

peace" en Young, Nigel J. (Ed.), *The Oxford International Encyclopedia of Peace, Vol. II*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 542 - 546.

⁷⁴¹ Mani, Rama, "Balancing Peace with Justice...", *op.cit.*, p. 28. Y es que, pese a que no ha lugar a dudas de que es necesario ir más allá de los debates binarios (Engstrom, Par, "Transitional Justice and Ongoing Conflict", *op.cit.*, p. 13), ya que, al fin y al cabo, este tipo de planteamientos no son sino una falsa dicotomía (Uprimny Yepes, Rodrigo, "¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación para Colombia", *op.cit.*, p. 13), lo cierto es que, en la práctica, hay que reconocer que "hoy en día, no existe una solución universal para resolver la tensión entre justicia y paz" (Torres Argüelles, Alfredo, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, *op.cit.*, p. 21), es decir, "no es posible ignorar estas tensiones entre justicia y paz" (Uprimny Yepes, Rodrigo, "¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación para Colombia", *op.cit.*, p. 13). En efecto, como a continuación comprobaremos, a pesar de la evolución que cabe apreciar a la hora de abordar este debate (da buena muestra de esta evolución el Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e Informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General: Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/12/18, de 6 de agosto de 2009, *op.cit.*, Punto D.1.51. La evolución que ha experimentado el clásico debate, ha sido analizado en: Roht - Arriaza, Naomi and Mariezcurrena, Javier (Eds.), *Transitional Justice in the Twenty - First Century. Beyond Truth versus Justice*, New York, Cambridge University Press, 2006), y pese a la evidente y mutua relación que debe existir entre las demandas de justicia y la consiguiente consolidación de la paz, esa solución universal dista mucho de haberse logrado.

⁷⁴² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2009, (HR/PUB/09/1), p. V. En la misma línea: Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, Punto II.2.

⁷⁴³ Message from Mr Ban Ki - Moon, Secretary-General of the United Nations, for the Meeting on "Building a Future on Peace and Justice" en Ambos, Kai, Large, Judith and Wierda, Marieke (Eds.), *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlin, Springer - Verlag, 2009, p. 3. Y es que, como correctamente se ha defendido, "la mayoría de los acuerdos recientes reflejan una creencia creciente en que, cuando una guerra se acaba, no se pueden esconder debajo del tapete las atrocidades cometidas" (Centro Internacional para la Justicia Transicional, "¿Justicia, paz o las dos?", 2009, Disponible online en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Peace-Justice-2009-Spanish.pdf>

⁷⁴⁴ Véanse las interesantes reflexiones que a este respecto realiza Forcada Barona en: Forcada Barona, Ignacio, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, *op.cit.*, pp. 36 - 37.

⁷⁴⁵ De Gamboa Tapias, Camila, "Presentación", *op.cit.*, p. 12.

⁷⁴⁶ Méndez, Juan E., "Speeches...", *op.cit.*, p. 366.

En efecto, este reconocimiento de complementariedad entre los valores antes en conflicto no es, ni mucho menos, la casilla de llegada sino el punto de salida. Por todo ello, consideramos que es más correcto hablar de una sutil e imperceptible reformulación⁷⁴⁷ o rearticulación⁷⁴⁸ del debate. En definitiva, a pesar de la evolución del Derecho Internacional y de la constatación de su aplicación en un proceso de justicia transicional, estos argumentos corroboran que, en el fondo, el clásico debate de los años noventa, en realidad, nunca desapareció⁷⁴⁹.

2.3. La aplicación conjunta de las obligaciones internacionales como respuesta ante la comisión de crímenes internacionales en contextos de justicia transicional

Tal y como hemos tratado de demostrar, en un proceso de justicia transicional, las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional (tanto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario, como del Derecho Internacional Penal⁷⁵⁰) siguen estando plenamente vigentes, resultan exigibles y deben ser aplicadas⁷⁵¹. Por esta razón, estamos de acuerdo con Chinchón Álvarez cuando declara

⁷⁴⁷ Méndez, Juan E., "Justicia de transición", *op.cit.*, p. 23.

⁷⁴⁸ Rangelov, Iavor and Teitel, Ruti, "Transitional Justice", *op.cit.*, p. 343.

⁷⁴⁹ Kent, Lia, "Transitional justice and peacebuilding", *op.cit.*, p. 205.

⁷⁵⁰ En la doctrina suele debatirse cuál es el sector del Ordenamiento Jurídico Internacional imperante en la justicia transicional. A nuestro juicio, es el conjunto del Derecho Internacional, en mayor o menor medida, el que resultará aplicable de manera íntegra en un estadio u otro de un proceso de justicia transicional y, por ello, no nos parece ni adecuado ni deseable realizar distinciones entre sectores jurídicos. No obstante, es justo señalar que la mayoría de autores tienden a posicionarse a favor del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como disciplina predominante. Sin perjuicio de que sean muchas las obligaciones internacionales aplicables que se derivan de este sector, no debemos desconocer que el Derecho Internacional Humanitario y, muy especialmente, el Derecho Internacional Penal, están llamados a desempeñar una importancia capital en los procesos de transición. Los siguientes estudios han analizado con mayor detalle los diferentes sectores que se ven involucrados en un proceso de transición: Panepinto, Alice, "Transitional Justice...", *op.cit.*, pp. 1 – 29; Bell, Christine, "Transitional Justice, Interdisciplinarity...", *op.cit.*, pp. 5 – 27. Véanse también los siguientes estudios que explican el campo de la justicia transicional surgió del movimiento a favor de los derechos humanos: Fischer, Martina, "Transitional Justice and Reconciliation: Theory and Practice", *op.cit.*, p. 407; De Greiff, Pablo, "Algunas reflexiones...", *op.cit.*, pp. 20 – 21; Van der Merwe, Hugo and Brankovic, Jasmina, "Transitional Justice and Human Rights", *op.cit.*, p. 895; Clark, Phil and Palmer, Nicola, "Challenging Transitional Justice", *op.cit.*, p. 5; Carranza, Ruben, "Plunder and Pain...", *op.cit.*, p. 317; Mutua, Makau, "What Is the Future...", *op.cit.*, p. 3; Sharp, Dustin N., "Beyond the Post - Conflict Checklist...", *op.cit.*, p. 175; Szablewska, Natalia and Bachmann, Sascha - Dominik, "Current Issues and Future Challenges in Transitional Justice", *op.cit.*, p. 352; Méndez, Juan E., "Editorial Note", *op.cit.*, p. 158; Teitel, Ruti G., "Global Transitional Justice", *op.cit.*, p. 17; Mihr, Anja, "From Reconciliation...", *op.cit.*, p. 2. Disponible online en: <http://webjcli.ncl.ac.uk/2009/issue1/mihr1.html>; Brems, Eva, "Transitional Justice in the Case Law of the European Court of Human Rights", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 5, Issue 2, 2011, p. 283.

⁷⁵¹ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, *op.cit.*, Punto 61; Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, apartado

que "toda decisión adoptada en estos procesos ha de reputarse como inválida si supone una violación del derecho internacional vigente"⁷⁵², ya que, añade, "no ha lugar pues, ninguna potencial alegación que expresa o implícitamente, abogue por una suerte de excepcionalidad jurídico-internacional sobre la base de la mera existencia o desarrollo de una transición a la democracia"⁷⁵³.

A pesar de que ésta sea, entre otras, la posición oficial de las Naciones Unidas⁷⁵⁴ y que se trate de un pronunciamiento que, incluso, podríamos calificar, hasta ahora al menos⁷⁵⁵, como constante e invariable en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷⁵⁶, todavía hoy llama la atención que determinados sectores vean en la justicia

IV, Puntos 9 - 10, p. 6; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2014 (HR/PUB/13/5), p. 5. A este respecto, un número considerable de autores se posicionan a favor de esta postura: Turgis, Noémie, *La justice transitionnelle en droit international*, *op.cit.*, p. 554; Van Zyl, Paul, "Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto", *op.cit.*, pp. 47 – 48; en Méndez, Juan E. and Cone, Catherine, "Transitional justice", *op.cit.*, p. 761; Ibáñez Najar, Jorge Enrique, *Justicia Transicional y las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, p. 68; Rubli, Sandra, "Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 6; Rincón, Tatiana, *Verdad, justicia y reparación*, *op.cit.*, p. 41; Valencia Villa, Hernando, "Introducción a la justicia transicional", *op.cit.*, p. 9; Méndez, Juan, "Lou Henkin, Transitional Justice and the Prevention of Genocide", *Columbia Human Rights Review*, Vol. 38, No. 3, Spring 2007, p. 482; Carletti, Cristiana, "La responsabilité pénale internationale et l'institution de l'amnistie: complémentarité entre la Cour Pénale Internationale et le juge national", *op.cit.*, pp. 114 – 115; Botero Marino, Catalina, "Derecho penal internacional y justicia de transición. ¿Estamos condenados a repetir incesantemente la historia trágica de la muerte y la doncella? en De Gamboa Tapias, Camila (Ed.), *Justicia transicional: teoría y praxis*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, p. 282.

⁷⁵² Chinchón Álvarez, Javier, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, *op.cit.* p. 286. Nos parecen especialmente acertadas las observaciones realizadas por el experto en torno al principio de continuidad del Estado en la página 315.

⁷⁵³ Chinchón Álvarez, Javier, "Derecho internacional y transformaciones del Estado...", *op.cit.*, p. 81.

⁷⁵⁴ Los Informes anuales que han sido publicados por el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición son una excelente muestra de la adecuación de la justicia transicional a las obligaciones que se derivan del Derecho internacional.

⁷⁵⁵ En los capítulos sucesivos de la presente investigación trataremos de mostrar que, en los últimos pronunciamientos de ciertos jueces de la Corte, parece vislumbrarse cierto retroceso en la exigencia plena del Derecho Internacional en contextos de justicia transicional.

⁷⁵⁶ En efecto, tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han reiterado que, también en procesos de justicia transicional (se hallen las sociedades transitando hacia la democracia o hacia la paz) los Estados deben respetar las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional y deben ser "observadas íntegramente en su aplicación y alcance": Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Verdad, justicia y reparación: cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013, puntos 247 y 273-274; Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2014, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II, 9 marzo 2015, punto 71; Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2016, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II, 15 marzo 2017, punto 102; Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2017, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II, 31 diciembre 2017, punto 104.

transicional un campo meramente político o ilegal, llegando incluso a defender que la justicia transicional supone una contradicción con el régimen jurídico internacional⁷⁵⁷.

Ante este tipo de postulados, debemos recordar que la justicia transicional no vulnera la normativa internacional, sino que ésta continúa siendo plenamente aplicable. Por ello, debemos negar esta idea ampliamente extendida que desconoce el fundamento jurídico básico sobre el que se asienta este campo. Insistimos, la justicia transicional no supone, en ningún caso, un "paraíso legal", ya que nos hallamos ante una "disciplina normativa"⁷⁵⁸. Por esta razón, no podemos sino concluir afirmando que el Derecho Internacional juega un papel central en la justicia transicional⁷⁵⁹.

Una de las consecuencias más claras que esto genera es que, a diferencia de lo que ocurría en los primeros años de desarrollo del campo, el margen de discrecionalidad de los Estados a la hora de realizar el proceso de transición se ha visto considerablemente disminuido⁷⁶⁰. Ahora bien, ello no implica, como comprobaremos a lo largo del presente trabajo, que se sigan empleando reiteradamente argumentos sin justificación legal alguna (como, por ejemplo, el peligro que puede suponer el inicio de procesos penales para el logro de la paz) que, incluso, empiezan a calar en el discurso de ciertos órganos de protección de derechos humanos. Ahora bien, reconocemos que estos contextos transicionales plantean ciertas dificultades que han de ser tomadas en consideración.

⁷⁵⁷ Por ejemplo, a juicio de Olásolo Alonso, "no es posible afirmar que la aplicación del concepto de justicia de transición haga parte del derecho internacional general o convencional, y mucho menos del derecho imperativo, puesto que carece de la suficiente determinación y especificidad de contenido, y no disfruta del necesario consenso para su consolidación normativa" (Olásolo Alonso, Héctor, Mateus Rugeles y Contreras Fonseca, Andrés, "La naturaleza imperativa del principio 'no hay paz sin justicia' respecto a los máximos responsables del fenómeno de la lesa humanidad y sus consecuencias para el ámbito de actuación de la llamada 'justicia de transición'", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N. 145, 2016, pp. 9 – 10). Otros, en cambio, consideran que la justicia transicional "aún no parece contener con claridad la definición y obligatoriedad de todos los elementos que la conforman" (Jaimés-Amado, María Cecilia y Prieto-Sanjuán, Rafael A., "Justicia y paz, o cuando todos los caminos conducen a... ¡La Haya!", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Núm. 17, 2010, pp. 206 – 207).

⁷⁵⁸ Uprimny Rodrigo, "Prólogo" en Rincón, Tatiana, *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 10. En el mismo sentido: Hourquebie, Fabrice, "La notion de 'justice transitionnelle' a-t-elle un sens?", *op.cit.*, p. 10; Sandoval, Clara, "Transitional justice and social change", *op.cit.*, p. 182.

⁷⁵⁹ Sadat, Leila Nadya, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law...*, *op.cit.*, p. 75.

⁷⁶⁰ Pablo de Greiff ha esgrimido interesantes argumentos para justificar la existencia de ciertos mínimos comunes entre los Estados en transición en De Greiff, Pablo, "A Normative Conception of Transitional Justice", *Politorbis*, N.50, Issue 3, 2010, p. 17.

Por esta razón, defendemos que la justicia transicional debe tomar en consideración los límites que plantean estos contextos⁷⁶¹ y, así, debe abogar por una estrategia combinada de mecanismos (que no es sino defender la aplicación conjunta de las obligaciones internacionales previamente identificadas) con la finalidad de proporcionar una respuesta más eficaz para erradicar la impunidad⁷⁶². La relevancia de la combinación entre obligaciones-mecanismos radica en que los Estados no pueden decir qué mecanismos o qué obligación desean cumplir, sino que, por el contrario, la discrecionalidad de los mismos queda limitada a secuenciar o integrarlos dentro de un mismo proceso⁷⁶³. Es decir, no cabe compensar determinados mecanismos con otros⁷⁶⁴.

Recapitulando, podemos concluir afirmando que la justicia transicional se compone de un conjunto de obligaciones que se derivan del Derecho Internacional y que continúan vigentes en estos peculiares contextos. Ahora bien, ante la complejidad que plantea su aplicación cuando las violaciones de los derechos humanos cometidas se caracterizan por su gravedad, sistematicidad o masividad, la respuesta que da esta modalidad de justicia debe ser integral. Por ello, y valiéndose de determinados *mecanismos*, la justicia

⁷⁶¹ En este punto, pueden consultarse los límites citados en Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, *op.cit.*, Punto 48.

⁷⁶² Resolución sobre impunidad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2005/81, *op.cit.*, punto 17, p.4; A/HRC/RES/28/34, *op.cit.*; Resolución sobre Derechos humanos y justicia de transición, A/HRC/RES/33/19, *op.cit.*, p.3; Resolución sobre Derechos humanos y justicia de transición, A/HRC/RES/21/15, *op.cit.*, Punto 6; Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad, elaborado por la Profesora Diane Orentlicher. (E/CN.4/2004/88), *op.cit.*, p. 2. Curiosamente, sobre estos aspectos que estamos tratando, ya advertía Roht-Arriaza en 1997: Roht-Arriaza, N., "Combating Impunity...", *op.cit.*, pp. 101 - 102. En fechas más recientes: Gómez Isa, Felipe, "El fenómeno de la impunidad...", *op.cit.*, p. 167; Seils, Paul, "La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional", *op.cit.*, p. 26. Ahora bien, es justo señalar que no todos los sectores doctrinales ni mucho menos las partes involucradas en la implementación de un proceso de justicia transicional defienden las características que nosotros atribuimos a la justicia transicional. Es más, hay que advertir que numerosas posturas que "defienden" o "apuestan" por la implementación de mecanismos transicionales no buscan sino garantizar la más absoluta impunidad por las atrocidades que en el transcurso de conflictos o dictaduras se hayan podido cometer. Por todo ello, habrá que estar atentos y denunciar categóricamente aquellas características tan *novedosas* que se le atribuyen a la justicia transicional con el objetivo de garantizar la más absoluta impunidad de todos aquellos responsables que han violado masiva y sistemáticamente los derechos de miles de víctimas inocentes.

⁷⁶³ Kemp, Susan, "Alternative Justice Mechanisms, Compliance and Fragmentation of International Law" en Van den Herik, Larissa and Stahn, Carsten (Eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 256 – 257.

⁷⁶⁴ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, *op.cit.*, Punto III.D. 27. Tal y como explica, "las autoridades deben resistir la tendencia a esperar que las víctimas hagan la vista gorda ante la inacción en una de estas áreas solo porque se tomen medidas en otra de ellas. Además de contravenir las obligaciones internacionales del Estado en cada área de acción del mandato, ese tipo de política tiende a reducir las posibilidades de que cualquier acción que de hecho emprenda el gobierno sea reconocida como medida de justicia". Idea que ha vuelto a reiterar en: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, puntos 60 y 81.

transicional busca dar con la *fórmula de justicia* que garantice el cumplimiento del Derecho Internacional tomando en consideración el peculiar *contexto de transición*. En definitiva, defendemos que la justicia transicional tiene como objetivo ofrecer una respuesta ante la comisión de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos⁷⁶⁵. Es más, este enfoque global, como explicaremos a continuación, ha sido, incluso, reconocido por la Oficina de la Fiscalía de la Corte penal internacional⁷⁶⁶.

3. La Corte Penal Internacional y la necesidad de implementar soluciones globales ante la comisión de crímenes internacionales

Si bien, como estudiaremos en el presente punto, la Corte Penal Internacional ha acabado dando el visto bueno a la formulación de estrategias globales dirigidas a erradicar la impunidad, todavía hoy cabe apreciar cierta cautela o precaución a la hora de dar la bienvenida a los procesos de justicia transicional que puedan desarrollarse en los Estados. A nuestro juicio, este hecho obedece a la existencia de un cierto desconocimiento en torno a las implicaciones que podrían conllevar unas mayores relaciones complementarias entre dos materias que, si bien hasta ahora han seguido caminos paralelos, están condenadas a entenderse.

Una de las razones que puede explicar la cautela mostrada por la Corte, puede hallarse en la escasa atención que la justicia transicional obtuvo en el proceso de elaboración del Estatuto de Roma. Por ello, investigar cuál era la posición de los negociadores del Estatuto de Roma respecto de los procesos de justicia transicional o los elementos que lo componen no es una tarea sencilla, ya que las referencias al respecto son escasas⁷⁶⁷ y aparecen vinculadas, fundamentalmente, a las leyes de amnistía⁷⁶⁸. A nuestro juicio, este

⁷⁶⁵ Precisamente, son varios los autores que siguen haciendo referencia a este objetivo clásico de la materia en la literatura transicional: "Transitional justice and social change", *op.cit.*, pp. 184 – 185; Chinchón Álvarez, Javier, "Justicia transicional", *op.cit.*, p. 101; McGregor, Lorna, "Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 30; Gready, Paul and Robins, Simon, "From Transitional to Transformative Justice...", *op.cit.*, p. 339; Fijalkowski, Agata and Grosescu, Raluca, "Introduction", *op.cit.*, p. 6. Es más, es curioso que, incluso, algunos expertos rechacen la noción de "justicia transicional" y prefieran referirse a la materia como "traitement du passé" (Mottet, Carol, "Traitement du passé...", *op.cit.*, pp. 48 – 60).

⁷⁶⁶ International Criminal Court, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003 (ICC-OPT 2003), p.3.

⁷⁶⁷ Schabas, William A., "National amnesties, truth commissions and international criminal tribunals" en Brown, Bartram S. (Ed.), *Research handbook of International Criminal Law*, UK, Edward Elgar, 2011, p. 375.

⁷⁶⁸ Incluso en la actualidad y pese al ingente número de obras doctrinales existentes tanto en el campo de la justicia transicional como en el Derecho Internacional Penal, resulta ciertamente sorprendente que no

extremo resulta un tanto criticable ya que, en la década de los noventa, el campo de la justicia transicional era una realidad palpable que, además, planteaba no pocos vínculos con los crímenes internacionales sobre los que, en un futuro, la Corte Penal Internacional podría llegar a tener competencia.

No obstante, y pese a la relevancia que adquirirían los dilemas propios de la justicia transicional en la práctica de la Corte, lo cierto es que el debate, como señalábamos previamente, se redujo, básicamente, al tema de las amnistías. Tal y como explica Darryl Robinson, autor que participó en el proceso de redacción del artículo 17 ECPI, "the issue of how to deal with national amnesties and national truth and reconciliation efforts was raised in the ICC negotiations, but was not explicitly dealt with in the Rome Statute"⁷⁶⁹. En definitiva, tendríamos que esperar a la entrada en funcionamiento de la Corte para comprobar cómo sería la actitud que ésta mantendría con los procesos de justicia transicional.

3.1. La Corte Penal Internacional y las medidas complementarias a la justicia penal: una relación, en principio, desconocida

Uno de los aspectos que más llama la atención de los escasos estudios tendentes a analizar la relación entre la justicia transicional y la Corte Penal Internacional es el desconocimiento generalizado sobre la postura de este tribunal respecto de los procesos integrales de la justicia transicional. Es cierto que la Corte, hasta el momento, no ha prestado la suficiente atención a los mecanismos transicionales y que no ha abordado con la profundidad deseable este debate. No obstante, y pese a estas notables ausencias, es posible encontrar documentos de política general, informes o declaraciones en las que se aprecia la postura favorable que la Corte mantiene con respecto a los procesos de justicia transicional. Ahora bien, debido a la relevancia que está adquiriendo la justicia

haya mayores estudios tendentes a analizar la interrelación entre ambas materias. Es más, uno de los aspectos que más nos ha llamado la atención en la investigación es la escasa atención que prestan los manuales de referencia del Derecho Internacional Penal y, especialmente, de la Corte Penal Internacional a los dilemas propios de las sociedades en transición o en conflicto. Es decir, desde una visión general resulta cuanto menos llamativo que las discusiones doctrinales se enzarcen en debates sobre, por ejemplo, cuestiones meramente procesales o de procedimiento y, sin embargo, pasen de puntillas por temas tan relevantes como las excepciones a la jurisdicción penal. A nuestro juicio, los debates que plantea la justiciar transicional son el sustrato y la base para que, posteriormente, se puedan desplegar los ejes del Derecho Internacional Penal. Por ello, no podemos sino denunciar la escasa atención que se le ha prestado, al menos hasta el momento, a la justicia transicional en los manuales de referencia del Derecho Internacional Penal.

⁷⁶⁹ Robinson, Darryl, "Serving the Interest of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, Vol. 14, No.3, 2003, p. 483.

transicional en la esfera internacional y los cada vez mayores vínculos que la unen con la actividad de la Corte, no estaría de más que el Tribunal publicara un documento de política general u otro instrumento semejante con la finalidad de aclarar los aspectos más conflictivos. Tal vez si procediera de esta manera, contribuiría a aclarar las erróneas consideraciones entre los vínculos que unen y separan ambos campos.

Sin embargo, y como señalábamos, por ahora continuamos con una considerable ambigüedad e incertidumbre que genera no pocas controversias y discutidas posiciones doctrinales, y que puede deberse a la escasa atención que esta materia ha tenido entre los expertos que se dedican al Derecho Internacional Penal⁷⁷⁰. Y es que, resulta llamativo que haya autores que, todavía hoy, defiendan que la justicia transicional es una materia o un campo que se contraponen frontalmente al Derecho Internacional Penal⁷⁷¹ y, por ende, a la actividad que desarrolla la propia Corte Penal Internacional. Ahora bien, es justo añadir que, en el extremo opuesto, encontramos a otro grupo de expertos que aclaran que la relación entre la justicia transicional y el Derecho Internacional Penal no es de confrontación sino, como venimos defendiendo, de complementariedad⁷⁷².

⁷⁷⁰ Una reflexión que nos gustaría compartir es que han sido escasos los pronunciamientos que hemos encontrado en manuales de referencia del Derecho Internacional Penal sobre la justicia transicional. Es más, los pocos que hemos encontrado parten, a nuestro juicio, de una visión un tanto errónea de lo que implica un proceso de justicia transicional. A modo de ejemplo, podemos referirnos al excelente manual de Werle: Werle, Gerhard, *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo blanch, 2011 (2ª ed.). En él, el autor dedica una breve entrada a la justicia transicional y resulta cuanto menos llamativa la postura que adopta. Y es que, explica que son cinco las opciones para la "elaboración del pasado" y señala que, en ocasiones, estas medidas no son excluyentes entre sí. Lo sorprendente es que afirma que, en procesos de transición, es posible la renuncia a la acción penal con la finalidad de lograr la paz. Es cierto que esta posición es común entre los expertos de la justicia transicional. Sin embargo, a nuestro juicio, resulta paradójico que un experto que publica un manual sobre Derecho Internacional Penal y que, por lo tanto, es conocedor del régimen jurídico internacional, afirme simple y llanamente que, en contextos de transición, caben otras opciones sin añadir justificación legal alguna.

⁷⁷¹ Véase, entre otros, cómo se distingue entre la justicia transicional y el régimen jurídico aplicable en el Derecho internacional penal en: Olásolo Alonso, Héctor, "La inseguridad jurídica de los acuerdos de paz a la luz del régimen jurídico internacional de los crímenes de ius cogens y la justicia de transición", *Política criminal*, Vol. 12, Nº 23, 2017, pp. 78-102; Olásolo Alonso, Héctor, *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales...*, op.cit.

⁷⁷² Drumbl, Mark A., "The future of International Criminal Law and Transitional Justice" en Schabas, William A., McDermott, Yvonne and Hayes, Niamh (Eds.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, England, Ashgate, 2013, pp. 531 – 545; Essomba, S., "Quelle complémentarité entre la justice transitionnelle et la justice pénales internationale?", *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 84, 2013, pp. 181 – 204. Si bien Bassiouni no se refiere a la justicia transicional, sino que emplea el concepto de "post-conflict justice", defiende que es necesaria una perspectiva más amplia que los meros enjuiciamientos penales. Por ello, añade que es necesaria una combinación entre los diversos mecanismos, entre los cuales los procedimientos penales serían uno más (Bassiouni, M. Cherif, "Reflections on contemporary developments in international criminal justice" en Brown, Bartram S. (Ed.), *Research Handbook on International Criminal Law*, UK-USA, Edward Elgar, 2011, pp. 411 – 412).

Por otra parte, quisiéramos añadir que una de las más acertadas explicaciones que hemos encontrado en torno a la compleja relación que mantiene la justicia transicional con el Derecho Internacional Penal ha

Ante estas divergentes posiciones, conviene adelantar que los contextos que “activan” los procesos de justicia transicional son también aquellos casos en los que los hechos cometidos adquieren la condición de crímenes internacionales y, por ende, nos hallamos en un ámbito en el que la Corte podría llegar a ejercer su jurisdicción si el Estado en cuestión no investiga, enjuicia o sanciona a los presuntos responsables⁷⁷³. Es más, en estos contextos de transición las obligaciones internacionales continúan estando plenamente vigentes y resultan aplicables. En definitiva, no existe un régimen jurídico autónomo y diferencial en contextos de justicia transicional que se contraponga al propio del Derecho Internacional Penal. Por esta razón, no le falta razón a Schabas cuando afirma que:

“the Rome Statute of the International Criminal Court is today at the centre of the legal debate concerning transitional justice (...). The consequence is that it is now impossible for States to assess the transitional justice options that are best suited to their own needs, political context and historic development without taking into account the possibility that the Court will decide to involve itself based on a different evaluation of priorities and regardless of their concerns.”⁷⁷⁴

Siendo ésta la situación actual, ¿ha contribuido la Corte a aclarar estos “malentendidos” entre ambas materias? Pues bien, a pesar de que no contamos con una posición firme, asentada o directa de la Corte, y a pesar de que no son muchas las referencias existentes, es posible apreciar la postura favorable del Tribunal respecto de medidas “complementarias” a los procesos judiciales penales que se producen en su seno.

3.2. La evolución experimentada en el seno de la Corte Penal Internacional hacia el reconocimiento de fórmulas complementarias

La primera referencia “indirecta” a la necesidad de adoptar medidas adicionales a la justicia penal la encontramos en un documento publicado por la Oficina de la Fiscalía en

sido una nota editorial elaborada por Roht – Arriaza. En ella, de manera clara y concisa, muestra cómo son las diversas visiones sobre este punto. Es más, realiza un matiz que suscribimos completamente al señalar que, dependiendo de si el análisis se realiza desde la perspectiva del campo de la justicia transicional o del Derecho internacional penal, el resultado puede variar (Roht-Arriaza, Naomi, "Editorial Note", *op.cit.*, pp. 383 – 392).

⁷⁷³ Esta conexión o solapamiento entre los contextos de justicia transicional y los propios de la Corte penal internacional ha sido reivindicado, entre otros, por: Chinchón Álvarez, Javier, "El Derecho penal internacional en contextos transicionales" en Gil Gil, Alicia y Macula, Elena (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 465; Botero Marino, Catalina, "Derecho penal internacional y justicia de transición...", *op.cit.*, pp. 280 – 322; Olásolo Alonso, Héctor, *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales...*, *op.cit.*, p. 303; Schabas, William, "Transitional Justice and the Norms of International Law", *op.cit.*, pp. 5 - 6.

⁷⁷⁴ Schabas, William, "Transitional Justice and the Norms of International Law", *op.cit.*, p. 11.

el año 2003⁷⁷⁵ donde se reconoce que la Corte es una institución con recursos limitados y, por ello, se añade que es necesaria una estrategia bifurcada para poner fin a la impunidad⁷⁷⁶. De esta manera, se acaba proponiendo el siguiente planteamiento:

“On the one hand it [la Corte] will initiate prosecutions of the leaders who bear most responsibility for the crimes. On the other hand it will encourage national prosecutions, where possible, for the lower-ranking perpetrators, or work with the international community to ensure that the offenders are brought to justice by some other means.”⁷⁷⁷

Como cabe apreciar, la Corte no parece que tuviera del todo claro, en el año 2003, cuáles eran esos “otros métodos” posibles. Y es que, refiriéndose a aquellas personas que no tuvieran la condición de máximos responsables simplemente señalaba que:

“For other offenders, alternative means for resolving the situation may be necessary, whether by international assistance in strengthening or rebuilding the national justice systems concerned, or by some other means. Urgent and high-level discussion is needed on methods to deal with the problem generally.”⁷⁷⁸

Es decir, no terminaba de aclarar cuáles eran, a su juicio, esos métodos alternativos. Consciente de esta situación, concluyó que era imprescindible una mayor discusión al respecto⁷⁷⁹. En 2007, esta postura comenzaba a aclararse ya que, la Corte, tras reconocer que había tomado nota de las estrategias globales para poner fin a la impunidad, mostraba su apoyo a la complementariedad entre diversas medidas que se dirigieran a lograr este objetivo⁷⁸⁰. Así, tras reafirmar que los procesos penales eran una parte necesaria de la estrategia, confesaba que por sí mismos eran insuficientes⁷⁸¹. Por todo ello, concluía que:

“As such, it fully endorses the complementary role that can be played by domestic prosecutions, truth seeking, reparations programs, institutional reform and traditional justice mechanisms in the pursuit of a broader justice. The Office notes the valuable role such measures may play in dealing with large numbers of offenders and in addressing the impunity gap. The Office will seek to work with those engaged in the variety of justice mechanisms in any given situation, ensuring that all efforts are as complementary as possible in developing a comprehensive approach.”⁷⁸²

⁷⁷⁵ ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003.

⁷⁷⁶ *Ibid.* p. 3.

⁷⁷⁷ *Ibidem.*

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁷⁹ *Ibidem.*

⁷⁸⁰ ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007, pp. 7 - 8.

⁷⁸¹ *Ibidem.*

⁷⁸² *Ibidem.*

Obsérvese que, en esta ocasión, la Corte emplea dos términos comunes del campo de la justicia transicional: la necesidad de lograr una justicia más amplia y la relevancia de la complementariedad entre los diversos mecanismos⁷⁸³. Por otra parte, y a diferencia del documento del año 2003, la Corte enumera ciertos métodos como los mecanismos de búsqueda de la verdad, los programas de reparación, las reformas institucionales o los mecanismos tradicionales de justicia. Es decir, en el fondo, a pesar de que en ningún momento mencione el concepto de la justicia transicional, no hace sino enumerar los mecanismos complementarios que la componen.

Precisamente, la Corte, al inicio, se mostraba un tanto reticente a la hora evocar el término “justicia transicional”. En documentos posteriores al año 2012 es posible encontrar alguna mínima referencia a este concepto, ya que o bien se menciona⁷⁸⁴ o se insiste en la complementariedad entre los mecanismos de la justicia transicional y los procesos judiciales penales que se siguen ante la Corte⁷⁸⁵. Sin embargo, llamativamente, en el año 2016, en la versión final del Documento de política general sobre la selección y priorización de casos⁷⁸⁶, se decidió suprimir la referencia expresa a la “justicia transicional”⁷⁸⁷ y se optó por enumerar ciertos mecanismos con los que identificamos a la materia⁷⁸⁸. Y ello pese a que incluso se reconoció que el tema relativo a la justicia

⁷⁸³ Complementariedad entre medidas que también defendió el primer Fiscal de la Corte en un discurso pronunciado en el año 2007: ICC-OPT, Discurso pronunciado por el Sr. Luis Moreno-Ocampo, Fiscal de la Corte Penal Internacional, "Un futuro basado en la paz y la justicia", Núremberg, 24 y 25 de junio 2007, pp. 7 - 8. En esta ocasión defendió que “los juicios nacionales y otros mecanismos de rendición de cuentas siguen siendo fundamentales para lograr soluciones globales, pues no se trata de procesos alternativos, sino complementarios”.

⁷⁸⁴ Por ejemplo, se menciona el concepto de “justicia transicional” a propósito de los proyectos de proyección exterior en los que se recomienda que se tome en consideración “la presencia de otros mecanismos de justicia transicional en el país, cuando proceda” (Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Undécimo período de sesiones, La Haya, 14 a 22 de noviembre de 2012: Informe de la Corte sobre la complementariedad. ICC-ASP/11/39, de 16 de octubre de 2012, p. 9). También se alude a este concepto al hilo del Fondo Fiduciario para las Víctimas, donde se defiende la necesidad de asegurar una relación entre los “proyectos de asistencia al Fondo y las iniciativas de justicia de transición”: Informe de la Corte Penal Internacional correspondiente a 2012/2013 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sexagésimo octavo período de sesiones, tema 75 del programa provisional. A/68/314, de 13 de agosto de 2013, p. 19 y el Informe de la Corte Penal Internacional sobre su labor realizada en el período 2013/14 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sexagésimo noveno período de sesiones, tema 74 del programa provisional. A/69/321, de 18 de septiembre de 2014, p. 20.

⁷⁸⁵ Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Undécimo período de sesiones, La Haya, 14 a 22 de noviembre de 2012: Informe de la Mesa sobre la complementariedad. ICC-ASP/11/24, de 6 de noviembre de 2012, p. 3, punto 10.

⁷⁸⁶ Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016.

⁷⁸⁷ Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Decimoquinto período de sesiones. La Haya, 16 a 24 de noviembre de 2016: Informe de la Mesa sobre el proceso de planificación estratégica de la Corte Penal Internacional. ICC-ASP/15/29, de 11 de noviembre de 2016, pp. 3 – 4, punto 16.

⁷⁸⁸ Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, pp. 4 - 5. Simplemente se reitera que la Corte muestra su apoyo a la función complementaria que pueden desempeñar las comisiones de la verdad, los programas de reparación, las reformas institucionales y los

transicional podría haberse examinado con más detalle en dicho instrumento⁷⁸⁹. En todo caso, y pese a no emplearse el concepto de “justicia transicional”, lo cierto es que, a finales del año 2017⁷⁹⁰, la Corte Penal Internacional enumera de una forma bastante precisa los componentes de la justicia transicional:

“Recordando toda la gama de mecanismos de justicia y reconciliación con medidas restaurativas que complementan los procesos de justicia penal, en particular las comisiones de la verdad y reconciliación, los programas nacionales de reparación y las reformas legales e institucionales, incluidas las garantías de no repetición”⁷⁹¹.

Puede que una de las razones de este salto cualitativo en la precisión de los mecanismos se deba a la relevancia que estas medidas complementarias adquirieron en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma que se celebró en Kampala en el año 2010. Y es que, el día 2 de junio de 2010, se celebró una sesión en la que se examinó el debate que gira en torno a la “paz y justicia”. Dentro del amplio abanico de opciones que este candente debate plantea, se discutió el tema relativo a los mecanismos no judiciales⁷⁹². Concretamente, se puso de manifiesto que los mecanismos extrajudiciales, como las comisiones de la verdad, las reparaciones y las reformas, podían ser un excelente complemento a la justicia penal⁷⁹³. Así mismo, se llegó a la conclusión de que estos mecanismos no eran en ningún caso una alternativa, sino un complemento a los procesos judiciales penales⁷⁹⁴.

mecanismos tradicionales de justicia. Sin embargo, la Fiscalía aclaró que “la referencia a la justicia transicional en la versión final del documento se había incluido en un párrafo diferente al que estaba en la versión provisional” (Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Mesa sobre el proceso de planificación estratégica de la Corte Penal Internacional. ICC-ASP/15/29, *op.cit.*, pp. 3 – 4). Como cabe apreciar, no se alude al concepto de “justicia transicional” en ningún apartado de la versión final.

⁷⁸⁹ Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Mesa sobre el proceso de planificación estratégica de la Corte Penal Internacional. ICC-ASP/15/29, *op.cit.*, pp. 3 – 4, punto 16.

⁷⁹⁰ La primera referencia expresa que hemos encontrado a estos mecanismos en una Resolución es del año 2015, lo que nos da a entender que, previamente, no se le había prestado ninguna atención: Resolución ICC-ASP/14/Res.4: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes, *op.cit.* Véase también la Resolución ICC-ASP/15/Res.5: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes, *op.cit.*, p. 38.

⁷⁹¹ Resolución ICC-ASP/16/Res.6, adoptada por consenso en la decimotercera sesión plenaria, el 14 de diciembre de 2017: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes.

⁷⁹² Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/9/11. Documentos oficiales. Publicación de la Corte Penal Internacional, La Haya, 2010, p. 5.

⁷⁹³ Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, RC/9/11, Anexo V b): Balance de la justicia penal internacional. Paz y justicia, *op.cit.*, punto 7.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, punto 33.

3.3. ¿La Corte Penal Internacional como parte de un proceso íntegro de justicia transicional?

Teniendo en cuenta que se ha reconocido el carácter complementario que pueden ostentar el resto de mecanismos y que, incluso, la Fiscalía ha apoyado “un enfoque amplio de la lucha contra la impunidad”⁷⁹⁵, nos planteamos el siguiente interrogante: ¿es correcto considerar, tal y como lo ha defendido una parte de la doctrina⁷⁹⁶, que la Corte debe formar parte (o que es parte) de un proceso íntegro de justicia transicional?

A nuestro juicio, se haya planificado o no, en el momento mismo en el que la Corte interviene en un Estado en el que se halla desarrollando un proceso más amplio de justicia transicional, el Tribunal se convertirá en un mecanismo adicional más con el que las

⁷⁹⁵ Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Décimo período de sesiones, Nueva York, 12 a 21 de diciembre de 2011: Informe de la Corte sobre la complementariedad. ICC-ASP/10/23, de 11 de noviembre de 2011, p. 8, punto 35.

⁷⁹⁶ Los siguientes estudios doctrinales consideran o que la Corte debería ser parte de un proceso amplio de justicia transicional o que, incluso, defienden que ya lo es: Stahn, Carsten, "La geometría de la justicia transicional...", *op.cit.*, pp. 83 – 84; Sarkin, Jeremy, "The Role of the International Criminal Court (ICC) in Reducing Massive Human Rights Violations Such as Enforced Disappearances in Africa: Towards Developing Transitional Justice Strategies", *Studies in Ethnicity and Nationalism*, Vol. 11, No. 1, 2011, pp. 130 – 140; Okafor, Obiora Chinedu and Ngwaba, Uchechukwu, "The International Criminal Court as a 'Transitional Justice' Mechanism in Africa: Some Critical Reflections", *op.cit.*, pp. 90 – 108; Lindenmann, Jürg, "Transitional justice and the International Criminal Court...", *op.cit.*, pp. 315 – 338; Gallen, James, "The International Criminal Court: In the interest of transitional justice?" en Lawther, Cheryl, Moffet Luke and Jacobs, Dov (Eds.), *Research Handbook on Transitional Justice*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 305 – 327; Sullo, Pietro, "The ICC as a Transitional Justice Actor: New Space for Victims?", *op.cit.*, pp. 239 – 275; Saether, Gjermund, "The complementarity of ICC and other instruments in transitional justice - The case of Northern Uganda", *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, Vol. 27, 2009, pp. 467–486; Asaala, Evelyne Owiye, "The International Criminal Court Factor on Transitional Justice in Kenya", Ambos, Kai and Maunganidze, Ottilia A (Eds.), *Power and Prosecution: Challenges and Opportunities for International Criminal Justice in Sub-Saharan Africa*, Göttingen, Konrad Adenauer Stiftung, 2012, pp. 119 – 143; Pinto Soares, Patrícia, "Positive complementarity: fine-tuning the transitional justice discourse? The Cases of the Democratic Republic of Congo, Uganda and Kenya" en Fijalkowski, Agata and Grosescu, Raluca (Eds.), *Transitional criminal justice in post-dictatorial and post-conflict societies*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2015, pp. 187 – 208; Clark, Janine Natalya, "Peace, Justice and the International Criminal Court: Limitations and Possibilities", *op.cit.*, pp. 521 – 545; Simpson, Graeme, "One among Many: The ICC as a Tool of Justice during Transition" en Waddell, Nicholas and Clark, Phil (Eds.), *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa*, The Royal African Society, 2008, p. 74; Nwoye, Leo C., "Transitional justice and the ICC...", *op.cit.*, pp. 21 – 22; Lipscomb, Rosanna, "Restructuring the ICC Framework to Advance Transitional Justice: A Search for a Permanent Solution in Sudan", *Colum. L. Rev.*, Vol. 106, 2006, pp. 182 – 212; Koller, David S., "The global as local...", *op.cit.*, pp. 85 – 105; Ramju-Nogales, Jaya, "Bespoke transitional justice...", *op.cit.*, pp. 106 – 121; Teitel, Ruti G., *Globalizing transitional justice. Contemporary essays*, *op.cit.*, p. 6; Ibáñez Najar, Jorge Enrique, *Justicia Transicional y las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, p. 497; Nagy, Rosemary, "Centralizing legal pluralism?...", *op.cit.*, p. 89; Joyce, Daniel, "The Historical Function of International Criminal Trials: Re-thinking International Criminal Law", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 73, 2004, pp.641 - 642.

En contra de considerar a la Corte penal internacional como mecanismo de justicia transicional: Flory, Philippe, "International Criminal Justice and Truth Commissions: From Strangers to Partners?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, 2015, pp. 19 – 42, en especial las páginas 19 – 21; García-Sayán, Diego y Giraldo Muñoz, Marcela, "Reflexiones sobre los procesos de justicia transicional", *EAFIT Journal of International Law*, Vol. 7, Núm. 2, 2016, p. 134.

víctimas podrán obtener justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición. Por esta razón, nos mostramos favorables a que, en el hipotético caso de que se produjera esta situación, se trataran de coordinar los esfuerzos con la finalidad de lograr el máximo de justicia a la que aludíamos en la anterior Sección. Así, defendemos que, de producirse esta situación, la Corte pasaría a ser un mecanismo más (preferente, dominante o incluso superior si se quiere, pero en el fondo un medio más) en el sistema integral de la justicia transicional.

No obstante, este órgano parece mostrarse un tanto reticente a que se le considere un mero “componente más” y, por ello, al hilo de la situación en Uganda, la Oficina de la Fiscalía no dudó en aclarar que:

“The mandate of the Office is to ensure accountability for those who bear the greatest responsibility, alongside national proceedings and other community initiatives. The Office recognises that, while each actor needs to pursue its respective initiative, efforts to build long-standing stability require harmonization of these efforts. However, in order to preserve its impartiality, the Office cannot be a component of these initiatives. The Office policy is to maintain its own independence and pursue its mandate to investigate and prosecute, and do so in a manner that respects the mandates of others and attempts to maximise the positive impact of the joint efforts of all actors.”⁷⁹⁷

Es decir, de estas declaraciones parecía deducirse que la Corte continuaría ejerciendo su función de manera autónoma e independiente al resto de mecanismos, pese a haber mostrado su apoyo a la complementariedad entre las diversas medidas y a pesar de reconocer “el papel de la Corte Penal Internacional en un sistema multilateral orientado a poner fin a la impunidad”⁷⁹⁸. Sin embargo, esta posición se contradice con unas declaraciones realizadas, un año después, por el Fiscal de la Corte ya que, en esa ocasión, afirmó que:

“My Office is part of a new system dealing with a complex new reality: transitional justice during ongoing conflicts...”

The International Criminal Court is part of the transitional justice project because it aims to confront centuries-old methods of behaviour – those of conflict and war, the abuse of civilians, women and children – and to reshape the norms of human conduct while violence is still ongoing, thus aiming, as stated in the Rome Statute, to contribute to the prevention of future crimes.”⁷⁹⁹

⁷⁹⁷ The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006), The Hague, 12 September 2006, p. 16.

⁷⁹⁸ Resolución aprobada por la Asamblea General, A/RES/72/3, *op.cit.*, p. 3.

⁷⁹⁹ Moreno Ocampo, Luis, "Transitional justice in ongoing conflicts", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, Issue 1, 2007, pp. 8 - 9.

Pese a estas declaraciones del primer Fiscal, lo cierto es que la Corte ha prestado una escasa atención al resto de mecanismos transicionales en sus primeros años de actividad, lo que, a nuestro juicio, debe ser duramente criticado, ya que, como ella misma ha reconocido, la justicia penal, si bien imprescindible y necesaria, no puede ser suficiente para atender a los desafíos que plantean la comisión de crímenes internacionales. Si desde el año 2003 la Corte ha reconocido la necesidad de una estrategia integral o complementaria entre diversos mecanismos con la finalidad de poner fin a la impunidad, nos preguntamos a qué está esperando para coordinar sus actividades con el resto de medidas y, así, lograr que las víctimas de estos crímenes obtengan la justicia que se merecen.

3.4. La consolidación de la postura de la Corte Penal Internacional respecto de los procesos íntegros de la justicia transicional

Siendo justos, puede que la razón por la que la Corte rechazara que se le considerara “parte” del proceso de justicia transicional se deba a la distinción que en un inicio realizaba entre la justicia transicional y los procesos judiciales penales⁸⁰⁰. Es decir, en los escasos documentos en los que se refería a la justicia transicional parecía equiparar a esta materia con los mecanismos extra-judiciales y, por ello, dejaba fuera del elenco de mecanismos a los procesos judiciales penales. Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, los procesos judiciales penales forman parte de una estrategia más amplia de la justicia transicional y, por ello, no nos parece ni acertado ni correcto establecer una línea divisoria entre la justicia penal y la justicia transicional⁸⁰¹.

⁸⁰⁰ Por ejemplo, se ha reiterado que: “en las situaciones donde la Corte esté enjuiciando a los máximos responsables, con frecuencia se habrán de llevar a cabo enjuiciamientos nacionales contra otros autores, y posiblemente otras formas de actuaciones de justicia transicional para los cómplices con menor responsabilidad y otras personas involucradas en los crímenes” (Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Mesa sobre la complementariedad. ICC-ASP/11/24, *op.cit.*, p. 3, punto 10). Otro tanto parece ocurrir cuando se diferencia entre los sistemas nacionales de justicia y otros mecanismos de justicia transicional en el siguiente documento: Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Mesa sobre la complementariedad. ICC-ASP/11/24, *op.cit.*, pp. 5 – 6.

⁸⁰¹ Llegados a este punto queremos recordar los números documentos oficiales citados a lo largo del presente Capítulo (especialmente los publicados por el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición) en los que se insiste en que los procesos penales son un mecanismo más de un sistema integral de la justicia transicional. Véase también los argumentos esgrimidos sobre este tema en: Kerr, Rachel, “International criminal justice” en Simic, Olivera, *An Introduction to Transitional Justice*, Routledge, London and New York, 2017, p. 48; Parmentier, Stephan, “Transitional justice”, *op.cit.*, p. 52.

Sin embargo, gracias al proceso de justicia transicional creado por Colombia, la Corte Penal Internacional ha acabado por modificar su postura en el conflictivo campo de la justicia transicional. Y es que, en los últimos años, es posible encontrar cada vez más pronunciamientos de los órganos que componen este Tribunal y que reiteran que en todo proceso de justicia transicional se deben respetar las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional Penal y, especialmente, del Estatuto de Roma⁸⁰². Es decir, las posiciones manifestadas parecen corroborar que todo proceso de justicia transicional debe integrar el componente de justicia penal, conclusión a la que ya se había llegado en el campo de la justicia transicional mucho antes pero que, parece, la Corte ha acabado por interiorizar en fechas más recientes.

Así, al hilo de este caso concreto, la Corte ha acogido la siguiente definición de justicia transicional: “La justicia transicional no es un tipo especial de justicia, sino simplemente un enfoque para obtener justicia en un período de transición a partir de la opresión estatal o un conflicto armado”⁸⁰³. Es más, defiende que la justicia transicional constituye “un medio para lograr un proceso de rendición de cuentas, seguridad y estabilidad”⁸⁰⁴ ya que, añade, estas medidas, “brindan un amplio espectro de posibilidades para asegurar la rendición de cuentas de los más responsables por los crímenes más graves”⁸⁰⁵. De estas afirmaciones no cabe sino concluir que la Corte, en principio, parece mantener una posición favorable hacia los procesos de justicia transicional.

⁸⁰² Keynote speech by James Stewart, Deputy Prosecutor of the ICC: "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional". Conferencia organizada por: La Universidad del Rosario, El Tiempo, el Centro Cyrus R Vance para las Iniciativas de Justicia Internacional, la Fundación Hanns Seidel, las Naciones Unidas en Colombia, el Centro Internacional para la Justicia Transicional y la Coalición por la Corte Penal Internacional. Bogotá, Colombia, 13 de mayo de 2015; Mr. James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: "El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia", Conferencia organizada por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, la Universidad Externado en Bogotá y la Universidad EAFIT en Medellín. Bogotá y Medellín, Colombia, 30 - 31 de mayo de 2018. En la doctrina se han posicionado en un sentido similar: Stahn, Carsten, "La geometría de la justicia transicional...", *op.cit.*, p. 127; Villa-Vicencio, Charles, "Inclusive justice: the limitations of trial justice and truth commissions" en Sriram, Chandra Lekha and Pillay Suren (Eds.), *Peace versus justice? The dilemma of transitional justice in Africa*, James Currey, UK-US, 2010, p. 44. Otros autores, en cambio, han llegado a defender que determinados crímenes que se encuentran tipificados en el Estatuto de Roma pueden ser abordados de manera exclusiva y excluyente a través de mecanismos no judiciales (Ludwin King, Elizabeth B., "Does justice always require prosecution? The International Criminal Court and transitional justice measures", *op.cit.*, pp. 85 – 120).

⁸⁰³ Keynote speech by James Stewart: "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, p. 5.

⁸⁰⁴ James Stewart: "El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia", *op.cit.*, punto 11.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, punto 23.

Ahora bien, la Fiscalía es contundente al afirmar que la justicia transicional debe “estar en conformidad con los objetivos del Estatuto de Roma”⁸⁰⁶. Es decir, las obligaciones internacionales previstas en el Estatuto “no pueden suspenderse o ignorarse por consideraciones de oportunidad”⁸⁰⁷. Sin embargo, es llamativo que añada: “no obstante, este mismo marco otorga flexibilidad a los Estados que buscan impartir justicia en situaciones post-conflicto”⁸⁰⁸.

Por otra parte, es relevante aclarar cuál es la función de la Fiscalía dentro de todo el entramado: “la Fiscal, por su parte, evaluará la eficacia de las medidas de justicia transicional como una función de sus propias responsabilidades con arreglo al Estatuto de Roma, siempre reconociendo el amplio alcance de las medidas que la justicia transicional brinda para asegurar la rendición de cuentas”⁸⁰⁹. Es decir, la Corte Penal Internacional tiene la capacidad de examinar los procesos de justicia transicional adoptados por los Estados sobre cuyos nacionales podría llegar a ejercer su competencia. Estos procesos engloban, como ya hemos analizado, un conjunto de medidas que se traducen en juicios penales, comisiones de la verdad, programas de reparaciones y garantías de no repetición⁸¹⁰.

Sin embargo, conviene precisar que la Corte no tiene competencia sobre todas y cada una de ellas. Por el contrario, se ha defendido que únicamente debe relacionarse con el primer componente, es decir, con los juicios penales y, por ello, se concluye que “una situación de justicia transicional sólo activa el mandato de la Fiscalía de la CPI si las autoridades del Estado en cuestión no están realmente llevando a cabo procesos por tales crímenes”⁸¹¹. En todo caso, matiza que el resto de mecanismos no son irrelevantes para

⁸⁰⁶ Keynote speech by James Stewart: “La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”, *op.cit.*, pp. 18 – 19.

⁸⁰⁷ James Stewart: “El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia”, *op.cit.*, punto 68.

⁸⁰⁸ Mr. James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: “El artículo 28 del Estatuto de Roma”, Cámara de Comercio de Bogotá, 1 de noviembre de 2018, punto 69. Flexibilidad que, como veremos a lo largo de la investigación, no parece que haya otorgado a otros Estados que no sean Colombia, pese a que el primer Fiscal de la Corte no dudaba en declarar que los estándares impuestos en el Estatuto de Roma eran los mismos para todos los Estados (Moreno Ocampo, Luis, “Keynote Address: Integrating the Work of the ICC into Local Justice Initiatives”, *American University International Law Review*, Vol. 21, Issue 4, 2005, p. 498. Añadir que, en este mismo trabajo, el Fiscal se mostraba partidario de un enfoque integral, véase la p. 503).

⁸⁰⁹ James Stewart: “El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia”, *op.cit.*, punto 32.

⁸¹⁰ *Ibid.*, punto 42. A este respecto, queremos señalar que, en el año 2015, el Fiscal adjunto no se refería a las garantías de no repetición como cuarto mecanismo, sino que, por el contrario, únicamente contemplaba las reformas institucionales (Keynote speech by James Stewart: “La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”, *op.cit.*, p. 5).

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 5. Idea que volvió a reiterar en James Stewart: “El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia”, *op.cit.*, puntos 46 – 49.

la Corte⁸¹², simplemente “no constituyen el foco de atención principal de la Fiscalía en su análisis respecto de si un caso es admisible ante la CPI”⁸¹³. Esta conclusión preliminar confirma los argumentos esgrimidos en apartados previos: en todo proceso de justicia transicional no es viable eludir el componente penal ya que, de lo contrario, la Corte penal internacional podría llegar a ejercer su jurisdicción.

Ahora bien, a propósito de los procesos penales se ha matizado que: “en el contexto de la justicia transicional, este análisis deberá ser holístico: los aspectos de justicia penal del sistema podrán ser considerados en el contexto más amplio de otros mecanismos relevantes de justicia transicional”⁸¹⁴. A nuestro juicio, en las declaraciones del Fiscal Adjunto parece deducirse cierta posición favorable a “flexibilizar” la exigencia del cumplimiento del Derecho Internacional Penal y del Estatuto de Roma (es decir, del proceso penal en sentido estricto), en el caso de que se lleve a cabo una valoración global y complementaria del resto de medidas. En el caso de que, finalmente, se materializara esta posibilidad, consideramos oportuno recordar que esta “tendencia” hacia la “flexibilización” se contrapone frontalmente con la postura mantenida hasta el momento por el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición que, no olvidemos, ha insistido en que no cabe compensar en ningún caso un tipo de medidas con otras.

En definitiva, estas declaraciones del Fiscal adjunto de la Corte vertidas al hilo del caso de Colombia no hacen sino mostrar “el apoyo de la Fiscal de la CPI al proceso de paz y a la implementación de medidas idóneas de justicia transicional en Colombia”⁸¹⁵ ya que, añade, “el enfoque que Colombia ha adoptado para asegurar la rendición de cuentas es innovador, complejo y ambicioso, y debe ser sostenido”⁸¹⁶. Ahora bien, existe una clara condición para mantener este apoyo de la Corte: que la justicia transicional en el Estado cumpla “de manera genuina, los objetivos del Estatuto de Roma de poner fin a la impunidad y contribuir a la prevención”⁸¹⁷.

La conclusión que extraemos de esta vorágine documental es que solo en los últimos tiempos, y gracias al caso de Colombia, la Corte Penal Internacional ha entendido que la

⁸¹² *Ibid.*, punto 47.

⁸¹³ *Ibid.*, punto 48.

⁸¹⁴ *Ibid.*, punto 51.

⁸¹⁵ *Ibid.*, punto 209.

⁸¹⁶ *Ibid.*, punto 220.

⁸¹⁷ *Ibid.*, punto 218.

integridad que se predica del sistema de la justicia transicional comprende también a los mecanismos de justicia penal y, por esta razón, sin menospreciar el resto de componentes, será en este instrumento en el que la Corte tenga que centrar su atención a la hora de valorar si el Estado está respetando o no el Estatuto de Roma. En definitiva, en principio, la Corte Penal Internacional parece partidaria de un enfoque complementario entre diversos mecanismos -dirigidos todos ellos a erradicar la impunidad y a lograr una justicia más amplia para las víctimas- siempre y cuando el componente penal respete el alcance que se deriva del Derecho Internacional Penal y, especialmente, del Estatuto de Roma.

Capítulo II. El Estatuto de Roma y su influencia en la justicia transicional: la controversia en torno a la justicia penal y el logro de la paz

SECCIÓN 1.^a. LAS SITUACIONES INVESTIGADAS POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS PROCESOS INTERNOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL

1. El ámbito en el que ejerce su competencia la Corte Penal Internacional y los contextos de la justicia transicional: una superposición inevitable

Tal y como mostrábamos en el Capítulo primero, sea cual sea el argumento empleado, lo cierto es que, de una u otra manera, parece defenderse que, en contextos de transición, no es posible aplicar el Derecho Internacional como si nos hallásemos en circunstancias “ordinarias”. Frente a estas posiciones, ya hemos argumentado que no consideramos que sea posible defender la “suspensión”, “reinterpretación”, “limitación”, “ponderación”, úsese el concepto que se quiera, de las obligaciones internacionales en procesos de justicia transicional.

Para llegar a esta conclusión, hemos estudiado que, si atendemos a los tratados internacionales, cabe apreciar que tanto éstos como los órganos encargados de su supervisión y aplicación ya han insistido reiteradamente en qué supuestos se pueden establecer determinadas limitaciones y, entre las circunstancias enumeradas, no se hallan las particulares coyunturas “políticas” que atraviesan las sociedades en transición¹. Pues bien, en el presente Capítulo trataremos de reforzar esta posición mediante el análisis de

¹ Artículo 4 al Pacto internacional de derechos civiles y políticos así como las Observaciones generales N°29 (relativa a la suspensión de obligaciones durante un estado de excepción), la N°31, apartado sexto (relativa a la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto), la N°32, apartado sexto (relativa al derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia) y, finalmente, los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 14 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como la Observación general N.º 3 del Comité contra la tortura (relativa a la aplicación del artículo 14 por los Estados partes), en especial los párrafos 41-43; los artículos 15, 18 y 53 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; los artículos 27 y 30 de la Convención americana de derechos humanos; el artículo 4 de la Carta árabe de derechos humanos; el artículo 8 de la Declaración de derechos humanos de la ASEAN.

las obligaciones que se derivan del Estatuto de Roma y de la incipiente práctica de la Corte Penal Internacional.

A este respecto, quisiéramos comenzar recordando un aspecto fundamental: el Estatuto de la Corte Penal Internacional lidia con la investigación, enjuiciamiento y sanción de los presuntos responsables de haber cometido crímenes internacionales. Estos hechos, como acertadamente recuerda Werle, “típicamente consisten en crímenes cometidos a gran escala y de forma sistemática, con la participación de órganos estatales, frecuentemente en conexión con dictaduras o conflictos armados.”² Obsérvese que el contexto que se menciona (dictaduras y conflictos armados) es el propio de la justicia transicional, lo que nos puede llevar a concluir que el ámbito de aplicación de estas dos materias se hallará íntimamente ligado o, incluso, superpuesto.

En efecto, basta con echar un rápido vistazo al mapa que se encuentra en la página web oficial del órgano judicial³ para poder apreciar que en la mayoría de situaciones en las que ha actuado -ya sea mediante un examen preliminar, ya sea a través de la realización de una investigación o, finalmente, porque se encuentre enjuiciando un caso concreto-, se está produciendo o se ha producido un conflicto armado⁴ u otra serie de altercados violentos⁵ que han dado lugar a la comisión de crímenes internacionales, ya se trate de

² Werle, Gerhard, *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo blanch, 2011 (2ª ed.). p.149; Lindenmann, Jürg, "Transitional justice and the International Criminal Court: some reflections on the role of the ICC in conflict transformation" en Kohen, Marcelo G. (Ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law/ La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2007, p. 337.

³ Página web oficial de la Corte Penal Internacional en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/Main.aspx>

⁴ Han sido varias las ocasiones en las que la Corte ha procedido a delimitar qué situaciones merecen la denominación de “conflicto armado”. Entre otras referencias, consideramos que los dos siguientes documentos hacen referencia de manera clara y precisa a la posición seguida por la misma: The Office of the Prosecutor, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia. Article 53(1) Report. 6 November 2014, pp. 13 – 14; Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Corrected Version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 16 October 2015, ICC-01/15-4-Corr, 17 November 2015, pp. 41 - 42. En la doctrina los siguientes trabajos han analizado el concepto de “conflicto armado” en el seno de la Corte: Cullen, Anthony, "The Characterization of Armed Conflict in the Jurisprudence of the ICC" en Stahn, Carsten (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 762 – 777; Cassese, Antonio (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 246 - 247.

⁵ Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, aprobada por consenso en la décima sesión plenaria el 25 de marzo de 2010. Apéndice. Informe de la Mesa sobre el balance: Complementariedad. Balance sobre el principio de complementariedad: salvar la brecha de la impunidad, p. 19.

crímenes de guerra, de genocidio o contra la humanidad⁶. Estas situaciones⁷ a las que nos vamos a referir a lo largo de la investigación han sido las correspondientes a la República de Corea⁸, Iraq/UK⁹, Ucrania¹⁰, Unión de Comoras¹¹, Nigeria¹², Palestina¹³, Afganistán¹⁴,

⁶ Determinados exámenes preliminares han sido cerrados por la Fiscalía por considerar que los hechos cometidos no superaban el especial estándar de gravedad para poder ser calificados como crímenes internacionales. En todo caso, y con independencia de este hecho, es innegable que en todos los casos examinados se han producido violentos altercados que han ocasionado violaciones graves a los derechos humanos.

⁷ A este respecto, quisiéramos aclarar que las citas que incorporamos de cada situación son aquellas en las que se hace mención expresa a la situación de conflicto armado u otro tipo de violencia que será examinado por la Fiscalía de la Corte. Es decir, se refieren expresamente al contexto en el que se han cometido los hechos.

⁸ No obstante, el examen preliminar relativo a esta situación fue cerrado. Pueden consultarse las referencias al contexto en el que se produjeron los hechos en: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2013. November 2013, pp. 27 – 28; Office of the Prosecutor. Situation in the Republic of Korea: Article 5 Report. 23 June 2014, pp. 12 - 14.

⁹ Las referencias al conflicto armado aparecen en: OTP response to communications received concerning Iraq, 9 February 2006, p. 4; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2016. 14 November 2016, p. 19; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, p. 43.

¹⁰ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2016. 14 November 2016, pp. 35 – 38; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, pp. 21 - 22.

¹¹ La calificación de los hechos como crímenes de guerra se realiza en: The Office of the Prosecutor, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia. Article 53(1) Report. 6 November 2014, pp. 14 – 54; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2014. 2 December 2014, pp. 60 - 61.

¹² En esta situación, en un inicio, se tipificaron los crímenes cometidos como crímenes contra la humanidad. No obstante, unos años después, se valoró la existencia de crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado: ICC-OTP, Situation in Nigeria: Article 5 Report, 5 August 2013, pp. 32 – 33; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2013. November 2013, pp. 48 - 49.

¹³ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, pp. 15 - 16.

¹⁴ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination activities. 13 December 2011, p. 7; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2013. November 2013, p. 10; Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, pp. 64 - 70.

Georgia¹⁵, Mali¹⁶, Uganda¹⁷, Colombia¹⁸, Costa de Marfil¹⁹, República Centroafricana I²⁰ y II²¹, República Democrática del Congo²², Sudan²³, Libia²⁴, Honduras²⁵, Venezuela²⁶, Filipinas²⁷, Gabón²⁸, Guinea²⁹, Burundi³⁰, Kenia³¹ y Bangladesh/Myanmar³².

¹⁵ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination activities. 13 December 2011, p. 19; Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Corrected Version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 16 October 2015, ICC-01/15-4-Corr, 17 November 2015, pp. 13 y ss; Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Corrected Version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 16 October 2015, ICC-01/15-4-Corr, 17 November 2015.

¹⁶ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2012. November 2012, pp. 37 – 38.

¹⁷ Situation In Uganda In The Case Of The Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Ottl, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Prosecution's Observations regarding the Admissibility of the Case against Joseph KONY, Vincent OTTI, Okot ODHIAMBO and Dominic ONGWEN. ICC-02/04-01/05-352-AnxD, 18 November 2008.

¹⁸ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination activities. 13 December 2011, p. 14; Oficina del Fiscal de la CPI. Situación en Colombia: Reporte Intermedio. Noviembre 2012, p. 40.

¹⁹ Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15. ICC-02/11-3, 23 June 2011, pp. 3 – 4 y p. 57; Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Corrigendum to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire". ICC-02/11-14-Corr, 15 November 2011, pp. 50 – 70; Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Decision on the "Prosecution's provision of further information regarding potentially relevant crimes committed between 2002 and 2010". ICC-02/11-36, 22 February 2012.

²⁰ Situation in the Central African Republic. Prosecutor's Application for Warrant of Arrest under Article 58. ICC-01/05-01/08-26-Red, 9 May 2008, pp. 13 - 15; 17 – 25; Situación en la República Centroafricana en el Caso del Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo. Orden de Detención de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-1-tSPA, 23 May 2008; Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo. ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, p. 86.

²¹ El contexto de los crímenes de guerra se describe en: ICC-CPI, Situation in the Central African Republic II: Article 53(1) Report, 24 September 2014, pp. 28 – 42.

²² Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. ICC-01/04-01/06-2842, 14 March 2012, puntos 523 – 567; Judgment pursuant to article 74 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3436-tENG, 7 March 2014, puntos 1229 – 1230.

²³ Situation in Sudan. Prosecutor's Application under Article 58(7). ICC-02/05-56, 27 February 2007; SITUATION IN DARFUR, SUDAN IN THE CASE OF THE PROSECUTOR V. BAHR IDRIS ABU GARDA. Decision on the Confirmation of Charges. ICC-02/05-02/09-243-Red, 8 February 2010; Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court Mr. Luis Moreno Ocampo, to the Security Council pursuant to UNSC 1593. 13.12.2005, p. 4 y pp. 8 – 9.

²⁴ First report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 4 May 2011; Fourteenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 8 November 2017.

²⁵ Situation in Honduras: Article 5 Report. 28 October 2015.

²⁶ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2018, 5 December 2018.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2016. 14 November 2016, p. 16.

²⁹ Statement to the press by Ms Fatou Bensouda, Deputy Prosecutor. Conakry, 10 November 2010.

³⁰ Pre-Trial Chamber III: Situation in the Republic of Burundi. Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017. ICC-01/17-9-Red, 9 November 2017, p. 68.

³¹ Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009, p. 3.

³² The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2018, 5 December 2018.

Si bien el nivel de intensidad de la violencia y los crímenes cometidos no es comparable en todas las situaciones arriba enumeradas, lo que es innegable es el contexto en el que, en la mayoría de ocasiones, actúa la Corte Penal Internacional. Y es que, nos hallamos ante escenarios en los que “imperan la violencia y la inestabilidad”³³ y en los que los crímenes se han cometido de forma masiva³⁴. Es más, en muchas de estas situaciones -pese a la actuación de la Corte³⁵- continúan perpetrándose los crímenes ya que este Tribunal, al igual que la justicia transicional, también “actúa en situaciones de conflicto en curso”³⁶. Por todo ello, no cabe duda alguna de que la seguridad es un aspecto a tomar en consideración³⁷.

Es más, tenemos que tener en cuenta que, como la propia Fiscalía ha reiterado, su Oficina interviene con unas condiciones muy diferentes a las de los sistemas judiciales internos ya que, entre otras cuestiones, puede actuar en situaciones de violencia en las que las autoridades estatales no ejercen control alguno, en las que puede resultar prácticamente imposible la protección de los testigos, la recogida de pruebas o la detención de los sospechosos o, incluso, que quienes tienen el monopolio de la fuerza sean quienes han cometido, precisamente, los crímenes³⁸. Es tal la excepcionalidad del contexto en el que ejerce su actividad la Corte que, tal y como ha confesado la Fiscalía,

³³ Informe de la Corte Penal Internacional correspondiente a 2004 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sexagésimo período de sesiones, tema 82 del programa provisional. A/60/177, de 1 de agosto de 2005, p. 9.

³⁴ The Office of the Prosecutor, Strategic Plan 2016-2018, 15 November 2015, p. 14.

³⁵ Informe de la Corte Penal Internacional correspondiente a 2006/2007 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sexagésimo segundo período de sesiones, tema 72 del programa provisional. A/62/314, de 31 de agosto de 2007, p. 4.

³⁶ Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional, quinto período de sesiones, La Haya, 23 de noviembre a 1º de diciembre de 2006: Plan Estratégico de la Corte Penal Internacional. ICC-ASP/5/6, de 4 de agosto de 2006, p. 3. Precisamente, hay quien subraya que ha sido la actuación de la Corte en estos conflictos en curso el cambio más dramático con respecto a los modelos de exigencia de responsabilidad previos (Engstrom, Par, "Transitional justice and ongoing conflict" en Sriram, Chandra Lekha, García-Godos, Herman, Johanna and Martin-Ortega, Olga (Eds.), *Transitional justice and peacebuilding on the ground: Victims and ex-combatants*, Routledge, London and New York, 2013, p. 43). Para profundizar de manera específica en la actuación de la Corte en conflictos en curso: Kersten, Mark, *Justice in Conflict: The Effects of the International Criminal Court's Interventions on Ending Wars and Building Peace*, Oxford University Press, Oxford, 2016; Wegner, Patrick S., *The International Criminal Court in Ongoing Intra-state Conflicts: Navigating the Peace-Justice Divide*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

³⁷ Informe de la Corte Penal Internacional a la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/60/177, *op.cit.*, p. 7.

³⁸ ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, pp. 1 - 2.

en determinadas ocasiones no podrá viajar a las zonas afectadas para llevar a cabo su propia investigación³⁹, tal y como ocurrió, por ejemplo, en la situación de Darfur⁴⁰.

Ahora bien, no debe sorprender que la Corte se vea obligada a intervenir en estos complejos contextos. Y es que, ¿en qué otras situaciones si no se cometen los crímenes internacionales sobre los que la misma ejerce su competencia? Llegados a este punto conviene recordar que esta situación se previó en el propio Estatuto de Roma ya que el artículo 17 -que regula las cuestiones relativas a la admisibilidad-, se insertó, precisamente, “to take account of situations where there was a lack of central government, or a state of chaos due to the conflict or crisis, or public disorder leading to collapse of national systems which prevents the State from discharging its duties to investigate and prosecute crimes within the jurisdiction of the Court”⁴¹. Es más, el propio Fiscal ha corroborado este hecho al recordar que “el Tratado de Roma no se redactó de la noche a la mañana. Se trata de un acervo jurídico sólido y coherente cuyos autores sabían perfectamente que hacer justicia en contextos de conflicto o negociaciones de paz plantea dificultades concretas para las que prepararon debidamente a nuestra institución”⁴². En definitiva, la Corte está actuando en las situaciones en las que, precisamente, se estaba pensando al elaborar el Estatuto de Roma.

Teniendo presente este dato, nos preguntamos lo siguiente: ¿acaso la comisión de un crimen internacional es una circunstancia que permita defender que, ante las dificultades que estos hechos plantean, es necesario limitar las obligaciones de investigar, enjuiciar y sancionar los mismos? Responder afirmativamente al interrogante planteado iría, ni más ni menos, que en contra de la propia razón de ser de la Corte Penal Internacional y, por ello, es lógico que la doctrina especializada en este campo concreto no abogue por interpretaciones tan radicales. Sin embargo, ¿por qué se defiende con tanta insistencia

³⁹ Corte Penal Internacional, Asamblea de los Estados Partes. Quinto período de sesiones, La Haya, 23 de noviembre a 1º de diciembre de 2006. Informe sobre las actividades de la Corte. ICC-ASP/5/15, de 17 de octubre de 2006, p. 5. Véase la mención que se realiza a los riesgos que, en ocasiones, corren el personal al servicio de la Corte o las oficinas sobre el terreno en: Resolución ICC-ASP/15/Res.5, adoptada por consenso en la undécima sesión plenaria, el 26 de noviembre de 2016: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes, p. 39 y p. 44.

⁴⁰ The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006), The Hague, 12 September 2006, p. 19.

⁴¹ ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, p.4.

⁴² ICC-OTP, Discurso pronunciado por el Sr. Luis Moreno-Ocampo, Fiscal de la Corte Penal Internacional, "Un futuro basado en la paz y la justicia", Núremberg, 24 y 25 de junio 2007, pp. 3 - 4.

esta suspensión de obligaciones internacionales en contextos de transición?⁴³ Máxime teniendo en cuenta que, como ha señalado Olásolo Alonso, cuando se han cometido crímenes internacionales “la necesidad de procesos de transición se presenta como un hecho ineludible”⁴⁴.

A nuestro juicio, por una parte y como ya hemos señalado previamente, lo que ocurre es que existe una errónea consideración de las obligaciones internacionales que resultan de aplicación en estos contextos y, por otra parte, creemos que se desconoce que la excepcionalidad que se predica de la justicia transicional no es diferente a los escenarios en los que también actúa la Corte. Por ello, trataremos de demostrar que los casos con los que lidia la Corte pueden ser catalogados como situaciones de justicia transicional y, por ende, que no cabe alegar, simple y llanamente, la posibilidad de suspender las obligaciones que se derivan del Estatuto de Roma por hallarse el Estado en cuestión inmerso en un ambiguo proceso de transición. El Estatuto de Roma se aprobó, precisamente, para poner fin a la impunidad con la que se cometen los crímenes internacionales mediante la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables y, por ello, no creemos oportuno defender que en imprecisos contextos de “justicia transicional” esta obligación ya no sea exigible. En definitiva, no consideramos admisible esta doble vara de medir que se produce en la doctrina y en la práctica estatal cuando los Estados ponen en marcha procesos de transición.

Quisiéramos precisar que, al ser los conflictos armados el ámbito en el que se producen los mayores solapamientos entre la actividad de la Corte y los más recientes procesos de justicia transicional, hemos decidido centrar nuestra atención en los mismos⁴⁵ y, específicamente, en las negociaciones y posteriores acuerdos de paz que se producen bajo la “supervisión” de la Corte Penal Internacional. Así, en el punto que sigue a continuación estudiaremos el papel que desempeña este Tribunal en las actuales negociaciones de paz y, posteriormente, analizaremos cómo se ha producido la incorporación de los

⁴³ Ante este tipo de postulados, bien pudiera parecer que la justicia transicional es un régimen jurídico excepcional dentro de la excepcionalidad propia del Derecho Internacional Penal, es decir, la excepción de un proceso ya de por sí excepcional.

⁴⁴ Olásolo Alonso, Héctor, Mateus Rugeles y Contreras Fonseca, Andrés, "La naturaleza imperativa del principio 'no hay paz sin justicia' respecto a los máximos responsables del fenómeno de la lesa humanidad y sus consecuencias para el ámbito de actuación de la llamada 'justicia de transición'", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N. 145, 2016, p. 8.

⁴⁵ Sin perjuicio de que, en momentos puntuales, vayamos a referirnos también a determinados mecanismos transicionales adoptados por Estados que no se hallan inmersos en conflictos en curso ya que nos ayudarán a entender cuál es la relación de la Corte con los mismos.

mecanismos de la justicia transicional en algunos de los Estados sobre cuyos nacionales la Corte se halla ejerciendo su jurisdicción.

2. La Corte Penal Internacional y las negociaciones de paz: una voz a tomar en consideración en el diseño de la justicia transicional

Teniendo en cuenta que la Corte Penal Internacional puede actuar en muchas ocasiones en contextos de conflicto en curso en los que las partes afectadas pueden hallarse negociando un acuerdo de paz, en el presente apartado nos proponemos analizar cuál es el perfil que mantiene la Corte en el transcurso de estas conversaciones de paz. El objetivo fundamental consiste en demostrar que, desde que entrara en vigor el Estatuto de Roma el margen de discrecionalidad de los Estados a la hora de negociar el fin de un conflicto armado se ha visto considerablemente reducido y que ello repercute en el proceso de justicia transicional que se quiera adoptar. Este hecho, en última instancia, nos permitirá comprobar que, lejos de considerar a la justicia transicional como una herramienta que permite flexibilizar ciertas obligaciones internacionales en el transcurso de las negociaciones de paz, la influencia que ejerce el Estatuto de Roma limita las opciones a disposición de los Estados. Así, trataremos de reafirmar que la justicia transicional no es una justicia de excepción y que todo entramado transicional que no respete el Estatuto de Roma podría hacer la situación admisible ante la Corte. La constatación de este punto nos permitirá concluir afirmando que existe un sólido régimen jurídico que resulta de aplicación en todo proceso de justicia transicional.

2.1. La posición central de la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en el proceso transicional

Partiendo de la base de que en la mayoría de ocasiones en las que intervendrá la Corte se habrá producido o se estará produciendo un conflicto armado, es lógico concluir que en determinadas ocasiones la Oficina de la Fiscalía desarrollará sus investigaciones y enjuiciamientos al tiempo que el Estado afectado estará tratando de lograr o negociar la paz⁴⁶. Este extremo nos podría llevar a pensar que la Corte opera en el campo de la paz y

⁴⁶ The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006), The Hague, 12 September 2006, p. 16.

la seguridad⁴⁷ o que, incluso, la Oficina de la Fiscalía ejerce cierta función diplomática⁴⁸. Sin embargo, diversas autoridades de la Corte no parecen compartir esta tesis, ya que no han sido pocas las ocasiones en las que, por ejemplo, el primer Fiscal de la Corte insistió en que su función consistía en interpretar la ley sin tomar en consideración las cuestiones políticas⁴⁹, línea argumentativa que también ha seguido posteriormente la Fiscal Bensouda⁵⁰.

A nuestro juicio, si bien tienen cierta razón quienes afirman que el Derecho Internacional no se puede desligar del contexto político en el que opera⁵¹, consideramos, siguiendo a expertos de la talla de Cassese, que la Corte -independientemente del relevante papel que puede desempeñar en las relaciones internacionales- es un órgano judicial⁵², cuya función principal consiste, tal y como nos recuerda el Preámbulo, en “poner fin a la impunidad”. Por ello, estamos de acuerdo con quienes declaran que “international peace and security can be strengthened by the ICC, but only as a corollary of the implementation of its primary mandate”⁵³.

⁴⁷ Triponel, Anna F. and Williams, Paul R., "The Clash of the Titans: Justice and Realpolitik in Libya", *American University International Law Review*, Vol. 28, 2013, p. 778. La relación entre la Corte y la mediación en los conflictos ha sido analizada en: Seils, Paul and Wierda, Marieke, "The International Criminal Court and Conflict Mediation", *International Center for Transitional Justice, Occasional Paper Series*, June 2005.

⁴⁸ Rodman, Kenneth A., "Is Peace in the Interests of Justice? The Case for Broad Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, 2009, p. 121.

⁴⁹ Moreno Ocampo, Luis, "The International Criminal Court in motion" en Stahn, Carsten and Sluiter, Göran (Eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, p. 18. A favor de esta posición véase también: Mendes, Errol P., *Peace and Justice at the International Criminal Court: A court of Last Resort*, UK-USA, Edward Elgar, 2010, p. 178.

⁵⁰ Key note address by Mrs. Fatou Bensouda, Prosecutor of the International Criminal Court, Seminar Institute for Security Studies (ISS), Pretoria, October 10 2012. Setting the record straight: the ICC's new Prosecutor responds to African concerns: Reconciling the independent role of the ICC Prosecutor with conflict resolution initiatives. Disponible online en: <http://www.politicsweb.co.za/documents/the-icc-a-response-to-african-concerns--fatou-bens>

⁵¹ Rodman, Kenneth A., "Is Peace in the Interests of Justice?...?", *op.cit.*, p. 125.

⁵² Cassese, Antonio, "Is the ICC Still Having Teething Problems?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006, p. 441. En un sentido similar nos parecen sumamente oportunas las reflexiones de Nouwen que, sin desconocer el ámbito político en el que actúa la Corte, defiende que: “The message conveyed by Court’s officials is unambiguous: it is up to the Court’s organs to stay clear of politics, to subordinate politics to law, and to speak law to power. Politics, in other words, is portrayed as external to law, as something that needs to be overcome by independent organs acting on the basis of pre-given rules and principles. In this understanding, the Court’s fight against impunity is also a struggle with, or even against, politics. The aim of the fight is to establish individual criminal accountability before an independent court which is not compromised by political bargaining, immunity of political superiors, or the non-justiciability of political questions” (Nouwen, Sarah M.H. and Werner, Wouter G., "Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan", *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4, 2011, pp. 942 – 943).

⁵³ Kastner, Philipp, "Armed Conflicts and Referrals to the International Criminal Court: From Measuring Impact to Emerging Legal Obligations", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, 2014, p. 480.

Desde que la Corte iniciara sus actividades, ha tenido que actuar junto con difíciles negociaciones de paz en los Estados sobre los que se centran sus exámenes preliminares o posteriores investigaciones⁵⁴. Sin perjuicio de las particularidades que cabe apreciar en cada uno de los casos, en todos ellos subyace una premisa básica: la rendición de cuentas es un componente esencial de una paz y una transición efectiva⁵⁵. Como consecuencia de este sustrato común, han sido varias las iniciativas dirigidas a reclamar la incorporación del Estatuto de Roma en todas aquellas situaciones en las que se lidia con la gestión de los conflictos⁵⁶ o se media en los mismos⁵⁷.

A este respecto, ha sido la Oficina de la Fiscalía⁵⁸ la que ha desempeñado un crucial papel a la hora de demandar el respeto del Estatuto de Roma en los acuerdos de paz. Por ello, y con la finalidad de comprender adecuadamente la trascendencia de este órgano en el diseño de los mecanismos transicionales que se negociarían en un acuerdo de paz, conviene recordar que la Corte puede ejercer su competencia si los Estados Parte o el

⁵⁴ Véase, por ejemplo, cómo se hacía referencia a esta situación en: Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Décimo período de sesiones, Nueva York, 12 a 21 de diciembre de 2011: Informe de la Corte sobre la complementariedad. ICC-ASP/10/23, de 11 de noviembre de 2011, p. 11, nota 17.

⁵⁵ Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court Mr. Luis Moreno Ocampo, to the Security Council pursuant to UNSC 1593. 13.12.2005, pp. 8 - 9.

⁵⁶ Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Corte sobre la complementariedad. ICC-ASP/10/23, *op.cit.*, p. 2. Incorporación que se sigue reclamando también en fechas más recientes, tal y como puede apreciarse en: Informe de la Corte Penal Internacional sobre su labor realizada en el período 2013/14 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sexagésimo noveno período de sesiones, tema 74 del programa provisional. A/69/321, de 18 de septiembre de 2014, pp. 17 - 18.

⁵⁷ Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Corte sobre la complementariedad. ICC-ASP/10/23, *op.cit.*, p. 11; The Office of the Prosecutor, Prosecutorial Strategy 2009-2012, The Hague, 1 February 2010, p. 14.

⁵⁸ La Fiscalía es uno de los órganos de la Corte que actúa "en forma independiente como órgano separado de la Corte" y bajo la dirección del Fiscal (artículo 34 c) y artículo 42.1 del Estatuto de Roma; Reglamento de la Fiscalía: Regulation 13. Independence of the Office of the Prosecutor). Junto con la Fiscal, componen la Corte los siguientes órganos: la Presidencia; la Sección de Apelaciones, la Sección de Primera Instancia y la Sección de Cuestiones Preliminares; y, finalmente, la Secretaría. La Oficina de la fiscalía, actualmente, se compone de tres divisiones y dos secciones de apoyo: la División de jurisdicción, complementariedad y cooperación; la División de Investigación; la División de Enjuiciamiento; la Sección de servicios; y, finalmente, la Sección de apoyo legal (Regulations of the Office of the Prosecutor. ICC-BD/05-01-09, Date of entry into force: 23th April 2009. Regulation 5); ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, pp. 8 - 9; Annex to the "Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor": Referrals and Communications, pp. 5 - 6).

El Sr. Luis Moreno Ocampo (Argentina) fue elegido primer Fiscal de la Corte el 21 de abril de 2003 (ICC-ASP/1/3/Add.1, Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session (first and second resumptions), New York, 3-7 February and 21-23 April 2003 Official Records). La segunda Fiscal de la Corte fue la Sra. Fatou B. Bensouda (Gambia), elegida el 12 de diciembre de 2011, por un período de nueve años (Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, Tenth session, New York, 12 - 21 December 2011, Official records, Volume I, ICC-ASP/10/20). Tal y como establece el apartado cuarto del Artículo 42, "salvo que en el momento de la elección se fije un período más breve, el Fiscal y los fiscales adjuntos desempeñarán su cargo por un período de nueve años y no podrán ser reelegidos". La figura de la Fiscalía ha sido analizado en detalle en: Minow, Martha, True-Frost, C. Cora and Whiting, Alex (Eds.), *The First Global Prosecutor: Promise and Constraints*, University of Michigan Press, USA, 2015.

Consejo de Seguridad remiten al Fiscal una situación o éste último inicia de oficio una investigación⁵⁹. En todo caso, sea cual sea la opción por la que se pone en conocimiento de la Fiscalía los hechos que, presuntamente, pueden ser constitutivos de crímenes internacionales, el Fiscal deberá iniciar un examen preliminar⁶⁰ de manera independiente, imparcial y con objetividad⁶¹ -objetivos, éstos últimos, previstos en el Plan Estratégico de la Fiscalía⁶². Por ello, es correcto afirmar que una remisión o una declaración estatal no implica, automáticamente, el inicio de una investigación⁶³.

El objetivo principal del examen preliminar consiste en valorar "si una situación justifica la apertura de una investigación"⁶⁴ y, para ello, éste se compone de cuatro fases⁶⁵ sin un límite de tiempo establecido para llevarlas a efecto⁶⁶: en la primera fase, se analiza

⁵⁹ Artículo 13 del Estatuto de Roma. Como acertadamente se ha señalado, el inicio de oficio de la investigación por parte del Fiscal "fue uno de los grandes caballos de batalla de los trabajos preparatorios del Estatuto y uno de los mayores logros alcanzados en la Conferencia de Roma" (Lirola Delgado, Isabel y Martín Martínez, Magdalena M., *La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001, p. 180). Sin embargo, como añade Fernández de Gurmendi, solo el tiempo se encargará de demostrar la efectividad de este mecanismo de activación (Fernández de Gurmendi, Silvia A., "The Role of the International Prosecutor" en Lee, Roy S. (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 188.).

⁶⁰ Lectura conjunta de los Artículos 15 y 53 del Estatuto de Roma. Tal y como se matiza en el Documento de política general sobre exámenes preliminares, "La expresión "examen preliminar" aparece en el párrafo 6 del artículo 15 del Estatuto, y el párrafo 1 del artículo 42 dispone que la Fiscalía estará "encargada de recibir remisiones e información corroborada sobre crímenes de la competencia de la Corte para examinarlas" [énfasis añadido]." (ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, Noviembre de 2013, p.5, nota a pie de página 1). Sin embargo, y pese a estas referencias, llama la atención la escasa atención que los exámenes preliminares adquirieron en el texto del Estatuto de Roma. Y es que, como señala Stahn, "The Rome Statute is a highly regulated document. It is curious that an entire strand of procedure, such as preliminary examination, was left unaddressed. Over the past few years, this gap has been closed in an incremental way. The ICC has made significant progress in structuring preliminary examinations. It has virtually carved out a new type of procedure that was neglected by the drafters of the Statute" (Stahn, Carsten, "Damned If You Do, Damned If You Don't: Challenges and Critiques of Preliminary Examinations at the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 2017, p. 433.

⁶¹ ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, p. 7.

⁶² The Office of the Prosecutor, Strategic Plan 2016-2018, 15 November 2015, p. 6.

⁶³ ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, p. 20. Ahora bien, hay quien defiende que existen diferencias sustanciales entre los exámenes preliminares iniciados en base a una remisión de un Estado parte o del Consejo de Seguridad y los exámenes iniciados de oficio por la Fiscalía (Bosco, David, "Discretion and State Influence at the International Criminal Court: The Prosecutor's Preliminary Examinations", *The American Journal of International Law*, Vol 111, Issue 2, 2017, pp. 395 – 414).

⁶⁴ ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, p. 5. Ahora bien, es importante insistir en que "en la etapa de examen preliminar, la Fiscalía no tiene poderes de investigación, salvo a los efectos de recibir testimonios en la sede de la Corte, y no puede invocar las formas de cooperación de los Estados especificadas en la Parte IX del Estatuto" (*ibidem*, p. 22).

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 20 - 22.

⁶⁶ En la situación en la República Centroafricana se produjo una situación un tanto paradójica. Y es que, se le solicitó al Fiscal que proporcionara información acerca de cuándo se pondría fin al examen preliminar (véase: Situation in the Central African Republic. Decision Requesting Information on the Status of the Preliminary Examination of the Situation in the Central African Republic. ICC-01/05-6, 30 November 2006). Requerimiento al que el Fiscal se opuso al alegar que en el Estatuto de Roma no se prevé un período de tiempo límite para llevar a cabo los exámenes preliminares y, por ello, afirmó que no se hallaba obligado

la información recibida; en la segunda, se estudia si se cumplen las condiciones previas previstas en el artículo 12 para el ejercicio de la competencia por parte de la Corte y si “existe fundamento razonable para creer que los crímenes alegados están comprendidos en la competencia material de la Corte”; en la tercera fase, se analiza la admisibilidad y la gravedad en base al artículo 17 del Estatuto; y, finalmente, en la cuarta y última fase, se examina el polémico interés de la justicia. Como ha insistido la Fiscalía, éstos y no otros son los elementos que se toman en consideración a la hora de valorar si se inicia o no un examen preliminar. Por ello, conviene recordar que lograr un cierto balance geográfico o regional no es un factor determinante⁶⁷.

Una vez analizada la información recibida⁶⁸, el Fiscal tiene dos opciones: o bien iniciar una investigación⁶⁹ –si el examen preliminar se ha promovido de oficio por el Fiscal y “si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello”⁷⁰

a proporcionar dicha información. Así mismo, añadió que cada situación es diferente y que, por ello, no resulta oportuno realizar comparaciones entre los diversos casos sujetos a examen (Situation in the Central African Republic. Prosecution's Report Pursuant to Pre-Trial Chamber III's 30 November 2006 Decision Requesting Information on the Status of the Preliminary Examination of the Situation in the Central African Republic. ICC-01/05-7, 15 December 2006). Esta posición ha sido posteriormente recogida en: ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, Noviembre de 2013, p. 23; Annex to the "Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor": Referrals and Communications, pp. 3 - 4.

Sin embargo, en fechas más recientes ha comenzado a cuestionarse la duración del examen preliminar. Por ejemplo, en uno de los Informes de la Mesa sobre complementariedad que se produce en el seno de la Asamblea de los Estados Parte, “el profesor Stahn señaló que era legítimo preguntarse si es posible mejorar los exámenes preliminares y sus plazos y si la Corte dispone de recursos para efectuar una supervisión detallada, al tiempo que señaló que no puede haber una imposición artificial de límites temporales, porque cada situación corresponde a unos hechos específicos” (ASP, Decimoséptimo período de sesiones, La Haya, 5 al 12 de diciembre de 2018: Informe de la Mesa sobre complementariedad. ICC-ASP/17/34, 29 de noviembre de 2018, punto 9). Puede que una de las razones por las que se plantea cierta “contención” en la duración de los exámenes preliminares tenga que ver con el paradójico caso de Colombia. Y es que, esté Estado lleva desde el año 2004 bajo examen preliminar y, por el momento, no parece que la Fiscalía tenga la intención ni de poner fin al mismo ni de iniciar una investigación. Este amplio espacio temporal ha conllevado que determinados expertos aprecien, no sin razón, que parece existir una cierta falta de voluntad de iniciar una investigación en Colombia (Fernandez, Julian and Pacreau, Xavier (Dirs.), *Statut de Rome de La Cour pénale internationale. Commentaire article par article, Vol. II*, Paris, Editions A. Pedone, 2012, p. 1190). El tema de la duración de los exámenes preliminares ha sido abordado en detalle en: Pues, Anni, "Towards the `Golden Hour`? A Critical Exploration of the Length of Preliminary Examinations", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 2017, pp. 435 – 453.

⁶⁷ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination activities. 13 December 2011, p. 4.

⁶⁸ Conviene recordar que, en la fase de examen preliminar, las facultades de investigación de la Fiscalía no son equiparables a las que ostenta en las fases siguientes del procedimiento (Oficina de la Fiscalía. Informe sobre las actividades de examen preliminar de 2014. Situaciones en Honduras y Colombia. 2 de diciembre de 2014, pp. 3 – 4).

⁶⁹ Artículo 53.1 del Estatuto de Roma.

⁷⁰ Artículo 15.3 del Estatuto de Roma.

que ésta podrá autorizar⁷¹ o no⁷² o, por el contrario, determinar que "no existe fundamento razonable"⁷³ para proceder con la misma⁷⁴. Como cabe apreciar, en todos los

⁷¹ Artículo 15.4 del Estatuto de Roma. Estas autorizaciones se produjeron en los casos de Georgia (Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Corrected Version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 16 October 2015, ICC-01/15-4-Corr, 17 November 2015; Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation. ICC-01/15-12, 27 January 2016, p. 26); Burundi (Pre-Trial Chamber III: Situation in Burundi. Public redacted version of "Request for authorization of an investigation pursuant to article 15", 6 September 2017, ICC-01/17-5-US-Exp. ICC-01/17-5-Red, 15 November 2017; Pre-Trial Chamber III: Situation in the Republic of Burundi. Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017. ICC-01/17-9-Red, 9 November 2017); Kenia (Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009; Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010) y, finalmente, Costa de Marfil (Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15. ICC-02/11-3, 23 June 2011; Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Corrigendum to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire". ICC-02/11-14-Corr, 15 November 2011).

⁷² Artículo 15.5 del Estatuto de Roma. La negativa a iniciar una investigación se ha producido en el caso reciente de Afganistán: Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp; Pre-Trial Chamber II: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-33, 12 April 2019.

⁷³ Artículo 53.1 del Estatuto de Roma. A juicio de la Corte, el fundamento razonable "requiere una justificación sensata o razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de competencia de la Corte" (ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, p. 9).

⁷⁴ Como ocurrió en los casos de República de Corea (Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the situation in the Republic of Korea. 23 June 2014); Honduras (Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination into the situation in Honduras. 28 October 2015); Gabón (Situation in the Gabonese Republic, Article 5 Report. 21 September 2018); Unión de Comoros (Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on concluding the preliminary examination of the situation referred by the Union of Comoros: "Rome Statute legal requirements have not been meet", 6 November 2014). Este último caso es llamativo por las alegaciones constantes del Estado a favor de que la Fiscalía reconsidere su decisión (Pre - Trial Chamber I, Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Public redacted version with confidential annexes 1, 2 and 3: Application for review pursuant to Article 53(3)(a) of the Prosecutor's Decision of 6 November 2014 not to initiate an investigation in the Situation. ICC-01/13, 29 January 2015; ICC Pre-Trial Chamber I request Prosecutor to reconsider decision not to investigate situation referred by the Union of Comoros. 16 July 2015; Pre - Trial Chamber I, Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation. ICC-01/13, 16 July 2015; Partly dissenting opinion of Judge Péter Kovács to the Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation (ICC-01/13, 16 July 2015). ICC-01/13-34-Anx 16-07-2015 1/25 EC PT; Comoros situation: Dismissal of the Prosecutor's appeal against the decision requesting reconsideration of the decision not to initiate an investigation. 6 November 2015; The Appeals Chamber, Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Decision on the admissibility of the Prosecutor's appeal against the "Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation", ICC-01/13 OA, 6 November 2015; Pre - Trial Chamber I, Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Public with Annexes 1, A-C, and E-G, and Confidential Annex D. Notice of Prosecutor's Final Decision under Rule 108(3). ICC-01/13-57, 29 November 2017; Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of

casos, ya sea en mayor o menor medida, se requiere el consentimiento del Fiscal⁷⁵. Por otra parte, debemos insistir que el proceso seguido en los exámenes preliminares debería ser meramente legal y no político⁷⁶. Ahora bien, lo cierto es que, como correctamente aprecia Stahn, “the conduct of preliminary examinations poses delicate issues in relation to the interplay between law and politics. They are less judicialized than later steps of the criminal proceedings”⁷⁷. Es decir, el margen de discrecionalidad del Fiscal a la hora de decidir si inicia o no una investigación es mayor que en etapas posteriores del proceso.

Si bien el objetivo principal consiste en valorar los elementos arriba enumerados, no por ello debemos menospreciar la influencia directa que estos exámenes preliminares ejercen en las actuaciones internas de los Estados⁷⁸. Por una parte, porque incluso con anterioridad a la apertura de un examen preliminar, la Fiscalía tiene la capacidad de llamar

Greece and the Kingdom of Cambodia: Final decision of the Prosecution concerning the “Article 53(1) Report” (ICC-01/13-6-AnxA), dated 6 November 2014 with Public Annexes A-C, E-G and Confidential Annex D. ICC-01/13-57-Anx1, 29 November 2017; Situation On Registered Vessels Of The Union Of The Comoros, The Hellenic Republic Of Greece And The Kingdom Of Cambodia, Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros, No.: ICC-01/13, Date: 23 February 2018; Decision on the “Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros”, ICC-01/13-68, 15 November 2018; Partly Dissenting Opinion Of Judge Péter Kovács to the Decision on the “Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros”, ICC-01/13-68, 15 November 2018, ICC-01/13-68-Anx 15-11-2018).

El apartado cuarto del citado artículo permite al Fiscal “reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones”. Extremo que ocurrió, por ejemplo, en el caso de Venezuela (The Office of the Prosecutor, OTP response to communications received concerning Venezuela, The Hague, 9 February 2006; Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Sra. Fatou Bensouda, sobre la apertura de exámenes preliminares en Filipinas y Venezuela, 8 de febrero de 2018. Disponible online en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180208-otp-stat&ln=Spanish>; Palestina (The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities 2013. November 2013, pp. 53 – 54; ICC-OTP, The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination of the situation in Palestine. 16 January 2015); e Iraq (OTP response to communications received concerning Iraq, 9 February 2006; ICC-OPT, Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, re-opens the preliminary examination of the situation in Iraq, 13 May 2014).

⁷⁵ William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, United Kingdom, Oxford University Press, 2016 (2ª ed.), p. 394. La selección de situaciones que son objeto de investigación ante la Corte ha sido analizada en detalle en: Stegmiller, Ignaz, *The Pre-Investigation Stage of the ICC: Criteria for Situation Selection*, Berlin, Duncker und Humblot, 2009, pp. 123 - 208.

⁷⁶ Speech of Mrs Fatou Bensouda, Prosecutor of the International Criminal Court, Seminar Hosted by the Attorney General of the Federation and Minister of Justice of Nigeria: International Seminar on the Imperatives of the Observance of Human Rights and International Humanitarian Law Norms in International Security Operations. Abuja, Nigeria, 24 February 2014, p. 4.

⁷⁷ Stahn, Carsten, “Damned If You Do, Damned If You Don’t...”, *op.cit.*, p. 415; Bosco, David, “Discretion and State Influence at the International Criminal Court...”, *op.cit.*, pp. 395 - 414; Pues, Anni, “Towards the ‘Golden Hour’?...”, *op.cit.*, pp. 435 - 453.

⁷⁸ Estos dos objetivos que analizaremos a continuación, es decir, el fomento de los procesos nacionales y la función de prevención se recogen en: ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, pp. 24 – 25; Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Duodécimo período de sesiones, La Haya, 20 a 28 de noviembre de 2013: Informe de la Corte sobre la complementariedad. Conclusión de las actividades de la Corte en un país de situación. ICC-ASP/12/32, de 15 de octubre de 2013, p. 2.

la atención sobre cualquier situación de violencia que se puede estar produciendo en un Estado y recordarles a las partes que determinados hechos pueden conllevar la apertura de un examen preliminar por parte de su Oficina. De esta manera, la Fiscalía actúa como una especie de “alerta temprana”⁷⁹ ya que le permite reaccionar rápidamente ante el más mínimo indicio de violencia⁸⁰ y, por ende, puede prevenir⁸¹, hasta cierto punto, determinados conflictos o, por lo menos, tratar de impedir una escalada de las violaciones a los derechos humanos que se pueden estar cometiendo⁸².

Por otra parte, cuando el Fiscal da a conocer que está llevando a cabo un examen preliminar en una determinada situación -conocimiento que, desde el año 2011, lo obtenemos gracias a la publicación anual de los mismos⁸³- se produce una especie de

⁷⁹ ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, p. 27.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Las actividades de prevención se enumeran en: The Office of the Prosecutor, Strategic Plan 2016-2018, 15 November 2015, pp. 44 - 45. La función de prevención de la Corte Penal Internacional ha sido analizada en el excelente trabajo de: Méndez, Juan, "Justice and prevention" en Stahn, Carsten and El Zeidy, Mohamed M. (Eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 33 - 51.

⁸² Consúltense las siguientes declaraciones realizadas por la Oficina de la Fiscalía ante los indicios de violencia que se produjeron en los Estados a los que van dirigidas: Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda concerning the situation in the Republic of the Philippines. 13 October 2016. Disponible online en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=161013-otp-stat-ph> (última consulta: 22/02/2018); ICC-OPT, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, regarding the recent preelection violence in Burundi, 8 May 2015; ICC-OPT, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, regarding the worsening security situation in Burundi, 6 November 2015; ICC-OTP, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, in relation to the escalating violence in the Central African Republic, 9 December 2013; ICC OTP, “Prosecutor’s statement in relation to situation in Central African Republic”, 22 April 2013; ICC OTP, “Prosecutor's statement in relation to situation in Central African Republic”, 7 August 2013; ICC OTP, “Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, in relation to the escalating violence in the Central African Republic”, 9 December 2013; ICC-OPT, Statement by the ICC Prosecutor on the Situation in Guinea. The Hague, 15 September 2010; ICC-OPT, ICC Deputy Prosecutor: We are keeping an eye on events in Guinea. 19 November 2010; ICC-OPT, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Mrs Fatou Bensouda, following growing tensions reported in Guinea. 14 October 2015; ICC-OPT, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Luis Moreno-Ocampo in relation to Nigeria. 21 April, 2011; Speech of Mrs Fatou Bensouda, Prosecutor of the International Criminal Court, Seminar Hosted by the Attorney General of the Federation and Minister of Justice of Nigeria: International Seminar on the Imperatives of the Observance of Human Rights and International Humanitarian Law Norms in International Security Operations. Abuja, Nigeria, 24 February 2014, p. 2; Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, regarding the worsening situation in Gaza, 8 April 2018; Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, regarding the Situation in Palestine, 17 October 2018; Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, in relation to the escalation of violence in and around Tripoli, Libya, 16 April 2019.

⁸³ En el caso de Colombia la Fiscalía incluso fue más allá y, en el año 2012, publicó un “informe intermedio” en el que relataba cuál era el estadio del examen preliminar en dicho Estado. Tratamiento que, sin ningún género de dudas, ha sido más favorable que con respecto al resto de Estados sobre los que ejerce su examen preliminar: Oficina del Fiscal de la CPI. Situación en Colombia: Reporte Intermedio. noviembre 2012, p. 2.

llamada de atención⁸⁴ que tiene la capacidad de impulsar, con un mínimo coste⁸⁵, los procesos judiciales nacionales en los Estados concernidos ya que éstos, por lo general, desearán evitar la actuación de la Corte⁸⁶. Es decir, los exámenes preliminares funcionan como una especie de “amenaza” constante advirtiendo a los “interesados” que la Corte puede llegar a iniciar un proceso internacional si los Estados afectados no actúan⁸⁷. Es más, se ha comprobado que, hasta cierto punto, esta supervisión funciona ya que “close monitoring and frequent interaction with countries where situations are under preliminary examination result in an increased ability and willingness of those countries to deliver justice”⁸⁸.

Esta segunda función cobra especial interés en aquellos Estados que se hallan negociando un acuerdo de paz en el que, probablemente, se incluirán ciertas disposiciones relativas al diseño futuro de un sistema de justicia transicional⁸⁹. Si bien, como hemos comprobado, la historia reciente demuestra que en estas negociaciones siempre se tendía a inclinar la balanza hacia fórmulas de impunidad (básicamente, mediante la sanción de leyes de amnistía)⁹⁰, actualmente, gracias a la supervisión constante que ejerce la Corte Penal Internacional en estos contextos, los Estados se han visto obligados a respetar las obligaciones internacionales en las negociaciones de paz si quieren evitar la intervención del órgano judicial. Por ello, es adecuado concluir que cualquier acuerdo de paz que contenga medidas de justicia transicional deberá respetar los mínimos previstos en el Estatuto de Roma, especialmente por lo que al componente penal respecta. Precisamente, por esta razón, defendemos que los exámenes preliminares iniciados por la Fiscalía tienen la capacidad de influir, de manera decisiva y determinante, el diseño de los procesos íntegros de justicia transicional que los Estados negocien en los acuerdos de paz, tal y

⁸⁴ Como señala Schabas, el listado de exámenes preliminares proporciona cierto “naming and shaming” (Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 (5ªed.), p. 236).

⁸⁵ The Office of the Prosecutor, Strategic Plan June 2012-2015, 11 October 2013, pp. 19 - 20.

⁸⁶ The Office of the Prosecutor, Prosecutorial Strategy 2009-2012, The Hague, 1 February 2010, pp. 10 - 11.

⁸⁷ The Office of the Prosecutor, Strategic Plan June 2012-2015, 11 October 2013, punto 55.4.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 12.

⁸⁹ No obstante, la influencia de la Corte no se limita al momento anterior al inicio del examen preliminar o a la “presión” que puede ejercer sobre los Estados en el transcurso de los mismos, sino que, incluso, una vez finalizado el examen preliminar, si decide iniciar una investigación, esta decisión tiene la capacidad de modular las opciones de las partes en las negociaciones de paz. A este respecto, cobran especial importancia las órdenes de arresto que pueda llegar a dictar la Corte ya que, en no pocas ocasiones, se dirigirán contra aquellas personas que se hallarán sentadas en las mesas de negociaciones. Profundizaremos sobre esta cuestión en la Sección segunda del presente Capítulo.

⁹⁰ Bonet Pérez, Jordi y Alija Fernández, Rosa Ana, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2009.

como muestra el ejemplo de Colombia que estudiaremos a continuación ya que constituye un supuesto de indudable actualidad.

2.2. Las negociaciones de paz en el Estado colombiano y la constante supervisión ejercida por la Oficina de la Fiscalía

Si algún caso ilustra la relevante función de control que puede llegar a ejercer la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en las negociaciones de paz, es la que ésta ha llevado a cabo en la situación en Colombia⁹¹, cuyo examen preliminar, actualmente en fase de admisibilidad⁹², se inició de oficio en junio del año 2004⁹³ –si bien

⁹¹ Los siguientes documentos muestran el acompañamiento constante de la Oficina de la Fiscalía en las diversas etapas en las que Colombia ha tratado de hacer frente a los crímenes internacionales cometidos en el transcurso del conflicto armado: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination activities. 13 December 2011; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2012. November 2012; Oficina del Fiscal de la CPI. Situación en Colombia: Reporte Intermedio. Noviembre 2012; Carta de la Fiscal de la CPI al Presidente de la Corte Constitucional acerca del Marco Jurídico para la Paz de 26 de julio de 2013; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2013. November 2013; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2014. 2 December 2014; Keynote speech by James Stewart, Deputy Prosecutor of the ICC: "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional". Conferencia organizada por: La Universidad del Rosario, El Tiempo, el Centro Cyrus R Vance para las Iniciativas de Justicia Internacional, la Fundación Hanns Seidel, las Naciones Unidas en Colombia, el Centro Internacional para la Justicia Transicional y la Coalición por la Corte Penal Internacional. Bogotá, Colombia, 13 de mayo de 2015; Statement OTP-ICC of 24 September 2015. Declaración de la Fiscal sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2015. 12 November 2015; Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the peace negotiations between the Government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia – People's Army. 1 September 2016; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2016. 14 November 2016; Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, al concluir su visita a Colombia (10 a 13 de septiembre de 2017). 13 September 2017; Escrito de Amicus Curiae de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, de 18 de octubre de 2017; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017; Mr. James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: "El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia", Conferencia organizada por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, la Universidad Externado en Bogotá y la Universidad EAFIT en Medellín. Bogotá y Medellín, Colombia, 30 - 31 de mayo de 2018; Mr. James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: "El artículo 28 del Estatuto de Roma", Cámara de Comercio de Bogotá, 1 de noviembre de 2018; Mr. James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: "Complementariedad: una introducción al papel de los tribunales nacionales y de la CPI en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales", Cámara de Comercio de Bogotá, 1 de noviembre de 2018; OTP-ICC, Informe sobre las actividades de examen preliminar, 2018. Publicado el 5 de diciembre de 2018.

⁹² Concretamente, el Fiscal se halla examinando el requisito de la complementariedad.

⁹³ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2012. November 2012, p. 23.

al Estado se le notificó esta situación el 2 de marzo de 2005⁹⁴ y a la opinión pública en el año 2006⁹⁵.

Colombia ratificó el Estatuto de Roma el 5 de agosto de 2002⁹⁶. Sin embargo, acogiéndose al artículo 124 del Estatuto, realizó una declaración en la que no aceptaba la jurisdicción de la Corte respecto de los crímenes de guerra por un período de siete años⁹⁷ alegando, para ello, motivos relacionados con unas hipotéticas negociaciones de paz⁹⁸. Pese a los esfuerzos, lo cierto es que, en el año 2009, momento en el que finalizó la prórroga respecto de los crímenes de guerra, Colombia no había conseguido poner fin al conflicto, a pesar de que se habían adoptado diversas iniciativas dirigidas a lograr la paz⁹⁹, entre las que destaca, especialmente, la adopción, en el año 2005, de la Ley de Justicia y Paz. Así, hubo que esperar hasta el año 2016 para que el Gobierno de Colombia lograra firmar con las FARC el esperado acuerdo de paz¹⁰⁰.

⁹⁴ Oficina del Fiscal de la CPI. Situación en Colombia: Reporte Intermedio. Noviembre 2012.

⁹⁵ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination activities. 13 December 2011, p. 14.

⁹⁶ Información disponible en: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/latin%20american%20and%20caribbean%20states/Pages/colombia.aspx

⁹⁷ Puede consultarse la Declaración en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en.

Por esta razón, la Corte tiene competencia sobre los crímenes de lesa humanidad cometidos con posterioridad al 1 de noviembre de 2002 y respecto de los crímenes de guerra cometidos después de 1 de noviembre de 2009 (The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination activities. 13 December 2011, p. 14). Crímenes que, tal y como señaló en el examen preliminar del año 2011, la Fiscalía considera que existe base razonable para creer que se han cometido tanto crímenes de guerra como crímenes contra la humanidad. Puede leerse un análisis realmente detallado sobre los presuntos crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra que se han cometido en Colombia por los distintos actores en el informe intermedio publicado por la CPI en el año 2012: Oficina del Fiscal de la CPI. Situación en Colombia: Reporte Intermedio. Noviembre 2012, pp. 10 - 50.

⁹⁸ En efecto, la mayoría de expertos que han profundizado sobre este extremo coinciden en señalar que los argumentos esgrimidos por el Gobierno se basaban en la necesidad de “facilitar eventuales procesos de paz” (García Otero, Ruth, “Activación de la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional en Colombia”, *Justicia Juris*, Vol. 8. N° 1, 2012, p. 41; Scheider, Jan y Taborda Ocampo, Francisco, “Alcance de la declaración colombiana según el artículo 124 del Estatuto de Roma”, *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*, N.° 36, 2011, pp. 304 – 305). Ahora bien, se ha cuestionado que las verdaderas razones fueran éstas (véanse las dudas sobre las verdaderas razones que se mencionan en: García Otero, Ruth, “Activación de la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional en Colombia”, *op.cit.*, p. 41; Acosta Arcarazo, Diego, Buchan, Russell and Urueña, Rene, “Beyond justice, beyond peace? Colombia, the interests of justice, and the limits of International Criminal Law”, *Criminal Law Forum*, Vol. 26, 2015, pp. 293 – 294).

⁹⁹ Las previas iniciativas de los Gobiernos colombianos para poner fin al conflicto armado se detallan en: Barbosa, Francisco, *¿Justicia transicional o impunidad? La encrucijada de la paz en Colombia*, Editora Géminis, Bogotá, 2017, pp. 46 – 67; Acosta Arcarazo, Diego, Buchan, Russell and Urueña, Rene, “Beyond justice, beyond peace?...”, *op.cit.*, pp. 292 – 293; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Verdad, justicia y reparación: cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013.

¹⁰⁰ Ahora bien, no hay que olvidar que el Colombia tiene otro frente abierto con el ELN, con quien inició negociaciones el 30 de marzo de 2016.

Las primeras tomas de contacto entre el Gobierno de Colombia y las delegaciones de las FARC para poner fin al conflicto comenzaron entre febrero y agosto del año 2012. Estos encuentros culminaron el 26 de agosto de 2012 con la firma en La Habana, del “Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera” en la que se acordaba el inicio de las conversaciones con el fin de alcanzar un Acuerdo Final¹⁰¹. Para ello, se estableció una Agenda con cinco puntos: política de desarrollo agrario integral, participación política, fin del conflicto, solución al problema de las drogas ilícitas, víctimas y, finalmente, implementación, verificación y refrendación¹⁰². Precisamente, el punto de víctimas es el que contempla el sistema de justicia transicional y, por ello, será sobre este extremo sobre el que centremos nuestra atención¹⁰³.

Determinadas voces afirman que, en el transcurso de las negociaciones de paz, las FARC trataban de limitar los enjuiciamientos y el castigo penal¹⁰⁴. Sin embargo, como comprobaremos a continuación, la supervisión ejercida por la Fiscalía de la Corte mediante los exámenes preliminares supuso una presión constante para que las partes negociadoras se atuvieran en todo momento a los estándares internacionales y, especialmente, a las obligaciones derivadas del Estatuto de Roma¹⁰⁵.

¹⁰¹ Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, firmado el 26 de agosto de 2012 en La Habana, Cuba, punto I.

¹⁰² *Ibid.*, punto V.

¹⁰³ Para profundizar en los comunicados específicos sobre el punto relativo a las víctimas, consúltese: Comunicado conjunto de 7 de junio de 2014, La Habana: "Declaración de principios para la discusión del Punto 5 de la Agenda: "Víctimas"; Informe conjunto de la mesa de conversaciones entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo, La Habana, 4 de junio de 2015: Avances de la discusión del punto 5: Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no repetición; Comunicado conjunto No. 60 sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz, La Habana, Cuba, 23 de septiembre de 2015; Comunicado Conjunto No. 64, Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto "Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición", incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos, La Habana, 15 de diciembre de 2015; Bases del acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz, Sistema Informativo del Gobierno, Bogotá, 15 de diciembre de 2015; Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto, Borrador Conjunto de 15 de diciembre de 2015.

¹⁰⁴ Weiner, Allen S., "Ending wars, doing justice: Colombia, transitional justice and the International Criminal Court", *Stanford Journal of International Law*, Vol. 52, 2016, p. 220.

¹⁰⁵ A este respecto, sólo hace falta echar un vistazo a la prensa colombiana para advertir la relevancia que se le otorgaba a cualquier mínima “advertencia” de la Fiscalía en el transcurso de las negociaciones de paz. En los exámenes preliminares publicados también se reitera que la Fiscalía continuaría supervisando las actividades en el Estado colombiano para que todo acuerdo de paz se adecuase al Estatuto de Roma: Statement OTP-ICC of 24 September 2015. Declaración de la Fiscal sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2015. 12 November 2015; Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the peace negotiations between the Government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia – People's Army. 1 September 2016; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2016. 14 November 2016. Artículo de la fiscal de la Corte Penal Internacional publicado en la revista Semana: "El acuerdo de paz de Colombia demanda respeto, pero

Bajo este minucioso monitoreo, las Partes consiguieron aprobar, el 24 de agosto de 2016, el “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera” y unos días después, el 29 de agosto de 2016, entró en vigor el “Cese al fuego de hostilidades bilateral y definitivo”¹⁰⁶. El 1 de septiembre de 2016¹⁰⁷, la Fiscal de la Corte Penal Internacional mostró su apoyo al acuerdo de paz al declarar que “desde el inicio de las negociaciones he apoyado en todo momento los esfuerzos de Colombia para poner fin al conflicto armado de varias décadas de conformidad con sus obligaciones bajo el Estatuto de Roma”¹⁰⁸ y reiteró que “la importancia fundamental de una auténtica rendición de cuentas -que por definición incluye sanciones efectivas- en la consolidación de una paz sostenible no puede ser suficientemente enfatizada”¹⁰⁹. Sin embargo, pese al apoyo de uno de los órganos más “temidos” en Colombia, e inesperadamente, en el

también responsabilidad”, de 21 de enero de 2017; Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, al concluir su visita a Colombia (10 a 13 de septiembre de 2017). 13 September 2017; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017.

¹⁰⁶ Se proporciona un considerable número de información en torno al avance de este punto de la agenda en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2017, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II., 31 diciembre 2017.

¹⁰⁷ Las reacciones previas de la Oficina de la Fiscalía según se iban avanzando las negociaciones de paz pueden apreciarse en: Declaración de la Fiscal sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia, de 24 de septiembre de 2015. Disponible online en: https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp_stat_24-09-2015&ln=Spanish. Por ejemplo, en esta ocasión, la Fiscal defendía que “cualquier iniciativa práctica y genuina que permita alcanzar este objetivo loable y que rinda homenaje a la justicia como un pilar fundamental para una paz sostenible es desde luego bienvenido por la Fiscalía”. Ahora bien, realizó la siguiente advertencia: “La Fiscalía revisará en detalle y analizará cuidadosamente las disposiciones acordadas como parte de su continuo examen preliminar sobre la situación en Colombia” (Declaración de la Fiscal sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia, de 24 de septiembre de 2015. Disponible online en: https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp_stat_24-09-2015&ln=Spanish). Es más, el Fiscal Adjunto de la Corte fue más allá y mostró ciertas dudas respecto de las sanciones previstas en el acuerdo de paz (Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Novena Sesión de Trabajo sobre la Corte Penal Internacional, Washington, 10 de febrero de 2016. Disponible online en: <https://www.youtube.com/watch?v=reFpcPrM1pk>). Esta postura contrastaba frontalmente con el primer Fiscal de la Corte, el Sr. Moreno Ocampo, ya que, a su juicio, “no hay impunidad, hay penas alternativas” (El Tiempo, “El acuerdo cumple con criterios de Fiscal de la CPI”, 27 de septiembre de 2015). Véase también: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2015. 12 November 2015, en el que se insistía en “el apoyo de la Fiscal a todos los esfuerzos hechos a los efectos de terminar con el conflicto armado dentro del marco del Estatuto de Roma, y de conformidad con las obligaciones internacionales de Colombia”.

¹⁰⁸ Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the peace negotiations between the Government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia – People's Army. 1 September 2016.

¹⁰⁹ *Ibid.*

plebiscito convocado el 2 de octubre de 2016¹¹⁰ la ciudadanía colombiana rechazó, por un escaso margen, el Acuerdo final alcanzado¹¹¹.

En un clima de manifiesta incertidumbre, el 7 de octubre de 2016, se le concedió el Premio Nobel de la Paz al Presidente Santos por su intento de lograr la paz en el país - galardón que, indirectamente, animaba a las partes a seguir con las negociaciones ya que, como en el propio comunicado se señalaba, el voto negativo alcanzado en las urnas no era un no a la paz, sino a un concreto acuerdo de paz. Por ello, y bajo el impulso de esta muestra inconfundible de apoyo internacional para continuar buscando fórmulas que pusieran fin al conflicto, prosiguieron las negociaciones que culminaron, finalmente, el 24 de noviembre de 2016¹¹², en un nuevo Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera¹¹³. El Acuerdo esta vez no se sometió a refrendación popular, sino que fue aprobado en el Senado y en el Congreso los días 29 y 30 de noviembre de 2016 respectivamente¹¹⁴.

Ahora bien, la firma del Acuerdo de paz no implicó que el proceso culminará con la aprobación del mismo en el Senado y en el Congreso ya que, a partir de entonces, correspondería a ambas cámaras dar efectividad al mismo mediante la promulgación de la correspondiente legislación de desarrollo e implementación¹¹⁵, en ocasiones no sin

¹¹⁰ Para ello, el Presidente colombiano aprobó el Decreto núm. 1391 de 30 de agosto de 2016, por el cual se convoca a un plebiscito y se dictan otras disposiciones, que contenía la siguiente pregunta: “¿Apoya usted el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera?”

¹¹¹ Datos: sí: 49.78% (6.377.482 votos); no: 50.21% (6.431.376 votos).

¹¹² Mediante el Comunicado Conjunto N.º. 4, el 12 de noviembre de 2016, las Partes dieron a conocer que habían alcanzado un nuevo acuerdo de paz. La publicación del Acuerdo se produjo el 14 de noviembre de 2016 (véase el Comunicado conjunto No. 5, de 14 de noviembre de 2016). Sin embargo, la fecha que aparece en el Acuerdo final es el 24 de noviembre de 2016.

¹¹³ Para conocer los cambios producidos en el Acuerdo final de paz, consúltese: Oficina del Alto Comisionado para la paz, equipo paz Gobierno: "Notas sobre los cambios, ajustes y precisiones del nuevo acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de la paz estable y duradera", La Habana, 13 de noviembre de 2016.

¹¹⁴ El Acuerdo se compone de seis puntos: “Reforma rural integral”, “participación política”, “cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo y la dejación de las armas”, “Solución al Problema de las Drogas Ilícitas”, “Víctimas” y “Mecanismos de implementación y verificación”. Como señalábamos previamente, únicamente nos vamos a centrar en el punto relativo a las víctimas, pero si se desea realizar una lectura del resto de puntos acúdase a: Punto 1: pp. 10 – 34; Punto 2: pp. 35 – 56; Punto 3: pp. 57 – 97; Punto 4: pp. 98 – 123; Punto 5: pp. 124 – 192; Punto 6: pp. 193 - 218.

¹¹⁵ Así, por ejemplo, merecen una atención especial los siguientes Actos que sientan las bases del desarrollo posterior: el Acto Legislativo No. 1, de 7 de julio de 2016, “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, que ha sido objeto de revisión constitucional mediante las sentencias C-332/17 y la C-699/16; el Acto legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017 por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones (este acto legislativo fue objeto de revisión de constitucionalidad por la Corte Constitucional de la República de Colombia en la Sentencia C-674 el 14 de noviembre de 2017); el Acto legislativo No. 02 de 11 de mayo de 2017 "por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la constitución con el propósito de dar

cierta dificultad. En esta convulsa situación política, no debemos olvidar que las elecciones presidenciales de junio de 2018 las ganó Iván Duque, lo que podía implicar que, en el futuro, se produjeran modificaciones del acuerdo alcanzado¹¹⁶.

Es más, a finales de agosto de 2019 se dio a conocer que ciertos exguerrilleros de las FARC, entre los que se encontraba Iván Márquez, el propio jefe negociador del Acuerdo de paz, retomaban las armas¹¹⁷. La razón, se alegaba, había sido "la traición del Estado al acuerdo de paz de La Habana"¹¹⁸. Ante esta situación, además de la amplia condena internacional¹¹⁹, el ahora presidente de las FARC, Rodrigo Londoño, reiteró su compromiso con lo pactado y añadió que "no compartimos ninguno de los términos de la

estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera" que fue revisado en la Sentencia de la Corte Constitucional C-630 de 11 de octubre de 2017.

¹¹⁶ Opción que no debemos descartar ya que, independientemente de que el nuevo Presidente colombiano se comprometiera a continuar con el proceso de paz, añadió que intentaría "lograr un consenso nacional en torno a ciertas modificaciones del Acuerdo de Paz" (Consejo General de las Naciones Unidas, Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia, Informe del Secretario General. S/2018/1159, 26 de diciembre de 2018).

¹¹⁷ "Las FARC y la deriva de Iván Márquez", *El País*, 30 de agosto de 2019. Disponible online en: https://elpais.com/internacional/2019/08/29/actualidad/1567077386_488333.html

¹¹⁸ "El disidente de las FARC Iván Márquez anuncia que retoma las armas en Colombia", *El País*, 29 de agosto de 2019. Disponible online en: https://elpais.com/internacional/2019/08/29/actualidad/1567065255_850419.html

Sin embargo, si atendemos a los estudios que se han realizado sobre la implementación del Acuerdo de paz, podemos comprobar que ésta está siendo lenta pero constante (Puede consultarse un interesante gráfico que muestra los avances en: https://kroc.nd.edu/assets/333273/190610_resumen_ejecutivo_final_seminario_dc_3_.pdf; Puede consultarse también si se desea el Informe Anual 2018 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pp. 539 – 547). Tal y como concluyen en el último informe realizado por el Kroc Institute for International Peace Studies, a 28 de febrero de 2019, el 69% de lo acordado está en proceso de ser implementado (Kroc Institute for International Peace Studies, "Peace Accord Implementation in Colombia Continues to Progress Two Years In", Media Advisory, April 9, 2019. Disponible online en: https://kroc.nd.edu/assets/316152/190409_pam_media_advisory_final.pdf; Consúltense unos interesantes gráficos en: https://kroc.nd.edu/assets/315959/datos_implementacio_n.pdf). Por ello, consideran que "Given the vast complexities and challenges of the Colombian peace process, and the initial 15-year timeline established to complete the implementation process, the advances so far have been significant. The level of implementation at the two-year mark illustrates the strong commitment of the Agreement's signatories, Colombian society, and the international community supporting Colombia" (Kroc Institute for International Peace Studies, "Peace Accord Implementation in Colombia Continues to Progress Two Years In", Media Advisory, April 9, 2019. Disponible online en: https://kroc.nd.edu/assets/316152/190409_pam_media_advisory_final.pdf). Ahora bien, estas cifras no nos deben hacer desconocer que, en efecto, el 31% de lo acordado no ha comenzado a implementarse.

Por otra parte, y por lo que respecta al punto del acuerdo que nosotros analizamos, es decir, el Acuerdo sobre víctimas, este relevante Instituto pone de relieve que ya se han creado tanto la Jurisdicción Especial para la Paz como la Comisión de la Verdad. No obstante, ven con cierta preocupación el recorte presupuestario que se ha realizado sobre ambos mecanismos (Informe 3 del Instituto Kroc; Hacía una paz de calidad en Colombia. Disponible online en: https://kroc.nd.edu/assets/315919/190408_actualizacio_n_informe_3_instituto_kroc_feb19.pdf). Es más, denuncian la "falta de recursos para la financiación de la política de reparación a víctimas" (https://kroc.nd.edu/assets/315960/tablas_resumen_final.pdf).

¹¹⁹ Tanto la Unión Europea como la Organización de las Naciones Unidas condenaron esta vuelta a las armas.

alocución. Proclamar la lucha armada en la Colombia de hoy constituye una equivocación delirante"¹²⁰. Sin embargo, este hecho fue empleado por el partido político del Centro Democrático para señalar que "era previsible. No puede haber paz con impunidad"¹²¹.

Al margen de esta lamentable situación, conviene añadir que uno de los aspectos más relevantes del Acuerdo de paz radica en la defensa que las Partes realizaron del respeto a "los principios del Derecho Internacional, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario (Convenios y Protocolos), de lo mandado por el Estatuto de Roma (Derecho Internacional Penal), de los fallos proferidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos a los conflictos y su terminación, y demás sentencias de competencias reconocidas universalmente y pronunciamientos de autoridad relativos a los temas suscritos"¹²². Tales declaraciones fueron dirigidas a todas estas instancias internacionales que se hallaban, y se hallan aún hoy, supervisando la legalidad internacional de lo negociado y, en especial, a la Corte Penal Internacional.

Precisamente, tras la firma del Acuerdo final de paz, la reacción de la Oficina de la Fiscalía no se hizo esperar¹²³. La Fiscal de la Corte Penal Internacional reiteró que "el

¹²⁰ "El disidente de las FARC Iván Márquez anuncia que retoma las armas en Colombia", *El País*, 29 de agosto de 2019. Disponible online en: https://elpais.com/internacional/2019/08/29/actualidad/1567065255_850419.html

¹²¹ Dirección Nacional del Centro Democrático, Comunicado a la opinión pública, de 29 de agosto de 2019. Puede consultarse en: <https://twitter.com/CeDemocratico/status/1167122644992499713/photo/1>

¹²² Preámbulo del Acuerdo final para la terminación del conflicto..., *op.cit.*, p. 2. Véase también cómo se plasma esta obligación de respetar el alcance de las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional en la legislación de desarrollo posterior como, por ejemplo, en los artículos 6 y 29 de la Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, "Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz".

¹²³ Además de la reacción de la Oficina de la Fiscalía, otras relevantes organizaciones internacionales o personalidades destacadas alabaron el Acuerdo final alcanzado. A este respecto, cabe destacar, entre otras, las felicitaciones provenientes de: Comisión Colombiana de Juristas, "Un acuerdo admirable y promisorio para la paz y la justicia en Colombia", 25 de septiembre de 2015. Disponible online en: http://www.coljuristas.org/documentos/documento.php?id_doc=510&idioma=es&grupo=4; Coordinación Colombia - Europa - Estados Unidos (CCEEU), "Con el acuerdo sobre justicia: el fin del conflicto armado con las FARC al alcance de la mano", 25 de septiembre de 2015. Disponible online en: <http://coeuropa.org.co/252/>; Presidencia de la República de Colombia, Noticias: "Alta Representante de la Unión Europea exalta nuevo Acuerdo de Paz", Bruselas, 13 de noviembre de 2016; The Elders, London, 16 November 2016 (Escrito por Kofi Annan en calidad de Chair).

Otros titulares que nos dejó la firma del Acuerdo de paz fueron los siguientes: "ONU aplaude nuevo Acuerdo de Paz alcanzado en Colombia, 13 de noviembre de 2016"; "Secretario General de la OEA felicita a Colombia por decisivo paso hacia acuerdo de paz incluyente, 13 de noviembre de 2016"; "Respaldo al proceso de paz y la terminación del conflicto armado en Colombia", aprobada por el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos en la sesión extraordinaria celebrada el 18 de noviembre de 2016.

No debe pasar desapercibida tampoco la reacción del Consejo de Seguridad. Y es que, no dudo en subrayar "su pleno compromiso con el proceso de paz en la República de Colombia y su apoyo al Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, firmado en La Habana (Cuba) el 26 de agosto de 2012 por el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de

acuerdo de paz es merecedor de respeto y apoyo totales en la medida en que ofrece una oportunidad sin par de implantar en Colombia una paz sostenible"¹²⁴. Es más, no dudó en mostrar su admiración hacia el “el compromiso, la inestimable experiencia y los altos estándares de los tribunales colombianos. Su empeño por garantizar una rendición de cuentas genuina en relación con los crímenes más graves, así como el respeto de los

Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP)” (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7609ª sesión, celebrada el 25 de enero de 2016, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/2261 (2016), de 25 de enero de 2016). Palabras similares fueron las que expresó, de nuevo, en Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución 2307 (2016), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7768ª sesión, celebrada el 13 de septiembre de 2016. S/RES/2307 (2016), de 13 de septiembre de 2016. Finalmente, si quieren consultarse las reacciones (todo son palabras de elogio) de los miembros a la Resolución 2261 (2016), véase: <http://www.un.org/press/en/2016/sc12218.doc.htm>. Este apoyo del Consejo de Seguridad y, obviamente, de sus miembros, al proceso de paz nos lleva a una conclusión lógica: en el hipotético (y, en estos momentos, remoto) caso de que la Fiscal de la Corte Penal Internacional iniciara una investigación en Colombia, el Consejo de Seguridad podría llegar a paralizar la investigación ante la Corte ya que no creemos que una resolución de suspensión no saliera adelante. Parte de doctrina con un sólido conocimiento en el Derecho internacional penal tampoco escatimó en halagos: Kai Ambos, “¡Tanta justicia sí permite la paz!” en *El Espectador*, 26 de septiembre de 2015. Disponible online en: <http://www.elespectador.com/opinion/tanta-justicia-si-permite-paz> (última consulta: 17/06/2015); Kai Ambos, “Derechos humanos y pena” en *El Espectador*, 1 de marzo de 2016. Disponible online en: <http://www.elespectador.com/opinion/derechos-humanos-y-pena> (última consulta: 17/06/2016); Rodrigo Uprimny, “Justicia imperfecta, paz posible” en *El Espectador*, 26 de septiembre de 2015. Disponible online en: <http://www.elespectador.com/opinion/justicia-imperfecta-paz-posible> (última consulta: 17/06/2016); Rodrigo Uprimny, “¿Piñata de impunidad?” en *El Espectador*, 26 de diciembre de 2015. Disponible online en: <http://www.elespectador.com/opinion/pinata-de-impunidad> (última consulta: 17/06/2016); *El País.com.co*, “El proceso de paz de Colombia es ejemplar”: experta en justicia transicional”, 10 de febrero de 2016. Disponible online en: <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/proceso-paz/noticias/proceso-paz-colombia-ejemplar-experta-justicia-transicional> (última consulta: 17/06/2016).

Más críticos, sin embargo, se mostraron ciertas organizaciones como *Human Rights Watch* o *Amnistía Internacional*: HRW, Colombia: un acuerdo de impunidad, 22 de diciembre de 2015; HRW, Colombia: Acuerdo de paz en una oportunidad histórica para reducir abusos”, 25 de agosto de 2016; HRW, La promesa del acuerdo de paz en Colombia y sus graves defectos, 30 de septiembre de 2016; HRW, Carta al Presidente Santos sobre el nuevo acuerdo de paz con las FARC, 23 de noviembre de 2016; HRW, Los ex comandantes de las FARC deben responder por sus crímenes en Colombia antes de ser extraditados, 7 de mayo de 2018; AI, Colombia: El acuerdo debe garantizar justicia a los millones de víctimas del conflicto armado, 24 de septiembre de 2015; AI, Colombia: Fin de negociaciones sobre conflicto trae esperanzas de paz, 25 de agosto de 2016; ICTJ, Acuerdo de Justicia de La Habana: el diablo está en los detalles, 14 de octubre de 2015; Amnistía Internacional, *Informe 2015/2016 Amnistía Internacional. La situación de los derechos humanos en el mundo*, 2016, pp. 143 – 148; Amnesty International, “Colombia agreement must guarantee justice for the millions of victims of the armed conflict”, September 24, 2015. Disponible online en: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/09/colombia-agreement-must-guarantee-justice-for-the-millions-of-victims-of-the-armed-conflict/>; Human Rights Watch, “Análisis de Human Rights Watch sobre el “Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto” alcanzado por el gobierno de Colombia y las FARC”, 21 de diciembre de 2015. Disponible online en <https://www.hrw.org/es/news/2015/12/21/analisis-de-human-rights-watch-sobre-el-acuerdo-sobre-las-victimas-del-conflicto>.

Destacable también la respuesta de la Procuraduría General de la Nación de Colombia que, incluso, envió una carta a la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional para denunciar el Acuerdo de paz al considerar que no respetaba el Estatuto de Roma: Carta de Alejandro Ordoñez Maldonado, Procurador General de la Nación, a la Sña. Fatou Bensouda, Fiscal Jefe de la Corte Penal Internacional, Bogotá, a 19 de enero de 2016. Disponible online en: http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/portal_doc_interes//216_190116COMUNICACION.pdf

¹²⁴ Artículo de la fiscal de la Corte Penal Internacional publicado en la revista *Semana*: “El acuerdo de paz de Colombia demanda respeto, pero también responsabilidad”, *op.cit.*

derechos de las víctimas, será esencial para sortear las dificultades que rodean a la implementación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición propugnado en el acuerdo de paz"¹²⁵. Ahora bien, advirtió que el control de la Fiscal no terminaba con el Acuerdo de paz, sino que, obviamente, también alcanzaría a la legislación de desarrollo¹²⁶.

Como ya hemos puesto de relieve, el Acuerdo se compone de diversos puntos que se hallan interrelacionados. Sin embargo, es el Punto quinto del Acuerdo, es decir, el punto de las víctimas, en el que la Corte centrará su atención. En él, como analizaremos en el siguiente punto, se crea un “Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición”, cuyo objetivo consiste en “luchar contra la impunidad”, mediante la combinación de mecanismos judiciales y no judiciales¹²⁷. Como cabe apreciar, estos componentes del sistema integral no son sino los mecanismos con los que hoy en día identificamos a la justicia transicional. Pues bien, será precisamente en estas medidas en las que la Fiscalía centrará su análisis y estudiará si respetan o no el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹²⁸. En todo caso, y pese a las matizaciones que iremos realizando a lo largo del trabajo, en términos generales, parece deducirse la admiración de la Fiscalía hacia este sistema integral ya que no ha dudado en defender que “el enfoque que Colombia ha adoptado para asegurar la rendición de cuentas es innovador, complejo y ambicioso, y debe ser sostenido”¹²⁹.

En definitiva, en todo este período de tiempo, la comunicación entre la Oficina de la Fiscalía y el Estado de Colombia ha sido constante con la finalidad de evitar que la Corte inicie, finalmente, una investigación. Por ello, podríamos apuntar ciertas conclusiones preliminares. Por una parte, la supervisión de la Fiscalía mediante el examen preliminar ha conllevado que, en las negociaciones de paz, en mayor o menor medida, Colombia

¹²⁵ Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, al concluir su visita a Colombia (10 a 13 de septiembre de 2017). 13 September 2017.

¹²⁶ Por ejemplo, la Fiscal ha declarado que se halla supervisando la Ley de amnistía (a la que nos referiremos más adelante) así como la legislación que regulará la Jurisdicción Especial para la Paz, “en la medida en que hacen referencia a la cuestión esencial de la rendición de cuentas por parte de los máximos responsables de los crímenes más graves, de importancia capital para las aspiraciones legítimas de las víctimas a la justicia” (Artículo de la fiscal de la Corte Penal Internacional publicado en la revista Semana: “El acuerdo de paz de Colombia demanda respeto, pero también responsabilidad”, *op.cit.*).

¹²⁷ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, pp. 8 - 9.

¹²⁸ Mr. James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: “El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia”, Conferencia organizada por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, la Universidad Externado en Bogotá y la Universidad EAFIT en Medellín. Bogotá y Medellín, Colombia, 30 - 31 de mayo de 2018, punto 218.

¹²⁹ *Ibid.*, punto 220.

haya tenido que respetar los estándares previstos en el Estatuto de Roma y, por ende, haya visto limitada su discrecionalidad a la hora de poner fin al conflicto. Por esta razón, estamos de acuerdo con Gil Gil cuando afirma que, “probablemente no haya existido en la historia un proceso tan vigilado, asistido e informado por todo tipo de grupos de expertos y de organismos internacionales”¹³⁰. Es más, con la finalidad de impedir la actuación de la Corte, Colombia ha debido de garantizar que el acuerdo de paz contenga el imprescindible componente penal que mencionábamos en apartados previos¹³¹. Por otra parte, ha sido evidente el interés de Colombia en llevar a cabo sus propias investigaciones y enjuiciamientos en los tribunales internos y evitar, a toda costa, la intervención de la Corte, intervención que, a juicio de algunos analistas, implicaría graves costos políticos para la administración del país¹³². En tercer y último lugar, el amplio margen de maniobra que ha otorgado la Fiscalía¹³³ a este Estado contrasta con la forma en la que ha actuado en el resto de situaciones en las que también lleva a cabo un examen preliminar o, incluso, ha iniciado una investigación o un enjuiciamiento. Si bien un sector de la doctrina afirma que hay ciertos elementos que distinguen a Colombia de otros casos -como, por ejemplo, un sistema de justicia con capacidad de iniciar investigaciones y de enjuiciar a los responsables¹³⁴- lo cierto es que este extremo no debe hacernos obviar la doble vara de medir que se ha empleado en el caso colombiano. Por esta razón, expertos en la materia muestran su desconcierto ante un examen preliminar que lleva abierto más

¹³⁰ Alicia, "El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano. La problemática jurídica en el marco de la dicotomía paz-justicia" en Gil Gil, Alicia, Maculan, Elena y Ferreira, Susana (Eds.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado - UNED, Madrid, 2017, p. 24.

¹³¹ La influencia que ha ejercido la Corte Penal Internacional en las negociaciones de paz en el estado colombiano se ha analizado en: Urueña, René, "Prosecutorial politics: the ICC's influence in Colombian peace processes, 2003 - 2017", *American Journal of International Law*, Vol. 111, 2017, pp. 1 - 21.

¹³² Acosta Arcarazo, Diego, Buchan, Russell and Urueña, Rene, "Beyond justice, beyond peace?...", *op.cit.*, pp. 305 - 306.

¹³³ La relación entre la Fiscalía y Colombia se ha llegado a calificar como “dialogical model” (Aksenova, Marina, "The ICC involvement in Colombia: walking the fine line between peace and justice" en Bergsmo, Morten and Stahn, Carsten (Eds.), *Quality control in preliminary examination: Volume I*, TOAEP, Burssels, 2018, p. 261).

¹³⁴ Véanse las diferencias que enumera Olásolo Alonso y que, a su juicio, distinguen a Colombia de otros casos en: Olásolo Alonso, Héctor, "El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación sobre la situación en Colombia?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 24, 2012, pp. 37 - 45.

de una década¹³⁵, mientras que otros no comprenden cómo no se ha procedido, todavía, al inicio de una investigación en el Estado¹³⁶.

En el apartado que sigue a continuación, nos proponemos analizar si, realmente, son tantas las diferencias que separan a Colombia del resto de casos. Para ello, no solo estudiaremos el contenido de los diversos acuerdos de paz alcanzados por los diferentes Estados, sino que comprobaremos cuál ha sido la reacción de la Corte. La relevancia de los extremos que vamos a analizar va más allá de un mero análisis comparativo entre los diversos Estados o un estudio individual del acuerdo de paz negociado por Colombia. La verdadera importancia radica en el patente retroceso que la Corte Penal Internacional parece estar legitimando bajo el ambiguo discurso de la justicia transicional que puso en marcha el Estado colombiano con la firma del Acuerdo final de paz y que nos lleva a preguntarnos si, en un futuro, estará dispuesta a aceptar en otros previsibles procesos. Y es que, si el detallado¹³⁷ sistema integral de justicia transicional creado en Colombia fuera considerado “ejemplar”¹³⁸ por la Corte, tiene un alto número de probabilidades de que sea replicado en procesos de paz posteriores. Ésta es la razón por la que defendemos que, si se desea preservar la legitimidad de la Corte como una instancia judicial imparcial, objetiva y cuyo objetivo sea la lucha contra la impunidad, este Tribunal debería estar muy atento a las no pocas ambigüedades que contiene el Acuerdo ya que, en el caso contrario, corre el riesgo de convertirse en cómplice de un sistema integral de impunidad. Por ello,

¹³⁵ Como señala Quesada Alcalá, este “plazo no puede perpetuarse *ad aeternum*” (Quesada Alcalá, Carmen, "La justicia penal internacional y Colombia" en Díaz Barrado, Cástor M., Fernández Liesa, Carlos R. y Rodríguez - Villasante y Prieto, José Luis (Dirs.), *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el Conflicto Colombiano*, Navarra, Aranzadi, 2013, p. 693).

¹³⁶ Pigrau Solé, Antoni, "Colombia: la investigación pendiente de la Corte Penal Internacional" en Díaz Barrado, Cástor M., Fernández Liesa, Carlos R. y Rodríguez - Villasante y Prieto, José Luis (Dirs.), *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el Conflicto Colombiano*, Navarra, Aranzadi, 2013, p. 689.

¹³⁷ En este punto, estamos de acuerdo con Medina Aguilar cuando aprecia, no sin razón, la precisión que caracteriza al Acuerdo de paz. Y es que, como señala la autora, “es tal vez la primera vez que a través de una negociación y como parte de un acuerdo de paz, se logra un altísimo nivel de detalle en el diseño de un sistema de justicia transicional”, Medina Aguilar, Claudia, "La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): claridades e incertidumbres de un modelo innovador de justicia transicional", *Cuadernos de estrategia (Ministerio de Defensa)*, N° 189 dedicado a: El posconflicto colombiano: una perspectiva transversal, 2017, p. 224.

¹³⁸ En esta línea se manifiesta Gil Gil cuando defiende que el modelo colombiano “está llamado a convertirse en una importante lección para el futuro, y a marcar el futuro modelo de la justicia de transición en situaciones de conflicto vivo, llevando a flexibilizar algunas de las posturas punitivistas maximalistas mantenidas mayoritariamente en determinados sectores hasta la fecha”, Alicia, "El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano...”, *op.cit.*, p. 24. En un sentido similar véase también Maculan, Elena, "El proceso transicional colombiano en perspectiva comparada" en Gil Gil, Alicia, Maculan, Elena y Ferreira, Susana (Eds.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado - UNED, Madrid, 2017, p. 55. Véase cómo defiende la experta la flexibilidad que se requiere en estos casos en la página 80.

nos mostramos críticos con la rapidez que el primer Fiscal de la Corte, el Sr. Moreno Ocampo se aventuró a señalar que “con la CPI no creo que Colombia tenga ningún problema”¹³⁹. No descartamos que, precisamente, sea al final la Corte quien tenga un “problema” de enormes dimensiones debido al modelo de justicia transicional creado por Colombia.

3. La incorporación de los mecanismos transicionales en los acuerdos de paz y la obligación de respetar el Estatuto de Roma

3.1. La justicia transicional en los acuerdos de paz

La justicia transicional o los mecanismos que la componen es un aspecto que se toma en consideración en las negociaciones de paz que tratan de poner fin a un conflicto armado¹⁴⁰. Por ello, y ante la mayor presencia de la justicia transicional en los acuerdos de paz¹⁴¹, calificada por algunos, incluso, como una práctica estándar¹⁴², consideramos que es correcto defender que los acuerdos de paz¹⁴³ pueden consistir en la casilla de salida de un proceso de justicia transicional¹⁴⁴.

¹³⁹ Moreno Ocampo, Luis, "Un vistazo al proceso de paz en Colombia: entrevista a Luis Moreno Ocampo", *Orbis*, No. 22, Edición: Colombia en el camino hacia la reconciliación, marzo de 2018, p. 37.

¹⁴⁰ McGregor, Lorna, "Transitional Justice and the Prevention of Torture", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, Issue 1, 2013, p. 44. En un sentido similar: Bassiouni, M. Cherif, "Assessing conflict outcomes: accountability and impunity" en Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization and Post - Conflict Justice*, Vol. 1, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2010, p. 25; Thoms, Oskar N.T., Ron, James and Paris, Roland, "The effects of transitional justice mechanisms: a summary of empirical research findings and implications for analysts and practitioners", Centre for International Policy Studies Working Paper, April 2008, p. 15. Disponible online en: http://aix1.uottawa.ca/~rparis/CIPS_Transitional_Justice_April2008.pdf; Armstrong, Andrea and Ntegeye, Gloria, "The Devil Is in the Details: The challenges of Transitional Justice in Recent African Peace Agreements", *African Human Rights Law Review*, Vol. 6, 2006, pp. 1 - 25.

¹⁴¹ Méndez, Juan E. and Cone, Catherine, "Transitional justice" en Sheeran, Scott and Rodley, Sir Nigel (Ed.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, London and New York, Routledge, 2013, pp. 776 - 777.

¹⁴² Vandeginste, Stef and Sriram, Chandra Lekha, "Power Sharing and Transitional Justice: A Clash of Paradigms?", *Global Governance*, Vol. 17, No. 4, 2011, p. 489.

¹⁴³ El tema relativo a a los acuerdos de paz ha sido analizado en detalle por: Bell, Christine, *On the Law of Peace: Peace Agreements and the Lex Pacificatoria*, Oxford University Press, Oxford, 2008; Bell, Christine, *Peace Agreements and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2000; Bergsmo, Morten and Kalmanovitz, Pablo (Eds.), *Law in Peace Negotiations*, FICHL Publication Series, Oslo, 2010; Bell, Christine, "Peace agreements: their nature and legal status", *The American Journal of International Law*, Vol. 100, Issue 2, 2006, pp. 373 - 412; International Council on Human Rights Policy, *Negotiating Justice? Human Rights and Peace Agreements*, Switzerland, 2006; Vinjamuri, Leslie and Boesenecker, Aaron P., "Accountability and Peace Agreements: Mapping trends from 1980 to 2006", *HD Report*, Centre for Humanitarian Dialogue, September 2007.

¹⁴⁴ Arbour, Louise, "Economic and social justice for societies in transition", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 40, No. 1, 2007, p. 22.

En efecto, en la actualidad, y tal y como lo demuestran un considerable número de pronunciamientos por parte de diferentes órganos de las Naciones Unidas¹⁴⁵ o como corroboran determinados estudios¹⁴⁶, es posible encontrar un mayor número de mecanismos transicionales en los acuerdos de paz¹⁴⁷: comisiones de la verdad, procesos judiciales, programas de reparaciones, desarme, desmovilización y reintegración de combatientes, reformas institucionales, son algunos de los ejemplos que podemos citar¹⁴⁸. Es más, en los acuerdos de paz auspiciados por Naciones Unidas¹⁴⁹, incluso, se recomienda su inclusión¹⁵⁰. De hecho, si bien, en un inicio, la Organización se limitaba a no apoyar los procesos de paz que contemplasen medidas de amnistía respecto de los más graves crímenes internacionales¹⁵¹, en la actualidad, se exige un mayor compromiso con

¹⁴⁵ A modo de ejemplo cabe citar el Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General: Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/12/18, de 6 de agosto de 2009. Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, Tema 2 de la agenda. Punto D.1. 57; Resolución aprobada sin votación por el Consejo de Derechos Humanos, en su 37º sesión, el 27 de septiembre de 2012: Derechos Humanos y justicia de transición (A/HRC/RES/21/15), Puntos 12 y 25; Estudio sobre los derechos humanos y la justicia de transición efectuado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Adición: Inventario de los aspectos de los derechos humanos y de justicia de transición incluidos en los acuerdos de paz recientes de 21 de agosto de 2009. Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, Tema 2 de la agenda (A/HRC/12/18/Add.1).

¹⁴⁶ A este respecto, cabe citar a modo de ejemplo el estudio llevado a cabo por Leslie Vinjamuri y Aaron P. Boesenecker: Vinjamuri, Leslie and Boesenecker, Aaron P., "Accountability and Peace Agreements: Mapping trends from 1980 to 2006", HD Centre, Geneva, September 2007 report.

¹⁴⁷ Roht - Arriaza, Naomi, "Transitional Justice and Peace Agreements", Review Meeting on Peace Agreements: The Role of Human Rights in Negotiations, The International Council on Human Rights Policy, Belfast, 7 - 8 March 2005, p. 8. Disponible online en: http://www.ichrp.org/files/papers/63/128_-_Transitional_Justice_and_Peace_Agreements_Roht-Arriaza_Naomi_2005.pdf

¹⁴⁸ Por esta razón, hay quienes no dudan en considerar que "transitional justice has become an integral part of the political and legal context in which conflict resolution and peacebuilding strategies are formulated and implemented" (Engstrom, Par, "Transitional Justice and Ongoing Conflict", November 2011, p. 18. Disponible online en SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2004313).

¹⁴⁹ Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, Punto V. 12; Informe del Secretario General, Aunar nuestras fuerzas para fortalecer el apoyo de las Naciones Unidas al estado de derecho, A/61-636 - S/2006/980, de 14 de diciembre de 2006, Punto I.7; Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, de 12 de octubre de 2011, Punto III.12.

¹⁵⁰ Fue, concretamente, la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos, el 27 de septiembre de 2012: Derechos Humanos y justicia de transición (A/HRC/RES/21/15), *op.cit.*, la que, en el punto 25, recomendó "que en las negociaciones de paz se incorpore la perspectiva de los derechos humanos y la justicia de transición y que quienes realicen esas negociaciones recurran a los expertos en derechos humanos y en justicia de transición disponibles en el sistema de las Naciones Unidas".

¹⁵¹ Esta postura, actualmente, la sigue manteniendo la Organización. Por ejemplo, resulta ilustrativa la contundencia con la que se expresaba el Secretario General en el año 2011 en el Informe sobre El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, de *op.cit.*, Punto III.12. Es más, en el año 2012, esta posición fue recogida por el Consejo de Derechos Humanos en Derechos Humanos y justicia de transición (A/HRC/RES/21/15), *op.cit.*, Punto 7. Por otra parte, quisiéramos añadir que también se ha posicionado la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/18/23, de 4 de julio de 2011, Punto 59).

la rendición de cuentas¹⁵² y, por ello, además de “apoyar la aplicación de las disposiciones sobre la justicia de transición y el estado de derecho en los acuerdos de paz”¹⁵³, son varios los mecanismos transicionales que promueven¹⁵⁴.

Ahora bien, debemos mencionar que esta práctica relativa a la inclusión de los mecanismos transicionales en los acuerdos de paz, actualmente, dista mucho de ser homogénea¹⁵⁵. Y es que, por una parte, debemos reconocer que no todos los acuerdos de paz contienen mecanismos transicionales y, por otra, que incluso aquéllos que los contemplan, como comprobaremos a continuación, los reconocen con diferente alcance.

Precisamente por esta razón, una duda creciente en la doctrina más especializada se halla relacionada con el grado de especificidad que estos acuerdos deberían alcanzar respecto de los mecanismos de justicia. Si bien, con la finalidad de responder a estos interrogantes, Priscilla Hayner elaboró, en el año 2009, unas Orientaciones que los mediadores pudieran aplicar a la hora de negociar los acuerdos de paz¹⁵⁶, lo cierto es que, en la actualidad, todavía no existe un claro consenso en la doctrina¹⁵⁷. La pregunta fundamental radica en saber si "should the peace agreement then contain specific norms

¹⁵² Por ejemplo, se ha defendido que "los enviados y representantes especiales del Secretario General que median en procesos de paz deben seguir propiciando que en los acuerdos de paz se incluya la obligación de luchar contra la impunidad y de promover y proteger los derechos humanos" (Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General: Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/12/18, *op.cit.*, Punto D.1.58).

¹⁵³ Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, *op.cit.*, Punto IX.A.67.

¹⁵⁴ Resulta oportuno señalar la enumeración que realiza el Secretario General respecto del apoyo de la Organización a la justicia de transición en las operaciones de paz en el: Informe del Secretario General: El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, Punto V. 12. Es más, previsiblemente, muchas de ellas seguirán las recomendaciones enumeradas en una Nota Orientativa publicada por el Secretario General que tiene como objetivo reforzar las actividades de la ONU en la justicia transicional (Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, March 2010). A este respecto, resulta interesante el listado de medidas que se enumeran bajo el título "Ways to further strengthen UN transitional justice activities").

¹⁵⁵ Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, Punto V. 11. Pese al tiempo transcurrido desde la fecha de publicación del Informe, lo cierto es que la situación no ha variado considerablemente ya que, en el posterior Informe que publicó en el año 2011, volvía a insistir en que "sigue sin existir uniformidad con respecto a la incorporación de medidas judiciales y de rendición de cuentas en los acuerdos de paz" (Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, *op.cit.*, Punto III.12).

¹⁵⁶ Hayner, Priscilla, "Negotiating justice: Guidance for mediators", *op.cit.*, pp. 21 - 22.

¹⁵⁷ Véase, por ejemplo, el debate que se plantea en: Roht - Arriaza, Naomi, "Transitional Justice and Peace Agreements", *op.cit.*, p. 15; Van Zyl, Paul, "Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto" en Reátegui, Félix (Ed.), *Justicia transicional: manual para América Latina*, Brasilia: Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia; Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011, pp. 68 - 69; Vandeginste, Stef and Sriram, Chandra Lekha, "Power Sharing and Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 498.

delineating how and when those perpetrators will be brought to justice? That, of course, is a more difficult question because you cannot expect a signer of a peace accord to agree to a clause that will lead him straight to prison"¹⁵⁸.

Es decir, el debate fundamental radica en que si la incorporación de los mecanismos de la justicia transicional, especialmente los puntos relativos a la justicia penal, son sumamente precisos y contundentes -dicho en otros términos, si el acuerdo de paz prevé que los responsables de haber cometido crímenes internacionales deberán rendir cuentas por sus actos-, obviamente, las personas negociadoras se negarán a firmar el mismo lo que, en definitiva, podría influir en la prolongación del conflicto armado. No obstante, ¿acaso queda otra alternativa? Es decir, si el componente de la justicia penal es un elemento imprescindible en todo sistema de justicia transicional, ¿acaso un acuerdo de paz que regule preliminarmente un proceso transicional puede eludir el mismo? Como comprobaremos en las líneas que siguen a continuación, la respuesta a este interrogante es negativa y, por ello, las partes tratarán de minimizar, por todos los medios posibles, el alcance penal de la justicia transicional como condición para firmar la paz.

Precisamente, por esta razón, insistimos, no tenemos que olvidar el contexto específico que da lugar a la implementación de estos mecanismos: son las partes en el conflicto las que están negociando los mecanismos y el alcance de una futura justicia transicional¹⁵⁹, negociaciones en las que suelen ser habituales los repartos de poder¹⁶⁰ y los intentos de eludir la responsabilidad por las atrocidades cometidas¹⁶¹. Por lo tanto, lo que nos tenemos que preguntar es lo siguiente: ¿qué grado de generosidad debemos esperar por parte de quienes son los responsables de cientos o miles de violaciones a los derechos humanos? ¿Acaso admitirán ser enjuiciados ante tribunales nacionales o internacionales por

¹⁵⁸ Méndez, Juan E., "Speeches: Transitional Justice, Peace and Prevention: University of Baltimore Law School October 26, 2010", *University of Baltimore Law Review*, Vol. 40, Issue 3, Article 3, Spring 2011, p. 372. Disponible online en: <http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1888&context=ublr>

¹⁵⁹ Por ello, no le falta razón a Hayner cuando aprecia que, en muchas ocasiones, la debilidad de los mecanismos de justicia en los acuerdos de paz se debe a la fuerza que han tenido los presuntos responsables en la mesa de negociación y su insistencia en la impunidad, Hayner, Priscilla, "Negotiating Justice: The Challenge of Addressing Past Human Rights Violations" en Darby, John and Ginty, Roger Mac (Eds.), *Contemporary Peacemaking: Conflict, Peace Processes and Post-war Reconstruction*, Palgrave macmillan, UK, 2008 (2ed.), p. 331.

¹⁶⁰ Vandeginste, Stef and Sriram, Chandra Lekha, "Power Sharing and Transitional Justice...", *op.cit.*, p. 489; Mani, Rama, "La reparación como un componente de la justicia transicional: la búsqueda de la `justicia reparadora` en el posconflicto" en Minow, Martha, Crocker, David A., y Mani, Rama, *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar, 2011, pp. 159 - 160.

¹⁶¹ Bassiouni, M. Cherif, "Assessing conflict outcomes: accountability and impunity", *op.cit.*, p. 14.

presuntos crímenes cometidos?¹⁶² O, por el contrario, ¿no deberíamos sospechar que el acuerdo de paz, que ellos mismos están negociando, garantizará el máximo nivel de impunidad posible? Parece lógico pensar que las partes en el conflicto tendrán más interés en lograr la impunidad que en la propia justicia¹⁶³.

Por ello, cuando nos hallamos ante una situación como la descrita es lógico mirar con cierto escepticismo a los mecanismos transicionales incluidos en el acuerdo de paz y preguntarnos hasta qué punto no van dirigidos a garantizar la impunidad de todos los responsables en el conflicto. Consideramos que éste es, sin lugar a dudas, el reto más complicado de la actual justicia transicional, ya que los acuerdos de paz no mencionarán expresa, pública y directamente la "fórmula de la impunidad" en la que se basan, sino que ésta podría llegar a estar escondida bajo el manto de los mecanismos transicionales.

Por todo ello, es conveniente insistir en que la existencia de un consenso de mínimos en el ámbito internacional en torno a la prohibición de la impunidad en los acuerdos de paz para los autores de las más graves violaciones a los derechos humanos, especialmente la prohibición de las amnistías respecto de los crímenes internacionales, no implica, lógicamente, que se haya logrado erradicar la misma. Lo que ha ocurrido es que el debate ha evolucionado y, en la actualidad, es más profundo y complejo que el mero entendimiento de las amnistías como una cesión a cambio de la paz¹⁶⁴. Por ello consideramos que las fórmulas que actualmente se emplean en los acuerdos de paz son cada vez más sutiles, más imperceptibles, pero, en el fondo, en la mayoría de ocasiones, no hacen sino blindar a las partes frente a futuras exigencias de responsabilidad por las violaciones a los derechos humanos cometidas en el transcurso de los conflictos armados¹⁶⁵.

¹⁶² Por ello, no le falta razón a Juan Méndez cuando declara que "es importante reconocer que insistir en la rendición de cuentas por parte de quienes hayan cometido atrocidades contra la población civil es una fórmula para paralizar toda conversación de paz, ya que los actores del conflicto (que son también actores clave y a veces únicos en las negociaciones) no estarán dispuestos a dejar las armas si el resultado mediano será que se enfrenten a juicio y prisión", Méndez, Juan E., "Justicia de transición" en Escudero Alday, Rafael y Pérez González, Carmen (Eds.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2013, pp. 23 - 24.

¹⁶³ Méndez, Juan E., "Speeches...", *op.cit.*, p. 374.

¹⁶⁴ Méndez, Juan E. and Cone, Catherine, "Transitional justice", *op.cit.*, p. 775.

¹⁶⁵ Este puede ser, por ejemplo, el dilema que se aprecia en el reciente acuerdo de paz adoptado por Colombia. Y es que, resulta paradójico que la Fiscal de la Corte, en principio, se congratule porque el Acuerdo no contenga medidas de amnistía (Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the peace negotiations between the Government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia – People's Army. 1 September 2016). Sin embargo, como comprobaremos a lo largo de la investigación, la forma en la que se halla redactado el acuerdo y los diversos puntos grises pueden conllevar que, finalmente, personas que puedan ser consideradas como los máximos responsables de haber

3.2. Los mecanismos de la justicia transicional adoptados en las situaciones investigadas por la Corte Penal Internacional

Una vez hemos precisado que los mecanismos de justicia transicional suelen incorporarse en los acuerdos de paz, pasaremos a continuación a analizar cómo se ha producido este proceso en determinados Estados que se hallan (o hallaban) bajo examen preliminar ante la Corte Penal Internacional o sobre cuyos nacionales está ejerciendo su jurisdicción. A este respecto quisiéramos aclarar que hemos considerado oportuno hacer referencia a todos los Estados en cuyos territorios se haya incorporado (o se haya tratado de implementar) alguno de estos mecanismos, independientemente del resultado final logrado, ya que el objetivo consiste en demostrar que, al margen de Colombia, son varios los Estados que han creado un sistema de justicia transicional o han establecido alguno de los mecanismos que lo componen¹⁶⁶.

3.2.1. LA PREVISIÓN DE CIERTOS MECANISMOS EN EXÁMENES PRELIMINARES CERRADOS: LOS CASOS DE HONDURAS Y AFGANISTÁN

Empezando por los Estados cuyos exámenes preliminares fueron cerrados por la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional debemos mencionar el caso de Honduras. Este Estado aprobó, el 30 de octubre de 2009, el Acuerdo de Tegucigalpa/San José para la reconciliación nacional y el fortalecimiento de la democracia en Honduras¹⁶⁷, cuyo contenido preveía la creación de una Comisión de la Verdad¹⁶⁸. Esta Comisión se creó en abril de 2010 y publicó su informe en julio de 2011¹⁶⁹.

cometido un crimen internacional eludan cualquier tipo de proceso (no ya sanción penal). Por ello, insistimos, que un acuerdo de paz no contemple medidas de amnistía respecto de estas personas no implica que no se estén eludiendo las responsabilidades penales por otras vías indirectas.

¹⁶⁶ Y es que, como comprobaremos a continuación, el único caso que, por el momento, podemos calificar como “exitoso” es el colombiano. Sin embargo, no creemos oportuno centrarnos única y exclusivamente en el mismo por una razón fundamental: consideramos que Colombia no es el único Estado que ha tratado de implementar medidas complementarias de justicia transicional. Por ello, consideramos que en el futuro es posible (e incluso lo más probable) que haya más Estados que sigan esta línea marcada y que logren diseñar procesos íntegros de justicia transicional. La consecuencia es evidente: la Corte, con toda probabilidad, deberá hacer frente en el futuro a un mayor número de procesos “satisfactorios” de justicia transicional. No obstante, hasta que llegue ese momento, solo nos queda analizar qué intentos ha habido por ahora y cuál ha sido la reacción de la Corte.

¹⁶⁷ Acuerdo Tegucigalpa/San José para la reconciliación nacional y el fortalecimiento de la democracia en Honduras, de 30 de octubre de 2009.

¹⁶⁸ *Ibid.*, Punto 6.

¹⁶⁹ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2012. November 2012, p. 12. Pueden consultarse los siguientes informes publicados por la Comisión: Informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación: Para que los hechos no se repitan. Tomo III: Hallazgos y recomendaciones.

La Fiscal, lejos de valorar, ya sea de manera positiva o negativa, el establecimiento de la Comisión, en el transcurso de su examen preliminar simplemente se limitó a ofrecer un análisis descriptivo de la incorporación de este mecanismo en el Acuerdo citado¹⁷⁰. En todo caso, y pese a que desconocemos la posición de la Fiscalía respecto de la Comisión de la Verdad, la conclusión que debemos extraer es que, en el caso de que hubiera abierto una investigación en esta situación, la Corte hubiera actuado con posterioridad a la actividad desarrollada por la Comisión de la Verdad y, por ende, se podrían haber producido ciertas tensiones entre ambos mecanismos que serán desarrollados en el Capítulo tercero de la presente investigación.

En Afganistán, en el año 2005, se aprobó un Plan de Acción sobre Paz, Reconciliación y Justicia¹⁷¹ (que ha sido calificado también como “transitional justice action plan”¹⁷²) cuyo objetivo consistía en “enhance peace and stability in Afghanistan through a process that will achieve reconciliation and justice”¹⁷³. Para ello, proponía crear medidas simbólicas, reformas institucionales, mecanismos de búsqueda de la verdad y de documentación y, finalmente, promover la reconciliación, de manera mutuamente complementaria¹⁷⁴. Así mismo, el Gobierno de Afganistán se comprometía a establecer “accountability institutions”, pero matizaba que la justicia penal no iba a satisfacer todas las necesidades y expectativas de las víctimas¹⁷⁵. En definitiva, además de las cuatro áreas de acción principales¹⁷⁶ el Plan contemplaba:

“Establishment of effective and reasonable accountability mechanisms: In order to end impunity in Afghanistan and ensure that there will be no amnesty for war crimes, crimes against humanity and other gross human rights violations, the conditions for fair and effective justice procedures are established in accordance

Julio de 2011; Informe de la Comisión de la Verdad: La voz más autorizada es la de las víctimas. Tegucigalpa, Honduras. Octubre, 2012.

¹⁷⁰ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2012. November 2012, p. 12; Situation in Honduras: Article 5 Report. 28 October 2015, p. 26.

¹⁷¹ Peace, Reconciliation and Justice in Afghanistan. Action Plan of the Government of the Islamic Republic of Afghanistan. Presented and agreed upon at the Hague Conference on Peace, Reconciliation and Justice in Afghanistan on 6-7 June 2005 in the Hague, the Netherlands. En la nota a pie número 1 de la página 12, explican el proceso de adopción de este instrumento.

¹⁷² Afghanistan Analysis Network, Thematic Dossier XVI: Afghanistan’s War Crimes Amnesty and the International Criminal Court. 7 October 2017, p. 2. Véase también Afghanistan Justice Organization. “Transitional Justice in Afghanistan: `We should not repeat old issues´?”, October 2013, pp. 2 – 4.

¹⁷³ “Peace, Reconciliation and Justice in Afghanistan: Action Plan of the Government of the Islamic Republic of Afghanistan”, 6-7 June 2005.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ Tal y como explican, “The proposals focus on four key fields of activity: 1) acknowledgement of the suffering of the Afghan people; 2) ensuring credible and accountable state institutions and purging human rights violators and criminals from the state institutions; 3) truth-seeking and documentation; 4) promotion of reconciliation and improvement of national unity” (*Ibidem*).

with the principles of the sacred religion of Islam, international law and transitional justice.”¹⁷⁷

Sin embargo, finalmente, no solo las medidas dirigidas a depurar las responsabilidades penales brillaron por su ausencia¹⁷⁸ sino que, incluso, el Plan de Acción apenas se implementó como consecuencia de una escasa voluntad política¹⁷⁹. Estos hechos han sido corroborados por la Fiscalía ya que, en el transcurso de su examen preliminar, concluyó que el Plan de acción seguía sin implementarse y que, incluso, había quedado obsoleto¹⁸⁰.

Por lo tanto, debido a la nula implementación del sistema de justicia transicional, en este caso tampoco podemos extraer conclusiones determinantes en torno a cuál sería la actitud de la Corte Penal Internacional ante los mecanismos previstos en el Plan de Acción. Es más, como comprobaremos a continuación, la Corte ha denegado la solicitud de autorización del Fiscal para iniciar una investigación en esta situación. Sin embargo, es posible realizar una lectura positiva que nos lleva a concluir que nos hallamos ante otro Estado más que ha empleado los mecanismos propios de la justicia transicional bajo la supervisión de la Corte.

3.2.2. LOS INTENTOS DE CREAR MECANISMOS TRANSICIONALES EN SITUACIONES BAJO INVESTIGACIÓN O EXAMEN PRELIMINAR ANTE LA CORTE: LOS EJEMPLOS DE COSTA DE MARFIL, REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO, REPÚBLICA CENTROAFRICANA, MALI, GEORGIA, COREA, NIGERIA, IRAQ, ISRAEL-PALESTINA Y UCRANIA

Otras situaciones, en cambio, han “aprobado” el examen preliminar y actualmente están siendo objeto de investigación ante la Corte Penal Internacional, lo que implica que cabe la posibilidad de que el mandato de ciertos mecanismos transicionales interactúe con la investigación y posterior enjuiciamiento ante la misma¹⁸¹.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ Afghanistan Justice Organization. "Transitional Justice in Afghanistan: `We should not repeat old issues`?", October 2013, p. 2; Afghanistan Analysis Network, Thematic Dossier XVI: Afghanistan's War Crimes Amnesty and the International Criminal Court. 7 October 2017, p. 2.

¹⁷⁹ Afghanistan Justice Organization. "Transitional Justice in Afghanistan: `We should not repeat old issues`?", October 2013, pp. 2 – 4.

¹⁸⁰ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, p. 56; Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, punto 271.

¹⁸¹ Sin embargo, como comprobaremos a continuación, habrá que seguir esperando para extraer conclusiones determinantes.

Por una parte, nos encontramos con un grupo de Estados que, además de la investigación abierta ante la Corte, han adoptado algún mecanismo propio de la justicia transicional. Éste sería, por ejemplo, el caso de Costa de Marfil. Tal y como explican desde el Centro Internacional para la Justicia Transicional, tras el conflicto, se estableció, en el año 2011, una “Cellule Spéciale d’Enquête” y una unidad especial de investigación con el objetivo de investigar los presuntos crímenes internacionales¹⁸². Así mismo, se instauró una “Commission for Dialogue, Truth and Reconciliation” cuyo mandato consistía en “identify the root causes of the conflict, acts and patterns of violations, and ways for the country to overcome its legacy of violence through reconciliation and recognition of victims”¹⁸³.

No obstante, Costa de Marfil no ha sido el único Estado que ha creado una comisión de la verdad. A este respecto, debemos añadir que en la República Democrática del Congo -que, en ocasiones, se ha calificado como caso de justicia transicional¹⁸⁴-, operó también una fallida Comisión de la Verdad y la Reconciliación¹⁸⁵ cuya creación se preveía en el Acuerdo de Sun City del año 2002. Este mismo mecanismo fue instaurado por la República Centroafricana, en el año 2003. Es más, debemos añadir que, en el año 2015, el Consejo de la Unión Europea, entre otros¹⁸⁶, parecía mostrarse favorable a un proceso más amplio de justicia transicional en este último Estado¹⁸⁷. Este apoyo a favor de modelos íntegros de justicia transicional también cabe apreciar, por ejemplo, en Mali, donde, desde el año 2013, se debate la conveniencia de aplicar un proceso de justicia transicional¹⁸⁸, extremo del que se ha hecho eco incluso el Secretario General de la

¹⁸² <https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/c%C3%B4te-divoire>

¹⁸³ <https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/c%C3%B4te-divoire>

¹⁸⁴ Mwamba Matanzi, Godefroid, *La justice transitionnelle en RDC: Quelle place pour la commission vérité et réconciliation?*, L’Harmattan, Paris, 2016 ; Tunamsifu, Shirambere philippe, "Transitional justice and peacebuilding in the Democratic Republic of the Congo" en *African Journal on Conflict Resolution*, Vol. 15 Issue 1, 2015, pp. 59 - 83.

¹⁸⁵ <https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/democratic-republic-congo-drc>

¹⁸⁶ JusticeInfo, "Transitional Justice in the Central African Republic - In brief", 27/05/2015, disponible online en: <http://www.justiceinfo.net/en/component/k2/345-transitional-justice-in-the-central-african-republic-%E2%80%93-in-brief.html>

¹⁸⁷ Council conclusions on the Central African Republic, Press Release, 837/15, 17/11/2015, disponible online en: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/17-conclusions-car/> Concretamente se indicaba que “5. To ensure lasting stability in the country, the transitional authorities must continue their efforts to fight impunity with the support of MINUSCA and the international community. Transitional justice, as well as the rebuilding of the criminal justice and prison system, are essential to ending human rights abuses, including sexual and gender-based violence”.

¹⁸⁸ Ladisch, Virginie, "Possibilities and Challenges for Transitional Justice in Mali. Assessment Report", *ICTJ briefing*, September 2014, 16 pp; Moulaye, Zeini, "Quels mécanismes pour la consolidation de la paix et de la cohésion nationale?", Colloque sur la justice transitionnelle au Mali. Thème: Quelle justice transitionnelle pour le Mali?, Bamako, CICB, 17 - 19 juin 2013, disponible online en: <http://odhpmali.org/documents/JUSTICE%20TRANSITIONNELLE%20AU%20MALI%20%2019%20ju>

ONU¹⁸⁹. Además, en este caso también, en 2014, se creó una Comisión de la verdad con el beneplácito del Secretario General¹⁹⁰.

En otros Estados, si bien no se han creado mecanismos ni procesos de justicia transicional, se alzan voces, cada vez con más fuerza, que reclaman estos modelos de justicia. Por ejemplo, en Georgia se ha solicitado la instauración de un proceso de justicia transicional¹⁹¹ o, por lo menos, la creación de una comisión de la verdad¹⁹², si bien conviene aclarar que todavía no hay avances en este sentido. En las dos Coreas, por paradójico que pueda parecer, también se ha propuesto la creación de un proceso de justicia transicional¹⁹³ y lo mismo ocurrió en Nigeria¹⁹⁴. Es más, en ocasiones, también se incluye a Iraq¹⁹⁵ en este grupo -y es que, qué duda cabe que, ante la drástica situación del país, en un futuro, sería razonable un proceso de justicia transicional que reconozca los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y las garantías de no

in%202013.pdf ; American Bar Association Rule of Law Initiative (ABA ROLI), "A transitional justice strategy for Mali: Analysis based on input civil society and local communities. Executive summary and recommendations", 2015; FIDH, Conclusions of the International Seminar on Transitional Justice and National Reconciliation: A consensual roadmap for the truth, justice and reconciliation process in Mali, Friday, 14 November 2014, disponible online en: <https://www.fidh.org/en/region/Africa/mali/16471-a-consensual-roadmap-for-the-truth-justice-and-reconciliation-process-in>

¹⁸⁹ Informe del Secretario General sobre la situación de Mali (S/2015/732) de 22 de septiembre de 2015, punto 12.

¹⁹⁰ *Ibid.*, punto 66.

¹⁹¹ Frichova, Magdalena, "Transitional Justice and Georgia's Conflicts: Breaking the Silence", *International Center for Transitional Justice*, May 2009, 39 pp.

¹⁹² Dolidze, Anna and de Waal, Thomas, "A Truth Commission for Georgia", Carnegie Endowment for International Peace, December 2, 2012, disponible online en: <http://carnegieendowment.org/2012/12/05/truth-commission-for-georgia>

¹⁹³ Teitel, Ruti G. and Buhm-Suk, Baek (Eds.), *Transitional Justice in Unified Korea*, Asan-Palgrave Macmillan Series, US, 2015; Hong, Seong - Phil, "Transitional Justice in North Korea: Accountability for Human Rights Atrocities" en *"The Korea Project: Planning for the Long Term"*, 1st Annual Conference of the CSIS -U SC Korea Project, August 20 - 21, 2010, Korean Studies Institute, University of Southern California.

¹⁹⁴ Okogbule Esq, Nlerum, "The abortion of transitional justice mechanisms in Nigeria: the Oputa Panel in perspective", *East African Journal of Peace and Human Rights*, Vol. 15, Issue 2, 2009, pp. 441 - 450; O. Yusuf, Hakeem, "Calling the judiciary to account for the past: transitional justice and judicial accountability in Nigeria", *Law and policy*, Vol. 30, No. 2, 2008, pp. 194 - 226.

¹⁹⁵ A este respecto, hay quien defiende que, en el año 2003, se aplicó un controvertido proceso de justicia transicional mediante la creación del Tribunal Especial y la polémica ley de baathificación (Stover, Eric, Megally, Hanny and Mufti, Hania, "Bremer's Gordian Knot: Transitional Justice and the US Occupation of Iraq", *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, 2005, pp. 830 - 857). Si se desea profundizar en algunas de estas medidas consideradas de manera aislada puede consultarse también: Bassiouni, M. Cherif, "Post-conflict justice in Iraq: an appraisal of the Iraq Special Tribunal", *Cornell International Law Journal*, Vol. 38, Issue 2, 2005, pp. 101 - 166; De Bertodano, Sylvia, "Were there more acceptable alternatives to the Iraqi High Tribunal?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 294 - 300; Newton, Michael A., "El Alto Tribunal Penal Iraquí: controversias y contribuciones", *International Review of the Red Cross*, N.º 862, Junio de 2006, 30 pp.; Scharf, Michael P., "Is it international enough? A critique of the Iraqi Special Tribunal in Light of the Goals of International Justice", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 330 - 337; Scharf, Michael P., "The Iraqi High Tribunal: a viable experiment in international justice", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 258 - 263.

repetición¹⁹⁶. Otro tanto podríamos decir de la compleja situación en Israel-Palestina y, por esta razón, no sorprende que haya determinadas voces que reclamen un proceso de justicia transicional como herramienta para poner fin al conflicto¹⁹⁷. Es más, curiosamente, se ha creado un “Palestinian Center for Transitional Justice” (PCTJ)¹⁹⁸ con el objetivo de “to adopt the international standards of transitional justice in Palestine and bringing redress and fairness to victims”¹⁹⁹. Finalmente debemos añadir que si bien Ucrania, actualmente, no puede considerarse un proceso de justicia transicional, hay autores que están intentando hacer avanzar el debate en este sentido²⁰⁰.

Por lo tanto, tras la enumeración de la situación en la que se encuentran los Estados citados solo podemos extraer una conclusión: es cierto que no son, en la actualidad, procesos de justicia transicional, pero ello no obsta a que, en un futuro, podamos hablar de procesos transicionales en dichos Estados. Ante esta situación, es innegable que la Corte Penal Internacional actuaría junto con una serie de mecanismos complementarios de justicia transicional. Precisamente, esta situación ha sido la que se ha producido en los Estados que citaremos a continuación.

3.2.3. PROCESOS “CASI” TRANSICIONALES ADOPTADOS BAJO EL ESCRUTINIO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: LOS CASOS DE SUDAN, BURUNDI, KENIA, UGANDA Y LIBIA

Cuando el Consejo de Seguridad remitió la situación de Sudán a la Corte, en la misma resolución recomendó “la creación (...) de instituciones como las comisiones de verdad o de reconciliación, para complementar los procesos judiciales y fortalecer así las medidas encaminadas a restablecer una paz duradera”²⁰¹. Es decir, sin perjuicio de la posible

¹⁹⁶ Mamouri, Ali, "Transitional justice fails in Iraq" disponible online en: <http://www.al-monitor.com/pulse/originals/2014/06/iraq-transitional-justice-failed.html>; Abbas, Mushreq, "Transitional Justice in Iraq is Anything But" disponible online en <http://www.al-monitor.com/pulse/originals/2013/01/iraq-transitional-justice-maliki.html>; Daly, Erin, "Transitional justice in Iraq: learning the hard way", *Israel Law Review*, Vol. 47, Issue 1, 2014, pp. 68 - 69.

¹⁹⁷ Dudai, Ron, "A Model for Dealing with the Past in the Israel - Pelestinian Context" en *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007, pp. 249 - 267.

¹⁹⁸ http://www.pctj.ps/en/view_newsdetails.php?entryid=33

¹⁹⁹ Transitional Justice is the sole guarantor for Palestinian reconciliation: http://www.pctj.ps/en/view_section_m.php?mid=53&aid=32

²⁰⁰ Bachmann, Klaus and Lyubashenko, Igor, "The puzzle of transitional justice in Ukraine", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 11, 2017, pp. 297 – 314; Lachowski, Tomasz, "International Criminal Court - the central figure of transitional justice? Tailoring the post - violence strategies with special reference to Ukraine" en *The Polish Quarterly of International Affairs*, No. 3, 2015.

²⁰¹ Resolución 1593 (2005), probada por el Consejo de Seguridad en su 5158ª sesión, celebrada el 31 de marzo de 2005, punto 5.

investigación y enjuiciamiento que se desarrollara ante la Corte, se proponía la creación complementaria de otra serie de mecanismos propios de la justicia transicional, lo que corrobora la idea, tal y como venimos defendiendo, de que la justicia transicional no supone una modalidad de justicia contrapuesta a los procesos judiciales penales.

Así, unos años después, en el 2008, se creó un “High-Level Panel on Darfur” que proponía la creación de medidas alternativas a la justicia para dar una respuesta al conflicto y, posteriormente, en el año 2014, se firmó el denominado “Doha Document for peace in Darfur”²⁰². Precisamente, este último documento recoge un número considerable de medidas de justicia transicional como, por ejemplo, procesos judiciales, medidas de compensación, la creación de una comisión de la verdad, justicia y reconciliación, un tribunal especial y una ley de amnistía. Es más, el capítulo V bajo el título “Justice and Reconciliation” recoge el siguiente principio general: “278. Adoption of transitional justice mechanisms for remedies and for the legal accountability of perpetrators of acts of violence related to the armed conflict in Darfur”. Un año después, el 23 de noviembre de 2015, el Secretario General de las Naciones Unidas publicó un informe sobre Sudán del Sur en el que, entre otras cuestiones, señalaba que existía cierto respaldo a favor de ciertos mecanismos de justicia transicional²⁰³ que también apoyaba la sociedad civil²⁰⁴.

Sin embargo, tal y como comprobaremos en el Capítulo tercero de la presente investigación, finalmente, estas medidas de justicia transicional no han obtenido el resultado satisfactorio que se esperaba. Ahora bien, este ejemplo nos sirve para corroborar que nos hallamos ante una situación que está siendo examinada por la Corte Penal Internacional y en cuyo Estado se han tratado de promover medidas complementarias a los procesos judiciales penales.

²⁰² Información obtenida de: <https://unamid.unmissions.org/Portals/UNAMID/DDPD%20English.pdf>; <http://www.sudantribune.com/spip.php?article51127>

²⁰³ Informe del Secretario General de las Naciones Unidas (S/2015/902), del 23 de noviembre de 2015. Concretamente, en el punto 5, disponía lo siguiente: "El 26 de septiembre, el Consejo de Paz y Seguridad de la Unión Africana emitió un comunicado en el que expresó su compromiso de apoyar la aplicación del acuerdo de paz, junto con la IGAD, las Naciones Unidas y otros interesados internacionales. También pidió que el presidente de la Comisión de la Unión Africana publicase el informe de la Comisión de Investigación y la opinión particular adjunta a los efectos de información pública, y procediese al establecimiento de un tribunal híbrido de titularidad africana y dirigido por africanos. En el comunicado, también se respaldaron los procesos y mecanismos de justicia de transición, que incluyen la revelación de la verdad sobre las violaciones de los derechos humanos, las reparaciones, las consultas nacionales, la justicia tradicional y los mecanismos de resolución de conflictos con arreglo a procesos oficiales de rendición de cuentas formales".

²⁰⁴ Consúltese: <http://www.insightonconflict.org/2014/02/civil-society-south-sudan-transitional-justice/> La estrategia de justicia transicional para Sudán puede consultarse en: <http://www.southsudannewsagency.com/news/press-releases/transitional-justice-strategy-for-south-sudan-september>

En Burundi, el 28 de agosto del 2000, se aprobó el “Arusha peace and reconciliation agreement for Burundi”²⁰⁵, donde se preveían un conjunto de medidas dirigidas a erradicar la impunidad como, por ejemplo, la creación de una Comisión de la Verdad y la Reconciliación²⁰⁶, la adopción de una “international judicial commission of inquiry on genocide, war crimes and other crimes against humanity”²⁰⁷ e, incluso, se contemplaba la posibilidad de solicitar al Consejo de Seguridad la creación de un tribunal internacional penal²⁰⁸.

Este Acuerdo de Arusha, al prever tanto el establecimiento de una comisión de la verdad y la reconciliación como un tribunal penal²⁰⁹, ha sido calificado como un sistema de justicia transicional²¹⁰. Es más, llamativamente, ha recibido la atención del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición mediante la publicación, el 10 de agosto de 2015, de un minucioso informe en el que analiza los mecanismos de justicia transicional creados por el Estado²¹¹. Sin embargo, una vez más, nos hallamos ante un intento de justicia transicional frustrado²¹² ya que, en el año 2014, el Gobierno únicamente creó la Comisión²¹³.

²⁰⁵ Arusha peace and reconciliation agreement for Burundi. Arusha, 28 August 2000.

²⁰⁶ *Ibid.*, Artículo 8.

²⁰⁷ *Ibid.*, Artículo 6. 10 y 18.

²⁰⁸ *Ibid.*, Artículo 6.11.

²⁰⁹ Estos mecanismos han sido analizados en detalle en: Crippa, Matteo, "A Long Path toward Reconciliation and Accountability: A Truth and Reconciliation Commission and a Special Chamber for Burundi", *International Criminal Law Review*, Vol. 12, 2012, pp. 71 - 100.

²¹⁰ African Commission on Human and People's Rights, Report of the Delegation of the African Commission on Human and People's Rights on its Fact-finding Mission to Burundi, 7-13 December 2015, pp. 12 - 14; Stef, *Stones left unturned: law and transitional justice in Burundi*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010; Nee, Ann and Uvin, Peter, "Silence and Dialogue. Burundians' Alternatives to Transitional Justice" en Shaw, Rosalind, Waldorf, Lars and Hazan, Pierre, *Localizing Transitional Justice. Interventions and priorities after mass violence*, Stanford, Stanford Studies in Human Rights, 2010, pp. 157 - 182; TAYLOR, David, "We Have No Influence: International Discourse and the Instrumentalisation of Transitional Justice in Burundi" en *Stability: International Journal of Security and Development*, 2(3):47, 2013, pp. 1 - 10; Leclercq, Sidney, "Injustice through transitional justice? Subversion strategies in Burundi's peace process and postconflict developments", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 11, 2017, pp. 525 - 544.

²¹¹ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, Adición: Misión a Burundi (8 a 16 de diciembre de 2014). A/HRC/30/40/Add.1, 10 de agosto de 2015; Update by the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence on his visit to Burundi. A/HRC/30/CRP.1, 14 September 2015.

²¹² Por esta razón, hay quien defiende que “in practice, there has been a complete failure to establish any kind of truth, accountability and/or reparation mechanism” (Vandeginste, Stef, "Transitional Justice for Burundi: A Long and Winding Road" en Ambos, Kai, Large, Judith and Wierda, Marieke (Eds.), *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Verlag Berlin Heidelberg, Springer, 2009, p. 400).

²¹³ African Commission on Human and People's Rights, Report of the Delegation of the African Commission on Human and People's Rights on its Fact-finding Mission to Burundi, 7-13 December 2015, pp. 12 - 14.

Un año después, en el 2015, como es conocido, se produjo en el país una brutal violencia durante las elecciones cuyos hechos podrían ser considerados crímenes internacionales. Ante la gravedad de la situación, la Oficina de la Fiscalía inició un examen preliminar en abril de 2016²¹⁴. Pues bien, es interesante comprobar que, debido a estos acontecimientos, voces autorizadas solicitaron que el mandato de la comisión se ampliara con la finalidad de que abarcara este nuevo espacio temporal²¹⁵. Es decir, de seguirse esta recomendación, la creación de la comisión de la verdad y la implementación de las medidas previstas en el Acuerdo, pese a aprobarse en el año 2000, se aproximarían al ámbito temporal en el que actúa la Corte. Es más, es relevante añadir que, incluso, el Consejo de Derechos Humanos, ante la escalada de la violencia, propuso en el año 2015:

“To engage with the Burundian authorities and all other relevant stakeholders (...) to ensure accountability for human rights violations and abuses, including by identifying alleged perpetrators, to adopt appropriate transitional justice measures and to maintain the spirit of the Arusha Agreement”²¹⁶.

Es decir, en el caso de que se adoptaran medidas adicionales de justicia transicional, la investigación en curso de la Corte Penal Internacional podría llegar a interactuar con estas otras iniciativas y, así, podría llegar a ser necesario establecer ciertos canales de comunicación con la finalidad de maximizar el impacto de las diversas medidas o de evitar ciertas posibles tensiones.

Si bien hasta ahora nos hemos basado en meras hipótesis para fundamentar nuestra posición, el caso de Kenia nos ofrece una base más sólida a través de la que corroborar nuestros argumentos. Y es que, este Estado, que ha sido en ocasiones calificado como un proceso de justicia transicional²¹⁷, ha puesto en contacto el mandato de ciertos

²¹⁴ ICC-OPT, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on opening a Preliminary Examination into the situation in Burundi. 25 April 2016.

²¹⁵ African Commission on Human and People’s Rights, Report of the Delegation of the African Commission on Human and People’s Rights on its Fact-finding Mission to Burundi, 7-13 December 2015, pp. 57 – 58.

²¹⁶ Resolution adopted by the Human Rights Council on 17 December 2015. S-24/1. Preventing the deterioration of the human rights situation in Burundi. A/HRC/RES/S-24/1, 22 December 2015.

²¹⁷ Hay quien define el caso de Kenia como un proceso de justicia transicional: Ojielo, Ozonnia, "Justice versus reconciliation: the dilemmas of transitional justice in Kenya" en Omeje, Kenneth and Hepner, Tricia Redeker, *Conflict and peacebuilding in the African Great Lakes Region*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 2013, pp. 122 – 140; International Center for Transitional Justice, "Criminal Accountability, the ICC and the Politics of Succession" en *The Kenya transitional justice brief*, Vol.1, N°1, April 2011, pp. 1 – 3; Musila, Godfrey M., "Options for Transitional Justice in Kenya: Autonomy and the Challenge of External Prescriptions" en *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, 2009, pp. 446 -447; Asaala, Evelyne Owiye, "The International Criminal Court Factor on Transitional Justice in Kenya" en Ambos, Kai and Maunganidze, Otilia A. (Eds.), *Power and Prosecution: Challenges and Opportunities for International Criminal Justice in Sub - Saharan Africa*, Göttingen, Göttingen Studies in Criminal Law and Justice, Vol. 24, 2012, pp. 123 – 124; Hansen, Thomas Obel, "Kenya’s power-sharing

mecanismos transicionales con la Corte Penal Internacional. A pesar de que profundizaremos en esta cuestión en el Capítulo tercero de la presente investigación, quisiéramos adelantar que este Estado creó, en el año 2008, una serie de comisiones de la investigación, entre ellas una Comisión de la Verdad, la Justicia y la Reconciliación²¹⁸ mediante un acuerdo para poner fin a la violencia²¹⁹. Independientemente de las particularidades del caso que, insistimos, analizaremos en el Capítulo tercero, lo relevante es destacar que en esta situación se va a producir cierta interacción entre la actuación de la Corte y las comisiones creadas. Ahora bien, pese a la instauración de las comisiones, resulta difícil calificar el caso de Kenia como un proceso de transición.

Sin embargo, esta mayor aproximación a la teoría de la justicia transicional sí que pareció producirse en el ejemplo de Uganda. Es más, incluso se ha defendido que la Corte Penal Internacional es parte integrante de la justicia transicional en Uganda del Norte²²⁰. Y es que, el 29 de junio de 2007, el Gobierno de Uganda y el Ejército de Resistencia del Señor (en adelante, LRA) adoptaron en Juba, Sudán, el “Agreement on accountability and reconciliation”²²¹ y, unos meses después, el 19 de febrero de 2008, añadieron un anexo al mismo²²². A este respecto conviene precisar que, si bien el Anexo sí que fue firmado por

arrangement and its implications for transitional justice”, *International Journal of Human Rights*, Vol. 17, Issue 2, 2013, pp. 307 – 308.

²¹⁸ Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009, p. 5. Pueden consultarse los documentos siguientes que figuran como anexo: “Agreement on the Principles of Partnership of the Coalition Government” (Annex 21), and “The National Accord and Reconciliation Act 2008”, (Annex 22).

²¹⁹ Este Acuerdo es un tanto particular ya que, como acertadamente se ha defendido, no nos hallamos ante un acuerdo de paz en sentido estricto (Brown, Stephen, "The national accord, impunity, and the fragile peace in Kenya" en Sriram, Chandra Lekha, García-Godos, Herman, Johanna and Martin-Ortega, Olga (Eds.), *Transitional justice and peacebuilding on the ground: Victims and ex-combatants*, Routledge, London and New York, 2013, p. 239). Pese a estas particularidades, el autor se refiere al caso de Kenia como un supuesto de justicia transicional. No obstante, estos mecanismos, a juicio del experto, no pueden considerarse exitosos ya que defiende que en Kenia no ha habido ni paz ni justicia debido a que no se ha producido una ruptura con el pasado, los perpetradores continúan en el poder y no se han producido enjuiciamientos a los máximos responsables (*Ibidem*, p. 251).

²²⁰ Saether, Gjermund, "The complementarity of ICC and other instruments in transitional justice - The case of Northern Uganda", *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, Vol. 27, 2009, p. 468.

²²¹ Agreement on Accountability and Reconciliation Between the Government of the Republic of Uganda and the Lord's Resistance Army/Movement, Juba, Sudan, 29 June 2007.

²²² Annexure to the Agreement on Accountability and Reconciliation signed between the Government of the Republic of Uganda and the Lord's Resistance Army/Movement, 19 February 2008. Un excelente análisis del contenido de este Anexo se puede encontrar en: HRW, Analysis of the Annex to the June 29 Agreement on Accountability and Reconciliation. Human Rights Watch's Fourth Memorandum on Justice Issues and the Juba Talks, February 2008. Disponible online en: <https://www.hrw.org/legacy/backgrounder/ij/uganda0208/>

las Partes, el primero de ellos no fue sancionado²²³, pese a haber sido ambos supervisados por la Corte Penal Internacional²²⁴.

En el Acuerdo principal, tras reconocer en el Preámbulo que es necesario promover una paz duradera que vaya acompañada de justicia y poner fin a la impunidad²²⁵, las Partes acordaron, entre otros aspectos, el establecimiento de instituciones formales e informales dirigidas a impartir justicia y lograr la reconciliación²²⁶. Así, por una parte, se preveían mecanismos tradicionales de justicia²²⁷ y, por otra, medidas judiciales penales y civiles formales²²⁸ que debían de implementarse de manera complementaria²²⁹. Es decir, al menos sobre el papel, se contemplaba la existencia conjunta de medidas judiciales y no judiciales dirigidas a depurar responsabilidades. La línea divisoria también parecía clara ya que el Acuerdo señalaba que los máximos responsables de haber cometido crímenes internacionales serían juzgados ante instancias de justicia formales²³⁰. En el resto de supuestos, se preveían mecanismos alternativos consistentes en justicia tradicional, sentencias alternativas, reparaciones, etc²³¹. Sin embargo, las Partes consideraron que estas previsiones no eran suficientes y, por ello, en el mismo Acuerdo, se emplazaba a que continuaran las negociaciones dirigidas a adoptar un Anexo que desarrollara estos mecanismos²³².

Como indicábamos al inicio, el Anexo se aprobó el 19 de febrero de 2008²³³. Las medidas más destacadas del mismo son la previsión de creación de una División Especial

²²³ Situation In Uganda In The Case Of The Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Ottl, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Amicus Curiae submitted pursuant to the Pre-Trial Chamber II "Decision on application for leave to submit observations under Rule 103" dated 5 November 2008. ICC-02/04-01/05-353, 18 November 2008, punto 9.

²²⁴ Situation in Uganda in the case of the prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otty, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Decision initiating proceedings under article 19, requesting observations and appointing counsel for the Defence. ICC-02/04-01/05-320, 21 October 2008. Véase, a modo de ejemplo, cómo se solicita la información sobre el contenido e implementación de los Acuerdos de paz en: Request for information from the Republic of Uganda on the status of execution of the warrants of arrest. ICC-02/04-01/05-286-Anx2 28-03-2008.

²²⁵ Preámbulo al Agreement on Accountability and Reconciliation Between the Government of the Republic of Uganda and the Lord's Resistance Army/Movement, Juba, Sudan, 29 June 2007.

²²⁶ *Ibid.*, Punto 2.1.

²²⁷ *Ibid.*, Punto 3.1.

²²⁸ *Ibid.*, Punto 4.1.

²²⁹ *Ibid.*, Punto 5.2. Concretamente, el citado punto preveía: "The Parties therefore acknowledge the need for an overarching justice framework that will provide for the exercise of formal criminal jurisdiction, and for the adoption and recognition of complementary alternative justice mechanisms."

²³⁰ *Ibid.*, Punto 6.1.

²³¹ *Ibid.*, Punto 5.3.

²³² *Ibid.*, Punto 15.1.

²³³ Annexure to the Agreement on Accountability and Reconciliation signed between the Government of the Republic of Uganda and the Lord's Resistance Army/Movement, 19 February 2008. Ahora bien,

dentro de la Corte Suprema de Uganda, con competencia para enjuiciar a los responsables de haber cometido crímenes graves durante el conflicto²³⁴, medidas de reparación²³⁵ y, finalmente, la justicia tradicional²³⁶.

El problema del caso de Uganda es que el Gobierno no iba a comenzar a adoptar la legislación de desarrollo de los mecanismos previstos en el Acuerdo en tanto en cuanto no se firmara el Acuerdo final de paz²³⁷, paso que, finalmente, no se adoptó ya que el líder del LRA se negó a firmarlo. Por lo tanto, una vez más, tenemos un intento frustrado ya que no es posible deducir con una certeza absoluta cómo actuaría la Corte ante mecanismos complementarios de justicia transicional. En todo caso, y como comprobaremos en el Capítulo tercero, la Corte se ha pronunciado sobre los mecanismos tradicionales y, en consecuencia, podemos tener una visión aproximada en torno a los requisitos que una relación complementaria entre las diversas medidas transicionales debería cumplir.

Libia también ha sido un caso que, en determinados períodos, se ha aproximado a un *cierto* proceso de justicia transicional. Por una parte, conviene señalar que el Consejo de Seguridad le otorgó el mandato de “apoyar la justicia de transición”²³⁸ cuando decidió establecer la Misión de Apoyo de las Naciones Unidas en Libia (UNSMIL). Por ello, el 17 de septiembre de 2012, publicó un informe que, bajo el título “Transitional Justice – Foundation for a New Libya” recomendaba promover “a comprehensive transitional justice strategy aimed at promoting reconciliation which includes trials of former senior

independientemente de la mayor precisión del mismo, en el propio Anexo se señalaba que las medidas ahí contenidas deberían ser desarrolladas mediante la legislación oportuna (punto 2 del Anexo).

²³⁴ *Ibid.*, Punto 7. Si bien, posteriormente en el punto 14 matizan que los enjuiciamientos deberían centrarse en: “individuals alleged to have planned or carried out widespread, systematic, or serious attacks directed against civilians or who are alleged to have committed grave breaches of the Geneva Conventions”. Lo llamativo es la forma en la que se preveía, en esta ocasión, el reparto competencial entre las diversas instancias al regular el Anexo que “the Government shall ensure that serious crimes committed during the conflict are addressed by the special Division of the High Court; traditional justice mechanisms; and any other alternative justice mechanism established under the principal agreement, but not the military courts” (*Ibid.*, Punto 23). Es decir, una interpretación literal de este apartado parece conllevar que los crímenes más graves también podían ser objeto de investigación ante un mecanismo tradicional de justicia u otro método alternativo. Sin embargo, el Gobierno ugandés descartó esta posibilidad, al aclarar que el sistema tradicional se aplicaría a los crímenes menores y la División Especial, por su parte, enjuiciaría los crímenes más graves atendiendo a los estándares internacionales (Request For Information From The Republic Of Uganda On The Status Of Execution Of The Warrants Of Arrest. ICC-02/04-01/05-286-Anx2 28-03-2008, punto C).

²³⁵ Puntos 16 – 18 del Annexure to the Agreement on Accountability and Reconciliation signed between the Government of the Republic of Uganda and the Lord's Resistance Army/Movement, 19 February 2008.

²³⁶ *Ibid.*, Puntos 19 – 22.

²³⁷ Request for Information From The Republic Of Uganda On The Status Of Execution Of The Warrants Of Arrest. ICC-02/04-01/05-286-Anx2 28-03-2008, punto A.

²³⁸ Resolución 2009 (2011) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6620a sesión, celebrada el 16 de septiembre de 2011. S/RES/2009 (2011), punto 12d).

regime figures and others who committed serious violations; a dynamic truth-seeking process; reparations victim-oriented measures; and various institutional reforms"²³⁹.

Ese mismo año, el Estado adoptaba una “Ley de justicia transicional”, Ley que fue modificada, un año después, en diciembre de 2013, por el Consejo Nacional de Transición²⁴⁰. Pues bien, esta norma preveía, entre otros, los siguientes mecanismos: revelación de la verdad mediante la creación de dos comisiones de investigación, exigencia de responsabilidades penales, medidas de reconciliación, amnistía y reparaciones²⁴¹. Llamativamente, en este caso, la Oficina del Fiscal se posicionó en un sentido positivo, al declarar, por ejemplo en el tercer informe al Consejo de Seguridad, que:

“41. The Government of Libya has recently adopted a Transitional Justice Law, which, among other things, establishes a Fact-Finding and Reconciliation Commission. The Office understands that the Government is in the process of establishing the Commission, and that its work has not yet begun, but that the Government is working with the UN on its establishment. The Office encourages these and other complementary efforts to address justice.”²⁴².

Es más, parecía dispuesta a dar cierto tiempo a Libia ya que admitía que una transición requiere tiempo, máxime tras 42 años del régimen de Gaddafi²⁴³. Por otra parte, parecía dispuesta a adoptar una posible relación de cooperación con los mecanismos de justicia transicional que se pudieran llegar a adoptar al declarar que:

“23. As before, the Office appreciates the challenges facing the Government of Libya and expresses its willingness to work with the Government in trying to address as many cases as possible. The Office calls on key partners of the Government of Libya to provide whatever support they can to ensure that the Government restores security in Libya, and to further discussion about how the

²³⁹ <https://unsmil.unmissions.org/Default.aspx?tabid=5292&language=en-US>

²⁴⁰ Law No. 29 of 2013 on Transitional Justice. Quisiéramos aclarar que la traducción ha sido realizada por la UNSMIL cuya definición de justiciar transicional es la siguiente: “When applying the provisions of this law, transitional justice is meant to address severe and systematic violations of the basic rights and liberties to which the Libyans were subjected by state affiliated apparatus under the former regime. This will be done through legislative, judicial, social and administrative measures, in order to reveal the truth, hold perpetrators accountable, reform institutions, preserve the national memory, seek reparation and compensate for the mistakes for which the state is responsible for compensating”.

²⁴¹ Law No. 29 of 2013 on Transitional Justice, art. 5.

²⁴² THIRD REPORT OF THE PROSECUTOR OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT TO THE UN SECURITY COUNCIL PURSUANT TO UNSCR 1970 (2011), 16 May 2012. La Fiscalía volvía a reiterar su apoyo a la Ley de Justicia Transicional en el Sixth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSCR 1970 (2011), 14 November 2013, punto 25.

²⁴³ Fourth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1970 (2011), 7 November 2012, punto 26.

Government's work with the Court and other transitional justice measures may be further buttressed"²⁴⁴.

Sin embargo, esta aparente buena relación entre la Corte Penal Internacional y la justicia transicional, tal y como lo analizaremos con mayor detenimiento en el Capítulo tercero, no fructificó y, en consecuencia, nos hallamos, una vez más, ante otro intento fallido de crear un proceso satisfactorio de justicia transicional²⁴⁵. En todo caso, la lectura positiva que debemos realizar es que, en este caso también, contamos con un Estado que trató de implementar un sistema de justicia transicional con una cierta aproximación, o visto bueno al menos, de la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional.

En definitiva, Colombia es, como mencionábamos al inicio, el único caso en el que parece haberse desarrollado e implementado un proceso de justicia transicional que, incluso, parece contar con el visto bueno de la Oficina de la Fiscalía. Por ello, analizaremos a continuación cómo ha regulado el Estado colombiano la integridad de los mecanismos que componen la justicia transicional.

3.2.4. LOS DIVERSOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL CREADOS EN EL ESTADO COLOMBIANO: ¿PRIMER PROCESO ACEPTABLE BAJO LA SUPERVISIÓN DE LA CORTE?

Si bien el actual Sistema integral de justicia, verdad, reparación y no repetición previsto en el Acuerdo Final de paz, ha supuesto el último, más novedoso e, incluso, ambicioso proceso de justicia transicional creado por el Estado colombiano, debemos señalar que ésta no es la primera vez que Colombia diseña un proceso de justicia transicional.

Previamente, en el año 2005, el Estado latinoamericano aprobó la Ley 975 (Ley de Justicia y Paz), “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”²⁴⁶. Como su propio nombre indica, el objetivo de la Ley era “facilitar los

²⁴⁴ Seventh Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSCR 1970 (2011), 13 May 2014.

²⁴⁵ Véanse las críticas vertidas a este aparente proceso de justicia transicional en: Kersten, Mark, "Transitional Justice Without a Peaceful Transition - The Case of Post - Gaddafi Libya" en *CRPD Working Paper N°38*, London School of Economics, UK, 2015, 30 pp.

²⁴⁶ Así mismo, se han dictado una multitud de Decretos que desarrollan la citada Ley y cuyo listado puede consultarse en: <http://www.justiciatransicional.gov.co/Normatividad/Justicia-y-Paz>). Por otra parte, si se

procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”²⁴⁷. Obsérvese que, en el año 2005, también se recogían los derechos de las víctimas con los que actualmente identificamos a la justicia transicional. Sin embargo, bajo la alegada defensa de los derechos de las víctimas, lo que se pretendía era la imposición de penas alternativas bajo ciertas condiciones²⁴⁸.

Posteriormente²⁴⁹, en el año 2011, se aprobó la Ley 1448 “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”, comúnmente conocida como la Ley de víctimas y de restitución de tierras²⁵⁰. Si bien en la Ley dominaba el discurso de los derechos de las

desea consultar el listado de jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la Ley acúdase a: <http://www.justiciatransicional.gov.co/Normatividad/Justicia-y-Paz>). Si lo que se desea es consultar las sentencias dictadas por las Salas de Justicia y Paz puede acudirse a: <http://www.justiciatransicional.gov.co/Normatividad/Justicia-y-Paz>

²⁴⁷ Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz), por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios, artículo 1.

²⁴⁸ Condiciones que, en gran medida, fueron exigidas por la Corte Constitucional colombiana. Puede consultarse, especialmente, la Sentencia C-370/06 que versa sobre la demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz. Si se desea ampliar los puntos de vista, puede leerse también la valoración que sobre la Ley realiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Verdad, justicia y reparación: cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013; Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2017, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II., 31 diciembre 2017.

Así mismo, quisiéramos precisar que si bien en momentos puntuales explicaremos y detallaremos algo más el alcance que tuvo esta Ley, la misma no es, ni mucho menos, el objetivo central de la investigación. Por ello, y dado que no nos es posible entrar en todos y cada uno de los temas que van surgiendo al hilo del presente trabajo, nos remitimos a las siguientes obras de referencia para profundizar más en los entresijos de esta ley: Ambos, Kai, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho penal internacional: estudio de la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de `justicia y paz` en Colombia*, Temis, Bogotá, 2010; Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2009; VV.AA., *Manual de procedimiento de Justicia y Paz*, Colombia, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2009; Torregrosa Jiménez, Rodolfo y Torregrosa Jiménez, Norhys, *Justicia transicional. Paz vs Justicia: El dilema en Colombia*, Bogotá, Universidad Libre, 2012.

²⁴⁹ En el período que va del año 2005 al año 2011, el Estado colombiano aprobó otras normas que, de una manera u otra, se hallan relacionadas con el tema de los desmovilizados: Ley 1592 de 2012 por la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005; Ley 1312 de 2009 (declarada, en el año 2010, inconstitucional por la Corte Constitucional colombiana) ya que se halla relacionada con aquellas personas cuyos casos no fueron sometidos a la Ley de Justicia y Paz. Finalmente; Ley 1424 de 2010 (Ley de desmovilizados), “por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”, desarrollada a través del Decreto 2601/11, por el cual se reglamenta la Ley 1424/10 y Decreto 2637/14, por el cual se adiciona un parágrafo al artículo 9 del Decreto 2601/11.

²⁵⁰ Al igual que en el caso anterior, fueron múltiples los decretos de desarrollo de la citada Ley y que pueden consultarse en: <http://www.justiciatransicional.gov.co/Normatividad>). La Corte Constitucional también se pronuncio sobre las mismas en: Sentencia C-099/13, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos

víctimas²⁵¹, tal y como apreció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pese a la promulgación de la Ley y el reconocimiento por primera vez de la existencia de un conflicto armado, persistía la violencia en el país²⁵².

Así, llegamos hasta el año 2012, cuando comenzaron los encuentros entre el Gobierno de Colombia y las FARC con el objetivo de poner fin al conflicto armado. Pues bien, en el marco de estos primeros encuentros entre las partes, el 31 de julio de 2012, se aprobó el Acto Legislativo No. 01 de 31 de julio de 2012 “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, comúnmente conocido con el Marco jurídico para la paz. Este polémico Acto Legislativo que, según determinados expertos, “pretendía darle una vía jurídica a la negociación”²⁵³, añadía un artículo transitorio a la Constitución colombiana con el objetivo de regular la justicia transicional en el país.

En él, se adoptaba una definición “particular” de justicia transicional al definirla como un instrumento excepcional dirigida a poner fin al conflicto armado y a lograr la paz²⁵⁴. Si bien el Acto Legislativo permitía el establecimiento de mecanismos judiciales y no judiciales dirigidos a investigar y enjuiciar los presuntos crímenes cometidos, los criterios que establecía para ello eran un tanto discutibles. Y es que no sólo preveía estrategias de priorización y de selección de casos²⁵⁵, sino que permitía, bajo ciertas condiciones, “establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones

79, 88 y 132 de la Ley 1448 de 2011; Sentencia C-820/12, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 99 de la Ley 1448 de 2011; Sentencia C-253A/12, alcance de la Ley 1448 de 2011.

²⁵¹ A este respecto, nos parece ilustrativo cómo se hacía referencia al objetivo de la Ley en el primero de sus artículos: “La presente ley tiene por objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3º de la presente ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales”, Artículo 1 de la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas y Restitución de Tierras), por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

²⁵² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Verdad, justicia y reparación: cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013, punto 480.

²⁵³ Barbosa, Francisco, *¿Justicia transicional o impunidad?... op.cit.*, p. 75.

²⁵⁴ Acto Legislativo No. 01 de 31 de julio de 2012 (Marco Jurídico para la Paz) “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, artículo 1.

²⁵⁵ Con el objetivo de regular este extremo, se aprobó la Directiva 001 de 2012: Estrategia de priorización de la Fiscalía General de la Nación (que analizaremos en el Capítulo tercero de la investigación).

extra-judiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados”²⁵⁶. En todo caso, este Acto Legislativo era claro al prohibir a quienes hubieran sido condenados por crímenes internacionales el derecho a participar en política²⁵⁷.

Como cabe apreciar, el Marco Jurídico para la Paz contenía polémicos aspectos que podrían llevar un incumplimiento del Estado colombiano del Estatuto de Roma y cuyo examen realizaremos íntegramente en el Capítulo cuarto de la presente investigación dedicado a la sanción²⁵⁸ ya que es en ese preciso punto donde consideramos que se encuentra el punto “débil” del mismo.

Sin embargo, este Marco Jurídico para la Paz, pese a este tratamiento que podemos calificar de benévolo para con los responsables de haber cometido crímenes internacionales, fue rechazado por las FARC²⁵⁹. De esta manera, prosiguieron las negociaciones con la finalidad de elaborar un sistema de justicia transicional que fuera aceptado por ambas partes negociadoras y que, finalmente, se materializó, como ya hemos adelantado, en el Acuerdo final de paz adoptado el 24 de noviembre de 2016 entre el Gobierno de Colombia y la delegación de las FARC.

Este último Acuerdo de paz, crea el proceso de justicia transicional más complejo hasta la fecha: el Sistema Integral de verdad, justicia, reparación y no repetición²⁶⁰. Este Sistema, mediante la combinación de mecanismos judiciales y no judiciales (compuestos²⁶¹ por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción Especial

²⁵⁶ Acto Legislativo No. 01 de 31 de julio de 2012, *op.cit.*.

²⁵⁷ *Ibid.*, artículo 3.

²⁵⁸ El citado Marco jurídico para la paz fue examinado por la Oficina de la Fiscalía en el transcurso de su examen preliminar y fue objeto de atención también en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Así mismo, la propia Corte Constitucional colombiana se pronunció sobre el mismo en las Sentencias C-577/14 y C-579 de 2013. Dado que principalmente versa sobre el tema de la priorización de casos, procederemos a analizarla en el Capítulo tercero de la presente investigación. No obstante, llegados a este punto, consideramos oportuno citar el siguiente libro que analiza de manera detallada el fallo de la Corte Constitucional: Ambos, Kai (Coord.), Justicia de transición y constitución: análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional, Temis, Bogotá, 2014.

²⁵⁹ Barbosa, Francisco, *¿Justicia transicional o impunidad?...*, *op.cit.*, p. 75.

²⁶⁰ El punto 5.1. del Acuerdo final de paz (páginas 127 – 130) introduce este complejo Sistema y detalla sus principios estructuradores.

²⁶¹ Puede leerse una breve introducción a cada uno de estos mecanismos en: Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, pp. 127 – 130.

para la Paz; las Medidas de reparación integral para la construcción de la paz; y las Garantías de No Repetición) tiene como objetivo luchar contra la impunidad²⁶² y resarcir a las víctimas²⁶³.

Como cabe apreciar, el Acuerdo de paz prevé el conjunto de medidas con las que, actualmente, identificamos a la justicia transicional: justicia (aunque en este caso no siempre es penal), verdad, reparación y garantías de no repetición. Por otra parte, el Acuerdo asume plenamente la teoría de la justicia transicional al defender la integridad²⁶⁴ y complementariedad (al menos en el plano teórico) de sus mecanismos²⁶⁵ y la posición central que deben ostentar las víctimas en todo proceso de transición²⁶⁶.

Como hemos repetido en reiteradas ocasiones, este Sistema Integral o, en otros términos, este sistema de justicia transicional (y, específicamente la Jurisdicción Especial para la Paz²⁶⁷) se halla bajo el escrutinio de la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional mediante el examen preliminar. En el transcurso del mismo, la Fiscalía ha “procurado transmitir mensajes claros a las autoridades colombianas sobre aspectos de la justicia transicional y su coherencia o compatibilidad con el Estatuto de Roma”²⁶⁸ ya que ha recordado que los crímenes más graves no pueden quedar sin castigo²⁶⁹. Ahora bien, independientemente de que la Fiscalía realice un examen holístico que abarque todas las

²⁶² *Ibid.*, pp. 8 - 9.

²⁶³ *Ibid.*, p. 124.

²⁶⁴ El Acuerdo final señala que “La experiencia internacional demuestra que la efectividad de estas medidas es mayor si se aplican de manera articulada y complementaria. Por eso el Sistema pretende ser integral, para que las medidas logren un máximo de justicia y de rendición de cuentas sobre las violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH ocurridas a lo largo del conflicto. La integralidad del Sistema contribuye también al esclarecimiento de la verdad del conflicto y la construcción de la memoria histórica”, Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, p. 127.

²⁶⁵ Concretamente, el Acuerdo prevé que: “los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto parte de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada. Estarán interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades. El cumplimiento de estas condicionalidades será verificado por la Jurisdicción Especial para la Paz.” (Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, p. 130). Es más, para coordinar todas estas medidas, se ha creado un “Comité de coordinación interinstitucional” (artículo 155 de la Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”).

²⁶⁶ Precisamente, es llamativo el discurso centrado en las víctimas que se realiza a lo largo de todo el articulado del Acuerdo de paz. Es más, uno de los principios estructuradores del mismo radica en el reconocimiento de las víctimas como titulares de derechos, tal y como se precisa en el Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, p. 124.

²⁶⁷ Mr. James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: "El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia", Conferencia organizada por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, la Universidad Externado en Bogotá y la Universidad EAFIT en Medellín. Bogotá y Medellín, Colombia, 30 - 31 de mayo de 2018, punto 46.

²⁶⁸ *Ibid.*, punto 14.

²⁶⁹ *Ibid.*, punto 29.

medidas previstas en el Sistema Integral²⁷⁰, el único extremo que podría traer consigo la admisibilidad de la situación ante la Corte es, como adelantábamos previamente, que las autoridades colombianas no realicen procesos nacionales genuinos en relación con “casos potenciales que podrían ser investigados por la Fiscalía”²⁷¹. Es decir, como aclara el Fiscal Adjunto, “los procesos de naturaleza no penal, como los procesos para establecer reparaciones para las víctimas, podrían ser tomados en consideración a los efectos de analizar la seriedad de los esfuerzos nacionales, en el contexto de una evaluación holística, pero, en sí mismos, no tornarían un caso inadmisibles ante la CPI”²⁷².

Teniendo en cuenta estas declaraciones de la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional quisiéramos insistir que el hecho de que un proceso íntegro de justicia transicional incorpore todos los mecanismos de manera complementaria no implica, automáticamente, que éste sea respetuoso con el Derecho internacional. Por ello, recordando las palabras del Relator Especial sobre la justicia transicional, defendemos que es fundamental que la integridad del sistema no tenga como propósito principal limitar el contenido de cada una de las medidas y, muy especialmente, las que tienen un claro componente penal.

Sin embargo, y como cabe deducir, éste es, precisamente, el dilema que plantea el caso colombiano. El Gobierno y las FARC han negociado un ambicioso sistema de justicia transicional que, de entrada, *parece* incorporar a la perfección la teoría de la justicia transicional. Sin embargo, y como iremos desgranando a lo largo de la investigación, el problema fundamental²⁷³ que apreciamos es que en el Acuerdo así como la legislación de desarrollo que se ha aprobado y que se sigue adoptando, el componente penal o retributivo de la justicia queda claramente subordinado e, incluso, en ocasiones excluido bajo el discurso de la justicia restaurativa²⁷⁴.

Y es que, el punto de salida o la base del Acuerdo se basa en el reconocimiento general de que determinados crímenes internacionales como, por ejemplo, “los delitos de lesa

²⁷⁰ *Ibid.*, punto 51.

²⁷¹ *Ibid.*, punto 50.

²⁷² *Ibid.*, punto 54.

²⁷³ Ahora bien, éste no es el único problema que apreciamos. A nuestro juicio, los posibles puntos conflictivos son tres: el alcance de la amnistía, el régimen de selección y priorización de casos previsto y, muy significativamente, el régimen de sanciones para aquellos responsables que reconozcan verdad y responsabilidad por los crímenes cometidos.

²⁷⁴ Y es que, el propio Acuerdo de paz señala que “El Sistema Integral hace especial énfasis en medidas restaurativas y reparadoras, y pretende alcanzar justicia no solo con sanciones retributivas”, Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, p. 128.

humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra- esto es toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática”²⁷⁵, definición que, como comprobaremos, vulnera el Derecho internacional, no pueden ser objeto de amnistía²⁷⁶. Dejando, por ahora, al margen este pequeño “desliz”, el Acuerdo añade que estos crímenes deben ser investigados y enjuiciados ante la Jurisdicción Especial para la Paz²⁷⁷.

Ahora bien, no todos los crímenes internacionales van a ser enjuiciados. Si bien el Acuerdo de paz no aclaraba cómo se procedería a seleccionar los casos sujetos a investigación y enjuiciamiento²⁷⁸, este aspecto parece que comienza a precisarse en la legislación de desarrollo. Concretamente, la Ley “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz” establece en el artículo 19 lo siguiente:

“La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP, aplicarán criterios para concentrar el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos. Con respecto a las personas y hechos que no sean objeto de selección, se podrá renunciar al ejercicio de la acción penal.”²⁷⁹

Obsérvese que el precepto no menciona la condición de “máximos responsables” - expresión empleada por los tribunales internacionales penales-, sino que opta por una fórmula mucho más ambigua relativa a la “participación determinante en los hechos”. Esta expresión, a nuestro juicio, puede dar lugar a ciertas interpretaciones que, precisamente, impidan que las investigaciones se centren en los máximos responsables.

En todo caso, y pese a este segundo “matiz”, debemos añadir que incluso aquellas personas que finalmente sean condenadas por ostentar una participación determinante en los hechos (hechos que, no olvidemos, podrían ser constitutivos de un crimen internacional ya que para el resto de supuestos se prevé la amnistía) pueden optar por un

²⁷⁵ *Ibid.*, punto 40.

²⁷⁶ *Ibidem.*

²⁷⁷ *Ibid.*, punto 30. Véase también cómo se define la Jurisdicción Especial para la Paz en los artículos 2 y 8 de la Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz” (consúltese también los títulos IV y V de la Ley si se quiere profundizar en su competencia o estructura).

²⁷⁸ El Acuerdo mencionaba en determinadas ocasiones la expresión “casos más graves y representativos” como posible criterio a tomar en consideración. No obstante, tampoco cabía deducir, con una certeza absoluta, que este requisito supusiera un límite o una condición a exigir en la selección de casos (los puntos 48 y siguientes del Acuerdo enumeran y detallan las competencias de las diversas salas que componen la Jurisdicción Especial para la Paz).

²⁷⁹ Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019.

sistema de sanciones restaurativas²⁸⁰, que en ningún caso inhabilitarán para participar en política²⁸¹.

Esta posibilidad se debe al doble procedimiento que se negoció en el propio Acuerdo de paz. Simplificándolo hasta el extremo podemos señalar que, bajo la denominación de “proceso en caso de reconocimiento de verdad y reconocimiento de responsabilidad”²⁸², se crea un sistema en el que los responsables que reúnan las características citadas en los párrafos previos que reconozcan verdad y responsabilidad y se comprometan a reparar a las víctimas y a garantizar la no repetición de las violaciones cometidas, pueden eludir las penas privativas de libertad y, en cambio, ser beneficiarios de una serie de sanciones restaurativas²⁸³.

Sin perjuicio del análisis minucioso que merece este complejo entramado, de entrada, una conclusión preliminar es obvia: aquellas personas que hayan tenido una participación determinante en la comisión de un crimen internacional que admitan verdad y responsabilidad pueden eludir cualquier tipo de sanción privativa de libertad. Es decir, de optar por esta vía, parece que el componente retributivo de la justicia transicional estaría ausente. Teniendo en cuenta que en apartados previos hemos concluido que tanto la justicia retributiva como la restaurativa deben estar presentes en un proceso de justicia transicional cuando se han cometido crímenes internacionales, ¿nos hallamos o no ante un incumplimiento de la normativa internacional? Pues bien, éste será el análisis que llevaremos a cabo en la presente investigación.

Si bien hasta ahora nos hemos basado en el Acuerdo final de paz para explicar el sistema de justicia transicional creado, conviene analizar que, desde que el mismo fuera aprobado, el Estado colombiano ha ido adaptando un conjunto de normas dirigidas a implementar el Acuerdo. Por ello, y dado que es esta legislación la que, en el fondo, va a dar efectividad a lo negociado por las partes, nos basaremos también en la misma para explicar el detallado sistema²⁸⁴.

²⁸⁰ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, punto 60.

²⁸¹ *Ibid.*, punto 36.

²⁸² *Ibid.*, punto 45.

²⁸³ *Ibid.*, punto 13. Debemos precisar que, en el caso contrario, las sanciones sí que contemplan la pena privativa de libertad, pero sobre cuya proporcionalidad, en determinadas ocasiones, habrá que reflexionar.

²⁸⁴ Ahora bien, en momentos puntuales continuemos haciendo referencia al Acuerdo final de paz ya que contamos con numerosas declaraciones (especialmente por parte de la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional) que se basan en el mismo para realizar su valoración preliminar y que nos aportan no pocas conclusiones relevantes.

Así, conviene añadir que, tras la adopción del Acuerdo de paz, una de las primeras medidas aprobadas fue la sanción, el 4 de abril de 2017, del Acto Legislativo No. 1 “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”. En el primer capítulo de dicho Título transitorio se procede a regular el “Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición” que repite los puntos ya explicados: se enumeran los componentes del Sistema, se citan los objetivos que persiguen, se recuerda la integridad con la que deben aplicarse las medidas y, entre otras, se insiste en la prioridad que otorgan a la justicia restaurativa²⁸⁵. Pues bien, resulta interesante comprobar que este Acto Legislativo fue objeto de revisión de constitucionalidad por la Corte Constitucional de la República de Colombia en la Sentencia C-674 el 14 de noviembre de 2017 en la que, en términos generales, da el visto bueno al Sistema integral creado²⁸⁶.

²⁸⁵ Concretamente el Acto Legislativo establece que: “El Sistema Integral hará especial énfasis en medidas restaurativas y reparadoras, y pretende alcanzar justicia no solo con sanciones retributivas. Uno de los paradigmas orientadores de la JEP será la aplicación de una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido”, Acto legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017, *op.cit.*

²⁸⁶ Resulta llamativo que la Corte Constitucional emplee la defensa de la “flexibilidad” que exigen estos contextos de transicional. Concretamente, el máximo Tribunal se expresa en los siguientes términos: “En esencia, este régimen de condicionalidades apunta a permitir la flexibilización en los estándares regulares y ordinarios de justicia, pero sobre la base de que esto tiene como contrapartida una ganancia en términos de acceso a la verdad, de la reparación integral a las víctimas, y de implementación de garantías de no repetición de los hechos que dieron lugar a la vulneración de derechos... De hecho, estas dinámicas e interacciones no son extrañas a la historia constitucional colombiana, ya que en escenarios de transición como los que enfrenta el Acto Legislativo 01 de 2017, la búsqueda de la paz suele requerir importantes sacrificios en términos de otros bienes constitucionales, especialmente en materia de justicia...” (Corte Constitucional de la República de Colombia en la Sentencia C-674 el 14 de noviembre de 2017, punto 5.5.1.1. Es más, en un apartado posterior va incluso más allá y, tras defender que el Sistema creado respeta los derechos de las víctimas, añade que, ante violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, no es posible responder de la misma manera que si de violaciones individuales se tratara (punto 5.5.1.10). Finalmente, la Corte Constitucional concluye que: “Con respecto a los instrumentos de verdad, justicia, reparación y no repetición, la Corte encontró que, en general, este sistema preservó tanto el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario y el de asegurar los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, como el derecho al debido proceso, y en particular, la garantía del juez natural... Adicionalmente, este modelo se encuentra blindado y protegido por un sistema de condicionalidades, de suerte que las concesiones que el Estado hace en el componente de justicia, flexibilizando su deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos y de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, tiene como contrapartida unas ganancias proporcionales y efectivas en los demás componentes del sistema transicional, esto es, en la consecución y difusión de la verdad, en la reparación a las víctimas, y en el diseño e implementación de garantías de no repetición” (Corte Constitucional de la República de Colombia en la Sentencia C-674 el 14 de noviembre de 2017, punto 6.5).

Esta posición de la Corte Constitucional es, sin ningún género de dudas, legítima y respetable. Sin embargo, como ya hemos adelantado, nuestra postura difiere considerablemente de la valoración realizada por el Tribunal. A nuestro juicio, pese a que se emplee un discurso basado en la protección de los derechos de las víctimas y en el ideal de lograr la paz, consideramos que ciertos extremos previstos tanto en el Acuerdo final de paz como en la legislación de desarrollo no tienen sino el objetivo principal de sustraer a los presuntos máximos responsables de haber cometido un crimen internacional de la acción de la justicia lo que, consideramos, podría conllevar la admisibilidad de la situación por la Corte Penal Internacional tal y como analizaremos a lo largo de la investigación.

SECCIÓN 2.^a. LOS CONFLICTOS ARMADOS Y EL ESTATUTO DE ROMA: ¿LA JUSTICIA PENAL COMO IMPEDIMENTO PARA LOGRAR LA PAZ?

Una vez hemos mostrado que los contextos en los que interviene la Corte Penal Internacional son los mismos que en los que se demanda la implementación de los mecanismos o procesos de justicia transicional y tras haber estudiado cómo se ha producido, en ocasiones, su incorporación bajo la supervisión de la Corte en determinados Estados, en la presente Sección continuaremos profundizando en los puntos en común que unen a estas dos materias con el objetivo de demostrar que no nos hallamos ante dos campos contradictorios.

Para ello, hemos decidido centrar nuestro análisis en un debate clásico tanto de la justicia transicional como del propio Derecho Internacional Penal: la eterna disyuntiva entre la exigencia de responsabilidades penales y el logro de la paz. Así, pondremos de manifiesto que los argumentos que se vierten en procesos de justicia transicional encuentran una plasmación directa en determinados artículos del Estatuto de Roma, lo que nos permitirá corroborar que en el seno de la Corte también se reproducen estas tensiones.

1. La alegada flexibilización de las obligaciones internacionales aplicables en contextos de transición bajo la premisa de lograr la “paz”

1.1. La exigencia de responsabilidades penales en el transcurso del conflicto armado

Cuando el conflicto armado continúa desarrollándose, las prioridades de las partes en conflicto no son, de ninguna manera, hacer frente a las violaciones a los derechos humanos que, no olvidemos, ellos mismos habrán cometido. Es lógico pensar que el objetivo principal debería ser lograr la "paz" y, para ello, lo primero que hay que hacer es poner fin al conflicto. Por ello, suele ser común defender que, "lograr la paz y con ello, la posibilidad de salvaguardar vidas, parece un fin lo suficientemente valioso como para restringir las acciones en procura de otros intereses"²⁸⁷. Ahora bien, plantear el debate mediante una secuencia entre primero paz, luego justicia, no se halla exento de riesgos²⁸⁸ ya que, como la historia ha demostrado, bajo la defensa de la "paz", en los acuerdos de paz que tienden a poner fin (sobre el papel) a un conflicto armado ha prevalecido la impunidad en las más variadas manifestaciones: amnistías, indultos, trueque de paz por justicia, inmunidades, extinciones de responsabilidad, etc.

La razón fundamental que se ha alegado en estos casos ha sido, y continúa siendo, que la exigencia de responsabilidades, especialmente penales, puede poner en peligro la consecución de la paz, al considerarla un obstáculo, un impedimento para la paz. En otras palabras, se asume, de entrada, que la implementación de la justicia penal puede prolongar el conflicto²⁸⁹ y, así, se acaba concluyendo que la justicia será viable siempre y cuando se haya logrado o la paz o siempre y cuando no la ponga en peligro.

Si bien estos argumentos podrían tener algún tipo de incidencia práctica en los primeros años de desarrollo del campo de la justicia transicional, lo cierto es que, actualmente, caen por su propio peso. Las razones pueden ser muchas y muy variadas,

²⁸⁷ Filippini, Leonardo y Magarrell, Lisa, "Instituciones de la justicia de transición y contexto político" en Rettberg, Angelika (Comp.), *Entre el perdón y el piedad: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005, p. 155.

²⁸⁸ A este respecto, pueden ser ilustrativas las siguientes declaraciones del Presidente de la República Democrática del Congo: "Why do we choose to work with Mr Bosco, a person sought by the ICC? Because we want peace now. In Congo, peace must come before justice.", Smith, David, Congo Conflict: 'The Terminator' Lives in Luxury While Peacekeepers Look on, *The Guardian*, 5 February 2011. Disponible online en: <https://www.theguardian.com/world/2010/feb/05/congo-child-soldiers-ntaganda-monuc>

²⁸⁹ Este debate se recoge en: Belasco, Lauren Marie, "The Transitions of Transitional Justice: Mapping the Waves from Promise to Practice", *Journal of Human Rights*, Vol. 12, Issue 2, 2013, p. 209.

pero nos detendremos exclusivamente en dos de ellas: el actual significado de la paz y la evolución experimentada en el reconocimiento de ciertas obligaciones internacionales.

En primer lugar, conviene recordar que, en los últimos años²⁹⁰, se han producido interesantes avances en el reconocimiento internacional del “derecho humano a la paz”²⁹¹, catalogado como derecho de “solidaridad”²⁹² y cuya plasmación práctica se puede apreciar en ciertos instrumentos internacionales de protección de los derechos

²⁹⁰ Ahora bien, no tenemos que olvidar que, en 1993, en la Declaración y programa de acción de Viena, ya se reafirmó la relación entre la paz y la observancia y el respeto de los derechos humanos al declarar que "los esfuerzos del sistema de las Naciones Unidas por lograr el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos contribuyen a la estabilidad y bienestar necesarios para que haya relaciones de paz y amistad entre las naciones y para que mejoren las condiciones para la paz y la seguridad, así como para el desarrollo económico y social, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas" (Declaración y programa de acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, Punto 6). Por ello, el primer paso debe ser reconocer que, sin respeto a los más básicos y fundamentales derechos humanos, sin medidas que tiendan a su garantía y protección, difícilmente podrá hablarse de paz. Por ello, estamos de acuerdo con Bassiouni cuando afirma que "genuine peace requires the creation of a positive foundation for social, political, and economic growth grounded in the respect for fundamental human rights" (Bassiouni, M. Cherif, "Assessing conflict outcomes: accountability and impunity", *op.cit.*, p. 14).

²⁹¹ A este respecto, conviene recordar la Resolución 71/189, aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2016, relativa a la Declaración sobre el Derecho a la Paz, cuyo artículo 1 proclama que “toda persona tiene derecho a disfrutar de la paz de tal manera que se promuevan y protejan todos los derechos humanos y se alcance plenamente el desarrollo”. Previamente pueden consultarse, especialmente, la Declaración de Luarca sobre el Derecho Humanos a la Paz, aprobada el 30 de diciembre de 2006; la Declaración de Bilbao sobre el Derecho Humano a la paz, de febrero de 2010; la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la paz, del 10 de diciembre de 2010.

Resulta interesante mencionar que, “el intento de formular un derecho humano a la paz en Derecho internacional no parte de cero. El primer asidero con que contamos para sustentar tal derecho se encuentra en la propia Carta de las Naciones Unidas, y en especial en dos de sus principios constitucionales: la obligación de solución pacífica de controversias y la prohibición de la amenaza y uso de la fuerza en las relaciones internacionales”, Saura Estapà, Jaume, "Hacia un derecho humano a la paz internacionalmente reconocido" en Rueda Castañón, Carmen Rosa y Villán Durán (Eds.), *La Declaración de Luarca sobre el Derecho Humano a la Paz*, AEDIDH, España, 2008 (2ed.), pp. 469 - 470.

A este respecto, cabe citar los siguientes estudios doctrinales que han analizado en detalle el derecho a la paz: Guillermet Fernandez, Christian and Fernandez Puyana, "Implementing the Declaration on the Right to Peace in the world", *European Human Rights Law Review*, Vol. 3, 2017, pp. 285 - 297; Baillet, Cecilia M., "Normative Foundation of the International Law of Peace" en Bailliet, Cecilia Marcela and Larsen, Kljetil Mujezinovic (Eds.), *Promoting Peace Through International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 43 - 65; Villán Durán, Carlos y Faleh Pérez, Carmelo (Eds.), *Contribuciones regionales para una declaración universal del derecho humano a la paz*, AEDIDH, España, 2010; Garrido Gómez, M.^a Isabel (Ed.), *El derecho a la paz como derecho emergente*, Atelier, Barcelona, 2011; Van Boven, Theo, "The right to peace as an emerging solidarity right" en Rieter, Eva and de Waele, Henri (Eds.), *Evolving Principles of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 137 - 147; Schabas, William A., "Freedom from fear and the human right to peace" en Keane, David and McDermott, Yvonne (Eds.), *The Challenge of Human Rights: Past, Present and Future*, Edward Elgar, UK-USA, 2012, pp. 36 - 51; Anderson, Kjell, "The universality of war: Jus ad bellum and the right to peace in non-international armed conflicts" en Keane, David and McDermott, Yvonne (Eds.), *The Challenge of Human Rights: Past, Present and Future*, Edward Elgar, UK-USA, 2012, pp. 52 - 73.

²⁹² Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *Declaración de Luarca sobre el Derecho Humano a la Paz*, AEDIDH, España, 2010, p. 24.

humanos²⁹³, en determinadas constituciones²⁹⁴ e, incluso, en recientes acuerdos de paz²⁹⁵ que mencionan expresamente el mismo. Si bien en estos momentos no entraremos a analizar si, realmente, es posible hablar o no de un “derecho humano a la paz”, lo que es innegable es que se han producido relevantes avances que impiden equiparar la “paz” con la ausencia de un conflicto armado.

La razón fundamental radica en que la “paz” tiene dos vertientes: la paz positiva y la paz negativa. Ésta última modalidad, predominante especialmente en los primeros años de la justicia transicional, podría identificarse con el “silencio de las armas”²⁹⁶, es decir, con el fin inmediato del conflicto armado²⁹⁷. Sin embargo, en la actualidad, en la literatura de la justicia transicional y en la práctica de la ONU²⁹⁸, comienza a reconocerse que este mero “silencio” o fin del conflicto no es suficiente²⁹⁹. Por el contrario, se defiende que la

²⁹³ Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos y sus Protocolos Adicionales: “Artículo 23 1. Todos los pueblos tendrán derecho a la paz y a la seguridad nacional e internacional. Los principios de solidaridad y de relaciones amistosas implícitamente afirmados por la Carta de las Naciones Unidas y reafirmados por la de la Organización para la Unidad Africana gobernarán las relaciones entre Estados. 2. Con el fin de fortalecer la paz, la solidaridad y las relaciones amistosas, los Estados firmantes de la presente Carta garantizarán que: a) cualquier individuo que disfrute del derecho de asilo contemplado en el artículo 12 de la presente Carta no realice actividades subversivas contra su país o cualquier Estado firmante de la presente Carta; b) sus territorios no serán usados como base para actividades subversivas o terroristas contra el pueblo de cualquier otro Estado firmante de la presente Carta.”

²⁹³ Declaración de Derechos Humanos de la Asean: “RIGHT TO PEACE 38. Every person and the peoples of ASEAN have the right to enjoy peace within an ASEAN framework of security and stability, neutrality and freedom, such that the rights set forth in this Declaration can be fully realised. To this end, ASEAN Member States should continue to enhance friendship and cooperation in the furtherance of peace, harmony and stability in the region.”

²⁹⁴ Artículo 22 de la Constitución Política de Colombia, de 1991, en la que se afirma que “La paz es un derecho y un deber de obligado cumplimiento”.

²⁹⁵ Preámbulo al Acuerdo final para la terminación del conflicto..., *op.cit.*, (en el que se destaca que “la paz ha venido siendo calificada universalmente como un derecho humano superior, y requisito necesario para el ejercicio de todos los demás derechos y deberes de las personas y del ciudadano, consúltese también el artículo 29 de la Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”) o el Acuerdo de paz de Lomé (Acuerdo de paz entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido de Sierra Leona, Parte II en el que se reconoce “el derecho del pueblo de Sierra Leona a vivir en paz”. Señalar que la comisión de la verdad de Sierra Leona se refirió al derecho a la paz en su informe. Puede consultarse el volumen I, capítulo I relativo al mandato de la comisión en: http://www.sierraleonetrc.org/index.php/view-report-text-vol-1/item/vol-one-chapter-one?category_id=19

²⁹⁶ Méndez, Juan E., “Speeches...”, *op.cit.*, p. 366.

²⁹⁷ Mani, Rama, “La reparación como un componente de la justicia transicional...”, *op.cit.*, p. 159.

²⁹⁸ Cartas idénticas de fecha 21 de agosto de 2000 dirigidas al Presidente de la Asamblea General y al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General, A/55/305–S/2000/809, 21 de agosto de 2000, p. 3, párrafo 13; Resolución 71/189, aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2016, relativa a la Declaración sobre el Derecho a la Paz.

²⁹⁹ Goldstone, Richard, “Preface” en Villa - Vicencio, Charles and Doxtader, Erik (Eds.), *Pieces of the Puzzle. Keywords on Reconciliation and Transitional Justice*, South - Africa, Institute for Justice and Reconciliation, 2004, p. v; Torres Argüelles, Alfredo, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 29; Forcada Barona, Ignacio, *Derecho Internacional y Justicia Transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*, Navarra, Civitas - Aranzadi, 2011, p. 36; Elster, Jon, “Justice, Truth, Peace” en Williams, Melissa S., Nagy,

justicia transicional debe buscar una paz positiva³⁰⁰, una paz duradera o una "paz sostenible"³⁰¹ y, para ello, resulta necesario implementar mecanismos que garanticen no sólo el fin del conflicto, sino la permanencia de la paz, entendiendo por tal, entre otras, la improbabilidad de que resurja la violencia en el futuro. Y, para lograr este objetivo, es indudable que debe ponerse fin a la impunidad³⁰². Por las razones expuestas, y como bien señala Méndez, hay que poner fin a la idea errónea de que, en aras de lograr la paz, es mejor un mal acuerdo de paz, que incluso contenga cláusulas de impunidad, que la ausencia del mismo³⁰³, ya que este acuerdo podría llegar a tener la capacidad de lograr la paz "negativa", pero no la "positiva" que es la que, en la actualidad, busca la justicia transicional.

En segundo lugar, no debemos olvidar los avances normativos que se han producido en el Derecho Internacional ya que, como se ha defendido, "el rápido desarrollo experimentado por el Derecho Internacional penal en las últimas décadas ha alcanzado un nivel de madurez jurídica, si no total, si suficiente para, cuanto menos, influir de manera directa, efectiva y creciente en los procesos de paz que se desarrollan en la actualidad."³⁰⁴ Por ello, cabe defender en que en la negociación de acuerdos de paz que tienden a poner fin a un conflicto armado, debe respetarse y garantizarse el conjunto de obligaciones internacionales que imponen límites precisos a las partes negociadoras³⁰⁵. Llegados a este punto, no está de más recordar las declaraciones de la Alta Comisionada

Rosemary and Elster, Jon (Eds.), *Transitional Justice*, New York and London, New York University Press, 2012, p. 81.

³⁰⁰ A juicio de reconocidos expertos, esta paz positiva consistiría en "la defensa de la democracia, los derechos humanos, el desarrollo" (Ramón Chornet, Consuelo y de Lucas Martín, Javier, *Querela pacis, perpetua? Una reivindicación del Derecho internacional*, Publicacions de la Universitat de València, Valencia, 2006, p. 55).

³⁰¹ Esta "paz sostenible" se define en la Carta de fecha 13 de junio de 2008 dirigida al Secretario General por los Representantes Permanentes de Alemania, Finlandia y Jordania ante las Naciones Unidas: Declaración de Nuremberg sobre Paz y Justicia. Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, distribución general 19 de junio de 2008 (A/62/885), Punto II.1.

³⁰² Méndez, Juan E., "Justicia de transición", *op.cit.*, p. 24. Véase también: Mani, Rama, "Does power trump morality? Reconciliation or transitional justice" en Hughes, Edel, Schabas, William A. and Thakur, Ramesh (Eds.), *Atrocities and international accountability: beyond transitional justice*, Tokio-New York- Paris, United Nations University Press, 2007, p. 24; Benavides Venegas, Farid Samir, *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*, Barcelona, Institut Català Internacional per la Pau, 2011, p. 81; Declaración de Nuremberg sobre Paz y Justicia, A/62/885, *op.cit.*, Punto IV.1. 1.5.

³⁰³ Méndez, Juan E., "Speeches...", *op.cit.*, p. 371.

³⁰⁴ Vacas Fernández, Félix, "Los derechos de las víctimas y la negociación: el caso de Colombia" en Díaz Barrado, Cástor M., Fernández Liesa, Carlos R. y Rodríguez - Villasante y Prieto, José Luis (Dirs.), *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el Conflicto Colombiano*, Navarra, Aranzadi, 2013, p. 542. Por esta razón, como posteriormente señala el experto, el margen de maniobra de las partes negociadoras se ha visto limitada (ibidem, p. 574).

³⁰⁵ Una postura un tanto contradictoria se puede apreciar en: Torres Argüelles, Alfredo, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, *op.cit.*, pp. 30 – 31.

de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos cuando afirmaba contundentemente que:

"las cuestiones políticas y de seguridad que figuran en la agenda de los acuerdos de paz deben abordarse de manera que se cumplan las obligaciones jurídicas internacionales, en particular con respecto a la rendición de cuentas, la verdad, las reparaciones y las garantías de no repetición. Al incluir esas obligaciones, los acuerdos de paz, como mínimo, mantienen la puerta abierta al posterior establecimiento de mecanismos de justicia de transición"³⁰⁶.

Esta línea ha sido seguida por varios de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos al recordar que, también en transiciones hacia la paz, las obligaciones internacionales son "irrenunciables"³⁰⁷. Sin embargo, llamativamente, en los últimos años, parece atisbarse un preocupante retroceso. Y es que, en un voto concurrente realizado por el Juez García-Sayán³⁰⁸ en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se argumentó que, en el marco de un conflicto armado de carácter no internacional, tanto las víctimas como los victimarios se cuentan por millares³⁰⁹, lo que implica la necesidad de aplicar, de manera concurrente, tanto mecanismos judiciales como no judiciales que se dirijan a lograr la justicia, la verdad y la reparación³¹⁰ (derechos que el Juez califica como interdependientes³¹¹).

Si bien parece que se asume la teoría de la justicia transicional, no deja de ser un tanto polémica la forma en la que "integra" los diversos componentes bajo la necesidad de buscar una "armonización entre justicia penal y paz negociada"³¹² en el marco de la justicia transicional³¹³ y que, en última instancia, le lleva a defender la imposición de penas "alternativas o suspendidas", sobre cuyas implicaciones reflexionaremos en el Capítulo cuarto³¹⁴. Es más, obsérvese cómo concluye el Juez su voto particular:

³⁰⁶ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/18/23, *op.cit.*, Punto 59.

³⁰⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2014, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II, 9 marzo 2015, punto 71. Tajante posición que, en ocasiones, ha sido criticada por la doctrina alegando que éstos parten de "una visión parcial de los intereses en juego" (Gil Gil, Alicia, "El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano...", *op.cit.*, p. 28).

³⁰⁸ Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán en la Sentencia de la Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.

³⁰⁹ *Ibid.*, punto 22.

³¹⁰ *Ibidem.*

³¹¹ *Ibid.*, punto 23.

³¹² *Ibid.*, punto 26.

³¹³ *Ibid.*, punto 27.

³¹⁴ Si bien iremos desgranando el planteamiento del Juez en apartados sucesivos, es interesante adelantar que, por una parte, defiende una posible priorización de los casos más graves que vayan a ser objeto de

“De este modo, en ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente. En esas circunstancias, tomando en consideración que no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se ponderen de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecten de forma desproporcionada la vigencia de los demás. Así, el grado de justicia al que se pueda llegar no es un componente aislado, del cual se podrían derivar legítimas frustraciones e insatisfacciones, sino parte de un ambicioso proceso de transición hacia la tolerancia recíproca y paz”³¹⁵.

Es decir, no se exige una aplicación completa e íntegra de cada una de las obligaciones internacionales en las que se basan los correspondientes mecanismos de la justicia transicional, sino que parece permitirse cierta “flexibilidad” o “ponderación” en el cumplimiento de las mismas. Dado que nos hallamos ante argumentos que se reiteran constantemente en la doctrina transicional, quisiéramos recordar, siguiendo las declaraciones del Relator Especial, que las obligaciones internacionales aplicables en procesos de justicia transicional no deben “compensarse” unas con otras³¹⁶.

Sin embargo, lamentablemente, los actuales procesos de justicia transicional no parecen haber interiorizado estos avances que hemos descrito y que se han producido en el Ordenamiento Jurídico Internacional. Por el contrario, si atendemos a la práctica podemos observar que, sin abandonar la clásica dicotomía entre la paz y la justicia, se ha realizado una cierta reformulación del debate hacia una fórmula más ambigua que puede resumirse bajo el lema "queremos alcanzar el máximo de justicia que nos permita la paz"³¹⁷. No obstante, en realidad y como comprobaremos en el punto que sigue a continuación, el objetivo que se busca no es otro que limitar el alcance de la justicia penal bajo el argumento de la paz.

investigación y enjuiciamiento (*Ibid.*, punto 29). Sin embargo, una vez salvado el dilema relativo a la imposibilidad material de enjuiciar a todos los presuntos responsables, ¿qué razón justifica la necesidad de imposición de penas alternativas o suspendidas que plantea en el siguiente apartado? (*Ibid.*, punto 30). A nuestro juicio, la respuesta se basa en argumentos meramente políticos relacionados con el simple hecho de que aquellas personas que posiblemente puedan ser investigadas y enjuiciadas por haber cometido crímenes internacionales, se hallan negociando la paz. Es decir, una vez más, lo que cabe apreciar es la flexibilización de las demandas de la justicia (en esta ocasión, bajo el maquillaje de “penas alternativas o suspendidas”) como justificación para lograr la paz.

³¹⁵*Ibid.*, punto 38.

³¹⁶ Nos remitimos a la Sección cuarta del Capítulo primero donde citamos el conjunto de documentación y decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos que sustentaban esta posición.

³¹⁷ Declaraciones del ex Presidente de Colombia, Juan Manuel Santos, en un entrevista en: El País, "Nunca habíamos visto a las FARC tan comprometidas", 1 de marzo de 2015. Disponible online en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/02/28/actualidad/1425158156_968471.html

1.2. La reformulación del clásico debate de la justicia transicional: “tanta justicia como lo permita la paz”

Hoy en día se afirma que todo acuerdo debe lograr tanto la paz como la justicia, pero resulta un tanto llamativo que se formulen los siguientes interrogantes: ¿“cuánta justicia y cuánta paz”³¹⁸ reclama la justicia transicional? ¿Cuándo y cómo hay que implementar las medidas de justicia?³¹⁹ ¿Pueden satisfacerse simultáneamente³²⁰ o no³²¹ las demandas de paz y de justicia? En definitiva, algunos expertos parecen decididos a dilucidar “cuánta justicia puede ser sacrificada en honor de las negociaciones de paz”³²² y, otros, directamente, parecen tener la respuesta al afirmar “tanta justicia como paz lo permita”³²³. Esta reformulación del clásico debate se ha planteado, ni más ni menos, que en el reciente acuerdo de paz firmado por Colombia y, por ello, consideramos oportuno detenernos brevemente en el mismo.

A este respecto quisiéramos precisar que el derecho a la paz es un derecho reconocido en la Constitución colombiana³²⁴ y, por esta razón, es lógico que el reciente Acuerdo de paz lo mencione expresamente³²⁵. De la misma manera, los instrumentos legales dirigidos a su implementación también parten de la consideración de la paz como un derecho que debe salvaguardarse en todo momento³²⁶ como señala, por ejemplo, el “Acto Legislativo

³¹⁸ Duggan, Colleen, "Prólogo" en Rettberg, Angelika (Comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005, p. viii.

³¹⁹ Informe del Secretario General: El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, Punto VIII.21.

³²⁰ Por ejemplo, la Conferencia celebrada en Núremberg en el año 2007 identificó, tal y como apuntan en el libro que posteriormente publicaron, formas para garantizar ambos elementos: Ambos, Kai, Large, Judith and Wierda, Marieke, "Preface" en Ambos, Kai, Large, Judith and Wierda, Marieke (Eds.), *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlin, Springer - Verlag, 2009, p. viii.

³²¹ El debate en contra de la posibilidad de que ambas demandas se puedan satisfacer de manera simultánea lo muestra Sriram: Sriram, Chandra Lekha, *Confronting Past Human Rights Violations. Justice vs Peace in Times of Transition*, London and New York, Frank Cass, 2004, pp. 1 - 2.

³²² Ambos, Kai, "El marco jurídico de la justicia de transición" en Ambos, Malarino y Elsner (Eds.), *Justicia de transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 63.

³²³ Malarino, Ezequiel, "Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, n. 09, enero 2013, p. 210. A juicio del autor, nunca debería de producirse una ponderación entre la paz y la justicia, sino que la segunda es la única premisa que puede limitarse ya que la paz, a su juicio, “es siempre un interés prioritario” (*Ibidem*, pp. 215 – 216).

³²⁴ Artículo 22 de la Constitución Política de Colombia, de 1991.

³²⁵ Preámbulo al Acuerdo final para la terminación del conflicto..., *op.cit.*

³²⁶ Artículo 5 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016, “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”, que dispone: “Derecho a la paz. La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. La paz es condición esencial de todo derecho y es deber irrenunciable de los colombianos alcanzarla y preservarla.” Consúltese también el artículo 26 de la Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.

No. 1, de 4 de abril de 2017, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”.

Pues bien, conviene añadir que este Acto Legislativo fue objeto de revisión de constitucionalidad por la Corte Constitucional de Colombia³²⁷ en la Sentencia C-674, de 14 de noviembre de 2017³²⁸ en la que se realiza un interesante pronunciamiento acerca de la “ponderación” necesaria entre la paz y la justicia que, dada su relevancia, hemos considerado oportuno reproducirlo literalmente:

“5.2.4.2.2. Con respecto al deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al DIH, la Corte ha determinado que aunque en principio este deber en cabeza del Estado conlleva la obligación de desplegar la función persecutoria y represiva frente al fenómeno delictivo en toda su integridad y en todas sus manifestaciones, en contextos en los que se pretende poner fin a la violación masiva de derechos humanos, tal como ocurre en los periodos de transición producidos en el marco de un conflicto armado interno, este deber puede flexibilizarse, cuando, como contrapartida, se persigue una ganancia efectiva en términos de consecución de la paz, de la verdad, de la reparación a las víctimas, y de la obtención de garantías de no repetición, y cuando se preserva el mínimo irreductible de este deber, referido a la investigación, juzgamiento y sanción de los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos (...)

5.2.4.2.5. (...) En este marco, este Tribunal ha entendido que los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación pueden ser limitados o restringidos, pero tan solo en tanto esto sea indispensable para la consecución de una paz estable y duradera, y en tanto lo anterior no anule la base y el sustrato mismo del reconocimiento de sus derechos.”³²⁹

Como cabe apreciar, la Corte Constitucional colombiana asume la tesis de aquellos sectores doctrinales que defienden que, en contextos de transición, deben “flexibilizarse” las demandas de la justicia con la finalidad de lograr la paz³³⁰, lo que, en el fondo, se traduce en la máxima que señalábamos unas líneas más arriba: los acuerdos de paz deben contener tanta justicia como lo permita la paz. A nuestro juicio, pronunciamientos tan

³²⁷ Sin embargo, conviene matizar que ésta no era la primera vez en la que la Corte Constitucional se pronunciaba en torno al debate paz vs justicia. Por ejemplo, a propósito de la revisión de constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz del año 2005, en la Sentencia C-370/06 también analizó la “ponderación” entre la paz y el cumplimiento del Derecho internacional en contextos de justicia transicional (*Ibid.*, puntos 4.2.2. – 4.2.5; 5.5; 5.11 – 5.12).

³²⁸ Sentencia C-674, de 14 de noviembre de 2017 de la Corte Constitucional de la República de Colombia.

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ Uprimny Yepes, Rodrigo, Sánchez Duque, Luz María y Sánchez León, Nelson Camilo, *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014. En un sentido, hasta cierto punto similar: Schabas, William, "Transitional Justice and the Norms of International Law", for presentation to the Annual meeting of the Japanese Society of International Law, Kwansai Gakuin University, 8 October 2011, pp. 28 – 30.

categoricos y recientes como los citados no hacen sino confirmar que el clásico debate entre la paz y la justicia no se halla, ni mucho menos, superado.

Sin embargo, llamativamente, la Corte Penal Internacional no parece haber condenado la defensa a la baja del logro de la paz junto con una justicia un tanto “limitada” en este caso. Es cierto que la Oficina de la Fiscalía ha seguido de cerca la situación en Colombia y que ha reiterado que cualquier acuerdo de paz que se adopte debe ser compatible con el Estatuto de Roma³³¹. Sin embargo, más allá de estas declaraciones generales, aplicables a todas las situaciones que se hallan bajo examen preliminar o que son objeto de investigación ante la misma, no parece existir una condena expresa ante los intentos de limitar la justicia con el objetivo de lograr la paz. Es más, incluso se ha declarado que el marco del Estatuto de Roma “otorga flexibilidad a los Estados que buscan impartir justicia en situaciones post-conflicto”³³². En definitiva, lo que se aprecia es un indiscutible apoyo “de la Fiscal a los esfuerzos de Colombia por poner fin al conflicto armado en este país, de conformidad con los principios y valores que los Estados Partes han cobijado en el Estatuto de Roma”³³³.

Por todo ello, y ante actitudes como las arriba descritas, defendemos que, si bien pudiera parecer que, de entrada, nos hallamos en un contexto más favorable que en décadas previas, lo cierto es que, a nuestro juicio, las dificultades son mayores. Y es que, en esta ocasión, puede que los actores no anuncien alto y claro las medidas de impunidad que van a adoptar, pero ello no implica que no vayan a buscar medidas alternativas para no asumir las responsabilidades por las que, según el Derecho Internacional, deberían responder. Ésta es una de las razones por las que defendemos que hay que analizar minuciosamente los sistemas de justicia transicional que se comienzan a establecer, ya que si bien la discrecionalidad de los Estados -especialmente por lo que respecta a las medidas de amnistía- es menor, no lo es su capacidad de innovación a la hora de inventar fórmulas de impunidad.

³³¹ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2013. November 2013, punto 131.

³³² Keynote speech by James Stewart: "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, pp. 18 - 19.

³³³ *Ibid.*, pp. 18 - 19. El apoyo manifestado también se puede apreciar en: Statement OTP-ICC of 24 September 2015. Declaración de la Fiscal sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia; Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the peace negotiations between the Government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia – People's Army. 1 September 2016.

En todo caso, y pese a los intentos tanto doctrinales como prácticos que parecen retroceder en el reconocimiento de ciertas premisas básicas sobre las que sustentan el debate, nuestra posición, siguiendo a uno de los mayores expertos en el Derecho Internacional Penal, es clara: "I am convinced that there can truly be no peace without justice."³³⁴ Y, por ello, defendemos que todo intento por parte de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos e, incluso, de la propia Corte Penal Internacional tendente a retroceder hacia debates pasados, no merecen sino el más atento escrutinio y, en su caso, rechazo.

2. La disyuntiva entre la paz y la justicia en el seno del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Una vez hemos señalado cómo se reproduce la eterna dicotomía entre la paz y la justicia en los actuales procesos de justicia transicional, consideramos oportuno comparar estos debates con los casos con los que lidia la Corte Penal Internacional y, para ello, examinaremos las disposiciones del instrumento normativo que ha supuesto un punto de inflexión en este interminable dilema: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Así mismo, con la finalidad de ilustrar este debate con un caso práctico concreto, nos centraremos en las vicisitudes que se produjeron en las negociaciones de paz que se llevaron a cabo en el Estado ugandés ya que el mismo permite mostrar que en el seno de la Corte también se produce la eterna pugna entre la paz y la justicia y que, en consecuencia, nos hallamos ante dos materias que tratan de ofrecer su particular respuesta ante un mismo dilema.

2.1. La Corte Penal Internacional y el compromiso con la paz

Tal y como adelantábamos, el debate entre la paz y la justicia no es, ni mucho menos, exclusivo de la justicia transicional, sino que el mismo se reproduce también en el seno del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Y es que, no debemos olvidar que la Corte se creó sobre una premisa básica: la justicia debe ser un componente esencial de una paz estable³³⁵. Por ello, no se ha dudado en defender que la Corte es un medio imprescindible

³³⁴ Bassiouni, M. Cherif, "Justice and Peace: The Importance of Choosing Accountability Over Realpolitik", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 35, Num. 2, 2003, p. 204.

³³⁵ ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007, p. 8.

para preservar la paz³³⁶ o que el Estatuto de Roma “provides a legal framework underpinning durable solutions that provide for both peace and justice in this regard”³³⁷.

Ante esta situación, no debe sorprender que el debate entre la paz y la justicia fuera objeto de atención en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma que se celebró en Kampala en el año 2010³³⁸. Concretamente, los días 3 y 4 de junio, la Conferencia de Revisión incluyó el tema de la paz y justicia dentro del balance que realizó sobre la justicia penal internacional³³⁹. En ella, se concluyó que, actualmente, “existía una relación positiva entre la paz y la justicia, si bien seguían existiendo tensiones entre las dos que había que reconocer y tratar de solucionar”³⁴⁰. Es más, a propósito del concepto de la paz, se defendió que la paz debe ser entendida como una paz “duradera”³⁴¹ o “efectiva”³⁴². Es decir, al igual que en la justicia transicional, dentro de la Corte se opta también por una definición amplia de paz³⁴³ que se asienta sobre la base de la justicia³⁴⁴.

Es más, en la Conferencia de Revisión se hizo referencia a la “flexibilidad”³⁴⁵ que ciertos sectores defienden ante el objetivo de lograr la paz. A este respecto, si bien se reconoció que los mediadores verían su labor facilitada si “dispusieran de cierta

³³⁶ Resolución ICC-ASP/15/Res.5: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes, *op.cit.*, p. 37.

³³⁷ ICC-OPT, ICC Office of the Prosecutor concludes visit to Colombia, 19 April 2013. ICC-OTP-20130419-PR900.

³³⁸ Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, RC/9/11, Anexo V b): Balance de la justicia penal internacional. Paz y justicia, punto 12. Tal y como se señala en el punto citado, este debate continuaría en tanto en cuanto siguieran existiendo conflictos. Sin embargo, las declaraciones vertidas por determinadas personalidades hacen pensar que, a juicio de determinados expertos, este debate se halla superado. Por ejemplo, es ilustrativo que el Sr. Ban Ki-Moon declarara que la disyuntiva entre la paz y la justicia era falsa (Mr. Ban Ki-Moon, Secretario General de las Naciones Unidas: "Una era de rendición de cuentas". Discurso ante la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo de 2010).

³³⁹ Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/9/11. Documentos oficiales. Publicación de la Corte Penal Internacional, La Haya, 2010, punto 22.

³⁴⁰ *Ibid.*, punto 25.

³⁴¹ Declaración RC/Decl.1. Declaración de Kampala. Aprobada por consenso en la cuarta sesión plenaria el 1 de junio de 2010.

³⁴² Este término fue empleado por el Fiscal de la Corte a propósito de la investigación en Darfur en la que declaró que la exigencia de responsabilidades por los crímenes más graves en Darfur debía ser un componente esencial de una paz efectiva: Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court Mr. Luis Moreno Ocampo, to the Security Council pursuant to UNSC 1593. 13.12.2005, pp. 8 - 9.

³⁴³ Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, RC/9/11, Anexo V b): Balance de la justicia penal internacional. Paz y justicia, *op.cit.*

³⁴⁴ Declaración RC/Decl.1. Declaración de Kampala, *op.cit.*, punto 3.

³⁴⁵ Por ello, creemos que deben tomarse con ciertas cautelas aquellos argumentos que defienden que "el Estatuto no es un instrumento dogmático e inflexible, sino flexible y abierto a procesos de paz", Ambos, Kai, *Temas de Derecho penal Internacional y Europeo. Derechos humanos. Fines de la pena. Ius puniendi. Responsabilidad individual. Crímenes más graves. Derecho penal y guerra. Proceso penal internacional y europeo. Inmunidades*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 28.

flexibilidad para decidir cómo abordar las cuestiones relativas a la justicia”³⁴⁶, se añadió que “esa flexibilidad no debería extenderse a los crímenes más graves contemplados en el Estatuto de Roma”³⁴⁷. Por otra parte, se hizo una importante advertencia al recordar que la justicia “nunca estará libre de enemigos”³⁴⁸ y, fundamentalmente, que “no podemos darnos el lujo de sentarnos sobre los laureles, pues la balanza bien se puede inclinar en sentido contrario”³⁴⁹.

Estas declaraciones demuestran que la justicia penal también tiene un relevante papel que jugar en las negociaciones de paz en los conflictos en curso³⁵⁰ y, por ello, defendemos que todo acuerdo de paz debería tomar en consideración las obligaciones que se derivan del Estatuto de Roma y, en consecuencia, respetar un mínimo de “rendición de cuentas” si se desea evitar la intervención de la Corte³⁵¹. La razón es simple, tal y como lo ha explicado el Fiscal adjunto de la Corte:

“Una vez que un Estado se une al sistema del Estatuto de Roma, acepta que la justicia es parte integral de la solución de conflictos y la creación de una paz sostenible. La cuestión para la Fiscalía de la CPI, y aún más para los Estados Partes del Estatuto de Roma, es cómo cumplir los requisitos de justicia previstos en el Estatuto y lograr a la vez paz y estabilidad duraderas.”³⁵².

Como consecuencia de estos avances normativos que imponen límites claros y taxativos a las partes que negocian un acuerdo de paz, hay quien considera que hoy en día puede ser más difícil lograr la paz³⁵³. Sin embargo, a nuestro juicio, lo que realmente

³⁴⁶ Declaraciones del Sr. James LeMoyne, Mediador, ex Asesor del Secretario General de las Naciones Unidas para Colombia en la Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/9/11, La Haya, 2010. Anexo V b): Balance de la justicia penal internacional. Paz y justicia. Publicado anteriormente con la signatura RC/ST/PJ/1/Rev.1, punto 9.

³⁴⁷ *Ibid.*, punto 9.

³⁴⁸ *Ibidem.*

³⁴⁹ Discurso del Excmo. Señor Kofi Annan ante la Conferencia de Revisión de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, Uganda, 31 de mayo de 2010.

³⁵⁰ Lafontaine, Fannie and Tachou-Sipowo, Alain-Guy, "The Contribution of International Criminal Justice to Sustainable Peace and Development" en Jodoin, Sébastien and Cordonier Segger, Marie-Claire (Eds.), *Sustainable Development, International Criminal Justice, and Treaty Implementation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 213. Si se desea profundizar en el tema relativo a la exigencia de responsabilidades y su contribución a la paz puede acudir a: García-Godos, Jemima, "It's About Trust: Transitional Justice and Accountability in the Search for Peace" en Bailliet, Cecilia Marcela and Larsen, Kljetil Mujezinovic (Eds.), *Promoting Peace Through International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 320 – 343; Zyberi, Gentian, "The Role and Contribution of International Courts in Furthering Peace as an Essential Community Interest" en en Bailliet, Cecilia Marcela and Larsen, Kljetil Mujezinovic (Eds.), *Promoting Peace Through International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 344 - 367.

³⁵¹ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2013. November 2013, punto 131.

³⁵² Keynote speech by James Stewart: "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, p. 1.

³⁵³ Méndez, Juan E., "Speeches...", *op.cit.*, pp. 370.

es más complicado es que las partes negociadoras puedan justificar un acuerdo con manifiestas cláusulas que garanticen la impunidad. Por ello, es lógico pensar que éstas puedan tratar de buscar alternativas creativas a la justicia. Precisamente, esta situación se produjo en el caso de Uganda que examinaremos a continuación, donde se demandó cierta “flexibilidad” en el cumplimiento de las obligaciones internacionales bajo la premisa de la paz.

2.2. Las negociaciones de paz bajo las órdenes de arresto dictadas por la Corte Penal Internacional: la situación en Uganda

Los debates que generan las órdenes de arresto dictadas por tribunales internacionales cuando el Estado afectado se halla negociando un acuerdo de paz no son recientes. Y es que, como nos recuerda el excelente estudio realizado por la Organización *Human Rights Watch*, las órdenes de arresto dictadas contra Milosevic o Karadzic por el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia o el caso de Charles Taylor en la Corte Especial para Sierra Leona, entre otros, corroboran que nos hallamos ante un antiguo debate³⁵⁴ y que, en ocasiones, la exclusión de estas personas de las negociaciones de paz favorece que se llegue a un resultado satisfactorio³⁵⁵.

Si nos centramos en la actividad de la Corte Penal Internacional, podemos apreciar que uno de los casos que más controversia ha generado con respecto a la relación entre las órdenes de arresto y las negociaciones de paz ha sido, como adelantábamos, el relativo a Uganda. A este respecto resulta oportuno señalar que el Estado remitió la situación a la Corte³⁵⁶ en un momento en el que se consideraba que no sería posible lograr un acuerdo con Ejército de la Resistencia del Señor (LRA)³⁵⁷ ni existía una posibilidad material de

³⁵⁴ Human Rights Watch, *Selling Justice Short: Why Accountability Matters for Peace*, 2009.

³⁵⁵ Méndez, Juan, "Justice and prevention", *op.cit.*, pp. 38 – 40; Robinson, Darryl, "Serving the Interest of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, Vol, 14, No.3, 2003, p. 496.

³⁵⁶ Letter from the Prosecutor, dated 17 June 2004, annexed to Situation in Uganda. Decision Assigning The Situation In Uganda To Pre-Trial Chamber II. ICC-02/04-1, 5 July 2004.

Las controversias que generó la remisión se analizan en: William and Kaplan, Scott, "Shaping the contours of domestic justice: The International Criminal Court and an admissibility challenge in the Uganda situation" en Stahn, Carsten and Sluiter, Göran (Eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, pp. 79 - 114.

³⁵⁷ Situation In Uganda In The Case Of The Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Ottl, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute. ICC-02/04-01/05-377, 10 March 2009, punto 40.

capturar a sus líderes por hallarse fuera de las fronteras del Estado³⁵⁸. Sin embargo, existe cierto consenso a la hora de apreciar que esta remisión no fue sino una estrategia muy bien pensada³⁵⁹ con la finalidad de forzar a los rebeldes a que se sentaran a negociar la paz bajo la amenaza de que, de no hacerlo, podrían ser enjuiciados ante la Corte³⁶⁰. Y, a la vista de los acontecimientos, parece que funcionó³⁶¹ ya que, a finales del año 2004³⁶², se iniciaron conversaciones con los miembros del LRA e, incluso, parecía existir cierta viabilidad de lograr la paz³⁶³.

En el transcurso de las negociaciones entre las partes, la Oficina del Fiscal no solo recibía información al respecto³⁶⁴, sino que monitoreaba la situación con la finalidad de comprobar hasta qué punto, en los posibles acuerdos de paz que se estaban negociando, se exigía cierta rendición de cuentas por los crímenes cometidos³⁶⁵. En todo caso, como

³⁵⁸ Request For Information From The Republic Of Uganda On The Status Of Execution Of The Warrants Of Arrest. ICC-02/04-01/05-286-Anx2 28-03-2008.

³⁵⁹ Es más, existe un consenso prácticamente unánime a la hora de apreciar que, en realidad, Uganda realizó un uso político de la Corte Penal Internacional. Por ejemplo, Kastner, ha defendido que la Corte se convirtió en una herramienta estratégica de las autoridades ugandesas (Kastner, Philipp, "Armed Conflicts and Referrals to the International Criminal Court...", *op.cit.*, pp. 474 – 475). Expresiones muy similares son las que se emplean en: Ryngaert, Cedric, "The principle of complementarity: a means of ensuring effective international criminal justice" en Ryngaert, Cedric (Ed.), *The Effectiveness of International Criminal Justice*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009, p. 153. En definitiva, como gráficamente apuntó Nouwen, "the referral was the wedding ring in an arranged marriage of convenience between Uganda and the ICC", Nouwen, Sarah M.H., *Complementarity in the Line of Fire: The Catalysing Effect of the International Criminal Court in Uganda and Sudan*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 113.

³⁶⁰ Schabas, William A., (Chair), 'Truth Commissions, Accountability and the International Criminal Court, Commentary by William A. Schabas', en van Genugten, Willem J.M., Scharf, Michael P. and Radin, Sasha E., *Criminal Jurisdiction 100 Years After the 1907 Hague Peace Conference : proceedings of the eighth Hague Joint Conference held in The Hague, the Netherlands, 28-30 June 2007*, The Hague, TMC Asser, 2009, p. 133; Mendes, Errol P., *Peace and Justice at the International Criminal Court...*, *op.cit.*, pp. 97 – 131; Burke-White, William and Kaplan, Scott, "Shaping the contours of domestic justice...", *op.cit.*, pp. 80 – 84.

³⁶¹ Sin embargo, otros autores se muestran más escépticos. Por ejemplo, a juicio de Méndez, lo que los líderes del LRA querían era, simplemente, ganar tiempo, como ya habían hecho en otras ocasiones: Méndez, Juan, "Justice and prevention", *op.cit.*, pp. 40 - 46.

³⁶² Es interesante prestar atención a las fechas. Y es que, apenas pasaron unos meses desde que se remitió la situación a la Corte hasta que los líderes del LRA decidieron que eran conveniente negociar un acuerdo de paz. Esta celeridad no hace sino demostrar que, de entrada, las órdenes de arresto dictadas por la Corte tienen la capacidad de propiciar determinadas negociaciones de paz.

³⁶³ Situation In Uganda In The Case Of The Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Ottl, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute. ICC-02/04-01/05-377, 10 March 2009, punto 40.

³⁶⁴ Corte Penal Internacional, Asamblea de los Estados Partes. Sexto período de sesiones, Nueva York, 30 de noviembre a 14 de diciembre de 2007. Informe sobre las actividades de la Corte. ICC-ASP/6/18, de 18 de octubre de 2007, pp. 8 - 9.

³⁶⁵ A este respecto, quisiéramos anotar un dato fundamental que desarrollaremos en el Capítulo tercero. Resulta interesante comprobar que las partes negociadoras, ante la inviabilidad de paralizar las órdenes de arresto dictadas por la Corte, decidieron optar por elaborar un Acuerdo de paz que no contemplara mecanismos de justicia penal (medida que los líderes del LRA no aceptaban). Por el contrario, tanto el Acuerdo como el Anexo que se aprobó con posterioridad, contemplaba medidas alternativas con la finalidad de propiciar que los rebeldes lo firmaran y, así, evitar que la Corte actuara. Precisamente, lo redactaron

el propio Fiscal explicó, durante las negociaciones la Oficina mantuvo un perfil bajo como muestra de respeto hacia las partes, pero sin paralizar las investigaciones³⁶⁶.

Sin embargo, cuando se dictaron las órdenes de detención contra los máximos dirigentes del LRA, las negociaciones comenzaron a complicarse³⁶⁷. Y es que, los miembros del LRA exigieron que se retiraran las mismas si se deseaba proseguir con las negociaciones y, así, lograr la paz³⁶⁸. Tras cierta ambigüedad por parte del Gobierno, finalmente todo parece apuntar que éste solicitó a la Corte que pusiera fin a las investigaciones y que retirara las incómodas órdenes³⁶⁹. Sin embargo, y como es notoriamente conocido, la Fiscalía las mantuvo³⁷⁰. Esta posición firme e intransigente

pensando en el principio de complementariedad ya que, a su juicio, el Estatuto de Roma permitía los mecanismos alternativos a la justicia.

³⁶⁶ The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006), The Hague, 12 September 2006, p. 16. Véase también Moreno Ocampo, Luis, "Keynote Address: Integrating the Work of the ICC into Local Justice Initiatives", *American University International Law Review*, Vol. 21, Issue 4, 2005, pp. 498 - 500.

³⁶⁷ Situation in Uganda. Warrant Of Arrest For Dominic Ongwen. ICC-02/04-01/05-10, 8 July 2005; Situation in Uganda. Warrant Of Arrest For Joseph Kony Issued On 8 July 2005 As Amended On 27 September 2005. ICC-02/04-01/05-53, 27 September 2005; Situation in Uganda. Warrant Of Arrest For Okot Odhiambo. ICC-02/04-01/05-56, 8 July 2005; Situation in Uganda. Decision terminating proceedings against Okot Odhiambo. ICC-02/04-01/05-431, 10 September 2015; Situation in Uganda. Warrant Of Arrest For Raska Lukwiya. ICC-02/04-01/05-55, 8 July 2005; Situation in Uganda. Decision to Terminate the Proceedings Against Raska Lukwiya. ICC-02/04-01/05-248, 11 July 2007; Situation in Uganda. Warrant Of Arrest For Vincent Otti. ICC-02/04-01/05-54, 8 July 2005.

³⁶⁸ Moreno Ocampo, Luis, "Keynote Address...", *op.cit.*, pp. 498 - 500. Las condiciones exigidas por los líderes del LRA se describen en: Burke-White, William and Kaplan, Scott, "Shaping the contours of domestic justice...", *op.cit.*, pp. 80 - 84; Apuuli, Kasija Phillip, "The ICC Arrest Warrants for the Lord's Resistance Army Leaders and Peace Prospects for Northern Uganda", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006, pp. 179 - 187; Keller, Linda M., "Achieving Peace with Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice Mechanisms", *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 23, 2008, p. 217; Peschke, Katharina, "The ICC investigation into the conflict in Northern Uganda: beyond the dichotomy of peace versus justice", Brown, Bartram S. (Ed.), *Research Handbook on International Criminal Law*, UK-USA, Edward Elgar, 2011, pp. 187 - 190; Apuuli, Kasija Philip, "The ICC's Possible Deferral of the LRA Case to Uganda", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, 2008, pp. 801 - 813. La posibilidad de "retirar" la competencia de la Corte con la finalidad de facilitar un proceso de paz se analiza en: El Zeidy, Mohamed M., "The legitimacy of withdrawing State Party referrals and *ad hoc* declarations under the Statute of the International Criminal Court" en Stahn, Carsten and Sluiter, Göran (Eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, pp. 55 - 78.

³⁶⁹ Situation In Uganda In The Case Of The Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute. ICC-02/04-01/05-377, 10 March 2009, punto 40; Bensouda, Fatou, "International Justice and Diplomacy", *The New York Times*, MARCH 19, 2013. Disponible online en: <https://www.nytimes.com/2013/03/20/opinion/global/the-role-of-the-icc-in-international-justice-and-diplomacy.html?r=0>

³⁷⁰ Moreno Ocampo, Luis, "Keynote Address...", *op.cit.*, pp. 498 - 500. A este respecto, son llamativas las explicaciones dadas por el primer Fiscal de la Corte. Y es que, en el discurso citado, parece dar a entender que, si "el interés de las víctimas" lo demandara, podría ser posible poner fin a las investigaciones: "When I started the Uganda case, I received a visit from an ambassador. He tried to explain to me that investigation was wrong; that I was destroying the chances of making peace in Uganda. I listened to him carefully, and I said to him that the Statute says that I have to respect the interests of victims. This may mean that I can delay an investigation, if it is in the interests of victims. We start here to integrate the concepts of peace and justice. It is the judges who may then review my decision. I told the ambassador that he would have to give

continuó defendiéndose, incluso, en los años siguientes. Por ejemplo, la Fiscal Bensouda ha llegado a defender que la Corte no es una amenaza para la paz³⁷¹ y que:

“As the example of Joseph Kony shows, there can be obvious perverse side-effects from deferring judicial proceedings in the name of peace and security. Succumbing to pressure to restrain justice may send out a message to perpetrators that arrest warrants can be stayed if only they commit more crimes or threaten regional peace and security. Court proceedings or the possibility of Security Council deferrals should not be used by alleged war criminals as a tool to divide the international community.”³⁷²

En definitiva, las vicisitudes que se produjeron en este caso corroboran que la “racionalidad”³⁷³ de las partes brilló por su ausencia y, ante la imposibilidad de paralizar las órdenes de arresto -pese a que se había negociado el texto de un Acuerdo de paz que se basaba en mecanismos alternativos a la justicia que serán examinados en el Capítulo tercero- el LRA puso fin a las negociaciones de paz³⁷⁴.

Ante esta situación, han sido contradictorias las opiniones que se han vertido respecto de la influencia que tuvieron las órdenes de detención sobre los miembros del LRA. Por una parte, la Fiscalía no dudó en valorar las mismas como artífices de la reducción en los crímenes cometidos³⁷⁵ y consideró que fueron éstas las que propiciaron que las partes se

me evidence that the peace effort will stop the violence and would thus be in the interests of victims. The ambassador explained to me, however, that it was not something where one could provide evidence. A peace process is like a little light at the end of the tunnel...”.

³⁷¹ Bensouda, Fatou, *International Justice and Diplomacy*, *op.cit.*

³⁷² Key note address by Mrs. Fatou Bensouda, Prosecutor of the International Criminal Court, Seminar Institute for Security Studies (ISS), Pretoria, October 10 2012. Setting the record straight: the ICC's new Prosecutor responds to African concerns: Reconciling the independent role of the ICC Prosecutor with conflict resolution initiatives. Disponible online en: <http://www.politicsweb.co.za/documents/the-icc-a-response-to-african-concerns--fatou-bens>

³⁷³ Bensouda, Fatou, *International Justice and Diplomacy*, *op.cit.* Concretamente, la Fiscal argumentó que “In the case of the Lord’s Resistance Army (L.R.A.) in Uganda, for example, I.C.C. arrest warrants against Joseph Kony and his top commanders are widely acknowledged to have played an important role in bringing the rebels to the negotiating table in the Juba Peace Process. This despite the threat by the L.R.A. to withdraw from the peace talks if arrest warrants remained in force. Blackmail or “golden exiles” are no longer the ways to achieve sustainable peace (...). The role of the I.C.C. has never precluded or put an end to any peace process. While we should not presume that warlords are rational actors, and that every situation will be the same, the Court’s impact on peace until now has been noted, and has proved to be a spur to action”.

³⁷⁴ Hay quien considera que el LRA se refirió a que las órdenes de arresto continuaban vigentes como razón para no firmar la paz: McNamara, Kirsty, "Seeking Justice in Ugandan Courts: Amnesty and the Case of Thomas Kwoyelo", *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 12, 2013, pp. 656 - 658.

³⁷⁵ The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006), The Hague, 12 September 2006, p. 16. Interesantes también las reflexiones que sobre la “marginación” de los presuntos responsables en las negociaciones de paz se vertieron en: Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/9/11. Anexo V b): Balance de la justicia penal internacional. Paz y justicia. Publicado anteriormente con la signatura RC/ST/PJ/1/Rev.1.

sentaran a negociar un posible acuerdo de paz³⁷⁶. Incluso el Gobierno de Uganda, en un inicio, “puso de relieve la contribución positiva de las órdenes de detención para que se decidiera a iniciar negociaciones”³⁷⁷ por lo que se mostraba contrario a su retirada³⁷⁸. Es más, esta posición también la mantuvo el Juez Akiiki Kiiza, del Tribunal Supremo de Uganda, ya que, a su juicio, a través de las órdenes de detención “se había incitado al Ejército de Resistencia del Señor a emprender conversaciones de paz”³⁷⁹.

Sin embargo, en el extremo opuesto, hay quien considera que fue la insistencia en la rendición de cuentas el factor que impidió el fin del conflicto. Por ejemplo, a juicio del Sr. Barney Afako, Asesor Jurídico del Mediador Principal de las negociaciones del proceso de paz de Uganda, “aunque no podía ser categórico al respecto, estimaba que las órdenes de detención de la Corte habían sido un elemento determinante en la decisión de los dirigentes del LRA de no firmar el acuerdo de Juba”³⁸⁰. En un sentido similar Schabas ha defendido que la justicia internacional debería echarse a un lado cuando los enjuiciamientos se convierten en un obstáculo para la paz³⁸¹. Ahora bien, también hay voces que defienden que, en realidad, los líderes del LRA nunca tuvieron una intención real de negociar la paz y que lo único que pretendían mediante las negociaciones era ganar tiempo³⁸².

Es cierto, como señala Sriram, que no hay que perder de vista que los presuntos responsables serán quienes se sienten en las mesas de negociaciones y, por ello, no parece plausible que acepten un acuerdo que prevea su directo enjuiciamiento³⁸³. No obstante,

³⁷⁶ Bensouda, Fatou, *International Justice and Diplomacy*, *op.cit.*

³⁷⁷ Corte Penal Internacional de la Asamblea de los Estados Partes: Informe sobre las actividades de la Corte. ICC-ASP/5/15, *op.cit.*, punto 40.

³⁷⁸ *Ibidem*.

³⁷⁹ Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/911. Documentos oficiales. Publicación de la Corte Penal Internacional, La Haya, 2010. Anexo V c): Balance de la justicia penal internacional. Balance sobre el principio de complementariedad: salvar la brecha de la impunidad. Publicado anteriormente con la signatura RC/ST/CM/1., punto 22.

³⁸⁰ Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, RC/9/11, Anexo V b): Balance de la justicia penal internacional. Paz y justicia, *op.cit.*, punto 15.

³⁸¹ Schabas, William A., (Chair), ‘Truth Commissions, Accountability and the International Criminal Court, Commentary by William A. Schabas’, en van Genugten, Willem J.M., Scharf, Michael P. and Radin, Sasha E., *Criminal Jurisdiction 100 Years After the 1907 Hague Peace Conference : proceedings of the eighth Hague Joint Conference held in The Hague, the Netherlands, 28-30 June 2007*, The Hague, TMC Asser, 2009, p. 134.

³⁸² Mendes, Errol P., *Peace and Justice at the International Criminal Court...*, *op.cit.*, pp. 97 – 131; Saether, Gjermund, “The complementarity of ICC and other instruments in transitional justice - The case of Northern Uganda”, *op.cit.*, pp. 473 - 477.

³⁸³ Sriram, Chandra Lekha, “Conflict Mediation and the ICC: Challenges and Options for Pursuing Peace with Justice at the Regional Level” en Ambos, Kai, Large, Judith and Wierda, Marieke (Eds.), *Building a*

de ahí a defender que la actuación de la Corte puede suponer un “obstáculo serio para el avance de las negociaciones de paz”³⁸⁴, implica desconocer el avance normativo que se ha producido en el Derecho Internacional y que se traduce en el clásico debate de paz vs justicia que muchos consideraban superado. En definitiva, sea como fuere, lo que estos dilemas muestran es el común sustrato que comparten tanto la Corte Penal Internacional como la justicia transicional: la consideración, por parte de ciertos sectores, de la exigencia de responsabilidades penales como un obstáculo en el logro de la paz.

3. La justicia internacional penal y la amenaza a la paz y a la seguridad

La presente Sección dedicada a la interrelación entre la justicia y la paz internacional quedaría incompleta sin referirnos al artículo central que recoge la tensión entre la justicia y la paz en el Estatuto de Roma: el artículo 16, que permite que el Consejo de Seguridad pueda solicitar a la Corte, bajo determinadas condiciones, que no inicie o suspenda una investigación o un enjuiciamiento.

Pues bien, llegados a este punto quisiéramos recordar que, al referirnos a los debates que se producen en el seno de la literatura transicional, hemos puesto de relieve cómo ciertos sectores abogan por una suspensión o limitación de las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional. Por esta razón, quisiéramos subrayar que nos hallamos, una vez más, girando sobre los mismos dilemas y en los que se emplean argumentos muy similares. Por ello, mediante el estudio del artículo arriba citado, trataremos de unir otro debate más de estas materias que, en principio, se consideran contrapuestas. Ahora bien, para llegar a esta conclusión, consideramos oportuno referirnos, muy brevemente, al papel que está llamada a cumplir la Organización de las Naciones Unidas³⁸⁵ en la Corte

Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice, Springer - Verlag, Berlin, 2009, p. 306.

³⁸⁴ Eiroa, Pablo D., "El impacto de las jurisdicciones penales internacionales en la finalización de un conflicto de violencia grave y la consolidación de la paz" en Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 111.

³⁸⁵ El papel desempeñado por la Organización puede apreciarse incluso en el propio establecimiento de la Corte, tal y como se pone de manifiesto en la Resolución ICC-ASP/2/Res.9, aprobada por consenso en la quinta sesión plenaria, celebrada el 12 de septiembre de 2003: Papel de las Naciones Unidas en el establecimiento de la Corte Penal Internacional, donde “se reconoce el importante papel desempeñado por las Naciones Unidas en el establecimiento de la Corte Penal Internacional” (punto 1) y se expresa un profundo reconocimiento por el apoyo otorgado (punto 2). A este respecto, debemos recordar que, en el momento de elaborar el Estatuto de Roma, se debatieron diferentes alternativas sobre la relación que debía de tener la Corte con las Naciones Unidas y que, incluso, se valoró la posibilidad de que ésta fuera un órgano más de la ONU.

Penal Internacional y la función que desempeña el Consejo de Seguridad en el Estatuto de Roma más allá del polémico artículo 16.

3.1. La vinculación de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas y, en especial, con el Consejo de Seguridad

El preámbulo del Estatuto de Roma reconoce que la Corte, a pesar de ser un tribunal permanente e independiente³⁸⁶, se halla "vinculada con el sistema de las Naciones Unidas"³⁸⁷. Esta vinculación³⁸⁸, siguiendo lo previsto en el artículo 2 del Estatuto, se materializó mediante un Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas³⁸⁹ en el que, además de recordar que el Estatuto de Roma "reafirma los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas"³⁹⁰, reitera que los crímenes

³⁸⁶ Precisamente, no son pocas las Resoluciones aprobadas que tienden a subrayar la independencia que caracteriza a la Corte. A modo de ejemplo cabe citar la Resolución aprobada por la Asamblea General: Resolución 72/3. Informe de la Corte Penal Internacional, A/RES/72/3, 6 de noviembre de 2017, p. 1; Resolución ICC-ASP/6/Res.2. Aprobada por consenso en la séptima sesión plenaria el 14 de diciembre de 2007: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes. Anexo II. Recomendaciones sobre cooperación, p. 17; Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional, Plan Estratégico de la Corte Penal Internacional. ICC-ASP/5/6, op.cit, p. 2.

³⁸⁷ Apartado noveno del Preámbulo del Estatuto de Roma. Es más, el apartado séptimo del Preámbulo reafirma "los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas". Extremo sobre el que se volvió a insistir en la Conferencia de Kampala, tal y como deja constancia la Declaración RC/Decl.1, Declaración de Kampala, op.cit.

³⁸⁸ La relevancia de la cooperación entre la Corte y las Naciones Unidas se menciona, entre otras, en: Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Duodécimo período de sesiones. La Haya, 20 a 28 de noviembre de 2013: Informe de la Corte sobre la situación de la cooperación en curso entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, incluso sobre el terreno. ICC-ASP/12/42, de 14 de octubre de 2013. En la doctrina se han pronunciado sobre esta cuestión: Clark, Roger S., "The Role of the United Nations" en Natarajan, Mangai (Ed.), *International Crime and Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 337 - 342; Escobar Hernández, Concepción, "Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas" en Quel López, F. Javier (Ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Coedición de la Escuela Diplomática, la AEPDIRI y el BOE, Madrid, 2000, pp. 31 - 44; War Crimes Research Office, *The relationship between the International criminal Court and the United Nations*, International Criminal Court Legal Analysis and Education Project August 2009. Para un análisis de las facultades atribuidas en el Estatuto a los diversos órganos de las Naciones Unidas véase: Gutiérrez Espada, Cesáreo, "La Corte penal internacional (CPI) y las Naciones Unidas. La discutida posición del Consejo de Seguridad", *Anuario español de derecho internacional*, N°18, 2002, pp. 12 - 56. Por otra parte, puede consultarse un estudio sobre la vinculación de la CPI con la ONU en: Escudero Espinosa, Juan Francisco, *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad: Hacia la paz por la justicia*, Madrid, Dilex, 2004, pp. 87 - 134.

³⁸⁹ Resolución ICC-ASP/3/Res.1, aprobada por consenso en la tercera sesión plenaria, celebrada el 7 de septiembre de 2004. Este acuerdo se ha defendido que debe ser considerado como un tratado internacional celebrado entre dos organizaciones internacionales, Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Munich-Oxford-Baden-Baden, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2016, p. 38.

³⁹⁰ Segundo párrafo del preámbulo del Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas.

sobre los que la Corte ejerce su competencia "constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar del mundo"³⁹¹. Y es que, no debemos olvidar que "the creation of the ICC was inspired by the conviction that the prosecution of major international crimes constitutes a means to the maintenance of international peace and security."³⁹² Es más, en fechas recientes se ha reconocido que la Corte Penal Internacional es un medio esencial para contribuir a la reconciliación y a la paz tras los conflictos armados³⁹³. Precisamente por esta razón, no es de extrañar que el Estatuto le confiera al Consejo de Seguridad como órgano de las Naciones Unidas responsable del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional³⁹⁴ la facultad³⁹⁵ de remitir una situación a la Corte en el caso de que ésta se halle en peligro.

Ahora bien, pese a esta íntima vinculación, los mandatos de cada uno difieren³⁹⁶ en ciertos aspectos, si bien hay espacios de actuación superpuestos³⁹⁷. Por una parte, la Corte Penal Internacional, como institución judicial, tiene como objetivo principal dilucidar las responsabilidades penales de aquellas personas que han cometido un crimen internacional y el Consejo de Seguridad, en cambio, en tanto que órgano político, tiene la responsabilidad principal de mantener la paz y la seguridad internacionales³⁹⁸. Ahora bien, estas funciones no dejan de ser, hasta cierto punto, complementarias³⁹⁹.

Si nos centramos en la posición que ostenta el Consejo de Seguridad en el Estatuto de Roma⁴⁰⁰ podemos apreciar que la relación de este órgano con la Corte es "one of the most

³⁹¹ Tercer párrafo del Preámbulo del Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas.

³⁹² Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Vol. I, Oxford and New York, Oxford University Press, 2002, p. 627.

³⁹³ Resolución ICC-ASP/17/Res.5, adoptada por consenso en la decimotercera sesión plenaria, el 12 de diciembre de 2018: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes.

³⁹⁴ Artículo 24.1 de la Carta de las Naciones Unidas.

³⁹⁵ Hay quien describió esta facultad como un regalo (Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Vol. I, *op.cit.*, p. 572).

³⁹⁶ ICC-OTP, Mr. Phakiso Mochochoko, Director, Jurisdiction, Complementarity and Cooperation Division, Open Debate of the United Nations Security Council on "Peace and Justice, with a special focus on the role of the International Criminal Court" Address on behalf of the Prosecutor, New York, 17 October 2012, p. 2. Disponible online en: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/ENGPMatUNSC_17102012.pdf

³⁹⁷ Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Corte sobre la situación de la cooperación en curso entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, incluso sobre el terreno. ICC-ASP/12/42, *op.cit.*, pp. 6 - 10. Tal y como señalan en el punto 32, "sus mandatos respectivos comparten determinadas características".

³⁹⁸ ICC-OTP, Open Debate of the United Nations Security Council on "Peace and Justice, with a special focus on the role of the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 3.

³⁹⁹ Informe de la Corte Penal Internacional sobre sus actividades en 2016/17 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Septuagésimo segundo período de sesiones, Tema 77 del programa provisional. A/72/349, de 17 de agosto de 2017, p. 16.

⁴⁰⁰ Esta facultad ha sido analizada en detalle por la doctrina más especializada: Escudero Espinosa, Juan Francisco, "Los poderes del Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma",

difficult political issues in the *Rome Statute*"⁴⁰¹. Precisamente, esta compleja cuestión suscitó un intenso debate en el proceso de negociación del Estatuto de Roma⁴⁰². Por ello, si bien el texto final plasmado en el Estatuto puede ser legítimamente criticado⁴⁰³, lo cierto es que la doctrina coincide en afirmar que las primeras propuestas eran todavía mucho más restrictivas y que, de haber salido adelante, hubieran supuesto una subordinación

Anuario Español de Derecho Internacional, 19, 2003, pp. 185 - 261; Gutiérrez Espada, Cesáreo, "La Corte penal internacional (CPI) y las Naciones Unidas...", *op.cit.*, pp. 3 - 61; Schicho, Luca, "The Security Council and the International Criminal Court: An Awkward Partnership", *Austrian Review of International and European Law*, Vol. 13, 2008, pp.115-136; Trahan, Jennifer, "The relationship between the International Criminal Court and the U.N. Security Council: parameters and best practices", *Criminal Law Forum*, Vol. 24, 2013, pp. 417 - 473; Berman, Franklin, "The relationship between the International Criminal Court and the Security Council", Von Hebel, Lammers and Schukking (Eds.), *Reflections on the International Criminal Court: Essays in Honour of Adriaan Bos*, The Hague, T.M.C Asser Press, 1999, pp. 173 - 180; Elias, Olufemi, "The law of treaties and the relationship between the Security Council and the International Criminal Court", Craven, M. and Fitzmaurice, M. (Eds.), *Interrogating the Treaty: Essays in the Contemporary Law of Treaties*, The Netherlands, Wolf Legal Publishers, 2005, pp. 177 - 192; Gargiulo, Pietro, "The controversial relationship between the International Criminal Court and the Security Council", en Lattanzi, Flavia and Schabas, William A. (Eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, Vol. 1*, Rome, Editrice il Sirente, 2000, pp. 67 - 103; Lafontaine, Fannie, "Le conseil de sécurité et la Cour pénale internationale: complémentarité ou confrontation entre justice pénale internationale et sécurité internationale?" en Fadel, Fady et Eid, Cynthia (Eds.), *Le Liban au Conseil de Sécurité: Nouvel Acteur, Ancien Sujet*, Belgique, Bruylant, 2010, pp. 199 - 217; Lehto, Marja, "The ICC and the Security Council: About the Argument of Politicization" en Politti, Mauro and Nesi, Giuseppe (Eds.), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, USA, Ashgate, 2004, pp. 145 - 149; Popovski, Vesselin, "The Security Council and the International Criminal Court" en Popovski, Vesselin and Fraser, Trudy (Eds.), *The Security Council as Global Legislator*, London and New York, Routledge, 2014, pp. 266 - 287; Yee, Lionel, "The International Criminal Court and the Security Council" en Lee, Roy S. (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999, pp. 143 - 152; Aloisi, Rosa, "A Tale of Two Institutions: The United Nations Security Council and the International Criminal Court", *International Criminal Law Review*, Vol. 13, 2013, pp. 147 - 168; Arcari, Maurizio, "A vetoed international criminal justice? Cursory remarks on the current relationship between the UN Security Council and International Criminal Courts and Tribunals", *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol. 10, n°1, 2016, pp. 363 - 374; Prezas, Ioannis, "Justice Pénale Internationale a l'Epreuve du Maintien de la Paix: A Propos de la Relation entre la Cour Pénale Internationale et le Conseil de Sécurité", *Revue Belge de Droit International*, Vol. 1, 2006, pp. 57 - 98; Zambelli, Mirko, "Les relations entre la Cour pénale internationale et le Conseil de sécurité: la nécessaire conciliation entre justice et paix internationales", *Observateur des Nations Unies : revue de l'Association française pour les Nations Unies, Section Aix-en-Provence*, No, 20 - 21, 2006, pp. 197 - 222 ; Elias, Olufemi, "The law of treaties and the relationship between the Security Council and the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 177 - 192 ; Ruiz Verduzco, Deborah, "The Relationship between the ICC and the United Nations Security Council" en Stahn, Carsten (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 30 - 64.

⁴⁰¹ Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, op.cit.*, p. 433.

⁴⁰² Como corroboran los escritos de la época, "a major stumbling block in the PrepCom negotiations is determining the relationship between the Security Council and the proposed ICC", The UN Security Council and the International Criminal Court: How Should They Relate? Report of the Twenty - Ninth United Nations Issues Conference. Sponsored by The Stanley Foundation. February 20-22, 1998. Convened at Arden House, Harriman, New York, p. 17.

⁴⁰³ Ahora bien, es posible realizar una lectura mucho más optimista de estos preceptos. Y es que, como bien señala Escudero Espinosa, en realidad, esta facultad del Consejo de Seguridad se la otorga directamente la Carta de las Naciones Unidas en el Capítulo VII y, por ello, añade el experto que "el mérito del *Estatuto* consiste en haber logrado un acuerdo sobre un poder que no tenía otros límites que los preceptos del Capítulo VII", Escudero Espinosa, Juan Francisco, *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad...*, *op.cit.*, pp. 187 - 188.

absoluta de la Corte a los intereses del Consejo⁴⁰⁴. Por esta razón, hay quien califica la solución alcanzada como un compromiso entre los dos bloques contrapuestos⁴⁰⁵.

La solución a la que se alude se traduce en que el Consejo de Seguridad ostenta diversas vías de intervención en el entramado de la Corte: un poder de remisión (que se ha calificado como el pilar positivo⁴⁰⁶), un poder de suspensión (calificado como pilar negativo⁴⁰⁷), una intervención cualificada en el caso del crimen de agresión⁴⁰⁸ (al que se le ha denominado como el “hidden pillar”⁴⁰⁹) y, finalmente, hay quien añade al listado la capacidad del Consejo de Seguridad de obligar a los Estados a que cooperen con la Corte⁴¹⁰. Pues bien, son precisamente los pilares positivos y negativos los que se hallan íntimamente vinculados con el debate de paz vs justicia⁴¹¹ al que tantas veces hemos

⁴⁰⁴ Estas propuestas previas se han analizado, entre otros, en: Yee, Lionel, "The International Criminal Court and the Security Council", *op.cit.*, pp. 143 – 152; Aloisi, Rosa, "A Tale of Two Institutions: The United Nations Security Council and the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 148; Schicho, Luca, "The Security Council and the International Criminal Court: An Awkward Partnership", *op.cit.*, pp.116 – 121; Bollo Arocena, M. Dolores, "La adopción de las Resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) o el bloqueo preventivo de la Corte penal internacional por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Nº 20, 2004, pp. 375 – 408.

⁴⁰⁵ Aloisi, Rosa, "A Tale of Two Institutions: The United Nations Security Council and the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 148. Sin embargo, debemos añadir que esta solución no dejó a todas las partes satisfechas ya que, a juicio de Schabas, la negativa de Estados Unidos a ser parte en el Estatuto se halla íntimamente relacionado con la posición que finalmente se otorgó al Consejo de Seguridad, Schabas, William A., "United States Hostility to the International Criminal Court: It's All About the Security Council", *European Journal of International Law*, Vol. 15, 2004, pp. 701 - 720. Concretamente explica que “had the Rome Statute been more accommodating to the Security Council, and had it more closely resembled the 1994 draft of the International Criminal Court, the United States might be a state party. But this would have dampened the enthusiasm of other states. Overall, there might well have been considerably fewer state parties than there are today” (*Ibid.*, 720).

⁴⁰⁶ Berman, Franklin, "The relationship between the International Criminal Court and the Security Council", *op.cit.*, p. 173.

⁴⁰⁷ *Ibidem*.

⁴⁰⁸ El crimen de agresión ha sido analizado en detalle en los siguientes trabajos: Escobar Hernández, Concepción, "Corte penal internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable", Mariño Menéndez, Fernando M. (Ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 243 - 264; Politti, Mauro and Nesi, Giuseppe (Eds.), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, USA, Ashgate, 2004; Gutiérrez Espada, Cesáreo, "La Corte penal internacional (CPI) y las Naciones Unidas...", *op.cit.*, 2002, pp. 47 - 56; Escudero Espinosa, Juan Francisco, "Los poderes del Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma", *op.cit.*, pp. 246 – 258; Sánchez Legido, Ángel, "Uso de la fuerza, consejo de seguridad y corte penal internacional: la represión penal del crimen de agresión" en Huesa Vinaixa, Rosario (Coord.), *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva: intersección de sistemas; estudios en homenaje al profesor Eloy Ruiloba Santana*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 219-259.

⁴⁰⁹ Berman, Franklin, "The relationship between the International Criminal Court and the Security Council", *op.cit.*, p. 173.

⁴¹⁰ Gutiérrez Espada, Cesáreo, "La Corte penal internacional (CPI) y las Naciones Unidas...", *op.cit.*, p. 20.

⁴¹¹ Este extremo ha sido subrayado por la propia Corte Penal Internacional al declarar que “la relación entre las Naciones Unidas y la Corte se basa en una convicción común de que la paz, la justicia y el desarrollo son interdependientes. La cooperación y la colaboración entre las dos organizaciones son esenciales para lograr progresos en las esferas de interés común, incluidos los temas relativos a (...) la relación entre la paz y la justicia” (Informe de la Corte Penal Internacional sobre sus actividades en a 2015/16 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Septuagésimo primer período de sesiones, tema 73 del programa

hecho referencia a lo largo de la investigación⁴¹² y los que serán examinados en los puntos que siguen a continuación.

provisional. A/71/342, de 19 de agosto de 2016, pp. 18 – 19, punto 89). En un sentido similar: ICC-OTP, Open Debate of the United Nations Security Council on “Peace and Justice, with a special focus on the role of the International Criminal Court”, *op.cit.*, p. 2. Discurso en el que se insiste que la actuación conjunta entre el Consejo de Seguridad y la Oficina de la Fiscalía puede fortalecer la relación entre la paz y la justicia; ICC-OTP, Conférence de presse d’une délégation du Bureau du Procureur avec les journalistes guinéens. Déclaration à la presse Guinéenne, 24 May 2010.

⁴¹² Por esta razón, defendemos que esta intensa dicotomía no es, ni mucho menos, propia de la justicia transicional, sino que se halla también en el núcleo de la justicia internacional penal y, especialmente, de la Corte Penal Internacional. Precisamente, esta constatación es un hecho más que nos lleva a subrayar que las particularidades y dificultades que plantea la justicia transicional son, en no pocas ocasiones, las mismas con las que debe lidiar la justicia internacional, ya que nos hallamos ante dos campos de actuación íntimamente relacionados.

3.2. La consolidación de la relación entre el Consejo de Seguridad y la justicia internacional penal: la remisión de situaciones a la Corte

Una de las posibles vías⁴¹³ por la que la Corte puede ejercer su competencia radica en la facultad⁴¹⁴ atribuida al Consejo de Seguridad para remitirle situaciones de Estados parte o no parte⁴¹⁵, tal y como establece el artículo 13b)⁴¹⁶ del Estatuto de Roma⁴¹⁷:

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

⁴¹³ La mayoría de delegaciones en la Conferencia de Roma parecieron apoyar esta vía, tal y como se detalla en: Yee, Lionel, "The International Criminal Court and the Security Council", *op.cit.*, pp. 146 - 147.

⁴¹⁴ Como correctamente matiza Escobar Hernández, en realidad, "esta legitimación reconocida al Consejo de Seguridad no es totalmente innovadora, ya que se sitúa en el plano de las competencias que dicho órgano ya ha ejercido con ocasión de la constitución de los Tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda. La novedad radica aquí en la forma de ejercicio de la competencia" (Escobar Hernández, Concepción, "Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas", *op.cit.*, p. 37). Ahora bien, tal y como añade Torrecuadrada García-Lozano, "aunque jurídicamente es adecuada la remisión de los casos a la Corte Penal Internacional por parte del Consejo de Seguridad, no parece del todo correcto que Estados que rechazan abiertamente el ejercicio de la jurisdicción de este Tribunal sobre sus propios nacionales sean quienes decidan principalmente esta cuestión" (Torrecuadrada García-Lozano, Soledad, "La expansión de las funciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: problemas y posibles soluciones", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2012, p. 406).

⁴¹⁵ Hasta ahora, el Consejo de Seguridad ha remitido situaciones de Estados no partes en el Estatuto de Roma. No obstante, tal y como señala Schabas, atendiendo al texto del artículo nada obstaría a que remitiera situaciones de Estados Parte en el Estatuto si éstos no se hallan investigando o enjuiciando la situación y el Fiscal no actuara de oficio, Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, p. 375.

Las alegaciones planteadas por Sudan, primer Estado cuya situación fue remitida a la Corte, resultan oportunas a la hora de analizar la legitimidad del Consejo de Seguridad para remitir situaciones de Estados no parte en el Estatuto de Roma: Situation Darfour, soudan. Conclusions aux fins d'exception d'incompétence et d'irrecevabilité. ICC-02/05-20-Corr, 09/10/2006. Demanda que, como se puede imaginar el lector, fue rechazada por la Corte: SITUATION AU DARFOUR, SOUDAN, Décision relative aux conclusions aux fins d'exception d'incompétence et d'irrecevabilité. ICC-02/05-34, 22 novembre 2006; Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb"). Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute. ICC-02/05-01/07-1-Corr, 27 April 2007; Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. ICC-02/05-01/09-3, 4 March 2009, pp. 12 - 16.

⁴¹⁶ Este artículo ha de ser leído conjuntamente con el artículo 17.1 del Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas.

⁴¹⁷ Es importante recordar que, durante el proceso de elaboración de este artículo, había quienes desean atribuir al Consejo de Seguridad un poder de control mayor sobre los futuros casos que podrían llegar a ser investigados. Y es que, tal y como quedó constancia en una de las actas, se propuso que "sólo el Consejo de Seguridad debería tener la facultad de determinar si la corte debe ser competente para conocer de los casos relacionados con los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad o el genocidio, porque son importantes para todos los Estados y siempre se cometerán en relación con situaciones que pongan en peligro la paz y la seguridad internacionales", Acta resumida de la 17ª sesión presidente: Sr. Lamptey (Ghana) sumario. tema 137 del programa: Informe de la comisión de derecho internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones (continuación), A/C.6/49/SR.17, 1º de noviembre de 1994, punto 68.

b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes.

Al margen de las cuestiones meramente procesales en las que en estos momentos no vamos a profundizar⁴¹⁸, queremos llamar la atención sobre el fundamento jurídico que permite al Consejo de Seguridad remitir las situaciones a la Corte: debe actuar con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas⁴¹⁹. Como es notoriamente conocido, dicho Capítulo regula las acciones en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión. Por ello, cabe deducir que, si el Consejo actúa conforme a lo previsto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas es porque nos hallamos ante una situación de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, a la que, ateniendo al artículo citado, es posible poner fin mediante la remisión de la situación a la Corte, actuación que, recordemos, el Consejo de Seguridad

⁴¹⁸ La remisión de situaciones a la Corte ha sido analizado en detalle en: Alamuddin, Amal, "The Role of the Security Council in Starting and Stopping Cases at the International Criminal Court: Problems of Principle and Practice" en Zidar, Andraz and Bekou, Olympia (Eds.), *Contemporary Challenges for the International Criminal Court*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2014, pp. 103 - 130; Zimmermann, Andreas, "Two steps forward, one step backwards? Security Council Resolution 1593 (2005) and the Council's Power to Refer Situations to the International Criminal Court" en VVAA, *Common Values in International Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Germany, N.P. Engel Verlag, 2006, pp. 681 - 700; Akande, Dapo, "The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, 2009, pp. 333 - 352; Cervell Hortal, María José, "La resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad y la remisión de la cuestión libia a la CPI: ¿la unión hace la fuerza?", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 27, 2011, pp. 77 - 107; Condorelli, Luigi and Ciampi, Annalisa, "Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 590 - 599; Cryer, Robert, "Sudan, Resolution 1593, and International Criminal Justice", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, 2006, pp. 195-222; Gallavin, Chris, "The Security Council and the ICC: Delineating the Scope of Security Council Referrals and Deferrals", *New Zealand Armed Forces Law Review*, Vol. 5, 2005, pp. 19 - 38; Happold, Matthew, "Darfur, the Security Council, and the International Criminal Court", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, 2006, pp. 226 - 236; Lomeli, Maria C., "Never Again Again and Again: The International Criminal Court's Inability to Deter Mass Atrocities and the Security Council's Failure to Act", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 31, No. 1, 2014, pp. 81 - 124; Minogue, Elizabeth C., "Increasing the Effectiveness of the Security Council's Chapter VII Authority in the Current Situations before the International Criminal Court", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 61, 2008, pp. 647 - 680; Ssenyonjo, Manisuli, "The International Criminal Court and the Warrant for Sudan's President Al-Bashir: A Crucial Step towards Challenging Impunity or a Political Decision", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 78, 2009, pp. 397 - 431; Triponel, Anna F. and Williams, Paul R., "The Clash of the Titans: Justice and Realpolitik in Libya", *op.cit.*, pp. 775 - 834.

⁴¹⁹ Por esta razón, se ha defendido que, para poder remitir las situaciones a la Corte, es imprescindible que se cumplan dos requisitos: "Two substantial conditions arise directly from Article 39 of the Charter: (a) the Security Council can take action only if determines, in the first place, the existence of a threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression; and (b) the measures taken must pursue the objective of maintaining or restoring international peace and security", Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Vol. I, *op.cit.*, p. 630.

ya empleó cuando decidió crear los dos tribunales penales internacionales *ad hoc*⁴²⁰ y cuya fórmula reiteró en el Tribunal Especial para Sierra Leona⁴²¹.

Este hecho nos puede llevar a concluir que, implícitamente, se está aceptando que, en contextos en los que se pone en peligro la paz, la justicia es la respuesta adecuada⁴²². Es más, esta interpretación sería plenamente consistente con los objetivos previstos en el propio Preámbulo del Estatuto de Roma, ya que en él se reconoce que "esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad"⁴²³.

Pues bien, afortunadamente, este vínculo expreso entre la justicia y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales se ha vuelto a reiterar, entre otras muchas ocasiones⁴²⁴, en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en el año 2010 en Kampala, Uganda⁴²⁵, y en las dos remisiones realizadas hasta la fecha por el Consejo de Seguridad⁴²⁶, lo que nos permite concluir, preliminarmente, que la justicia puede tener cierta capacidad de contribuir a restablecer la paz y la seguridad internacional.

A propósito de las remisiones, la primera de las situaciones que se remitió fue la relativa a Sudán, en el año 2005⁴²⁷, mediante la Resolución 1593 del Consejo de

⁴²⁰ Conviene tener presentes las Resoluciones S/RES/827 (1993), de 25 de mayo de 1993 y Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994 por las que se crean los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda respectivamente.

⁴²¹ Resolución 1315 (2000), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4186ª sesión, celebrada el 14 de agosto de 2000. En esta ocasión, el Consejo de Seguridad no dudó en afirmar que la situación en Sierra Leona constituía una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales y reconoció que "que en las circunstancias particulares de Sierra Leona el establecimiento de un sistema de justicia y de rendición de cuentas por los gravísimos crímenes cometidos en ese país pondría fin a la impunidad y contribuiría al proceso de reconciliación nacional y al restablecimiento y mantenimiento de la paz".

⁴²² Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary, Vol. I, op.cit.*, pp. 631 - 632.

⁴²³ Tercer apartado del Preámbulo al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁴²⁴ Y es que, no son pocas las ocasiones en las que se ha reiterado el íntimo vínculo existente entre la justicia impartida en el seno de la Corte Penal Internacional y la contribución al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como por ejemplo en: Resolución ICC-ASP/15/Res.5: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes, *op.cit.*, p. 37 y p. 38; Informe de la Corte Penal Internacional a la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/60/177, *op.cit.*, p. 4; Informe de la Corte Penal Internacional sobre sus actividades en a 2015/16 a la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/71/342, *op.cit.*, p. 22.

⁴²⁵ Declaración RC/Decl.1. Declaración de Kampala, *op.cit.*

⁴²⁶ Y es que, estamos de acuerdo con Schabas cuando afirma que "there can be little doubt that the application of Chapter VII in the context of both the Darfur and the Libyan conflicts was consistent with the Charter", Schabas, William A. and Pecorella, Giulia, "Article 13. Exercise of jurisdiction" en Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Munich-Oxford-Baden-Baden, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2016, p. 701. Para profundizar en el estudio de ambas remisiones, acúdase a Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court, op.cit.*, pp. 35 - 39; pp. 151 - 157.

⁴²⁷ La remisión se produjo apenas unos años después de que la Corte comenzara a funcionar. Por ello, este hecho le llevó al primer Fiscal de la Corte a declarar con cierto entusiasmo que nos hallábamos ante un

Seguridad⁴²⁸. En ella, valorando el Informe previamente elaborado por la Comisión Internacional de Investigación para Darfur⁴²⁹, y tras determinar “que la situación en Sudan sigue constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacionales”⁴³⁰, el Consejo de Seguridad, “actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas”⁴³¹, decidió “remitir la situación en Darfur desde el 1º de julio de 2002 al Fiscal de la Corte Penal Internacional”⁴³². Tras la remisión, el Fiscal llevó a cabo un escueto examen preliminar del que apenas existe información documentada⁴³³ para, finalmente, acabar iniciando una investigación en el Estado apenas unos meses después⁴³⁴.

Si bien en estos momentos no nos vamos a detener en las vicisitudes del caso⁴³⁵, ya que iremos haciendo alusión a ciertos aspectos del mismo a lo largo de la investigación, resulta criticable la nula cooperación que el Consejo de Seguridad ha proporcionado a la Corte pese a remitirle la situación⁴³⁶. Esta nula asunción de responsabilidades no sólo ha

importante acontecimiento en la evolución de la justicia internacional: The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006), The Hague, 12 September 2006, pp. 17 - 18.

⁴²⁸ Resolución 1593 (2005), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5158ª sesión, celebrada el 31 de marzo de 2005.

⁴²⁹ Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad, de 18 de septiembre de 2004. S/2005/60, 7 de febrero de 2005. Si bien profundizaremos en la relación entre la Comisión y la remisión de la situación en el Capítulo tercero, en estos momentos nos parece oportuno adelantar que fue el Consejo de Seguridad quien, mediante la aprobación de la resolución 1564 (2004), pidió al Secretario General que creara una comisión internacional de investigación para Darfur. Esta Comisión, tras las investigaciones pertinentes, recomendó la remisión de la situación a la Corte Penal Internacional ya que, a su juicio, esta acción contribuiría a la paz y a la seguridad (*Ibid.*, puntos 571 y siguientes).

⁴³⁰ Resolución 1593 (2005), *op.cit.*, preámbulo.

⁴³¹ *Ibidem.*

⁴³² *Ibid.*, punto 1.

⁴³³ Véanse los escasos datos que se proporcionan en: Situation in Sudan. Decision assigning the situation in Darfur, Sudan to Pretrial Chamber I. ICC-02/05-1-Corr, 21 April 2005 y Situation in Sudan. Carta del Fiscal de la Corte. ICC-02/05-2, 1 June 2005. Posteriormente, en las órdenes de detención sí que se proporciona algo más de información acerca del proceso seguido: Situation in Sudan. Prosecutor's Application under Article 58(7). ICC-02/05-56, 27 February 2007.

⁴³⁴ Situation in Sudan. Carta del Fiscal de la Corte. ICC-02/05-2, 1 June 2005.

⁴³⁵ Este caso concreto ha sido estudiado en: Zimmermann, Andreas, "Two steps forward, one step backwards? Security Council Resolution 1593 (2005) and the Council's Power to Refer Situations to the International Criminal Court" *op.cit.*, pp. 681 - 700; Condorelli, Luigi and Ciampi, Annalisa, "Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC", *op.cit.*, pp. 590 - 599; Cryer, Robert, "Sudan, Resolution 1593, and International Criminal Justice", *op.cit.*, pp. 195-222; Happold, Matthew, "Darfur, the Security Council, and the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 226 - 236; Ssenyonjo, Manisuli, "The International Criminal Court and the Warrant for Sudan's President Al-Bashir...", *op.cit.*, pp. 397 - 431. Para un análisis de los deberes de cooperación en el caso de remisiones del Consejo de Seguridad y los problemas relacionados con la inmunidad véase Akande, Dapo, "The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities", *op.cit.*, pp. 333 - 352. Sobre la orden de detención contra Al-Bashir: Ssenyonjo, Manisuli, "The International Criminal Court and the Warrant for Sudan's President Al-Bashir...", *op.cit.*, pp. 397 - 431.

⁴³⁶ Véanse cómo se alude a estos extremos en los informes anuales de la Oficina de la Fiscalía. Puede consultarse, entre los más recientes e ilustrativos, por ejemplo: Eighteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSCR 1593 (2005), 11 December

incidido en el curso de las investigaciones⁴³⁷, sino que ha puesto de manifiesto las carencias de un sistema de justicia internacional penal que depende de la cooperación de terceros para poder cumplir eficazmente su objetivo: poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales y, así, tener la capacidad de contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Por ello, y pese a que la Fiscalía desde el inicio declaró que la exigencia de responsabilidades por los crímenes internacionales cometidos en Darfur era un componente esencial para una paz efectiva⁴³⁸, lo cierto es que pese a la remisión -y a pesar de las continuas llamadas de atención al Consejo de Seguridad en las que le inculpa, y con razón, que no ha adoptado las medidas necesarias para hacer

2013, pp. 2 – 3. En él, la Fiscalía condena que “Without stronger action by the Security Council and State Parties, the situation in the Sudan is unlikely to improve and the alleged perpetrators of serious crimes against the civilian population will not be brought to justice” (punto 58); Twentieth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSC 1593 (2005), 12 December 2014, p. 1; Twenty-first report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), 29 June 2015, p. 10; Twenty-seventh report of the prosecutor of the international criminal court to the united nations security council pursuant to UNSCR 1593 (2005); Twenty-eighth report of the prosecutor of the international criminal court to the united nations security council pursuant to UNSCR 1593 (2005).

⁴³⁷ A este respecto, resulta cuanto menos lamentable que la Oficina de la Fiscalía se viera en la necesidad de priorizar otros casos que tuvieran más vistas de prosperar, tal y como señala en: Twenty-first report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), 29 June 2015, p. 3.

⁴³⁸ Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court Mr. Luis Moreno Ocampo, to the Security Council pursuant to UNSC 1593. 13.12.2005, pp. 8 – 9; Third Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 14.06.2006, p. 1; Fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593. 14 December 2006, P. 2; Fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593. 14 December 2006, p. 10; Sixth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). Report: 05.12.2007, p. 15; Seventh Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005). Report: 05.06.2008, pp. 1 – 2; Seventh Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005). Report: 05.06.2008, pp. 16 - 17.

efectiva la exigencia de responsabilidades⁴³⁹-, continúa reinando la impunidad⁴⁴⁰ y la violencia⁴⁴¹ en el Estado. En definitiva, y en palabras de la propia Fiscalía, “it should be a matter of great concern to this Council that after ten years, the situation in Sudan remains largely unchanged.”⁴⁴²

La segunda vez que el Consejo de Seguridad empleó la facultad que le confiere el Estatuto de Roma fue para remitir la situación en Libia⁴⁴³ mediante la Resolución 1970, en el año 2011⁴⁴⁴. En este caso, pese a que actúa también en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas⁴⁴⁵, no califica la situación como amenaza a la paz y a la seguridad internacionales sino que, simplemente, expresa su “grave preocupación por la situación en la Jamahiriya Árabe Libia”⁴⁴⁶, pone de relieve “la necesidad de hacer que las

⁴³⁹ Por ejemplo, en el Informe del año 2016 se insiste en que “Without stronger and committed action by the Council and State Parties, the situation in Darfur, Sudan is unlikely to improve and the alleged perpetrators of serious crimes against the civilian population will not be brought to justice”, Twenty-third Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSC 1593 (2005), 9 June 2016, p. 6. Extremo en el que se insistía unos meses después al recordar que: “It is therefore of particular importance that the Security Council, after referring a situation to the Prosecutor of the Court as constituting a threat to international peace and security, responds with any appropriate measure to the failure on the part of States Parties to the Statute to cooperate with the Court in order for it to fulfil the mandate with which it has been entrusted. In the absence of follow-up actions on the part of the Security Council any referral to the Court under Chapter VII of the Charter of the United Nations would become futile and incapable of achieving its ultimate goal of putting an end to impunity”, Twenty-fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSC 1593 (2005), 13 December 2016, pp. 4 - 5. Pueden consultarse también: Twenty-fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSC 1593 (2005), 13 December 2016, pp. 9 - 10; Twenty-fifth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSC 1593 (2005), 8 June 2017, p. 2; Twenty-fifth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSC 1593 (2005), 8 June 2017, pp. 8 - 9.

⁴⁴⁰ Seventeenth report of the Prosecutor of International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), 5 June 2013, p. 2. Y es que, tal y como señaló, si no se da efectividad a los órdenes de arresto, no se pueden llevar a cabo juicios y, por ende, las víctimas continúan sin justicia (Ibid., p.9); Nineteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSCR 1593 (2005), 23 June 2014, p. 17; Twentieth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSC 1593 (2005), 12 December 2014, p. 1.

⁴⁴¹ Y es que, todavía en el año 2015, la Fiscalía continuaba denunciando la comisión de crímenes en el territorio: Twenty-first report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), 29 June 2015, punto 33; Twenty-fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSC 1593 (2005), 13 December 2016, pp. 6 - 7.

⁴⁴² Twenty-second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSC 1593 (2005), 15 December 2015, pp. 1 - 2.

⁴⁴³ Para profundizar en las vicisitudes de este caso acúdase a: Cervell Hortal, María José, “La resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad y la remisión de la cuestión libia a la CPI: ¿la unión hace la fuerza?”, *op.cit.*, pp. 77 - 107; Triponel, Anna F. and Williams, Paul R., “The Clash of the Titans: Justice and Realpolitik in Libya”, *op.cit.*, pp. 775 - 834.

⁴⁴⁴ Resolución 1970 (2011) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6491a sesión, celebrada el 26 de febrero de 2011. S/RES/1970 (2011), 26 de febrero de 2011.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, preámbulo.

⁴⁴⁶ *Ibidem*. A lo que añade su condena por “la violencia y el empleo de la fuerza contra civiles”. Es más, resulta llamativo que en los informes bianuales que la Oficina de la Fiscalía remite al Consejo de Seguridad

personas responsables de los ataques contra los civiles, incluidos los efectuados por fuerzas bajo su control, rindan cuentas”⁴⁴⁷ y, finalmente, toma la decisión de “remitir la situación imperante en la Jamahiriya Árabe Libia desde el 15 de febrero de 2011 al Fiscal de la Corte Penal Internacional”⁴⁴⁸.

Al igual que en el caso anterior, resulta condenable que continúen cometiéndose crímenes⁴⁴⁹ y siga aumentando la violencia⁴⁵⁰ e imperando la impunidad⁴⁵¹ en el territorio. Es más, la remisión vuelve a poner de manifiesto que, sin la efectiva cooperación de terceros, la Corte carece de los medios necesarios para transferir a los presuntos responsables, como fue el caso de Gaddafi, a la Corte⁴⁵². Por esta razón, la Oficina de la Fiscalía insiste en recordarle al Consejo de Seguridad que fue él quien remitió la situación y, por esta razón, “continues to urge the Council to support its on-going efforts in Libya, and in particular, to support and facilitate financial assistance by the United Nations for investigations in 2017”⁴⁵³.

En definitiva, si bien los casos remitidos hasta el momento a la Corte ponen de manifiesto que, en tanto en cuanto no se garantice la colaboración y la cooperación entre

no se califique la situación como amenaza a la paz y a la seguridad internacionales. La primera referencia que hemos encontrado a este respecto ha sido en el Informe del año 2017: Fourteenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 8 November 2017, punto 45.

⁴⁴⁷ Resolución 1970 (2011), *op.cit.*, preámbulo.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, punto 4.

⁴⁴⁹ Eighth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSCR 1970 (2011), 11 November 2014, punto 36; Tenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 5 November 2015, punto 42; Twelfth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 9 November 2016, punto 15.

⁴⁵⁰ Eighth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSCR 1970 (2011), 11 November 2014, punto 11; Sixteenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), punto 27.

⁴⁵¹ Fifteenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), punto 37.

⁴⁵² Eighth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSCR 1970 (2011), 11 November 2014, punto 37; Tenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 5 November 2015, punto 50; Twelfth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 9 November 2016, punto 29; Fourteenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 8 November 2017, puntos 43 y 44; Fifteenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), punto 37; Sixteenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), puntos 41 – 42.

⁴⁵³ Twelfth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 9 November 2016, punto 30. Esta petición la vuelve a reiterar en: Thirteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 8 May 2017, punto 36.

los diversos órganos, las remisiones no dejan de ser envíos vacíos de contenido⁴⁵⁴, estos casos también muestran la íntima vinculación entre las situaciones de amenaza a la paz y a la seguridad internacionales y la necesidad de impartir justicia mediante la activación de la competencia de la Corte Penal Internacional.

Es más, en otros casos, pese a que no haya sido el Consejo de Seguridad quien haya remitido la situación, también se ha puesto de manifiesto esta íntima y mutua relación entre la justicia penal y la paz internacional. Y es que, es interesante comprobar que el Consejo de Seguridad ha aprobado resoluciones en las que califica determinadas situaciones como amenaza a la paz y a la seguridad internacionales que, precisamente, están siendo investigadas y enjuiciadas ante la Corte (como lo son, por ejemplo, los casos de la República Democrática del Congo⁴⁵⁵, Afganistán⁴⁵⁶, Mali⁴⁵⁷, Costa de Marfil⁴⁵⁸ o la República Centroafricana II⁴⁵⁹).

En todo caso, son muchas las situaciones que no han sido remitidas a la Corte Penal Internacional⁴⁶⁰, a pesar de que exista una manifiesta evidencia de que se han cometido crímenes internacionales y que se trata de situaciones que han sido calificadas como una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales, y que ponen de manifiesto la amplia discrecionalidad que tiene el Consejo de Seguridad para decidir si remite o no una

⁴⁵⁴ Precisamente, por esta razón, se ha propuesto que el Consejo de Seguridad debería obligar a los Estados a que cooperen con la Corte y, especialmente, que diera seguimiento a las situaciones remitidas (Trahan, Jennifer, "The relationship between the International Criminal Court and the U.N. Security Council: parameters and best practices", *op.cit.*, pp. 462 – 467). En un sentido similar, otros expertos opinan que, en caso contrario, podría llevar a la conclusión de que el Consejo de Seguridad no está dispuesto a asumir un verdadero compromiso (Cervell Hortal, María José, "La resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad y la remisión de la cuestión libia a la CPI: ¿la unión hace la fuerza?", *op.cit.*, p. 101). Pueden consultarse las críticas vertidas a este respecto en: Lomeli, Maria C., "Never Again Again and Again...", *op.cit.*, pp. 122 - 123.

⁴⁵⁵ Véase cómo se describen estas resoluciones en: Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana. Decision on the "Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court". ICC-01/04-01/10-451, 26 October 2011, punto 36.

⁴⁵⁶ Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, p. 70, punto 137.

⁴⁵⁷ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2012. November 2012, p. 41, punto 189.

⁴⁵⁸ Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15. ICC-02/11-3, 23 June 2011, p. 8, punto 20.

⁴⁵⁹ ICC-CPI, Situation in the Central African Republic II: Article 53(1) Report, 24 September 2014, punto 89.

⁴⁶⁰ Ahora bien, este tipo de omisiones, lejos de darse únicamente en el seno de la Corte Penal Internacional, se han producido a lo largo de la historia. Y es que, como acertadamente señaló Bassiouni la mayoría de situaciones no han recibido respuesta por parte de la comunidad internacional: Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, 2013, p. 782.

situación en base a motivaciones meramente políticas⁴⁶¹. Por ello, no le falta razón a Schabas cuando afirma que “Security Council referral may have been welcomed in 2005, but over the years many friends of the Court have adjusted their view”⁴⁶² o a aquéllos que defienden que la actuación del Consejo de Seguridad ha sido parcial y ha estado guiada por dobles estándares⁴⁶³.

Si bien hay varios casos en los que se ha debatido la posibilidad de remitir la situación a la Corte por medio del Consejo de Seguridad (por ejemplo, en la República Popular Democrática de Corea⁴⁶⁴ o Myanmar⁴⁶⁵) y también existen otros en los que continúa existiendo la más absoluta pasividad ante las violaciones cometidas, como es, lamentablemente, el caso de Yemen⁴⁶⁶, consideramos oportuno destacar la situación de Siria.

Precisamente, este caso muestra que, pese a que toda la humanidad pueda ver a través de los medios de comunicación cómo se perpetran los más graves crímenes internacionales, el Consejo de Seguridad no ha sido capaz de aprobar la resolución que permita a la Corte individualizar las responsabilidades penales y otorgar la justicia que

⁴⁶¹ Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary, Vol. I, op.cit.*, pp. 631 - 632.

⁴⁶² Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court, op.cit.*, p. 156. En efecto, en un principio, se valoraba positivamente la facultad del Consejo de Seguridad de remitir situaciones, tal y como muestran los trabajos de: Gutiérrez Espada, Cesáreo, "La Corte penal internacional (CPI) y las Naciones Unidas...", *op.cit.*, p. 33; Schicho, Luca, "The Security Council and the International Criminal Court: An Awkward Partnership", *op.cit.*, p. 135; Lirola Delgado, Isabel y Martín Martínez, Magdalena M., *La Corte Penal Internacional...*, *op.cit.*, p. 73.

⁴⁶³ Okowa, Phoebe, "The Security Council, the African Union and the International Criminal Court: Anatomy of a Problematic Relationship" en VVAA, *International Law and Changing Perceptions of Security: Liber Amicorum Said Mahmoudi*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2014, p. 231.

⁴⁶⁴ En esta ocasión, mediante una Resolución de la Asamblea General se alentó al Consejo de Seguridad “a que tome medidas apropiadas para asegurar la rendición de cuentas, recurriendo, entre otros, al estudio de la posibilidad de remitir la situación en la República Popular Democrática de Corea a la Corte Penal Internacional”, Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2014: Resolución 69/188. Situación de los derechos humanos en la República Popular Democrática de Corea. A/RES/69/188, 21 de enero de 2015, punto 8.

⁴⁶⁵ En esta ocasión, fue la Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar la que recomendó, entre otras posibilidades, que el Consejo de Seguridad remitiera la situación: Human Rights Council Thirty-ninth session 10–28 September 2018 Agenda item 4 Human rights situations that require the Council's attention: Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar. A/HRC/39/64, 24 August 2018, punto 103b).

⁴⁶⁶ A modo de ejemplo, puede acudir al siguiente informe en el que se describe la situación en la que se encuentra el Estado: Situation of human rights in Yemen, including violations and abuses since September 2014: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights containing the findings of the Group of Independent Eminent International and Regional Experts and a summary of technical assistance provided by the Office of the High Commissioner to the National Commission of Inquiry. A/HRC/39/43/EN, 17 August 2018.

las víctimas merecen⁴⁶⁷. Siria no es Estado Parte en el Estatuto de Roma y, por ello, la única vía que tendría la Corte para conocer de la situación sería a través de la remisión de la situación por medio del Consejo de Seguridad⁴⁶⁸.

Con la finalidad de lograr este objetivo, si bien se intentó fraguar una resolución⁴⁶⁹, lo cierto es que “gracias” al poder de veto⁴⁷⁰ ejercido por China y Rusia, la remisión quedó en un intento frustrado⁴⁷¹. No obstante, si algún aprendizaje nos deja esta ausencia de respuesta ante los crímenes que se han cometido en el Estado es la ambigüedad de los argumentos que se emplearon para impedir la remisión. Por ejemplo, resulta llamativo que Rusia llegara a afirmar que “estamos convencidos de que la justicia en Siria prevalecerá a la larga. Los culpables de delitos graves serán castigados, pero para que esto suceda, ante todo hace falta la paz”⁴⁷². Como cabe apreciar, estas declaraciones no son sino una manifestación más del clásico debate de “primero paz, luego justicia” al que tantas veces hemos aludido en el presente trabajo. Por ello, no podemos estar más de acuerdo con la respuesta del entonces Presidente del Consejo cuando contestó que “es decepcionante observar que hay una percepción equivocada de que las iniciativas a favor de la administración de justicia son incompatibles con las iniciativas encaminadas a buscar una solución política”⁴⁷³.

⁴⁶⁷ Si quieren leerse unas interesantes reflexiones del primer Fiscal de la Corte sobre esta situación, puede acudirse a: Moreno Ocampo, Luis, "Between Bombing or Doing Nothing", Huffingtonpost, 4 November 2013. Disponible online en: https://www.huffingtonpost.com/luis-moreno-ocampo/between-bombing-or-doing-_b_3869088.html?guccounter=1

⁴⁶⁸ Ahora bien, como aclaró la Fiscal en el año 2015, podría darse el caso, si bien todavía no se ha tomado esa decisión, de iniciar una investigación sobre nacionales de Estados Parte que hayan podido cometer crímenes sobre los que la Corte Penal Internacional tiene competencia en los Estados de Iraq y Siria. Véase Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the alleged crimes committed by ISIS, 8 April 2015.

⁴⁶⁹ Véase el proyecto de resolución S/2014/348, del 22 de mayo de 2014.

⁴⁷⁰ Ante estas condenables actuaciones, no es de extrañar que se hayan tratado de limitar el poder de veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad con la finalidad de no obstaculizar la remisión de las situaciones. Por ejemplo, podemos destacar la iniciativa de Francia de definir “un código de conducta para que, en los casos de crímenes en masa, puedan decidir renunciar colectivamente a su derecho de veto” (Asamblea General, Sexagésimo octavo período de sesiones, 5ª sesión plenaria, martes 24 de septiembre de 2013, a las 9.00 horas, Nueva York. A/68/PV.5. Discurso del Presidente de la República Francesa, Sr. François Hollande, p.36). Esta iniciativa contó con el apoyo de otros Estados como, por ejemplo, Ruanda o Luxemburgo. Véase: Consúltese UNSC, 7180ª sesión, 22 de mayo de 2014 (S/PV.7180). En un sentido similar véase también Global Solutions, The Responsibility Not To Veto: A Way Forward, 2010. Disponible online en: http://responsibilitytoprotect.org/Responsibility_not_to_Veto_White_Paper_Final_7_14__2_.pdf

⁴⁷¹ UNSC, 7180ª sesión, 22 de mayo de 2014 (S/PV.7180).

⁴⁷² *Ibidem*.

⁴⁷³ *Ibidem*.

Si bien estas omisiones y nula actuación por parte del Consejo de Seguridad son duramente criticables y hacen tambalear la relación entre la justicia penal y la paz internacional, lo cierto es que el artículo 16 que analizaremos a continuación, vuelve a mostrar que la aparente concordia que se presume en el Estatuto entre dos órganos de semejante envergadura como lo son la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad dista mucho de ser idílica. Es más, la mera existencia de este precepto contradice, paradójicamente, todas las afirmaciones vertidas en el presente apartado y, a nuestro juicio, pone gravemente en entredicho el respeto mutuo al que la Corte y las Naciones Unidas se comprometieron⁴⁷⁴. Por ello, no sin razón se ha catalogado este precepto como “one of most dangerous and sensitive provisions in the ICC Statute”⁴⁷⁵.

3.3. La controvertida facultad del Consejo de Seguridad de suspender las investigaciones y/o los enjuiciamientos ante la Corte Penal Internacional

3.3.1. ¿LA JUSTICIA INTERNACIONAL COMO RESPUESTA O COMO AMENAZA A LA PAZ Y A LA SEGURIDAD INTERNACIONALES? LA INCONGRUENCIA DE EMPLEAR EL MISMO ARGUMENTO PARA PROPÓSITOS CONTRAPUESTOS

Si bien el Consejo de Seguridad, actuando conforme a lo previsto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, tiene la facultad de remitir a la Corte una situación, en base al mismo fundamento legal tiene también la capacidad de pedirle que no inicie o que suspenda una investigación o un enjuiciamiento. En efecto, según lo previsto en el artículo 16 del Estatuto de Roma⁴⁷⁶:

En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa

⁴⁷⁴ Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, artículo 2.3. En él se prevé que ambas organizaciones "se comprometen a respetar mutuamente su condición y su mandato respectivos". A juicio de Lirola y Martín Martínez, este extremo “cuestiona la independencia de la CPI, ya que se está primando la acción política del Consejo de Seguridad”, Lirola Delgado, Isabel y Martín Martínez, Magdalena M., *La Corte Penal Internacional...*, *op.cit.*, p. 73. En un sentido similar: Köchler, Hans, *The Security Council as Administrator of Justice? Reflections on the Antagonists Relationship between Power and Law*, Vienna, 2011, p. 57.

⁴⁷⁵ El Zeidy, Mohamed, "The United States Dropped the Atomic Bomb of Article 16 of the ICC Statute: Security Council Power of Deferrals and Resolution 1422", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 35, 2002, p. 1509.

⁴⁷⁶ Artículo que ha de ser leído conjuntamente con el artículo 17.2 del Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas.

suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.

La facultad del Consejo de Seguridad se basa en una resolución⁴⁷⁷ aprobada en base al Capítulo VII de la Carta⁴⁷⁸, es decir, nos hallamos, de nuevo, ante una situación de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión, situaciones que, precisamente, son aquéllas en las que se cometen la mayoría de crímenes internacionales sobre los que la Corte ejerce su competencia⁴⁷⁹. Por ello, ¿debemos entender que es la justicia el elemento que puede poner en peligro la paz y seguridad internacionales?⁴⁸⁰

En efecto, como bien señala Ambos, el precepto parece reconocer que “article 16 will be the vehicle for resolving conflicts between the perceived requirements of peace and justice where the Council assesses that the peace efforts need to be given priority over international criminal justice”⁴⁸¹. No obstante, en ese caso, ¿por qué tiene el Consejo de Seguridad la facultad de remitir situaciones a la Corte en estas mismas situaciones de amenaza a la paz y a la seguridad internacional?

Precisamente, la inconsistencia entre estos dos artículos la puso de manifiesto India en el momento de explicar el sentido de su voto cuando se adoptó el Estatuto de Roma. Si

⁴⁷⁷ Precisamente, la exigencia de que la suspensión se realice en base a una “resolución” es una de las diferencias entre este artículo y el artículo 13 explicado anteriormente. No obstante, en la práctica esta diferencia ha resultado insignificante ya que las remisiones también se han realizado mediante una resolución. Si quiere profundizarse en las razones que llevaron a los redactores a exigir la aprobación de una resolución en el artículo 16 acúdase a: Bergsmo, Pejic and Zhu, "Article 16" en Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Munich-Oxford-Baden-Baden, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2016, pp. 778 - 779.

⁴⁷⁸ Precisamente, la necesidad de respetar la Carta de las Naciones Unidas lleva a determinados expertos a defender que la discrecionalidad del Consejo de Seguridad no es absoluta: Stahn, Carsten, "The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002)", *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1, 2003, p. 97.

⁴⁷⁹ Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, *op.cit.*, pp. 770 - 774.

⁴⁸⁰ Determinados expertos se posicionan en contra de esta posibilidad al entender que “this situation need not necessarily find its direct cause in the investigations or prosecutions *per se*: the Security Council could refer to a larger factual or political background, related to the proceedings before the Court and placed in one of the categories described in Article 39”, Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Vol. I, *op.cit.*, p. 647. En un sentido similar: Fernandez, Julian and Pacreau, Xavier (Dirs.), *Statut de Rome de La Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Vol. I, *op.cit.*, p. 674. En contra de esta interpretación: Laval, Roberto, "A vicious storm in a teacup: the action by the United Nations Security Council to narrow the jurisdiction of the International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, Vol. 14, 2003, p. 206; Lafontaine, Fannie, "Le conseil de sécurité et la Cour pénale internationale: complémentarité ou confrontation entre justice pénale internationale et sécurité internationale?" *op.cit.*, p. 209.

⁴⁸¹ Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, *op.cit.*, p. 774.

bien las declaraciones se realizaron en 1998, continúan teniendo plena vigencia en la actualidad, por lo que es interesante citarlas textualmente:

"On the one hand, it is argued that the ICC is being set up to try crimes of the gravest magnitude. On the other, it is argued that the maintenance of international peace and security might require that those who have committed these crimes should be permitted to escape justice, if the Council so decrees. The moment this argument is conceded, the Conference accepts the proposition that justice could undermine international peace and security"⁴⁸².

Esta patente contradicción entre dos artículos que persiguen dos objetivos contrapuestos en base al mismo fundamento jurídico únicamente se entiende acudiendo al proceso de elaboración del Estatuto⁴⁸³. Y es que, es notoriamente conocido que nos hallamos ante una concesión⁴⁸⁴ que resultó necesaria en el proceso de aprobación del Estatuto de Roma⁴⁸⁵ y cuyo fundamento obedece a razones políticas y no jurídicas⁴⁸⁶. En todo caso, no debemos olvidar que las versiones previas del artículo eran todavía mucho más restrictivas⁴⁸⁷ y que, de haberse aprobado, hubieran podido minar significativamente

⁴⁸² Explanation of vote by India on the adoption of the Statute of the international criminal court, Rome, July 17 1998. Disponible online en: <https://www.legal-tools.org/doc/9f86d4/pdf/>

⁴⁸³ Proceso de negociaciones que, se ha defendido, fue uno de los más controvertidos: Yee, Lionel, "The International Criminal Court and the Security Council", *op.cit.*, p. 149.

⁴⁸⁴ War Crimes Research Office, *The relationship between the International criminal Court and the United Nations*, *op.cit.*, p. 15; Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, pp. 442 – 443.

⁴⁸⁵ Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, p. 436; Bergsmo, Pejic and Zhu, "Article 16", *op.cit.*, p. 773.

⁴⁸⁶ Por esta razón, hay quien defiende que "L'article 16, l'un des articles les plus controversés du Statut de Rome, illustre la relation complexe et délicate entre, d'un part, la justice pénale, et, d'autre part, la paix et la sécurité ; entre le droit et la politique », Fernandez, Julian and Pacreau, Xavier (Dirs.), *Statut de Rome de La Cour pénale internationale. Commentaire article par article, Vol. I*, *op.cit.*, p. 669.

⁴⁸⁷ Pueden consultarse los siguientes documentos oficiales al respecto: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994), DOCUMENTO A/49/10, Artículo 23. De la intervención del Consejo de Seguridad. Así mismo, pueden leerse también los comentarios a esta versión previa en: Report of the *Ad Hoc* Committee on the Establishment of an International Criminal Court, General Assembly Official Records, Fiftieth Session Supplement No. 22 (A/50/22), 1995, Párrafos 120 – 126; Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court Volume I (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996), General Assembly Official Records · Fifty-first Session, Supplement No.22 (A/51/22), párrafos 140 - 144.

Por otra parte, cabe recordar que la propuesta de Singapur fue crucial: "3. No investigation or prosecution may be commenced or proceeded with under this statute where the Security Council has, acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, given a direction to that effect." (4th Preparatory Committee (4 - 15 August 1997), Non-Paper/WG.3/No.16, 8 August 1997). Si bien, fueron también otras las opciones que se barajaron y que pueden apreciarse en: Preparatory Committee on the establishment of an International Criminal Court, 4-15 August 1997. A/AC.249/1997/L.8/Rev.1, 14 August 1997. Lease, en último lugar, la redacción final del Report of the Committee of the Whole, Document A/CONF.183/8, 17 July 1998.

la capacidad de la Corte para actuar⁴⁸⁸ ya que quedaba subordinada al Consejo de Seguridad⁴⁸⁹.

Si comparamos sucintamente la redacción del artículo 16 con el artículo 13 del Estatuto, cabe observar ciertas diferencias un tanto preocupantes. Como hemos indicado anteriormente, una remisión no implica que se inicie automáticamente una investigación ante la Corte. Por ello, si bien el Consejo de Seguridad puede llegar a actuar de manera interesada o parcial en ciertas situaciones, no puede imponer el inicio de la investigación ni mucho menos decidir a qué individuos enjuiciar⁴⁹⁰ ya que, tras la remisión, el Fiscal debe proceder a realizar un examen preliminar en base al cual decidirá si inicia o no la correspondiente investigación. Sin embargo, la regulación de la suspensión -pese a ser una facultad más polémica que la remisión- no contempla, en principio, una facultad semejante. Es decir, el texto del Estatuto no prevé, directamente, la posibilidad de que la Corte pueda tener cierto poder de decisión ante una resolución de suspensión proveniente del Consejo de Seguridad⁴⁹¹. Es más, la práctica existente hasta el momento parece

⁴⁸⁸ Bergsmo, Pejic and Zhu, "Article 16" en Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Munich-Oxford-Baden-Baden, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2016, p. 774.

⁴⁸⁹ Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, *op.cit.*, p. 25; El Zeidy, Mohamed, "The United States Dropped the Atomic Bomb of Article 16 of the ICC Statute: Security Council Power of Deferrals and Resolution 1422", *op.cit.*, p. 1509; Gargiulo, Pietro, "The controversial relationship between the International Criminal Court and the Security Council", *op.cit.*, p. 85.

⁴⁹⁰ ICC-OTP, Open Debate of the United Nations Security Council on "Peace and Justice, with a special focus on the role of the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 3.

En un inicio se planteó la posibilidad del que el Consejo de Seguridad pudiera remitir un caso a la Corte. Sin embargo, posteriormente, se consideró que debía de ser el Fiscal quién decidiera a qué individuos enjuiciar. Véanse, si se desea, los términos en los que se planteaba el debate en: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46.º período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994), Documento A/49/10. (Distribuido inicialmente como Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento N.º 10.), pp. 46-47. Tal y como señala Quesada Alcalá: "Esta facultad, no obstante, era susceptible de crítica por exceder de los límites impuestos al Consejo de Seguridad por el Capítulo VII, conforme al cual éste sólo puede tratar situaciones, en particular situaciones de emergencia para la paz y seguridad internacionales, y no casos individuales", Quesada Alcalá, Carmen, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 291.

⁴⁹¹ Sin embargo, determinados expertos consideran que la Corte tiene la competencia para decidir si procede o no a la suspensión (por ejemplo, si considera que el Consejo de Seguridad excede los términos del artículo). Véase cómo plantean esta posibilidad en: Fernandez, Julian and Pacreau, Xavier (Dirs.), *Statut de Rome de La Cour pénale internationale. Commentaire article par article, Vol. I*, *op.cit.*, p. 676; pp. 681 – 682; Stahn, Carsten, "The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002)", *op.cit.*, p. 88; Denis, Catherine, "Problèmes liés à l'application des articles 16 et 98.2 du Statut de Rome: quelques commentaires sur deux obstacles potentiels à l'exercice par la Cour de sa compétence" en *La Belgique et la Cour Pénale Internationale: Complémentarité et coopération. Actes du colloque du 17 Mai 2004*, Bruylant, 2005, pp. 118 – 119; Blome, Kerstin and Markard, Nora, "Contested Collisions: Conditions for a Successful Collision Management - the example of Article 16 of the Rome Statute", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29, 2016, pp. 571 – 572; Borjas M., Alma C., "La potestad del Consejo de Seguridad para solicitar a la Corte Penal Internacional la suspensión de una investigación o de un enjuiciamiento", *Revista Derecho del Estado*, N.º 27, 2011, pp. 141 – 142; Kim, Sun, "Maintaining the Independence of the International Criminal Court: The Legal and Procedural Implications of an Article 16 Deferral Request", *Agenda*

corroborar que la suspensión bien pudiera ser automática, ya que en ninguna de las ocasiones en las que se ha aplicado el artículo 16, la Corte ha condenado enérgicamente su empleo.

Por otra parte, quisiéramos destacar que, si bien en la remisión se envían “situaciones” en la suspensión pueden llegar a paralizarse no solo las investigaciones⁴⁹² sino los “casos” concretos⁴⁹³. Y es que, obsérvese que el artículo señala que puede pedir a la Corte “que no inicie o que suspenda (...) la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado”. Es interesante comprobar que la diferencia entre estos dos preceptos no fue accidental ya que

Internacional, No. 29, 2011, pp. 189 ; Obura, Ken, "The Security Council's Power to Defer ICC Cases under Article 16 of the Rome Statute", *JAIL*, Vol. 4, Num. 3, 2011, p. 757; Knottnerus, Abel, "The Security Council and the International Criminal Court: The unsolved puzzle of Article 16", *Netherlands International Law Review*, Vol. 61, Issue 2, 2014, p. 200; Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, *op.cit.*, pp. 647 – 648; Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, *op.cit.*, pp. 166 - 167. En contra de esta interpretación: Elias, Olufemi, "The law of treaties and the relationship between the Security Council and the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 180; Gallavin, Chris, "The Security Council and the ICC: Delineating the Scope of Security Council Referrals and Deferrals", *op.cit.*, pp. 34 – 35. Si se desea profundizar en las vías por las que sería posible controlar las decisiones del Consejo de Seguridad más allá del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, acúdase a: Torrecuadrada García-Lozano, Soledad, "El control de legalidad de las decisiones del Consejo de Seguridad", *Agenda Internacional*, N° 28, 2010, pp. 103 – 131.

⁴⁹² Hay quien argumenta que de la lectura del precepto no cabe deducir que el Consejo de Seguridad tenga la capacidad de paralizar los exámenes preliminares llevados a cabo por el Fiscal ya que no nos hallamos ante una "investigación" en sentido estricto (Bergsmo, Pejic and Zhu, "Article 16", *op.cit.*, p. 777). Sin embargo, en el caso de los "bloqueos preventivos" tampoco existía ningún tipo de investigación y, sin embargo, se aplicó este artículo 16 (Bollo Arocena, M. Dolores, "La adopción de las Resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003)...", *op.cit.*, pp. 375 – 408). Es más, obsérvese que el artículo permite al Consejo de Seguridad pedir a la Corte que "no inicie" una investigación. Por lo tanto, nos hallaríamos ante una fase intermedia entre el examen preliminar y el inicio de la investigación.

Al margen de este debate, lo que resulta innegable son las preocupantes consecuencias que tendría en la práctica la suspensión de toda investigación, especialmente, en materia de protección de testigos o recogidas de pruebas – circunstancias a las que, como cabe apreciar, no se les dio respuesta en el Estatuto de Roma (Bergsmo, Pejic and Zhu, "Article 16", *op.cit.*, p. 778).

⁴⁹³ Las diversas posturas mantenidas por los expertos en torno al momento en que cabe suspender la investigación o el enjuiciamiento ante la Corte o a las personas o situaciones a las que podría alcanzar pueden apreciarse en: Kim, Sun, "Maintaining the Independence of the International Criminal Court...", *op.cit.*, p. 198 y siguientes; Sarooshi, Dan, "The Peace and Justice Paradox: The International Criminal Court and the UN Security Council", McGoldrick, Dominic and Donnelly, Eric (Eds.), *The Permanent International Criminal Court: Legal And Policy Issues*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2004, p. 106; Ciampi, Annalisa, "The Proceedings against President Al Bashir and the Prospect of their Suspension under Article 16 ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, 2008, pp. 889 – 890; Stegmiller, Ignaz, *The Pre-Investigation Stage of the ICC...*, *op.cit.*, p. 391.

el artículo 16 perseguía⁴⁹⁴, precisamente, permitir que el Consejo de Seguridad pudiera suspender los enjuiciamientos centrados en una única persona⁴⁹⁵.

3.3.2. LA MATERIALIZACIÓN DE LA PUGNA ENTRE LA PAZ Y LA JUSTICIA EN EL SENO DE LA CORTE: LOS REITERADOS INTENTOS POR APLICAR EL ARTÍCULO 16

En el 2002, es decir, en el año en el que entró en vigor el Estatuto de Roma, hubo quien defendió que el empleo del artículo 16 iba a resultar difícil de justificar⁴⁹⁶. No obstante, y como es notoriamente conocido –razón por la cual nos remitimos a la doctrina que analizó estos “bloqueos preventivos”⁴⁹⁷–, la primera vez que se empleó el artículo, la

⁴⁹⁴ Quisiéramos añadir que parece existir cierto consenso en que, cuando se estaba debatiendo este precepto, lo que se tenía en mente era su posible empleo en posibles negociaciones de paz. Véase la Declaración del Sr. Heinbecker (Canadá) en el Consejo de Seguridad, Quincuagésimo séptimo año 4568ª sesión, miércoles 10 de julio de 2002, a las 10.00 horas, Nueva York. S/PV.4568: La situación en Bosnia y Herzegovina. Carta de fecha 3 de julio de 2002 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente del Canadá ante las Naciones Unidas (S/2002/723). A juicio de determinados especialistas, “Article 16 can be viewed as being a complementarity tool, thereby creating a framework in the ICC Statute where considerations of peace and stability in a given context would be addressed by either the ICC or the Security Council”, M’Boge, Yassin A., “In the interests of peace and the interests of justice’: Security Council deferrals as a constructive tool for conflict resolution” en Quènivet, Noëlle and Shah-Davis, Shilan, *International Law and Armed Conflict: Challenges in the 21st Century*, The Hague, TMC Asser Press, 2010, p. 368. En definitiva, a juicio de este autor, “Article 16 allows the Security Council to act in the ‘interest of peace’” (p. 379).

⁴⁹⁵ Cryer, Robert, “The Security Council, Article 16 and Darfur”, Oxford Transitional Justice Research Working Paper Series, 29 October 2008, p. 3. A este respecto conviene recordar que el inicio del enjuiciamiento supone que se han identificado a los presuntos responsables y que, probablemente, se habrán dictado órdenes de arresto contra ellos. Por lo tanto, este artículo permite que el Consejo de Seguridad paralice una determinada orden de arresto si considera que puede poner en peligro la paz y la seguridad internacional. Si bien una investigación más general o unos enjuiciamientos masivos podrían sostener este tipo de interpretación, nos preguntamos hasta qué punto un único enjuiciamiento tiene la capacidad de poner en peligro la paz y seguridad internacionales.

⁴⁹⁶ Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary, Vol. I, op.cit.*, p. 554. En un sentido similar, no han sido pocos los expertos que han considerado que el artículo 16 debería de emplearse de manera sumamente excepcional. Véase: War Crimes Research Office, *The relationship between the International criminal Court and the United Nations, op.cit.*, pp. 30 – 36; Lafontaine, Fannie, “Le conseil de sécurité et la Cour pénale internationale: complémentarité ou confrontation entre justice pénale internationale et sécurité internationale?”, *op.cit.*, p. 209 ; Alamuddin, Amal, “The Role of the Security Council in Starting and Stopping Cases at the International Criminal Court: Problems of Principle and Practice”, *op.cit.*, p. 112.

⁴⁹⁷ Bollo Arocena, M. Dolores, “La adopción de las Resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003)...”, *op.cit.*, pp. 375 – 408. Sobre esta situación de bloqueo véase también: Schicho, Luca, “The Security Council and the International Criminal Court: An Awkward Partnership”, *op.cit.*, pp. 126 - 128; Denis, Catherine, “Problèmes liés à l’application des articles 16 et 98.2 du Statut de Rome: quelques commentaires sur deux obstacles potentiels à l’exercice par la Cour de sa compétence”, *op.cit.*, pp. 109 - 121; Elias, Olufemi and Quast, Anneliese, “The Relationship between the Security Council and the International Criminal Court in the Light of Resolution 1422”, *Non-State Actors and International Law*, Vol. 3, 2003, pp. 165-185; El Zeidy, Mohamed, “The United States Dropped the Atomic Bomb of Article 16 of the ICC Statute: Security Council Power of Deferrals and Resolution 1422”, *op.cit.*, pp. 1503 - 1544; Stahn, Carsten, “The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002)”, *op.cit.*, pp. 85 - 104; Zappala, Salvatore, “The

Corte apenas había entrado en funcionamiento⁴⁹⁸. Es más, la mención implícita a este precepto en la Resolución 1497 (2003), de 1 de agosto de 2003 en el caso de Liberia⁴⁹⁹, no hizo sino contribuir a aumentar la confusión en torno al verdadero significado de la disposición⁵⁰⁰.

Una vez superadas estas improcedentes invocaciones del artículo -que bien pueden considerarse como una muestra de fuerza del Consejo de Seguridad (léase Estados Unidos⁵⁰¹) ante una recién creada y débil Corte Penal Internacional ya que, más allá de

Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003, pp. 114 - 134; Borjas M., Alma C., "La potestad del Consejo de Seguridad para solicitar a la Corte Penal Internacional la suspensión de una investigación o de un enjuiciamiento", *op.cit.*, pp. 130 - 140; Jain, Neha, "A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court", *EJIL*, Vol. 16 No. 2, 2005, pp. 239-254; Lavallo, Roberto, "A vicious storm in a teacup: the action by the United Nations Security Council to narrow the jurisdiction of the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 195-220; Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, *op.cit.*, pp. 165 - 167.

⁴⁹⁸ Véase la Resolución 1422 (2002) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4572a sesión, celebrada el 12 de julio de 2002, S/RES/1422 (2002) y Resolución 1487 (2003) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4772a sesión, celebrada el 12 de junio de 2003, S/RES/1487 (2003).

Así mismo, si se desea consultar el debate que la aprobación que la primera resolución generó en el seno del Consejo de Seguridad, puede acudir a: Consejo de Seguridad: La situación en Bosnia y Herzegovina. Carta de fecha 3 de julio de 2002 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente del Canadá ante las Naciones Unidas (S/2002/723), *op.cit.* A propósito de la renovación, puede consultarse: Secretary-General's statement to the Security Council on the renewal of a resolution regarding the International Criminal Court and peacekeeping, 12 June 2003. Disponible online en: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2003-06-12/secretary-generals-statement-security-council-renewal-resolution>

Consúltese también la reacción de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Résolution 1336 (2003): Menaces qui pèsent sur la Cour pénale internationale. Disponible online en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-fr.asp?fileid=17122&lang=fr>

Así mismo, es notoriamente conocido que Estados Unidos comenzó a suscribir acuerdos con terceros Estados en base al artículo 98 con la finalidad de inmunizar, todavía más, a sus nacionales de posibles investigaciones ante la Corte. Si se desea profundizar sobre esta cuestión, acúdase a: Zappala, Salvatore, "The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements", *op.cit.*, pp. 114 - 134.

⁴⁹⁹ Resolución 1497 (2003), Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4803ª sesión, celebrada el 1º de agosto de 2003. S/RES/1497 (2003), 1 de agosto de 2003.

⁵⁰⁰ Este caso ha sido analizado de manera minuciosa en: Zappala, Salvatore, "Are Some Peacekeepers Better Than Others - UN Security Council Resolution 1497 (2003) and the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003, pp. 671-678; Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, *op.cit.*, p. 775; Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, pp. 438 - 439; Fernandez, Julian and Pacreau, Xavier (Dirs.), *Statut de Rome de La Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Vol. I, *op.cit.*, p. 682.

⁵⁰¹ Ahora bien, esta actitud, ha vuelto a hacer aparición en fechas recientes. Léanse las amenazantes y firmemente condenables palabras que John Bolton pronunció en septiembre de 2018: The Guardian, John Bolton threatens war crimes court with sanctions in virulent attack, 10 September 2018. Disponible online en: <https://www.theguardian.com/us-news/2018/sep/10/john-bolton-castigate-icc-washington-speech> Ante declaraciones semejantes, fue ejemplar la condena expresada por la Corte al recordarle al Estado que el tribunal continuaría realizando su labor. Véase: Statement : 12 September 2018: The ICC will continue its independent and impartial work, undeterred, ICC-CPI-20180912-PR1406. Disponible online en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1406>

demostrar la facilidad con la que era posible invocar y aprobar resoluciones dirigidas a paralizar toda actuación de la Corte, en realidad, no tuvieron gran incidencia práctica-analizaremos a continuación cuál puede ser el verdadero y polémico ámbito de aplicación del artículo, especialmente en un contexto de justicia transicional.

Para ello, conviene recordar que el Consejo de Seguridad tiene la potestad de remitir una situación a la Corte. Pues bien, en el caso de que lleve a efecto esta facultad que le otorga el artículo 13 del Estatuto de Roma, se puede plantear una situación un tanto contradictoria, ya que el mismo fundamento legal permite remitir una situación y, al mismo tiempo, suspenderla, lo que, de entrada, "is not an entirely sound conclusion"⁵⁰². Sin embargo, llamativamente, no solo las dos resoluciones que remiten las situaciones aluden expresamente al artículo 16⁵⁰³ sino que, en el caso de Sudán, la posibilidad de suspender la investigación ha estado cerca de producirse.

Y es que, cuando se solicitó la orden de arresto contra Omar Al Bashir⁵⁰⁴, el Consejo de Paz y Seguridad de la Unión Africana⁵⁰⁵, envió una carta al Presidente del Consejo de

Sin embargo, los hechos muestran que, tal vez, la amenaza estadounidense sí que generó cierta reacción en el seno de la Corte ya que la Oficina de la Fiscalía unos meses después procedería a cerrar el examen preliminar en Afganistán.

⁵⁰² Bergsmo, Pejic and Zhu, "Article 16", *op.cit.*, p. 779.

⁵⁰³ Véanse los preámbulos a la Resolución 1593 (2005). Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5158ª sesión, celebrada el 31 de marzo de 2005 (en el caso de Sudán) y la Resolución 1970 (2011) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6491ª sesión, celebrada el 26 de febrero de 2011. S/RES/1970 (2011), 26 de febrero de 2011 (en el caso de Libia).

⁵⁰⁴ Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. ICC-02/05-01/09-3, 4 March 2009; Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"). Orden de detención de Omar Hassan Ahmad Al Bashir. ICC-02/05-01/09-1-tSPA, 4 de marzo de 2009. El caso de Al-Bashir ha sido analizado en: Falligant, Jennifer, "The Prosecution of Sudanese President Al Bashir: Why a Security Council Deferral Would Harm the Legitimacy of the International Criminal Court", *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 27, 2009, pp. 727 - 756; Weldehaimanot, Simon, "Arresting Al-Bashir: The African Union's Opposition and the Legalities", *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19.2, 2011, pp. 208-235; Lubbe, Hendrik Johannes, "The African Union's decision on the indictments of Al-Bashir and Gaddafi and their implications for the implementation of the Rome Statute by African States" en Ambos, Kai and Maunganidze, Otilia A (Eds.), *Power and Prosecution: Challenges and Opportunities for International Criminal Justice in Sub-Saharan Africa*, Göttingen, Konrad Adenauer Stiftung, 2012, pp. 179 - 199; Cryer, Robert, "The Security Council, Article 16 and Darfur", *op.cit.*; Ssenyonjo, Manisuli, "The International Criminal Court and the Warrant for Sudan's President Al-Bashir...", *op.cit.*, pp. 397 - 431; Ciampi, Annalisa, "The Proceedings against President Al Bashir and the Prospect of their Suspension under Article 16 ICC Statute", *op.cit.*, pp. 885 - 897; Oette, Lutz, "Peace and Justice, or Neither? The Repercussions of the *al-Bashir* Case for International Criminal Justice in Africa and Beyond", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, pp. 345 - 364.

⁵⁰⁵ Para conocer con mayor profundidad la posición de la Unión Africana: Akande, Dapo, Du Plessis, Max and Jalloh, Charles Chernor, *Position Paper: An African expert study on the African Union concerns about article 16 of the Rome Statute of the ICC*, Institute for Security Studies, 2010. Disponible online en: <http://www.elac.ox.ac.uk/downloads/AkandeDuPlessisJallohICCPaper.pdf>; Weldehaimanot, Simon, "Arresting Al-Bashir: The African Union's Opposition and the Legalities", *op.cit.*, pp. 208-235; Maunganidze, Otilia Anna and du Plessis, Anton, "The ICC and the AU" en Stahn, Carsten (Ed.), *The Law*

Seguridad en la que le comunicaba la decisión que habían adoptado a propósito de la orden de detención dictada por la Oficina de la Fiscalía⁵⁰⁶. En ella, tras reiterar su compromiso con la rendición de cuentas y lucha contra la impunidad⁵⁰⁷, solicitaban:

“al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que aplaque el proceso iniciado por la Corte Penal Internacional, teniendo en cuenta la necesidad de asegurar que los esfuerzos en curso por alcanzar la paz no se vean comprometidos, así como el hecho de que en las circunstancias actuales un enjuiciamiento puede no redundar en interés de las víctimas y de la justicia”⁵⁰⁸.

Como cabe apreciar, son cuanto menos poco novedosos los argumentos esgrimidos para justificar la aplicación del artículo 16: el peligro que la justicia supone para lograr la paz⁵⁰⁹. Ante esta petición, el Consejo de Seguridad, el 31 de julio de 2008⁵¹⁰, tras poner

and Practice of the International Criminal Court, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 65 – 83. En todo caso, no tenemos que olvidar quién está detrás de la posición de la Unión Africana. Por ejemplo, tal y como explica Mendes, cuando en febrero de 2009 la Unión Africana fijó su postura sobre las ordenes contra al Bashir y determinó que era necesario una reunión de los miembros para examinar la relación de la UA con la CPI, quien estaba como Chairman era Muammar Gaddafi (Mendes, Errol P., *Peace and Justice at the International Criminal Court...*, *op.cit.*, p. 167). Así mismo, la siguiente selección de obras muestran varias de las inquietudes de diversos Estados africanos: Werle, Gerhard, Fernandez, Lovell and Vormbaum, Moritz (Eds.), *Africa and the International Criminal Court*, Springer, The Hague, 2014; Clarke, Kamari M., Knottnerus, Abel S. and De Volder, Eefje (Eds.), *Africa and the ICC: Perceptions of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016; Du Plesiss, Max, *The International Criminal Court that Africa wants*, Institute for Security Studies, South Africa, 2010; Jalloh, Charles Chernor and Bantekas, Ilias (Eds.), *The International Criminal Court and Africa*, Oxford University Press, Oxford, 2017; Ankumah, Evelyn A. (Ed.), *The International Criminal Court and Africa: One Decade On*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2017.

⁵⁰⁶ UNSC, Carta de fecha 21 de julio de 2008 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por la Observadora Permanente de la Unión Africana ante las Naciones Unidas. S/2008/481, 23 de julio de 2008. En ella, le remitía adjunto el “comunicado aprobado por el Consejo de Paz y Seguridad de la Unión Africana, en su 142ª sesión, celebrada el 21 de julio de 2008, en relación con la petición formulada el 14 de julio de 2008 por el Fiscal de la Corte Penal Internacional de una orden de detención en virtud del artículo 58 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional contra el Presidente de la República del Sudán”. En efecto, como anexo figuraba la “carta de fecha 21 de julio de 2008 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por la Observadora Permanente de la Unión Africana ante las Naciones Unidas” que contenía el “Comunicado de la 142ª sesión del Consejo de Paz y Seguridad”.

⁵⁰⁷ S/2008/481, *op.cit.*, puntos 2, 3 y 10.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, punto i).

⁵⁰⁹ Argumentos en los que se insiste una y otra vez a lo largo de la carta. Véase, por ejemplo, el punto 9 de la Carta, en la que se “expresa su convicción de que, dado el carácter delicado de los procesos en marcha en el Sudán, la aprobación de la petición del Fiscal de la Corte Penal Internacional por la Sala de Cuestiones Preliminares podría socavar gravemente los actuales esfuerzos destinados a facilitar la pronta solución del conflicto en Darfur y la promoción de la paz duradera y la reconciliación en todo el Sudán y, como resultado, podría dar lugar a mayores sufrimientos para el pueblo del Sudán y a una mayor desestabilización con vastas consecuencias para el país y la región” (*Ibid.*, punto 9).

⁵¹⁰ Resolución 1828 (2008) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5947ª sesión, celebrada el 31 de julio de 2008. S/RES/1828 (2008). Puede consultarse el debate que se produjo en el seno del Consejo de Seguridad en: Consejo de Seguridad Sexagésimo tercer año 5947ª sesión jueves 31 de julio de 2008, a las 21.40 horas Nueva York. S/PV.5947. Recomendamos especialmente la lectura de las declaraciones vertidas por las representaciones de Rusia y China, favorables a la aplicación del artículo 16.

“de relieve la necesidad de hacer comparecer ante la justicia a los autores de tales crímenes”⁵¹¹, se limitó a tomar nota y se comprometió a seguir examinando el asunto⁵¹².

Ante esta insatisfactoria respuesta, en julio de 2009, la Unión Africana volvió a aprobar una Decisión⁵¹³ en la que, tras lamentar las negativas consecuencias que producía la orden de arresto contra el Presidente de Sudán en el proceso de paz⁵¹⁴, mostraba su enfado ante la actitud del Consejo y le retransmitía, de nuevo, su petición⁵¹⁵. Lejos de desistir, esta solicitud la ha seguido manteniendo a lo largo de los últimos años. Así, a título ilustrativo podemos destacar la Decisión más reciente, adoptada en febrero de 2019, en la que, de nuevo, reiteran “b) its previous decisions on the deferral or termination of proceedings against President Omar Al Bashir of the Republic of The Sudan in accordance with Article 16 of the Rome Statute”⁵¹⁶.

En este contexto⁵¹⁷, no debe pasar desapercibido que Sudáfrica, el 18 de noviembre de 2009, propuso una enmienda al artículo 16⁵¹⁸ cuyo texto decía así:

“Artículo 16 Suspensión de la investigación o el enjuiciamiento

1. En el caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo con lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la

⁵¹¹ Preámbulo a la Resolución 1828 (2008), *op.cit.*

⁵¹² *Ibidem.* Concretamente, tomó nota “del comunicado de la Unión Africana relativo a la 142ª reunión del Consejo de Paz y Seguridad, de fecha 21 de julio (S/2008/481, anexo), teniendo presentes las inquietudes planteadas por los miembros del Consejo respecto de lo que podría acontecer después de la solicitud presentada el 14 de julio de 2008 por el Fiscal de la Corte Penal Internacional, y tomando nota de su intención de seguir examinando esos asuntos.”

⁵¹³ Decision of the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, Doc. Assembly/AU/13 (XIII), Assembly/AU/Dec.245(XIII) Rev.1, 1 – 3 July 2009.

⁵¹⁴ Concretamente, indicaban “3. NOTES WITH GRAVE CONCERN the unfortunate consequences that the indictment has had on the delicate peace processes underway in The Sudan and the fact that it continues to undermine the ongoing efforts aimed at facilitating the early resolution of the conflict in Darfur”.

⁵¹⁵ Decision of the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, *op.cit.* Señalaban que: “9. DEEPLY REGRETS that the request by the African Union to the UN Security Council to defer the proceedings initiated against President Bashir of The Sudan in accordance with Article 16 of the Rome Statute of the ICC, has neither been heard nor acted upon, and in this regard, REITERATES ITS REQUEST to the UN Security Council”. Es más, decidieron que: “10. DECIDES that in view of the fact that the request by the African Union has never been acted upon, the AU Member States shall not cooperate pursuant to the provisions of Article 98 of the Rome Statute of the ICC relating to immunities, for the arrest and surrender of President Omar El Bashir of The Sudan” (*Ibidem.*).

⁵¹⁶ Decision On The International Criminal Court Doc. EX.CL/1138(XXXIV), Assembly/AU/Dec.738(XXXII), 10 – 11 February 2019.

⁵¹⁷ Ahora bien, hay quien señala que si bien esta iniciativa fue inspirada por la situación en Sudán, sería un error atribuir la misma única y exclusivamente a las vicisitudes de este caso. Por ello, se concluye que “they should be understood as reflecting African leaders' valid concerns about the still emerging ICC practice in Africa”, Jalloh, Akande and du Plessis, “Assessing the African Union Concerns about Article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court”, *African Journal of Legal Studies*, Vol. 4, 2011, pp. 26 – 27.

⁵¹⁸ South Africa: proposal of amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court. Rome, 17 July 1998. Reference: C.N.851. 2009.TREATIES-10, 30 November 2009.

investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.

2. Un Estado que tenga jurisdicción sobre una situación que conozca la Corte podrá pedir al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas la suspensión del asunto de que se trate según lo dispuesto en el párrafo 1 supra.

3. En el caso de que el Consejo de Seguridad no adopte una decisión respecto de la petición del Estado interesado dentro de los seis (6) meses transcurridos desde su recepción, el Estado requirente podrá pedir a la Asamblea General de las Naciones Unidas que asuma la responsabilidad confiada al Consejo de Seguridad en el párrafo 1, en consonancia con lo dispuesto en la resolución 377 (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.⁵¹⁹

Tal y como se ha defendido, el objetivo consistía en “salvar los obstáculos que el reducido Consejo de Seguridad y sus vetos pueden suponer para los Estados africanos acudiendo en su lugar a la Asamblea General, donde son más fuertes”⁵²⁰. Sin embargo, un año después, cuando se celebró la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, esta propuesta no se discutió. Las razones aducidas se pueden reducir al breve espacio de tiempo que había para examinarla, así como a la posible incompatibilidad de la misma con la Carta de las Naciones Unidas⁵²¹. Sin embargo, más llamativos fueron aquellos argumentos esgrimidos por quienes consideraban que esta propuesta podría conllevar una mayor “interferencia política en la actividad de la Corte”⁵²², si bien, como apunta Schabas, “it is hard to see how there could be anything more political than a monopoly in the hands of the Security Council”⁵²³.

Independientemente de que esta propuesta no fuera debatida, quisiéramos poner de manifiesto que el tema relativo a la presunta contradicción entre la paz y la justicia estuvo sobre la mesa. Es más, no deben pasar desapercibidas las preocupantes declaraciones vertidas en la Conferencia en la que, incluso, se llegó a afirmar que “las dos principales amenazas para la Corte eran el desafío abierto a las órdenes de detención y la posible

⁵¹⁹ *Ibidem*.

⁵²⁰ Cervell Hortal, María José, “La resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad y la remisión de la cuestión libia a la CPI: ¿la unión hace la fuerza?”, *op.cit.*, pp. 98 - 99.

⁵²¹ Anexo II. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Conferencia de Revisión. ICC-ASP/8/20, pp. 8 – 9, punto 60. Concretamente, “se señaló también que planteaba múltiples y complejas cuestiones que se deberían tratar, que afectaban a la relación entre los órganos del sistema de las Naciones Unidas y su relación con la Asamblea e insertaba en el Estatuto disposiciones de remisión a las Naciones Unidas que parecían inadecuadas. Se expresaron dudas en cuanto a si la disposición sería compatible con la Carta de las Naciones Unidas”.

⁵²² *Ibidem*.

⁵²³ Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, *op.cit.*, p. 167.

percepción de que la investigación de situaciones por la Corte tenía el efecto de prolongar las guerras en lugar de detenerlas."⁵²⁴.

Ahora bien, Sudán no ha sido el único caso en el que se ha demandado la aplicación del artículo 16 del Estatuto de Roma. Si bien la incidencia de este precepto en el caso de Libia – que, recordemos, se trata de la segunda situación remitida a la Corte por el Consejo de Seguridad- ha sido menor, no por ello debemos desconocer los intentos de aplicar el controvertido precepto en este caso. Una vez más, fue la Unión Africana la que propuso la iniciativa al alegar:

"6. EXPRESSES DEEP CONCERN at the manner in which the ICC Prosecutor handles the situation in Libya which was referred to the ICC by the UN Security Council through Resolution 1970 (2011). The Assembly NOTES that the warrant of arrest issued by the Pre-Trial Chamber concerning Colonel Qadhafi, seriously complicates the efforts aimed at finding a negotiated political solution to the crisis in Libya, which will also address, in a mutually-reinforcing way, issues relating to impunity and reconciliation. In this regard, the Assembly DECIDES that Member States shall not cooperate in the execution of the arrest warrant, and REQUESTS the UN Security Council to activate the provisions of Article 16 of the Rome Statute with a view to deferring the ICC process on Libya, in the interest of Justice as well as peace in the country"⁵²⁵.

No obstante, en realidad, la opción de aplicar el artículo 16 en este caso nunca llegó a considerarse en el seno del Consejo de Seguridad⁵²⁶. Por lo tanto, la consecuencia que, por el momento, podemos extraer es que, en las situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad, los Estados no parecen estar dispuestos a solicitar a la Corte la suspensión de la investigación o los enjuiciamientos⁵²⁷. En todo caso, el hecho de que se haya solicitado la aplicación del precepto alegando la amenaza que la justicia internacional penal supone para la paz en los territorios afectados no es sino una corroboración de que el clásico debate de paz o justicia sigue vigente en el seno de la Corte.

⁵²⁴ Declaraciones realizadas por LeMoyné en la Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, RC/9/11, Anexo V b): Balance de la justicia penal internacional. Paz y justicia. *op.cit.*, punto 26.

⁵²⁵ African Union, Assembly/AU/Dec.366(Xvii) Decision On The Implementation Of The Assembly Decisions On The International Criminal Court Doc. Ex.CI/670(Xix).

⁵²⁶ Blome, Kerstin and Markard, Nora, "Contested Collisions: Conditions for a Successful Collision Management - the example of Article 16 of the Rome Statute", *op.cit.*, p. 566; Knottnerus, Abel, "The Security Council and the International Criminal Court: The unsolved puzzle of Article 16", *op.cit.*, pp. 212 – 213.

⁵²⁷ Ahora bien, tal vez el resultado sería diferente si, en vez de Sudán o Libia, hubieran sido otros los Estados que hubieran reclamado la aplicación del artículo 16.

Al margen de estos dos casos que activaron la competencia de la Corte mediante una remisión del Consejo de Seguridad, debemos añadir que otros Estados⁵²⁸ también han demandado la aplicación del artículo 16 como, por ejemplo, Kenia. De hecho, cuando se dictaron las órdenes de arresto contra seis personas sospechosas de haber cometido crímenes internacionales en este Estado⁵²⁹, Kenia amenazó con retirarse del Estatuto de Roma⁵³⁰. En este caso también, los Estados africanos jugaron un destacado papel a la hora de presionar a favor de la aplicación del Artículo 16. Concretamente, en enero de 2011, la Unión Africana aprobó una Decisión⁵³¹ en la que, tras reiterar su compromiso con la lucha contra la impunidad⁵³² y lamentando que no se aplicara el artículo 16 en Sudán⁵³³, mostraba su apoyo y respaldaba la solicitud de Kenia⁵³⁴.

Unos meses después, en marzo de 2011, el Representante permanente de Kenia ante las Naciones Unidas, envió una carta al Presidente del Consejo de Seguridad en la que le

⁵²⁸ Se ha defendido que la República Centro Africana también demandó la aplicación del artículo 16. No obstante, no hemos encontrado ninguna referencia al respecto. Véase cómo recogen esta demanda del Estado africano Ruiz Verduzco, Deborah, "The Relationship between the ICC and the United Nations Security Council", *op.cit.*, pp. 54 – 55 o HRW, Central African Republic (CAR), Events of 2008, World Report 2009. Disponible online en: <https://www.hrw.org/world-report/2009/country-chapters/central-african-republic>. Precisamente, este último informe parece indicar que "On June 10, 2008, ICC Prosecutor Luis Moreno-Ocampo addressed a letter to President Bozizé noting that acts of violence committed in the north of the country would require sustained attention. Ocampo's letter resulted in a letter from President Bozizé to UN Secretary-General Ban-Ki Moon in August, wherein Bozizé asked the United Nations to intercede in any possible ICC investigations of crimes in the north of the country pursuant to article 16 of the Rome Statute of the ICC, which empowers the Security Council to suspend court proceedings for up to 12 months renewable if required to maintain international peace and security".

⁵²⁹ Situation in the Republic of Kenya in the Case of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Decision on the Prosecutor's Application for Summons to Appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. ICC-01/09-01/11, 8 March 2011 y Situation in the Republic of Kenya in the Case of The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. ICC-01/09-02/11, 8 March 2011.

⁵³⁰ South Africa's withdrawal from the Rome Statute of the International Criminal Court, 25 October 2016, Reference: C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10 (Depositary Notification). En todo caso, tener en cuenta que, finalmente, se revocó la retira de Sudáfrica del Estatuto de Roma: South Africa: notification of withdrawal. Rome Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998. Reference: C.N.121.2017.TREATIES-XVIII.10, 7 March 2017.

⁵³¹ Assembly of the African Union, Sixteenth Ordinary Session, 30 - 31 January 2011, Addis Ababa, Ethiopia. Assembly/Au/ Dec.334(Xvi) Decision On The Implementation Of The Decisions On The International Criminal Court Doc. Ex.Cl/639(Xviii).

⁵³² *Ibid.* punto 2.

⁵³³ *Ibid.*, punto 3.

⁵³⁴ *Ibid.*, punto 6. Concretamente se respaldaba "Kenya's request for a deferral of the ICC investigations and prosecutions in relation to the 2008 post election violence under Article 16 of the Rome Statute to allow for a National Mechanism to investigate and prosecute the cases under a reformed Judiciary provided for in the new constitutional dispensation, in line with the principle of complementarity, and in this regard REQUESTS the UN Security Council to accede to this request in support of the ongoing peace building and national reconciliation processes, in order to prevent the resumption of conflict and violence; and REQUESTS the African members of the UN Security Council to place the matter on the agenda of the Council."

invitaba a considerar la aplicación del artículo 16 en el caso que afectaba a su Estado⁵³⁵. Si bien Rusia y China votaron a favor de la aplicación del precepto, la resolución finalmente no salió adelante por las dudas que se suscitaron en torno a la existencia de una amenaza a la paz y a la seguridad internacional en el territorio⁵³⁶. Con la finalidad de buscar una solución a la controversia, determinados miembros del Consejo de Seguridad sugirieron que la vía correcta de proceder era impugnar la admisibilidad del caso en base al artículo 19 del Estatuto⁵³⁷. Para lograr este objetivo, Kenia optó por realizar las reformas necesarias con la finalidad de que los procesos penales se llevaran a cabo a nivel interno y no en la Corte Penal Internacional, opción que fue respaldada por la comunidad internacional y, especialmente, por la Unión Africana⁵³⁸.

Así, finalmente, Kenia impugnó la admisibilidad de la situación ante la Corte Penal Internacional⁵³⁹, pero ésta fue rechazada y el Tribunal continuó conociendo del asunto⁵⁴⁰. Por ello, ante estos “imprevistos” acontecimientos, se volvió a solicitar la aplicación del polémico artículo 16. En efecto, no habiendo logrado que fuera el Estado quien se encargara de la investigación y enjuiciamiento de los responsables a nivel interno, en octubre del año 2013, el Gobierno de Kenia envió una carta al Presidente del Consejo de Seguridad en la que le solicitaba la aplicación del artículo 16 y, posteriormente, en noviembre⁵⁴¹, se intentó volver a aprobar un proyecto de resolución con la finalidad de

⁵³⁵ UNSC, Letter dated 23 March 2011 from the Permanent Representative of Kenya to the United Nations addressed to the President of the Security Council: Request of Kenya for deferral under article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court, S/2011/201, 29 March 2011. Conviene precisar que en esta carta también se hace referencia a otra anterior, enviada el 4 de marzo de 2011.

⁵³⁶ Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, Joshua Arap Sang and The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. Application on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to Article 19 of the ICC Statute. ICC-01/09-01/11 and ICC-01/09-02/11, 31 March 2011, p. 18, punto 44.

⁵³⁷ Ibidem.

⁵³⁸ Ibidem.

⁵³⁹ Ibidem; Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Response on behalf of Mr. William Samoei Ruto and Mr. Joshua Arap Sang to the „Application on Behalf of the Government of the Republic of Kenya Pursuant to Article 19 of the ICC Statute“. ICC-01/09-01/11, 28 April 2011.

⁵⁴⁰ Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute. ICC-01/09-01/11, 30 May 2011; Situación en la República de Kenia en la Causa del Fiscal c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang. Sentencia relativa a la apelación de la República de Kenia contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II de 30 de mayo de 2011 titulada “Decisión relativa a la impugnación de la admisibilidad de la causa presentada por el Gobierno de Kenia con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto”. ICC-01/09-01/11 OA, de 30 de agosto de 2011.

⁵⁴¹ Información proporcionada en el preámbulo de UNSC, Azerbaiyán, Burundi, Etiopía, Gabón, Ghana, Kenya, Marruecos, Mauritania, Mauricio, Namibia, Rwanda, Senegal, Togo y Uganda: proyecto de resolución: S/2013/660, 15 de noviembre de 2013: “Tomando nota de la carta de fecha 21 de octubre de

aplicar el reiterado artículo del Estatuto⁵⁴². Sin embargo, una vez más, la resolución no salió adelante⁵⁴³. Dos de los argumentos más sólidos para rechazar la aplicación del artículo en el presente caso los expresó, inmejorablemente, Luxemburgo al declarar que “en primer lugar, el recurso al artículo 16 no es necesario, ya que existen otros medios para responder a las preocupaciones de Kenya y la Unión Africana. En segundo lugar, el artículo 16, a nuestro juicio, no es aplicable en este caso”⁵⁴⁴.

En definitiva, cabe apreciar que en los escasos años de actividad de la Corte Penal Internacional han sido varias las ocasiones en las que se ha intentado emplear el artículo 16 con la finalidad de suspender sus investigaciones y enjuiciamientos. Sin embargo, hasta ahora, no parece que la “amenaza a la paz y a la seguridad internacional” haya calado entre los miembros del Consejo de Seguridad ya sea simplemente porque, tal vez, los Estados que han solicitado la aplicación del artículo no han tenido gran poder de “persuasión”⁵⁴⁵. No obstante, la reacción de la Unión Africana da buena muestra del descontento existente entre ciertos Estados y nos permite corroborar que, en pleno 2019, se sigue empleando la amenaza de la justicia internacional como un “peligroso” factor que tiene la capacidad de desestabilizar ciertos procesos de paz.

2013 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Gobierno de Kenya, en que se solicita el aplazamiento de la investigación y el enjuiciamiento del Presidente y el Vicepresidente de Kenya, de conformidad con el artículo 16 del Estatuto de Roma de la Corte y con arreglo a la Decisión Ext/Assembly/AU/Decl.1 (octubre de 2013), de fecha 12 de octubre de 2013, del período extraordinario de sesiones de la Asamblea de la Unión Africana.”

⁵⁴² UNSC: proyecto de resolución: S/2013/660, *op.cit.* El proyecto decía así: “Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, 1. Solicita a la Corte Penal Internacional que aplaze la investigación y el enjuiciamiento del Presidente Uhuru Muigai Kenyatta y el Vicepresidente William Samoei Ruto por un período de 12 meses, de conformidad con el artículo 16 del Estatuto de Roma de la Corte”.

⁵⁴³ Consejo de Seguridad Sexagésimo octavo año 7060ª sesión viernes 15 de noviembre de 2013, a las 10.00 horas Nueva York, S/PV.7060. Curiosamente, fueron 7 votos a favor, ninguno en contra y se produjeron 8 abstenciones.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 3.

⁵⁴⁵ Es más, a nuestro juicio, de haber sido otro el Estado afectado, puede que la reacción de los miembros del Consejo de Seguridad hubiera sido la rápida aplicación del artículo 16. Sin lugar a dudas, consideramos que ésta sería, por ejemplo, la situación de Colombia. Y es que, cuando el Estado aprobó el Acuerdo de paz, el Consejo de Seguridad no dudo en subrayar “su pleno compromiso con el proceso de paz en la República de Colombia y su apoyo al Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, firmado en La Habana (Cuba) el 26 de agosto de 2012 por el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP)”, Resolución aprobada por el Consejo de Seguridad: S/RES/2261 (2016), *op.cit.* Palabras similares fueron las que expresó, de nuevo, en Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución 2307 (2016), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7768ª sesión, celebrada el 13 de septiembre de 2016. S/RES/2307 (2006), de 13 de septiembre de 2016. Es más, no dejan de ser ilustrativos los elogios que los diversos Estados otorgaron a Colombia en el debate de la Resolución. Si quieren consultarse las reacciones de los miembros a la Resolución 2261 (2016), véase: <http://www.un.org/press/en/2016/sc12218.doc.htm>.

En definitiva, en el seno de la Corte Penal Internacional también se reconoce que la justicia internacional puede ser un impedimento para lograr la paz y la seguridad internacional⁵⁴⁶. Es decir, el campo de la justicia transicional no es el único ámbito donde se plantean los clásicos debates entre la paz y la justicia, sino que el Estatuto de Roma también alude a esta tensión. Y es que, como se ha señalado, el artículo 16 no hace sino “asumir precisamente la tesis de la transacción "paz por justicia" como transacción conveniente y necesaria en algunos supuestos”⁵⁴⁷. Por ello, consideramos que nos hallamos ante una prueba más que nos permite concluir que los campos de la justicia transicional y el ámbito de actuación de la Corte Penal Internacional no son sino las dos caras de una misma moneda y, por esta razón, creemos que hay que ser muy cautelosos con los argumentos vertidos en el campo de la justicia transicional ya que, sin ningún género de dudas, repercuten directa y frontalmente en el desarrollo del Derecho Internacional Penal e incidirán en la práctica y la legitimidad de la propia Corte Penal Internacional.

SECCIÓN 3.^a. LA RELEVANCIA DEL FACTOR TIEMPO: ¿PRIMERO PAZ Y LUEGO JUSTICIA?

En las dos Secciones previas hemos mostrado que muchos de los dilemas con los que identificamos actualmente a la justicia transicional se reproducen en el ámbito de la Corte Penal Internacional. Pues bien, con la finalidad de reforzar nuestros argumentos y, así, demostrar que las dificultades a las que se enfrentan los procesos de transición son, hasta cierto punto, idénticas a las propias del Derecho Internacional Penal, vamos a seguir ahondando en los ámbitos de superposición que comparten estas dos materias.

Para ello, continuaremos basándonos en el debate en torno a la clásica pugna entre la paz y la justicia pero, en esta ocasión, nos vamos a detener en el factor “tiempo”. Así, tras estudiar las dificultades que puede acarrear la exigencia de responsabilidades penales al

⁵⁴⁶ A este respecto, nos parecen cuanto menos polémicas las siguientes declaraciones: “The prosecutor’s job is to prosecute and he should get on with it with bulldog intensity. If a policy decision needs to be made, in a particular case, to give primacy to peace, it should be made not by those with the justice mandate, but with the political and conflict resolution mandate, and that is the Security Council. The Statute allows for this in Article 16, and this is the way the international community should be thinking about it”, ICC, newsletter, No.9, October 2006, p. 5.

⁵⁴⁷ Bollo Arocena, M. Dolores, “La adopción de las Resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003)...”, *op.cit.*, p. 406.

inicio del proceso de la justicia transicional -razón por la que determinados sectores defienden que la justicia penal no es el mecanismo idóneo con el que comenzar la transición-, comprobaremos que determinados Estados cuyos nacionales están siendo investigados o enjuiciados ante la Corte Penal Internacional también han solicitado más tiempo a la hora de proceder con sus correspondientes procesos internos. Como cabe apreciar, nos hallamos, una vez más, ante unas mismas demandas que reclaman una respuesta muy similar en dos escenarios que, no olvidemos, se consideran contrapuestos.

1. Las dificultades de las sociedades en transición y su repercusión en el diseño de la justicia transicional

1.1. Los factores contextuales que condicionan el proceso transicional

Previamente argumentábamos que la justicia transicional se compone de un conjunto de mecanismos que deben aplicarse de manera complementaria con la finalidad de lograr una justicia más completa que, en el fondo, garantice el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional. Sin embargo, añadíamos que, actualmente, no existe una única fórmula que coadyube a los Estados a lograr este objetivo. Precisamente, los autores que apoyan esta postura coincidían en subrayar que, debido a las particulares de cada Estado, cada proceso de justicia transicional es diferente⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸ Estas ideas han sido desarrolladas en el Capítulo primero al que nos remitimos.

Sin embargo, si analizamos los factores contextuales, cabe apreciar que las dificultades que atraviesan estas sociedades en transición⁵⁴⁹ son, en ocasiones, muy similares⁵⁵⁰. Incluso nos parece correcto añadir que no sólo las dificultades sino "the choices faced by these regimes, and the balances struck by them and by those who have sought to assist them, are interestingly similar"⁵⁵¹. Si bien podríamos hacer un listado interminable de las posibles dificultades que se alegan en estos contextos transicionales, una lectura de los estudios y prácticas existentes muestra unos patrones comunes que merece la pena destacar⁵⁵².

⁵⁴⁹ Compleja situación de la que fue consciente el Secretario General de la ONU al elaborar su relevante Informe sobre la justicia transicional: Informe del Secretario General: El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, op.cit., apartado II.3. Incluso la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de diciembre de 2013, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2012) y la política de la Unión Europea al respecto (2013/2152(INI)), señaló "la especial complejidad que supone la elaboración de políticas coherentes de transición en los contextos posteriores a un conflicto" (Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de diciembre de 2013, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2012) y la política de la Unión Europea al respecto (2013/2152(INI)), punto 61).

En la doctrina los siguientes trabajos han abordado en detalle esta cuestión: Boraine, Alex, "Transitional Justice" en Villa - Vicencio, Charles and Doxtader, Erik (Eds.), *Pieces of the Puzzle. Keywords on Reconciliation and Transitional Justice*, South - Africa, Institute for Justice and Reconciliation, 2004, p. 72; Roht - Arriaza, Naomi, "La necesidad de la reconstrucción moral tras violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado: una entrevista con José Zalaquett" en Reátegui, Félix (Ed.), *Justicia transicional: manual para América Latina*, Brasilia: Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia; Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011, p. 189; Saffon, María Paula, "Enfrentando los horrores del pasado. Estudios conceptuales y comparados sobre justicia transicional" en Minow, Martha, Crocker, David A., y Mani, Rama, *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar, 2011, pp. 18 - 19; Roht - Arriaza, Naomi, "The new landscape of transitional justice" en Roht - Arriaza, Naomi and Mariezcurrena, Javier (Eds.), *Transitional Justice in the Twenty - First Century. Beyond Truth versus Justice*, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 13 - 14; Mutua, Makau, "A Critique of Rights in Transitional Justice: The African Experience" en Oré Aguilar, Gaby and Gómez Isa, Felipe (Eds.), *Rethinking transitions: Equality and Social Justice in Societies Emerging from Conflict*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2011, p. 45; Bonet Pérez, Jordi y Alija Fernández, Rosa Ana, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, op.cit., p. 11.

⁵⁵⁰ Podemos mencionar, a modo de ejemplo, los cinco obstáculos comunes identificados en Carey, Sabine C., Gibney, Mark and Poe, Steven C., "Rebuilding society in the aftermath of repression" en Carey, Sabine C., Gibney, Mark and Poe, Steven C., *The Politics of Human Rights: The Quest for Dignity*, New York, Cambridge University Press, 2010, pp. 199 - 202 y los examinados en Joinet, Louis, "Un état des lieux des principes et standards internationaux de la justice transitionnelle" en Bleeker, Mô (Ed.), *La justice transitionnelle dans le monde francophone: état des lieux*, Conference Paper 2/2007, Dealing with the Past - Series, pp. 8 - 10. El Informe del Secretario General también puede ser pertinente en este punto: S/2004/616, op.cit., específicamente oportuno puede resultar el listado de medidas recogidas en el apartado II.3. Puede ampliarse la información al respecto en: Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, op.cit., pp. 123 - 129; Bleeker, Mô, "Justice transitionnelle et construction d'une paix durable: des agendas complémentaires" en Bleeker, Mô (Ed.), *La justice transitionnelle dans le monde francophone: état des lieux*, Conference Paper 2/2007, Dealing with the Past - Series, pp. 74 - 75; Williams, Melissa S. and Nagy, Rosemary, "Introduction" en Williams, Melissa S., Nagy, Rosemary and Elster, Jon (Eds.), *Transitional Justice*, New York and London, New York University Press, 2012, p. 4.

⁵⁵¹ Sriram, Chandra Lekha, *Confronting Past Human Rights Violations*, op.cit., p. 220.

⁵⁵² Concretamente, véanse los que se enumeran en: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un*

Si pensamos en una sociedad que ha padecido años de dictadura, de represión, de la más brutal violencia o que, incluso, todavía sigue viviendo en un país sumido en un conflicto armado o en el que las violaciones de los derechos humanos siguen a la orden del día, no es difícil pensar que, en todas ellas, existirán grandes niveles de desconfianza por parte de la población, que es posible que se produzcan altos niveles de violencia⁵⁵³, que haya aumentado la criminalidad ordinaria y que todo ello provoque una situación de inseguridad persistente⁵⁵⁴. Por no mencionar que, probablemente, se mantendrá una importante presencia de los grupos armados⁵⁵⁵ o que miembros del antiguo régimen continuarán ostentando cargos de poder⁵⁵⁶. A todo ello hay que añadir que las prioridades de una sociedad tras el fin de un conflicto o una dictadura son muchas y muy variadas y que, en muchas ocasiones, una vuelta a la normalidad, una vuelta a la democracia o a la paz, reclamará una ingente cantidad de recursos personales y materiales. Precisamente, una de las dificultades que desde los orígenes del campo⁵⁵⁷ suele mencionarse es la falta de recursos económicos⁵⁵⁸ que, se defiende, impide implementar satisfactoriamente un proceso de justicia transicional o limita su calidad⁵⁵⁹, especialmente el establecimiento de un ambicioso programa de reparaciones⁵⁶⁰.

conflicto: Cartografía del sector de la justicia, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006, p. 7 (HR/PUB/06/2).

⁵⁵³ Gready, Paul and Robins, Simon, "From Transitional to Transformative Justice: A New Agenda for Practice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 8, Issue 3, 2014, p. 348.

⁵⁵⁴ Bassiouni, M. Cherif, "Assessing conflict outcomes: accountability and impunity", *op.cit.*, p. 15.

⁵⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁵⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Procesos de depuración: marco operacional*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006, p. 9 (HR/PUB/06/5).

⁵⁵⁷ Véase el debate que planteaba Kritz, en el año 1995, en Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes*, Vol. 1, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995, pp. xxviii - xxix.

⁵⁵⁸ Precisamente, el Relator Especial ha denunciado esta situación: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/68/345, de 23 de agosto de 2013, punto 58; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/30/42, de 7 de septiembre de 2015.

⁵⁵⁹ González Enríquez, Carmen, Aguilar Fernández, Paloma y Barahona de Brito, Alexandra, "Conclusiones" en Barahona de Brito, Alexandra, Aguilar Fernández, Paloma y González Enríquez, Carmen (Eds.), *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones y olvido en las nuevas democracias*, Madrid, Istmo, 2002, p. 435.

⁵⁶⁰ Y es que, tal y como se preguntaba Neil J. Kritz, "in theory, all victims of the past repression are entitled to maximum compensation from a new government emerging from years of repression, but who is going to pay for it?", Kritz, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes*, Vol. 1, *op.cit.*, p. xxviii. Véase la crítica realizada por Mani sobre la presunta escasez de recursos en: Mani, Rama, "Does power trump morality?...", *op.cit.*, p. 25.

Reconocemos que el país puede hallarse inmerso en la pobreza, máxime tras un conflicto armado; las infraestructuras pueden hallarse destrozadas⁵⁶¹ y que, consiguientemente, habrá que reconstruirlas; muy probablemente faltarán recursos técnicos y también humanos, y habrá que formar a los nuevos profesionales; qué duda cabe que, en muchas ocasiones, las prioridades se centrarán en satisfacer las necesidades más inmediatas, en garantizar los servicios más básicos, en proveer de alimentos mínimos a la sociedad, en definitiva, en la mera supervivencia de la población y en los esfuerzos para intentar volver *a la normalidad*. En consecuencia, no cabe desconocer el delicado contexto de la mayoría de países que se encuentran ante estas tesituras y, por ello, la justicia transicional no puede crearse al margen de estos desafíos.

Es más, no debemos olvidar que la justicia transicional se implementa tanto mediante medios judiciales como no judiciales. Pues bien, en este punto es, incluso, probable que el Estado tenga dificultades para garantizar el correcto funcionamiento de las instituciones del Estado y, muy específicamente, una correcta administración de la justicia⁵⁶². Además, es probable que el sistema judicial se halle devastado o que no cuente ni con medios personales ni materiales para desarrollar su función *ordinaria*. Por no mencionar que puede que nos hallemos ante "un sistema judicial débil, corrupto o inefectivo"⁵⁶³, "disfuncional o inexistente"⁵⁶⁴ o que carezca de legitimidad⁵⁶⁵. En definitiva, no sería extraño encontrarnos ante un sistema de justicia que no suscite ni un mínimo de confianza en los ciudadanos⁵⁶⁶, problemas que se ven agravados cuando los crímenes con los que se ha de lidiar son de tal gravedad y magnitud que exigen recursos adicionales. Todo ello sin olvidar que, en estos contextos, tanto los presuntos

⁵⁶¹ Sobre este aspecto ha llamado la atención el Relator Especial en el Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/30/42, de 7 de septiembre de 2015.

⁵⁶² Los problemas de este sector específico fueron abordados en el Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, *op.cit.*, apartados V, puntos 36 - 40. Destaca, entre otras, la inadecuada o inexistente formación de jueces y fiscales, la escasez de recursos, la debilidad de los sistemas de administración judicial o la escasez de conocimientos especializados que permitan su manejo (punto 36). Menciona la dificultad en el acceso a los tribunales (punto 37) y denuncia que "la falta crónica de independencia, imparcialidad e integridad judiciales reduce seriamente la legitimidad de las instituciones y puede exacerbar las tensiones entre grupos, aumentando el riesgo de un conflicto violento" (punto 40).

⁵⁶³ Bickford, Louis, "Transitional Justice", Shelton, Dinah L. (Ed.), *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity Vol. 3*, USA, Macmillan, 2004, pp. 1045 - 1046.

⁵⁶⁴ Bassiouni, M. Cherif, "Assessing conflict outcomes: accountability and impunity", *op.cit.*, p. 15.

⁵⁶⁵ Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, apartado X. 27.

⁵⁶⁶ Sobre la confianza en el sistema judicial véase el Informe del Relator Especial A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, puntos 62 - 67.

responsables como las víctimas pueden ser cientos o miles, extremo con capacidad para desbordar incluso al más eficiente sistema de justicia. Pues bien, éstas y otras muchas razones son las que llevaron a la ONU a analizar detalladamente estas cuestiones en dos de sus ejemplares sobre los *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Supervisión del sistema de justicia*⁵⁶⁷ e *Iniciativas de enjuiciamiento*⁵⁶⁸.

A pesar de reconocer estas dificultades, defendemos que las razones aducidas no pueden ser un impedimento o un obstáculo que impida implementar o hacer avanzar un proceso de justicia transicional. Y es que, los derechos a la justicia, a la verdad, a la reparación y la adopción de garantías de no repetición, no pueden quedar a expensas de la capacidad económica, personal o material de un país⁵⁶⁹, máxime cuando se ha denunciado que "en general, las falencias respecto de la reparación de las víctimas e investigación de los hechos no se han traducido en una mejor atención de las víctimas de la violación de otros derechos, ni en el mejoramiento de la infraestructura estatal para la satisfacción de otros derechos"⁵⁷⁰.

Si bien en los primeros procesos de transición se alegaba que "los instrumentos escogidos dependen del tipo de sistema dictatorial, los tipos de crímenes cometidos, los niveles de complicidad de la sociedad, la cultura política de la nación y su historia, lo abrupto de la transición, y los recursos y el poder político del nuevo gobierno democrático"⁵⁷¹ o que "la elección de una vía, y la medida en la que puede seguirse cada una, depende del carácter de la dictadura en cuestión, la forma adoptada por la transición y la situación concreta de la democracia posterior, si es que es eso en lo que se convierte

⁵⁶⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Supervisión del sistema de justicia*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/3).

⁵⁶⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4). Precisamente, en este Instrumento se destacan dos dificultades principales: por una parte, el gran número de crímenes cometidos, lo que hace que sólo puedan ser investigados unos pocos; y, por otra parte, los cientos o miles de personas involucradas y la consiguiente imposibilidad de enjuiciarlas a todas (*Ibid.*, p. 5).

⁵⁶⁹ Como bien señala el Relator Especial, "ni el costo ni la complejidad de las intervenciones es una excusa legítima para la inacción" (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/30/42, de 7 de septiembre de 2015).

⁵⁷⁰ Filippini, Leonardo y Magarrell, Lisa, "Instituciones de la justicia de transición...", *op.cit.*, p. 162.

⁵⁷¹ Rosenberg, Tina, "Tierras embrujadas" en El Centro Internacional para la Justicia Transicional (Ed.) o VV.A., *Ensayos sobre la justicia transicional*, Nueva York, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2003, p. 12.

finalmente la situación"⁵⁷², actualmente, ¿acaso no habrá que valorar lo que es deseable y posible atendiendo a las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional?

A nuestro juicio, desde los estudios jurídicos hay que reivindicar el papel central que debe ostentar el Derecho Internacional en todo proceso de justicia transicional. Es decir, hay que insistir en que las normas e instituciones internacionales también condicionan la forma de hacer frente a las violaciones de los derechos humanos cometidas⁵⁷³ y, por ello, no cabe subordinar de manera absoluta el Derecho Internacional a las particularidades contextuales. Es más, creemos que debe condenarse la complicidad con la que se acepta el retroceso en la protección internacional de los derechos humanos empleando argumentos basados en una particular forma de entender la “justicia transicional”.

Por todo ello, creemos que no es conveniente darle más peso del que merece al “especial contexto transicional” si lo que se desea es limitar la amplia discrecionalidad que todavía hoy siguen teniendo los Estados en el diseño del proceso transicional. Y es que, en muchas ocasiones, y pese a las buenas intenciones de muchos intervinientes, los propósitos que se esconden bajo la alegación de las particularidades estatales, bajo la excepcionalidad de la situación transicional tienen como objetivo eludir las obligaciones internacionales asumidas por los Estados que, en última instancia, garantizan la protección de los derechos humanos de miles de víctimas.

1.2. La secuencia entre los mecanismos de la justicia transicional

Una vez hemos estudiado que la justicia transicional puede definirse como un proceso en el que se aglutinan un conjunto de mecanismos que tienen su base jurídica en las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional, debemos referirnos a continuación al orden en el que se deben o deberían implementar los mismos. Para ello, conviene aclarar que determinados autores se refieren a la secuencia entre los mecanismos como como "sequencing"⁵⁷⁴ o "timing"⁵⁷⁵ y la relevancia de la misma radica en que, incluso,

⁵⁷² Ash, Timothy Garton, "Juicios, purgas y lecciones de historia" en El Centro Internacional para la Justicia Transicional (Ed.) o VV.A., *Ensayos sobre la justicia transicional*, Nueva York, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2003, pp. 49 - 50.

⁵⁷³ Newman, Edward, "Transitional Justice: The Impact of Transnational Norms and the UN" en Newman, Edward and Schnabel, Albrecht (Eds.), *Recovering from Civil Conflict: Reconciliation, Peace and Development*, London-Portland-Or, Frank Cass, 2002, p. 41. En un sentido similar véase también Reátegui, Felix, "Introducción", *op.cit.*, pp. 40 - 41.

⁵⁷⁴ Lindenmann, Jürg, "Transitional justice and the International Criminal Court...", *op.cit.*, p. 324.

⁵⁷⁵ Mani, Rama, "Does power trump morality?...", *op.cit.*, p. 26.

puede determinar el éxito de un proceso de justicia transicional⁵⁷⁶. Por ello, estamos de acuerdo con que hay que conocer mucho mejor las vicisitudes que presenta la secuencia en la justicia transicional⁵⁷⁷.

Si tomamos como ejemplo el mecanismo relativo a la justicia, podemos apreciar que, en ese caso, el interrogante no es si en un proceso de justicia transicional hay que enjuiciar o no los crímenes internacionales, sino cuándo y cómo debe hacerse⁵⁷⁸. Si atendemos a la posible secuencia entre los mecanismos, podrían surgir los siguientes interrogantes: ¿primero debe establecerse un mecanismo de búsqueda de la verdad o, por el contrario, hay que comenzar a investigar y enjuiciar los crímenes internacionales? Pero, ¿qué ocurre si tras el fin de un conflicto armado el Estado no cuenta con los medios suficientes para iniciar los procesos? ¿O qué ocurre si la judicatura se halla íntimamente vinculada con el previo régimen autoritario? ¿No sería más oportuno comenzar, en ese caso, con una previa reforma del sistema judicial? Ahora bien, en ese caso, ¿permite el Derecho Internacional suspender por cierto tiempo las obligaciones internacionales relativas al enjuiciamiento y sanción de los responsables?

Responder a esta serie de interrogantes constituye, actualmente⁵⁷⁹, otro de los retos del campo: cómo coordinar simultáneamente el conjunto de los mecanismos transicionales⁵⁸⁰. Es más, la necesidad de prestar atención a las relaciones entre los diversos mecanismos ha sido reivindicada, entre otros⁵⁸¹, por el Relator Especial sobre la

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 26; Van Zyl, Paul, "Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto", *op.cit.*, p. 48; Turgis, Noémie, *La justice transitionnelle en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 402; Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 21.

⁵⁷⁷ Engstrom, Par, "Transitional Justice and Ongoing Conflict", *op.cit.*, p. 15.

⁵⁷⁸ Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 21; Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, *op.cit.*, punto 2.

⁵⁷⁹ Este es un problema novedoso y actual ya que, en los primeros procesos de transición, no se implementaban estrategias íntegras y, por lo tanto, no existían demandas de coordinación.

⁵⁸⁰ De Greiff, Pablo, "Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional", *Anuario de Derechos Humanos*, 2011, p. 24. Ahora bien, sí que parece defenderse que este proceso debería ser "unpredictable and case-specific, or *sui generis*" (Mani, Rama, "Does power trump morality?...", *op.cit.*, p. 26. Por ello, no son pocos los expertos que muestran su rechazo a la creación de una secuencia única (Sriram, Chandra Lekha, Martin - Ortega, Olga and Herman, Johanna, "Guidance paper: Evaluating and Comparing Strategies of Peacebuilding and Transitional Justice", Just and Durable Peace by Piece, European Union 7th Framework Programme, Deliverable 3, Centre on Human Rights in Conflict, Working Paper 2, May 2009, p. 20. Disponible online en: <https://www.ciaonet.org/attachments/14206/uploads>; Teitel, Ruti G., *Globalizing transitional justice. Contemporary essays*, New York, Oxford University Press, 2014, p. 121).

⁵⁸¹ Resolución Núm. 68/165 aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013, El derecho a la verdad, A/RES/68/165; Resolución sobre el derecho a la verdad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2005/66, de 20 de abril de 2005, aprobada sin votación, 59º sesión, preámbulo; Centro Internacional para la Justicia Transicional, "¿Qué es la justicia transicional?", *op.cit.*;

promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición⁵⁸². En este sentido, "el Relator Especial hace hincapié en que el éxito de las medidas adoptadas en las cuatro áreas de acción que abarca el mandato y la probabilidad de que se entiendan como medidas de justicia dependen de que se preste atención a las relaciones estrechas y bidireccionales entre dichas áreas a la hora de diseñar los programas correspondientes"⁵⁸³. Para ello, argumenta que las medidas deben presentar una "coherencia externa"⁵⁸⁴ y, fundamentalmente, que no se trate de "compensar un tipo de medidas con otro"⁵⁸⁵.

Ahora bien, ¿cómo interrelacionar satisfactoriamente los componentes?⁵⁸⁶ ¿Es posible su establecimiento simultáneo⁵⁸⁷ o, por el contrario, deben implementarse en cascada? Es más, ¿es posible suspender por cierto tiempo la aplicación de ciertas medidas o, sin embargo, este hecho provocaría el incumplimiento del Derecho Internacional? Y, ¿qué ocurre con la justicia penal? ¿Es posible implementar primero otros mecanismos o, teniendo en cuenta el desarrollo del Derecho Internacional Penal no cabe otra solución que implementar este mecanismo de manera urgente y prioritaria? La dificultad de dar una respuesta satisfactoria aumenta cuando se intenta aplicar más de un mecanismo en un

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/1), p. 5; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), p. 10 y pp. 34 – 35; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1), p.35.

⁵⁸² Los siguientes informes reivindican esta complementariedad entre los mecanismos: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, puntos 59, 60 y 81; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, puntos 25 y 26.

⁵⁸³ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, *op.cit.*, puntos III.D. 24 y 27.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, punto 27.

⁵⁸⁵ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, *op.cit.*, punto III.D. 27. Tal y como explica, "Las autoridades deben resistir la tendencia a esperar que las víctimas hagan la vista gorda ante la inacción en una de estas áreas solo porque se tomen medidas en otra de ellas. Además de contravenir las obligaciones internacionales del Estado en cada área de acción del mandato, ese tipo de política tiende a reducir las posibilidades de que cualquier acción que de hecho emprenda el gobierno sea reconocida como medida de justicia". Idea que ha vuelto a reiterar en: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, puntos 60 y 81.

⁵⁸⁶ Se han realizado propuestas específicas en este sentido, por ejemplo, en: Hafner, Donald L. and King, Elizabeth B.L., "Beyond Traditional Notions of Transitional Justice: How Trials, Truth Commissions, and Other Tools for Accountability Can and Should Work Together", *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 30, Article 6, 2007, pp. 91 – 109; Stahn, Carsten, "La geometría de la justicia transicional...", *op.cit.*, pp. 81 - 142.

⁵⁸⁷ Van Zyl, Paul, "Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto", *op.cit.*, pp. 69 - 70.

mismo proceso transicional, ya que resulta casi inevitable que surjan tensiones entre ellos⁵⁸⁸.

Si atendemos a la práctica, podemos concluir que, hasta ahora, en los procesos de justicia transicional rara vez se han establecido vínculos entre los mecanismos⁵⁸⁹, y ello pese a reconocerse las ventajas que un buen aprovechamiento de los recursos podría conllevar⁵⁹⁰. Por esta razón, no sorprende que haya voces que defiendan los beneficios y las ventajas que acarrearía una planificación previa⁵⁹¹, máxime cuando se ha comprobado que mientras se sigan adoptando los mecanismos de manera *ad hoc*, continuarán estando plagados de errores⁵⁹². Sin embargo, y como adelantábamos, la práctica actual demuestra que han sido escasas⁵⁹³ las iniciativas dirigidas a subsanar estos fallos de base de la

⁵⁸⁸ Sandoval Villalba, Clara, "Transitional Justice: Key Concepts, Processes and Challenges", Institute for Democracy & Conflict Resolution (IDCR) Briefing Paper, 2010, p. 9; Sriram, Chandra Lekha, Martin - Ortega, Olga and Herman, Johanna, "Guidance paper...", *op.cit.*, p. 27. Por esta razón, desde las Naciones Unidas se argumenta que, con la finalidad de que los diversos mecanismos no entren en conflicto unos con otros, hay que prestar atención a la planificación previa (Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 26).

⁵⁸⁹ De Greiff, Pablo, "Algunas reflexiones...", *op.cit.*, p. 25.

⁵⁹⁰ En efecto, no le falta razón a Pablo de Greiff cuando defiende que el diseño y la implementación de los procesos de justicia transicional que tengan en cuenta los vínculos entre los diferentes mecanismos obedece a "razones tanto pragmáticas como conceptuales" (De Greiff, Pablo, "Algunas reflexiones...", *op.cit.*, p. 23). En otras palabras, "sólo un enfoque holístico o integrado puede satisfacer diferentes necesidades en situaciones de transición complejas, aumentando así la probabilidad de una JT eficiente" (Ambos, Kai, "Evaluando la eficacia de la Justicia Transicional: Unos comentarios preliminares", *ZIS*, 9/2015, pp. 469 - 470). Por lo tanto, existe cierto consenso en que en el diseño de la fórmula transicional sería conveniente buscar también la eficiencia (De Greiff, Pablo, "Some Thoughts on Transitional Justice", Middle & East - North Africa e-bulletin N°4, Summer 2013, published by the Association for the Prevention of Torture (APT), p. 3) o el mayor impacto de los mecanismos (Mihir, Anja, "Transitional Justice and the Quality of Democracy", *International Journal of Conflict and Violence*, Vol. 7, Issue 2, 2013, p. 300). En definitiva, parece lógico pensar que un proceso íntegro de justicia transicional debe atender a la complementariedad entre los mecanismos y también debe prestar una atención especial a la secuencia entre ellos. En este sentido se han pronunciado: Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 21; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Cartografía del sector de la justicia*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/2), pp. 3 - 4).

⁵⁹¹ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, *op.cit.*, Punto IV.A.52; Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 26.

⁵⁹² Lutz, Ellen, "Transitional justice: Lessons learned and the road ahead", *op.cit.*, p. 339.

⁵⁹³ Ahora bien, es justo mencionar que, actualmente, contamos con algunos estudios empíricos que, precisamente, se dirigen a dar respuesta a estos cruciales interrogantes. A modo ilustrativo podemos citar los siguientes trabajos: Dancy, Geoff and Wiebelhaus-Brahm, "Timing, sequencing, and transitional justice impact: a qualitative comparative analysis of Latin America", *Human Rights Review*, Vol. 16, 2015, pp. 321 - 342; Mallinder, Louise and O'Rourke, Catherine, "Databases of transitional justice mechanisms and contexts: comparing research purposes and design", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 10, 2016, pp. 492 - 515; Fletcher, Laurel E. and Weinstein, Harvey M., "Context, timing and the dynamics of transitional justice: a historical perspective", *Human Rights Quarterly*, Vol. 31, 2009, pp. 163 - 220; Rothe, Dawn L. and Maggard, Scott, "Factors that impede or facilitate post-conflict mechanisms? An empirical investigation", *International Criminal Law Review*, Vol. 12, 2012, pp. 193 - 217. Si se desea analizar la

justicia transicional⁵⁹⁴ y, por ello, tal y como ha reconocido el Relator Especial, "todavía queda mucho por hacer en cuanto a los modos de estructurar y aplicar las diferentes medidas para que formen parte de un todo global"⁵⁹⁵.

A propósito de la secuencia entre los mecanismos de la justicia transicional, hay un extremo que nos llama preocupantemente la atención: la carencia de estudios que relacionen el orden en el que deberían implementarse los mecanismos que conforman el proceso íntegro de la justicia transicional con la posible actuación de la Corte Penal Internacional. Consideramos que nos hallamos ante una situación, hasta cierto punto, paradójica e incomprensible ya que, a nuestro juicio, la actividad de este Tribunal tiene la capacidad de modular el orden de respuesta de los Estados, como el siguiente ejemplo pone de manifiesto: si la Corte decide iniciar una investigación en un Estado y éste quiere, por todos los medios, evitar su intervención, debería iniciar procesos judiciales penales con la finalidad de impugnar la admisibilidad de la situación ante la Corte. Si procediera de dicha manera no cabe sino concluir que el órgano internacional ha influido en el orden de los mecanismos transicionales al "exigir" que los procesos penales sean la primera medida a implementar⁵⁹⁶. Pero, ateniendo al texto del Estatuto, ¿habría alguna posibilidad de influir en este orden de los mecanismos transicionales que permitiera "dilatarse" la justicia penal en el tiempo? Estudiaremos esta posibilidad en el punto que sigue a continuación.

2. Los ritmos que marca el Estatuto de Roma en los procesos de transición

2.1. Aspectos introductorios sobre la secuenciación entre la paz y la justicia en el seno de la Corte Penal Internacional

Independientemente de las críticas que el artículo 16 del Estatuto de Roma previamente estudiado pudiera ocasionar, lo cierto es que lo que éste pone sobre la

aplicación de la teoría de la secuencia a un caso concreto, puede acudirse a: Quinn, Joanna R., "Chicken and egg? Sequencing in transitional justice: the case of Uganda", *International Journal of Peace Studies*, Vol. 14, Num. 2, 2009, pp. 35 – 53.

⁵⁹⁴ Bassiouni, M. Cherif, "Assessing conflict outcomes: accountability and impunity", *op.cit.*, p. 15.

⁵⁹⁵ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, *op.cit.*, Punto IV.A. 48 - 49.

⁵⁹⁶ Sin embargo, hay quien defiende que "By helping to develop an understanding of the need for restorative or transitional justice, the Court can play a role in promoting peace and stability in the longer term. However, the ICC should arguably not involve itself directly in the design or implementation of these processes", Sarkin, Jeremy, "The Role of the International Criminal Court (ICC) in Reducing Massive Human Rights Violations Such as Enforced Disappearances in Africa: Towards Developing Transitional Justice Strategies", *Studies in Ethnicity and Nationalism*, Vol. 11, No. 1, 2011, p. 132.

mesa es el reconocimiento de que, en determinadas circunstancias, puede ser “necesario” aplazar las demandas de justicia⁵⁹⁷. Es importante subrayar el término empleado: necesidad. Es decir, negamos cualquier tipo de uso manipulador del factor tiempo que, en el fondo, lo que trata es garantizar la impunidad de las partes que, en la mayoría de ocasiones, han podido cometer crímenes internacionales. Por ello, insistimos, no hablamos ni de conveniencia, ni de “momento oportuno”, sino de una imposibilidad manifiesta de impartir justicia en un momento determinado. Piénsese, por ejemplo, en las circunstancias que mencionábamos previamente como la carencia de infraestructuras que puede tener un Estado o la falta de personal cualificado para llevar a cabo investigaciones por crímenes internacionales cuando se acaba de poner fin a un conflicto armado.

Ahora bien, también reconocemos que el “reloj de la Corte Penal Internacional”⁵⁹⁸ puede llegar a tener cierta incidencia en determinadas negociaciones de paz⁵⁹⁹, tal y como el caso de Uganda ha puesto de manifiesto. Precisamente, hay quien señala que este caso “is instructive because it highlights that the rationale of the ‘peace first, justice later’ approach is a matter of sequencing rather than the mutual exclusion of one policy over another.”⁶⁰⁰ Un resultado similar fue el que trató de conseguir Georgia⁶⁰¹ o, incluso, la

⁵⁹⁷ No nos estamos refiriendo a la condenable situación en la que se ha visto inmersa la Corte Penal Internacional por la imposibilidad de continuar sus investigaciones, especialmente, por la falta de cooperación de los Estados o por la carencia de medios. En los informes publicados por la Corte Penal Internacional podemos apreciar cómo, en ocasiones, se refiere a estas investigaciones suspendidas como “hibernated investigations”. Véase: The Office of the Prosecutor, Strategic Plan 2016-2018, 15 November 2015, p. 7. Es más, muestra su preocupación ante las consecuencias que esta suspensión provoca (*Ibid.*, punto 72).

⁵⁹⁸ Akhavan, Payam, "Complementarity Conundrums: The ICC Clock in Transitional Times", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, Issue 5, 2016, pp. 1043-1059.

⁵⁹⁹ A este respecto, hay quien no duda en declarar que “there may be a question of proper sequencing: An overly aggressive strategy of criminal persecutions for example may endanger a fragile peace process”, Lindenmann, Jürg, "Transitional justice and the International Criminal Court...", *op.cit.*, p. 320. En el extremo contrario, sin embargo, se posicionan organizaciones como Amnistía Internacional que defiende que la suspensión de las investigaciones en orden a facilitar un proceso de paz sería inconsistente con el Estatuto de Roma. Es más, añade que, si la Fiscalía procediera de dicha manera, sería objeto de amenazas constantes por parte de aquéllos que quieren eludir la justicia ya que, éstos, siempre amenazarían con poner fin a las negociaciones de paz (Amnesty International, Open letter to the Chief Prosecutor of the International Criminal Court: Comments on the concept of the interests of justice. AI Index: IOR 40/023/2005, 17 June 2005, pp. 1 - 8. Disponible online en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/84000/ior400232005en.pdf>)

⁶⁰⁰ M'Boge, Yassin A., "In the interests of peace and the interests of justice'...", *op.cit.*, p.379.

⁶⁰¹ Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Corrected Version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 16 October 2015, ICC-01/15-4-Corr, 17 November 2015, p. 141. Concretamente, este Estado defendió que “a commencement of prosecutions of crimes related to the 2008 armed conflict could trigger aggressive and unlawful reactions by the occupying forces and would prompt certain backlash from the groups engaged in the violence across the conflict lines”, (*Ibid.*, p. 141). Ahora bien, la Fiscal no presta atención a las demandas de seguridad y califica de inactividad la actitud de las autoridades georgianas (*Ibid.*, p. 142).

República Democrática del Congo⁶⁰². En definitiva, sigue siendo recurrente la defensa de la clásica máxima de primero paz y luego justicia. Sin ir más lejos, cuando Sudáfrica solicitó la retirada del Estatuto⁶⁰³ volvió a insistir en que “South Africa, from its own experience has always expressed the view that to keep peace one must first make peace”⁶⁰⁴.

La relevancia de la secuencia, lejos de ser una ocurrencia aislada, ha sido reconocida por Organizaciones tan relevantes como *Human Rights Watch*⁶⁰⁵ e, incluso, fue un tema que se debatió en la Conferencia de Revisión de Kampala⁶⁰⁶. Concretamente, se llegó a la conclusión de que “la secuenciación, que era una posibilidad planteada por algunos para resolver las tensiones entre la paz y la justicia, había tenido éxito en algunos casos, pero en otros había derivado en amnistías de facto. Al margen de la secuenciación, se observó que el Fiscal podía, a su discreción, influir sobre el momento de emitir órdenes de detención”⁶⁰⁷. Tres años después, este tema volvió a plantearse en el seno de la Asamblea de Estados Partes⁶⁰⁸ al producirse un interesante debate “sobre el delicado ejercicio de equilibrio necesario para conseguir los objetivos de luchar contra la impunidad por una parte y de paz y estabilidad por otra. Se reconoció que ello constituía un reto para el ejercicio de la facultad discrecional del ministerio fiscal”⁶⁰⁹.

⁶⁰² En efecto, este Estado también parece sumarse a este listado y es que hay quien señala que, el Presidente del Estado, cuando se hallaba negociando con el líder rebelde Bosco Ntaganda (sobre quien pesaba una orden de arresto dictada por la Corte), declaró: “why do we choose to work with Mr. Bosco, a person sought by the ICC? Because we want peace now. In Congo, peace must come before justice”, citado en Christian, Emily, “Violations of International Criminal Law in the Israel-Palestinian Conflict: Why the International Criminal Court Should Not Prosecute in the Interests of Justice”, *International and Comparative Law Journal*, Vol. 29, 2015, p. 301.

⁶⁰³ Sin embargo, finalmente, se revocó la retirada de Sudáfrica del Estatuto de Roma: South Africa: notification of withdrawal. Rome Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998. Reference: C.N.121.2017.TREATIES-XVIII.10, 7 March 2017.

⁶⁰⁴ South Africa's withdrawal from the Rome Statute of the International Criminal Court, 25 October 2016, Reference: C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10 (Depositary Notification).

⁶⁰⁵ Human Rights Watch, The Meaning of “the interest of Justice” in Article 53 of the Rome Statute, June 1, 2005, p. 7.

⁶⁰⁶ Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/9/11. Documentos oficiales. Publicación de la Corte Penal Internacional, La Haya, 2010, p. 5, punto 25.

⁶⁰⁷ Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, RC/9/11, Anexo V b): Balance de la justicia penal internacional. Paz y justicia. *op.cit.*, punto 30.

⁶⁰⁸ Corte Penal Internacional, Asamblea de los Estados Partes, duodécimo período de sesiones, La Haya, 20 a 28 de noviembre de 2013: Segmento especial a petición de la Unión Africana: “Acta de acusación de Jefes de Estado y de Gobierno en ejercicio y sus consecuencias para la paz, la estabilidad y la reconciliación”. Resumen no oficial preparado por el moderador. ICC-ASP/12/61, de 27 de noviembre de 2013.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, punto 9. Es más, resulta llamativo que el punto anterior recogiera que: “El debate pareció indicar que no era probable que se materializara en el próximo futuro ningún cambio sustantivo del Estatuto de Roma, particularmente teniendo en cuenta el procedimiento de enmienda previsto en el mismo. Sin embargo, hubo un acuerdo general en que la Asamblea debería considerar la búsqueda de soluciones

A nuestro juicio, plantear el debate entre una secuencia entre primero paz y, luego, justicia no se halla exento de riesgos⁶¹⁰. Sin embargo, no por ello desconocemos la relevancia que el factor tiempo puede ejercer en estos contextos y es que, como aprecia Hayner, "aunque posponer una investigación entraña riesgos, sobre todo por la pérdida del impulso de la transición, puede merecer la pena esperar hasta que mejoren las condiciones de seguridad o hasta que disminuya la influencia de perpetradores importantes"⁶¹¹. Ahora bien, ¿se puede “esperar” con el Estatuto de Roma en mano?

2.2. Las opciones previstas en el Estatuto de Roma para “aplazar” la justicia

Resulta interesante comprobar que la Corte, sin necesidad de verse inmersa en un uso interesado del artículo 16, tiene la capacidad de permitir *ciertos* espacios temporales a las partes que se hallan negociando un acuerdo de paz o que, por diversas razones, no pueden iniciar procesos judiciales penales de manera inminente. Concretamente, son los artículos 17⁶¹² y 53⁶¹³ del Estatuto de Roma los que le otorgan un amplio margen de discrecionalidad a la hora de iniciar o continuar con los procesos judiciales penales.

Por ello, no debe minusvalorarse la capacidad y amplia discrecionalidad de este órgano, pese a que el primer Fiscal de la Corte llegara a negar la misma⁶¹⁴, a la hora de

prácticas compatibles con el marco jurídico existente y que respondieran a las preocupaciones expresadas por la Unión Africana. Una de esas soluciones era la posibilidad de enmendar las Reglas de Procedimiento y Prueba a fin de asegurar el grado de flexibilidad necesario para hacer frente a circunstancias específicas imposibles de prever cuando se aprobó el Estatuto” (*Ibid.*, punto 8).

⁶¹⁰ Human Rights Watch, *The Meaning of "the interest of Justice" in Article 53 of the Rome Statute*, June 1, 2005, p. 7.

⁶¹¹ Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, Barcelona, Bellaterra, 2014, p. 344. En un sentido similar se posiciona Vinjamuri al defender que “evaluating the pursuit of justice during ongoing conflict is crucial. What we may discover is that contrary to the mantra that justice delayed is justice denied, the most promising way to promote justice may be to postpone it”, Vinjamuri, Leslie, "The ICC and the Politics of Peace and Justice" en en Stahn, Carsten (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 29.

⁶¹² Precisamente, determinados expertos ponen el foco de atención en el principio de complementariedad al defender que "striking the right balance between time and justice is at the root of an effective system of complementarity", Akhavan, Payam, "Complementarity Conundrums...", *op.cit.*, p. 1044. Y, así se concluye que “complementarity is a complex compromise between the unyielding exigencies of expeditious and fair trials on the one hand, and the humbling realities of messy transitions on the other” (*Ibid.*, p. 1045).

⁶¹³ Amnistía Internacional, en cambio, se posiciona en contra de la aplicación del artículo 53 del Estatuto de Roma en estos casos en los que el Fiscal debería paralizar las actuaciones en base a las coyunturas políticas de los Estados. A su juicio, los únicos preceptos que permiten la suspensión son los artículos 16, 18 y 19 del Estatuto de Roma. Véase el interesante estudio realizado en: Amnesty International. Open letter to the Chief Prosecutor of the International Criminal Court: Comments on the concept of the interests of justice, *op.cit.*

⁶¹⁴ Y es que, observando la práctica seguida por el primer Fiscal de la Corte, el Sr. Moreno Ocampo, es cuanto menos llamativo que llegara a pronunciar el siguiente discurso que consideramos oportuno citar íntegramente: “Con todo, en cada situación sobre la que ejerce jurisdicción la Corte Penal Internacional

decidir durante cuánto tiempo prolonga el examen preliminar⁶¹⁵, cuándo inicia una investigación, cuándo solicita una orden de detención y, finalmente, cuándo inicia los enjuiciamientos⁶¹⁶. Por ello, existe cierto consenso al considerar que la Fiscalía puede otorgar a los Estados el tiempo que considere oportuno para que pongan en marcha sus procesos internos⁶¹⁷. En definitiva, “through proactive complementarity and wise timing, the Prosecutor can more productively engage with transitional states, and more effectively cast a long shadow for the ICC.”⁶¹⁸

A nuestro juicio, el amplio margen de discrecionalidad del que dispone la Fiscalía puede entrar en contradicción, precisamente, con el artículo 17 que analizaremos en el Capítulo tercero. Es más, el uso que se ha realizado hasta el momento del interés de la justicia previsto en el artículo 53, y que estudiaremos en los puntos siguientes, no hace sino confirmar que el tiempo no es siempre el mejor compañero de viaje de la justicia internacional. Por otra parte, no debemos olvidar que la amplia discrecionalidad se convertiría en arbitrariedad si la Fiscalía no aplicara los mismos estándares a todos los Estados sobre los que ejerce o puede ejercer su competencia.

Si atendemos a la práctica, los hechos se encargan de corroborar que esta estrategia basada en otorgar más tiempo a los Estados ha sido la que ha aplicado la Fiscalía en

surgen voces que impugnan las decisiones judiciales, el momento en que se falla la decisión o la oportunidad del fallo y piden al Fiscal que ejerza sus facultades discrecionales a efectos de ajustarse a la situación sobre el terreno y presentar o retirar acusaciones en función de objetivos políticos a corto plazo. En ocasiones, funcionarios de los Estados Partes solicitan, presuntamente en nombre de la paz, amnistías, inmunidades y otros mecanismos para evitar un enjuiciamiento; hay quienes tachan a la Corte de obstáculo al ulterior avance de los procesos de paz. Estas propuestas contravienen el Estatuto de Roma y van en menoscabo de la ley que los Estados Partes se comprometieron a cumplir. Por el contrario, es fundamental garantizar la compatibilidad con el Estatuto de Roma de toda iniciativa de resolución de un conflicto a fin de que la paz y la justicia interactúen de forma efectiva. Hay que dar cumplimiento a las órdenes de detención, pues se trata de decisiones adoptadas por los magistrados de conformidad con la ley. Exhorto a los Estados Partes y a otros interesados a que, sean cuales sean las circunstancias, no dejen de tener presente el mandato encomendado a la Corte; las consideraciones políticas NO deben poner en compromiso la legalidad y la rendición de cuentas”, ICC-OPT, Discurso pronunciado por el Sr. Luis Moreno-Ocampo, Fiscal de la Corte Penal Internacional, "Un futuro basado en la paz y la justicia", *op.cit.*, p. 6. Véase también: Moreno Ocampo, Luis, "Building a Future on Peace and Justice: The International Criminal Court" en Ambos, Kai, Large, Judith and Wierda, Marieke (Eds.), *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlin, Springer - Verlag, 2009, pp. 11 – 12.

⁶¹⁵ Llegados a este punto, conviene recordar las notas a pie de página que realizábamos en la nota número 71, pág. 15 del presente Capítulo a propósito de la duración del examen preliminar.

⁶¹⁶ Mnookin, Robert H., "Rethinking the Tension between Peace and Justice: The International Criminal Prosecutor as Diplomat", Minow, Martha, True-Frost, C.Cora and Whiting, Alex (Eds.), *The First Global Prosecutor: Promise and Constraints*, USA, University of Michigan Press, 2015, pp. 77 - 78.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 86; Rodman, Kenneth A., "Is Peace in the Interests of Justice?...", *op.cit.*, p. 123.

⁶¹⁸ Mnookin, Robert H., "Rethinking the Tension between Peace and Justice...", *op.cit.*, p. 90.

Palestina⁶¹⁹, en la República Democrática del Congo⁶²⁰ o en Afganistán⁶²¹. Sin embargo, si un caso debe destacar por encima del resto es, sin lugar a dudas, el amplio margen de tiempo que la Fiscalía está otorgando a Colombia⁶²² para que sea el propio Estado quien ponga fin a la impunidad en su territorio. Ahora bien, este amplio margen contrasta con otros casos en los que la Oficina de la Fiscalía no ha considerado oportuno esperar⁶²³. Ésta fue, por ejemplo, la situación en Kenia que, recordemos, se inició de oficio por la Fiscalía⁶²⁴. Como ya hemos adelantado, el Gobierno de Kenia demandó la inadmisibilidad del asunto señalando que había iniciado reformas y que se hallaba capacitado para investigar y enjuiciar a los responsables⁶²⁵. Es más, recordó (y no sin cierta razón) que otros Estados como Colombia, Georgia y Afganistán habían tenido más tiempo para llevar a cabo sus procesos judiciales nacionales antes de que la Corte decidiera intervenir⁶²⁶ y, por otra parte, no dejó pasar la oportunidad de mencionar el

⁶¹⁹ *Ibid.*, pp. 81 – 82.

⁶²⁰ Por ejemplo, se ha defendido que se produjo un movimiento astuto al comenzar las investigaciones en la región de Ituri: Akhavan, Payam, "Are International Criminal Tribunals a Disincentive to Peace? Reconciling Judicial Romanticism with Political Realism", *Human Rights Quarterly*, Vol. 31, 2009, pp. 631 - 632.

⁶²¹ Mnookin, Robert H., "Rethinking the Tension between Peace and Justice...", *op.cit.*, p. 81.

⁶²² Recordemos que este Estado lleva desde el año 2004 bajo examen preliminar y, por el momento, no parece que la Fiscalía tenga la intención ni de poner fin al mismo ni de iniciar una investigación. Este amplio espacio temporal ha conllevado que determinados expertos aprecien, no sin razón, que parece existir una cierta falta de voluntad de iniciar una investigación en Colombia: Fernandez, Julian and Pacreau, Xavier (Dirs.), *Statut de Rome de La Cour pénale internationale. Commentaire article par article, Vol. II, op.cit.*, p. 1190.

⁶²³ Y ello a pesar de que fueran los propios Estados los que solicitaran más tiempo para poner en marcha las reformas oportunas con la finalidad de poder impartir justicia atendiendo a los estándares internacionales. Por esta razón, determinados especialistas consideran que la Corte Penal Internacional no siempre ha prestado la atención suficiente a las necesidades específicas de las sociedades: Okafor, Obiora Chinedu and Ngwaba, Uchechukwu, "The International Criminal Court as a 'Transitional Justice' Mechanism in Africa: Some Critical Reflections", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, Issue 1, 2015, p. 107.

⁶²⁴ Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009.

⁶²⁵ Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, Joshua Arap Sang and The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. Application on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to Article 19 of the ICC Statute. ICC-01/09-01/11 and ICC-01/09-02/11, 31 March 2011. Es más, a propósito del factor tiempo argumentó que "the process of reform and improvement is not complete, and nor could it realistically be expected that any democratic country could have transformed its judicial and police systems overnight" (Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, Joshua Arap Sang and The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. Application on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to Article 19 of the ICC Statute. ICC-01/09-01/11 and ICC-01/09-02/11, 31 March 2011, pp. 5 – 7, punto 9).

⁶²⁶ Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, Joshua Arap Sang and The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. Application on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to Article 19 of the ICC Statute. ICC-01/09-01/11 and ICC-01/09-02/11, 31 March 2011, pp. 5 – 7, punto 18.

tiempo que había tardado la Corte en dictar ciertas órdenes de arresto en otros casos⁶²⁷. Por todo ello, concluyó que el tiempo que reclamó para acometer las reformas y poner en marcha los correspondientes procesos judiciales era realista y razonable⁶²⁸.

No obstante, es interesante comparar la distinta visión que tienen las víctimas en esta misma situación a propósito del tiempo transcurrido. Y es que, tras recordar que el artículo 17 del Estatuto de Roma contempla el retraso injustificado como causa de admisibilidad⁶²⁹, le solicitan a la Sala de Cuestiones Preliminares que no tome en consideración los argumentos políticos invocados por el Gobierno⁶³⁰ y, así, concluyen defendiendo que debe realizarse un análisis objetivo de los hechos que no tome en consideración las particularidades o dificultades del caso⁶³¹. Como puede apreciarse, existe un alto parecido entre estos argumentos y los extremos analizados al hilo de las particulares circunstancias contextuales de los procesos de transición.

A propósito del artículo 17 citado es interesante adelantar que este precepto enumera como causa de admisibilidad que “haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”⁶³². A nuestro juicio, nos encontramos ante una posible contradicción jurídica ya que, por una parte, acabamos de comprobar que la Oficina de la Fiscalía tiene un amplio margen de discrecionalidad para decidir cuándo inicia una investigación o un enjuiciamiento valorando, para ello, si el Estado ha iniciado o no los correspondientes procesos internos pero, al mismo tiempo, en base a este precepto, si se produjera “una demora injustificada en el juicio” en el Estado que, según la línea argumentativa que estamos siguiendo, tiene todas las probabilidades de que así sea, el Estatuto parece imponer cierta actuación inmediata a la Fiscalía. Por lo tanto,

⁶²⁷ Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Response on behalf of Mr. William Samoei Ruto and Mr. Joshua Arap Sang to the ‘Application on Behalf of the Government of the Republic of Kenya Pursuant to Article 19 of the ICC Statute’. ICC-01/09-01/11, 28 April 2011, pp. 8 – 9, punto 23.

⁶²⁸ Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, Joshua Arap Sang and The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. Application on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to Article 19 of the ICC Statute. ICC-01/09-01/11 and ICC-01/09-02/11, 31 March 2011, p. 17.

⁶²⁹ Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Observations on behalf of victims on the Government of Kenya’s Application under Article 19 of the Rome Statute With Public Annexes 1 and 2. ICC-01/09-01/11, 28 April 2011, pp. 20 – 22, punto 42. A propósito del cual señala que “Internal obstacles do not significantly alter the objective character of the analysis that is to be undertaken under article 17” (*Ibid.*, punto 44).

⁶³⁰ *Ibidem.*

⁶³¹ *Ibid.*, puntos 2, 45 y 46.

⁶³² Artículo 17.2b) del Estatuto de Roma.

¿cómo resolver este dilema? Es decir, si un Estado no inicia los correspondientes procesos judiciales alegando las dificultades particularidades en las que se halla inmerso, ¿se debe actuar en base al artículo 17.2b) o, por el contrario, se le puede otorgar más tiempo al Estado afectado?

Por si el interrogante planteado no fuera suficientemente complejo, debemos añadir a la ecuación lo dispuesto en el tercer apartado del artículo 17 del Estatuto que establece lo siguiente: “A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”⁶³³.

Conviene recordar que tras un conflicto armado un Estado puede carecer de los medios materiales y personales necesarios para llevar a cabo procesos judiciales con todas las garantías, como consecuencia, por ejemplo, de la carencia de jueces o de los medios económicos necesarios. En estas situaciones, parece lógico pensar que los Estados necesiten tiempo para llevar a cabo sus reformas y proceder al acopio de medios para poder realizar, en un momento posterior, los correspondientes juicios. En base a la amplia discrecionalidad del Fiscal, podríamos entender que la Oficina podría permitirle al Estado un mayor margen. Sin embargo, al mismo tiempo, este precepto da a entender que, precisamente, este colapso de la administración de justicia es causa de admisibilidad del asunto ante la Corte. Por lo tanto, lanzamos de nuevo la pregunta: ¿hasta qué punto se puede permitir la demora en el inicio de los procesos judiciales penales con el Estatuto de Roma en mano?

Pues bien, atendiendo a la práctica de la Corte podemos comprobar que una circunstancia un tanto similar a la descrita fue la que se produjo en Libia cuando la Corte decidió iniciar una investigación. En esta ocasión, el Estado, con la finalidad de evitar su intervención, detalló el progreso que había realizado -especialmente en la construcción de la capacidad judicial-, y puso de relieve las dificultades que estaba experimentando en

⁶³³ Artículo 17. 3 del Estatuto de Roma.

la transición a la democracia. Mediante el empleo de estos argumentos trató de solicitar más tiempo para que fuera el propio Estado quien pudiera impartir justicia en el país⁶³⁴.

Lo llamativo de este caso es la respuesta que en un inicio dio la Corte al reconocer que “the Government of Libya is undergoing a fundamental transition which takes time, especially following 42 years of rule by the Gaddafi regime”⁶³⁵. Es más, unos meses después insistía en que “the Office of the Prosecutor argues further that, given the challenges that Libya is facing in this transitional post-conflict stage and the fact that it has secured relevant international assistance, Libya should be afforded reasonable time to provide additional materials to demonstrate that it is investigating the same case.”⁶³⁶.

Por lo tanto, cabe concluir que, de entrada, la Corte parece dispuesta a otorgar el ansiado paréntesis temporal en determinadas circunstancias. Sin embargo, como comprobaremos a continuación, el tiempo también se puede volver en contra de las víctimas, como ha ocurrido, lamentablemente, en Afganistán, Estado, en el que durante años la Fiscalía siguió un “cautious wait-and-see approach”⁶³⁷.

2.3. *El ejemplo de Afganistán: ni paz, ni en “interés de la justicia”*

En noviembre de 2016, la Oficina de la Fiscalía anunció que, de manera inminente, procedería a hacer pública su decisión final acerca de si solicitaba o no autorización para iniciar una investigación en Afganistán. Sin embargo, todo apunta a que el Estado le solicitó un año más de plazo⁶³⁸ al argumentar que existía una hipotética posibilidad de que el inicio de una investigación pudiera llegar a frustrar un acuerdo de paz con el grupo islámico Hezb-e⁶³⁹. A pesar de ello, finalmente, el 30 de octubre de 2017, la Fiscal

⁶³⁴ Situation in Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi. ICC-01/11-01/11-344-Red, 31 May 2013, punto 32.

⁶³⁵ Fourth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1970 (2011), 7 November 2012, punto 26.

⁶³⁶ Fifth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 8 May 2013, punto 16.

⁶³⁷ Mnookin, Robert H., “Rethinking the Tension between Peace and Justice...”, *op.cit.*, p. 81.

⁶³⁸ Afghanistan Analysis Network, Investigating Post-2003 War crimes: Afghan Government wants “one more year” from the ICC. 27 June 2017, p. 1.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 2.

informó que iba a solicitar autorización para iniciar una investigación en el Estado⁶⁴⁰ y, así, el 20 de noviembre, hizo público el documento⁶⁴¹.

Para nuestra sorpresa, el 12 de abril de 2019, la Sala de Cuestiones Preliminares adoptaba la decisión en la que, contra todo pronóstico -y tras corroborar que se cumplían los requisitos de jurisdicción, complementariedad y gravedad- decidió rechazar la autorización en base al escurridizo “interés de la justicia” previsto en el artículo 53 del Estatuto de Roma⁶⁴², que no había sido alegado previamente por el Fiscal⁶⁴³.

Como es conocido, en virtud del artículo citado, el Fiscal debe decidir si inicia o no una investigación⁶⁴⁴ o un enjuiciamiento⁶⁴⁵. Para ello, a la hora llevar a cabo esta evaluación en el estadio previo a la investigación debe examinar si “existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”⁶⁴⁶. Por el contrario, tras la investigación, los aspectos que le pueden llevar al Fiscal a considerar que “no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento” son, entre otros, que “el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen”⁶⁴⁷.

Como cabe apreciar, en ambos apartados se menciona el ambiguo concepto del “interés de la justicia”. Si bien es cierto que la enumeración de factores que se realiza en el apartado segundo es mayor (ya que se hace referencia a la “enfermedad del presunto

⁶⁴⁰ Pre-Trial Chamber II: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-33, 12 April 2019, punto 1.

⁶⁴¹ Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp.

⁶⁴² Pre-Trial Chamber II: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-33, 12 April 2019. A este respecto conviene recordar que el “interés de la justicia” debe analizarse únicamente en el caso de que se cumplan los requisitos previos relativos a la complementariedad y gravedad (ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007, p. 5).

⁶⁴³ La capacidad de la Sala para examinar el interés de la justicia se justifica minuciosamente en: Pre-Trial Chamber II: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-33, 12 April 2019, punto 88.

⁶⁴⁴ Artículo 53.1 del Estatuto de Roma. Este primer apartado precisa que el Fiscal iniciará una investigación, “a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto”.

⁶⁴⁵ Artículo 53.2 del Estatuto de Roma. A diferencia del apartado anterior, en este caso el Estatuto emplea el término “fundamento suficiente para el enjuiciamiento”.

⁶⁴⁶ Artículo 53.1c) del Estatuto de Roma.

⁶⁴⁷ *Ibidem*.

autor y su participación en el presunto crimen”⁶⁴⁸) esta diferencia simplemente radica en que, en esta segunda ocasión, nos hallamos en una etapa en la que se han individualizado a los presuntos responsables y, en consecuencia, se pueden valorar los aspectos relacionados con sus circunstancias particulares⁶⁴⁹. En todo caso, lo que parece indiscutible es que la gravedad del crimen⁶⁵⁰ y los intereses de las víctimas⁶⁵¹ son los dos únicos aspectos que se especifican y que deben ser tomados en consideración a la hora de interpretar correctamente este precepto. Por otra parte, cabe apreciar que estos elementos,

⁶⁴⁸ La Oficina de la Fiscalía ha aclarado que: “It is possible however, that even an individual deemed by the OTP to be among the “most responsible” would not be prosecuted in the “interests of justice.” If the Court is to achieve the lasting respect for the enforcement of international justice, it is essential that it considers also the interests of the accused. It is common in many legal systems to require consideration of the circumstances of the accused before determining whether to proceed to a prosecution. For example, international justice may not be served by the prosecution of a terminally ill defendant or a suspect who has been the subject of abuse amounting to serious human rights violations. This matter has been dealt with both by national jurisdictions and by Ad Hoc international criminal tribunals. Significant guidance will be derived from such experience”, ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007, pp. 6 - 7. Criterios similares también han sido empleados en otros tribunales como, por ejemplo, en el caso de las Salas Especiales de Camboya. Puede leerse una aplicación similar a la hora de no proceder contra una persona por su estado personal, en: Special Edition - Case 002: Release of Ieng Thirith, Posted Fri, 10/12/2012, Updated Sun, 01/15/2017. Disponible online en: <https://www.eccc.gov.kh/en/publication/special-edition-case-002-release-ieng-thirith>

⁶⁴⁹ Bergsmo, Kruger and Bekou, "Article 53" en Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Munich-Oxford-Baden-Baden, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2016, pp. 1373 - 1375. Así mismo, como ha apreciado Schabas, “that the two factors, age and infirmity, are listed together suggests humanitarian concerns. But there may also be practical ones, and the Prosecutor might consider it a waste of resources to proceed where there is a realistic prospect that an accused person might not be able to complete a prolonged trial because of illness or even death”, Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, op.cit.*, p. 840. Véase también cómo justifica la Fiscalía la necesidad de tomar en consideración ciertas circunstancias humanitarias (aunque afecten a las personas que puedan ser consideradas como máximos responsables) en: ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007, pp. 6 - 7.

⁶⁵⁰ A propósito de la gravedad del crimen, la Oficina de la Fiscalía ha precisado que este extremo “demonstrate both the central importance of the element of gravity of the crime, as well as the strong presumption in favour of initiating an investigation where the threshold of sufficient gravity is met”, ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007, p. 5.

⁶⁵¹ Si bien el precepto menciona los intereses de las “víctimas”, la Oficina de la Fiscalía ha aclarado que, en el transcurso de sus investigaciones, también prestará atención a otras partes como, por ejemplo, a la comunidad, a la sociedad en general, a los líderes locales, organizaciones internacionales y no gubernamentales. Así mismo, ha precisado que el interés de las víctimas conlleva “the victims’ interest in seeing justice done, but also includes other essential interests such as their protection” (ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007, pp. 5 – 6). Esta idea se ha reiterado también en: Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, p. 12; The Office of the Prosecutor, Report on Prosecutorial Strategy, The Hague, 14 September 2006, ya que menciona como cuarto objetivo de la oficina de la fiscalía: “continuously improving the way in which the Office interacts with victims and addresses their interests” (p.8). En fechas más recientes también ha insistido en que “con arreglo al apartado c) del párrafo 1 del artículo 53, la Fiscalía considerará, en particular, los intereses de las víctimas, comprendiendo las opiniones expresadas por las víctimas mismas así como por representantes de confianza y otros actores pertinentes, tales como dirigentes comunitarios, religiosos, políticos o tribales, y por los Estados y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales” (ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, Noviembre de 2013, p. 18, punto 68).

si bien no forman parte de una enumeración taxativa⁶⁵², de entrada, parecen hallarse relacionados con aspectos típicos de todo proceso penal.

Más allá de estas escuetas aclaraciones, lo cierto es que el Estatuto no prevé qué debe entenderse por interés de la justicia. Por ello, y antes de abordar la Decisión de la Corte en la presente situación, analizaremos de manera más detallada qué puede significar, realmente, el interés de la justicia. De esta manera, comprobaremos si la interpretación realizada por la Sala de la Corte Penal Internacional se corresponde con el texto del Estatuto de Roma o si, por el contrario, han prevalecido determinadas “presiones” ajenas al “interés de la justicia” a la hora de no autorizar la investigación en esta situación.

3. La dilación en el tiempo de los procesos penales y el (des)interés de la justicia

3.1. Esclareciendo el significado del “interés de la justicia” previsto en el Estatuto de Roma

La ambigüedad del Estatuto de Roma en torno al “interés de la justicia” es una consecuencia directa del proceso de elaboración del propio Estatuto, ya que los debates que se produjeron en el transcurso de su adopción no ayudan a precisar los contornos de la noción⁶⁵³. Y es que, los documentos oficiales únicamente dejan entrever que se produjeron meras referencias a este concepto, pero no se llegó a precisar su significado⁶⁵⁴. Por otra parte, no deja de ser llamativo, tal y como se ha apuntado, que las diferentes versiones oficiales del Estatuto le otorguen distinto alcance a su significado, ya que si

⁶⁵² ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007, p. 1.

⁶⁵³ Human Rights Watch, The Meaning of "the interest of Justice" in Article 53 of the Rome Statute, June 1, 2005, p. 2. Para profundizar en los debates que se generaron en el proceso de elaboración del Estatuto de Roma, acúdase a: De Souza Dias, Talita, "Interests of justice...", *op.cit.*, pp. 748 – 750; Varaki, Maria, "Revisiting the 'Interests of Justice' Policy Paper", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 2017, p. 458.

⁶⁵⁴ Especialmente ilustrativa puede ser la consulta de: United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June - 17 July 1998. Official Records, Volume II. Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. A/CONR183/13 (Vol.II), 2002. En este documento, por ejemplo, podemos apreciar que Kenia insistió en el “establishment of an effective, impartial, credible and independent international criminal court, free from political manipulation, pursuing only the interests of justice” (*Ibid.*, párr. 63). Es decir, se establece una división clara y tajante entre la manipulación política y los intereses de la justicia. Otras referencias las podemos encontrar en los párrafos 9, 31, 45, 48, 132 y 135. Sin embargo, se limitan a repetir el concepto sin otorgar ningún tipo de interpretación pertinente. En definitiva, los trabajos preparatorios no ayudan a precisar los contornos del concepto. Ahora bien, sí que podemos extraer una primera conclusión preliminar: en estos documentos no se relaciona el interés de la justicia con la necesidad de poner fin a una investigación por hallarse en peligro la paz.

bien la versión inglesa, la francesa y la española son idénticas (se refieren al “interests of justice”, “intérêt de la justice” o “interés de la justicia”), se ha argumentado que la traducción rusa “interesny pravosudia” es algo más restringida al traducirse como “administración de justicia”⁶⁵⁵.

Como consecuencia de esta ambigüedad, no es de extrañar que, cuando se estaba elaborando el Reglamento de la Fiscalía, se intentara precisar con mayor detalle el significado de este concepto que, en un futuro, el Fiscal debería aplicar. No obstante, no se logró un resultado satisfactorio. En todo caso, no deja de ser ilustrativa una de las notas a pie de página que acompañaba al borrador ya que plasma las dificultades de precisarlo y que, por la relevancia de los argumentos empleados, creemos oportuno citar íntegramente:

“79 The experts are not in a position to make a recommendation on whether the Regulations should contain a further definition of what may constitute “interests of justice”. Were it to be decided that such definition be given, this could comprise the following factors: (a) the start of an investigation would exacerbate or otherwise destabilise a conflict situation; (b) the start of an investigation would seriously endanger the successful completion of a reconciliation or peace process; or (c) the start of an investigation would bring the law into disrepute.”⁶⁵⁶

Independientemente de que estos factores, finalmente, no se recogieran en el texto definitivo del Reglamento del Fiscal, no dejan de ser relevantes de cara a comprobar los más variados contextos en los que se planteaba su aplicación. Y es que, como cabe apreciar, los especialistas valoraron la posibilidad de ligar el concepto del interés de la justicia con la desestabilización en las situaciones de conflicto o con la amenaza que puede suponer el inicio de las investigaciones en los procesos de paz o de reconciliación⁶⁵⁷. Es más, no debe pasar desapercibido que se trata de argumentos que son frecuentes en la literatura y en la práctica transicional.

⁶⁵⁵ Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 355. Si se desea profundizar en un excelente análisis de las diversas traducciones del artículo, puede acudir a: De Souza Dias, Talita, “‘Interests of justice’: Defining the scope of Prosecutorial discretion in Article 53(I)(c) and (2)(c) of the Rome Statute of the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 30, 2017, pp. 735 - 738.

⁶⁵⁶ ICC-OTP, Draft Regulations of the Office of the Prosecutor, 3 June 2003. Disponible online en <http://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/satzger/materialien/istghdrre.pdf>

⁶⁵⁷ En todo caso, estas circunstancias que podrían ser alegadas para justificar que una investigación no redundaría en el “interés de la justicia” finalmente, no se plasmaron en el texto definitivo del Reglamento. Por ello, podemos deducir o que no existía un consenso absoluto en torno a los escenarios que se plantearon o que, simplemente, no se deseaba limitar el amplio margen de discrecionalidad del Fiscal tasando supuestos concretos.

Ahora bien, conviene precisar que, a pesar del debate doctrinal que ha generado la inclusión de este concepto en el articulado del Estatuto de Roma, lo cierto es que el “interés de la justicia” no es una invención propia de la Corte Penal Internacional. Así, conviene recordar, por una parte, que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁵⁸, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶⁵⁹ y la Convención Americana de Derechos Humanos⁶⁶⁰ emplean esta expresión al regular el proceso judicial y, específicamente, su publicidad y los derechos de los acusados -a este respecto resulta relevante matizar que en la Observación General N.º 32 del Comité de Derechos Humanos se equipara, incluso, el “interés de la justicia” con el “interés de la debida administración de justicia”⁶⁶¹.

Por otra parte, es interesante corroborar que los Estatutos de tribunales internacionales penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia⁶⁶² y para Ruanda⁶⁶³ también incorporan esta noción en los preceptos que regulan el indulto y la conmutación de la pena. Es más, en idénticos términos se pronuncia el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona en su artículo 23 al regular el indulto o la conmutación de la pena y, en este caso también, encontramos otra referencia en el artículo 17 que se refiere a los derechos del acusado. Finalmente, resulta oportuno añadir que las Salas Especiales de Camboya⁶⁶⁴ recogen igualmente este término en dos ocasiones: el artículo 12 que regula el proceso y el artículo 34 que menciona la publicidad que debe caracterizar al mismo. Por lo tanto, la conclusión a primera vista parece obvia: son numerosas las referencias a la expresión “interés de la justicia” que podemos encontrar y en todas ellas parece emplearse en aquellos artículos que regulan aspectos procedimentales.

Por lo que al Estatuto de Roma se refiere, conviene señalar que el artículo 53 no es el único precepto que alude a este término y, por ello, si deseamos obtener una visión global del concepto, deberemos examinar el conjunto de artículos que lo mencionan. Así, por una parte, en el propio texto del Estatuto, podemos encontrar referencias al “interés de la

⁶⁵⁸ Artículo 14. 1. Y 14.3d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶⁵⁹ Artículo 6.1 y 6.3c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁶⁶⁰ Artículo 8.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁶⁶¹ Párrafo 36 de la Observación General N.º 32, 90º período de sesiones (2007) del Comité de Derechos Humanos: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia.

⁶⁶² Artículo 28 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia.

⁶⁶³ Artículo 27 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda.

⁶⁶⁴ Agreement Between the United Nations and The Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea y la Law on The Establishment of Extraordinary Chambers in The Courts of Cambodia For the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea.

justicia” en el artículo 55 que regula los “derechos de las personas durante la investigación”, el artículo 61 relativo a la “confirmación de cargos antes del juicio”, el artículo 65 sobre el “procedimiento en caso de declaración de culpabilidad” y, finalmente, el artículo 67 que versa sobre los “derechos del acusado”. Como cabe apreciar, el contexto en el que se menciona el “interés de la justicia” se halla relacionado con aspectos de orden procesal penal.

Precisamente, a propósito del proceso penal, en las Reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional, encontramos otras cuatro menciones a este concepto y, de nuevo, ligadas única y exclusivamente al proceso⁶⁶⁵. En la misma línea, las referencias a este concepto en el Reglamento de la Corte, van en la misma dirección: es decir, ligadas a cuestiones de procedimiento⁶⁶⁶. Así mismo, si acudimos a las Reglas de la Oficina de la Fiscalía, nos encontramos con el empleo del reiterado concepto en términos prácticamente idénticos⁶⁶⁷, mismo significado que se deduce también de los artículos 12 y 39 del “Code of professional conduct for counsel”. En definitiva, una lectura integral del Estatuto y del resto de instrumentos que regulan el funcionamiento de la Corte nos permiten concluir preliminarmente que el “interés de la justicia”, lejos de hallarse vinculado con cuestiones de paz o de seguridad internacional, se encuentra ligado al desarrollo básico del proceso de penal.

3.2. El “interés de la justicia”, los “intereses de la paz” y su “interesada” alegación en los procesos de justicia transicional

La indeterminación que caracteriza al “interés de la justicia” suele emplearse por ciertos sectores doctrinales⁶⁶⁸ para justificar que, a pesar de que se hayan podido cometer

⁶⁶⁵ Regla 69: “Acuerdos en cuanto a la prueba”, Regla 82: “Restricciones a la divulgación de documentos o información protegida por las disposiciones del párrafo 3 e) del artículo 54”, Regla 100: “Lugar del juicio” y, finalmente, la Regla 165: “La investigación, el enjuiciamiento y el proceso”.

⁶⁶⁶ Así, podemos citar la Norma 21: “Difusión y publicación de transcripciones y grabaciones”, la Norma 29: “Incumplimiento del presente Reglamento y las órdenes de las Salas”, Norma 54: “Reuniones con las partes en la Sala de Primera Instancia”, Norma 60: “Contestación”, Norma 66: “Procedimiento conducente a una decisión relativa a la revisión”, Norma 73: “Abogados de Oficio”, Norma 76: “Nombramiento del abogado defensor por una Sala”, Norma 80: “Nombramiento de representantes legales de las víctimas por una Sala” y, finalmente, la Norma 81: “ Oficina Pública de Defensa de las víctimas”.

⁶⁶⁷ Éste sería el caso de la Regla 29, que se refiere al inicio de una investigación o un enjuiciamiento; de la Regla 31 relativa a la decisión de no proceder en interés de la justicia; y, finalmente, la Regla 33 que regula la selección de los casos.

⁶⁶⁸ Ahora bien, ciertas organizaciones como Human Rights Watch o Amnistía Internacional, no comparten esta posición: Human Rights Watch, *The Meaning of "the interest of Justice" in Article 53 of the Rome Statute*, June 1, 2005; Amnesty International, *Open letter to the Chief Prosecutor of the International Criminal Court: Comments on the concept of the interests of justice*, *op.cit.* En la doctrina, determinados

los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional, no siempre resulta obligatorio llevar a cabo una investigación y un enjuiciamiento penal cuando el Estado se halla inmerso en un proceso de justicia transicional⁶⁶⁹ en el que, por ejemplo, se han adoptado mecanismos de justicia alternativos a la justicia penal⁶⁷⁰ o, incluso, leyes de

autores también defienden la necesidad de interpretar de manera restrictiva el concepto del interés de la justicia. Véase, a modo de ejemplo: Acosta Arcarazo, Diego, Buchan, Russell and Urueña, Rene, "Beyond justice, beyond peace?...", *op.cit.*, pp. 291 – 318; Mendes, Errol P., *Peace and Justice at the International Criminal Court...*, *op.cit.*, p. 34.

⁶⁶⁹ A juicio de Ambos, el criterio del interés de la justicia puede jugar un papel más relevante que el análisis relativo a la admisibilidad en contextos de justicia transicional, Ambos, Kai, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz...* *op.cit.*, p. 150. En un sentido hasta cierto punto similar, Sánchez Legido ha defendido que "es posible por último que la conveniencia de no proceder a determinados enjuiciamientos en el marco de procesos de reconciliación nacional sea uno de esos supuestos en los que el Fiscal de la Corte Penal Internacional puede decidir no iniciar o continuar una investigación por entender que la misma no redundaría en interés de la justicia, tras ponderar adecuadamente la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas (art. 53 ECPI). Ahora bien, es más que dudoso que esa facultad de otorgamiento de amnistías sea absolutamente discrecional y que el Derecho internacional no imponga límites, especialmente cuando se trata de crímenes de Derecho internacional. En este sentido, una cosa es que el Fiscal de la CPI, bajo el control de la Sala de Cuestiones Preliminares, pueda valorar la conveniencia de un determinado enjuiciamiento en la aplicación del principio de oportunidad, y otra muy diferente que una medida nacional de gracia constituya un obstáculo absoluto al ejercicio de la competencia de la Corte" (Sánchez Legido, Ángel, *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 371).

⁶⁷⁰ A modo ilustrativo, resulta oportuno mencionar los siguientes trabajos que analizan la posibilidad de aplicar el precepto del interés de la justicia ante mecanismos alternativos a la justicia penal: Slye, Ronald, "Immunities and amnesties" en Du Plessis, Max (Ed.), *African Guide to International Criminal Justice*, South Africa, Institute for Security Studies, 2008, pp. 189 – 190; Keller, Linda M., "The False Dichotomy of Peace versus Justice and the International Criminal Court" en *Hague Justice Journal*, Vol. 3, N.1, 2008, pp. 12 – 47; Ludwin King, Elizabeth B., "Does justice always require prosecution? The International Criminal Court and transitional justice measures" en *The Geo. Wash. Int'l l. Rev.*, Vol. 45, 2013, pp. 104 – 108; Alvarez, José E., "Alternatives to International Criminal justice" en Cassese, Antonio (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 38; Ryngaert, Cedric, "The principle of complementarity...", *op.cit.*, pp. 164-167 y pp. 171-172; M'Boge, Yassin A., "In the interests of peace and the interests of justice'..." *op.cit.*, p. 368; Kirs, Eszter, "Possible Models for the Regulation of Simultaneous Functioning of Truth and Reconciliation Commissions and Criminal Courts" en Matheson, Michael J. and Momtaz, Djamchid, *Les règles et institutions du droit international humanitaire à l'épreuve des conflits armés récents*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 860 – 861; Zakerhossein, Mohammad Hadi, *Situation Selection Regime at the International Criminal Court: Law, Policy, Practice*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2017, pp. 346 – 347; Opolot, Deogratius O., "The International Criminal Court Versus Peace Agreements: Juba Peace Talks between the LRA Rebels and the Government of Uganda", *JAIL*, Vol. 2, Num. 2, 2009, p. 41, pp. 49-50; Seils, Paul and Wierda, Marieke, "The International Criminal Court and Conflict Mediation", *International Center for Transitional Justice, Occasional Paper Series*, June 2005, pp. 13 – 14; Carter, Linda, Ellis, Mark S. and Jalloh, Charles Chernor, *The International Criminal Court in an Effective Global Justice System*, Edward Elgar, UK-USA, 2016, p. 196, pp. 205-208; Stegmiller, Ignaz, *The Pre-Investigation Stage of the ICC...*, *op.cit.*, p. 398; Cárdenas Aravena, Claudia, "Revisión crítica del criterio 'interés de la justicia' como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18 N° 1, 2011, pp. 35 – 36; De Soueza Dias, Talita, "'Interests of justice'..." *op.cit.*, p. 751.

amnistía⁶⁷¹, cuando las partes se hallan negociando o implementando un acuerdo de paz⁶⁷² o, simplemente, nos encontramos ante un escenario de cierta inestabilidad política⁶⁷³. En

⁶⁷¹ Los siguientes trabajos reflexionan sobre la posible aplicación del artículo 53 ante las leyes de amnistías: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), pp. 24 – 25; ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003, pp. 22 – 24; Roht-Arriaza, Naomi, “Amnesty and the International Criminal Court” en Shelton, Dinah (Ed.), *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*, United States of America, Transnational Publishers, 2000, p. 81; Razesberger, Florian, *The International Criminal Court: The Principle of Complementarity*, Frankfurt, Peterlang, 2006, pp. 175 – 179; Sadat, Leila Nadya, “Universal Jurisdiction, National Amnesties, and Truth Commissions: Reconciling the Irreconcilable” en Macedo, Stephen, *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2004, p. 204; Morel, Sophie, La mise en œuvre du principe de complémentarité par la Cour pénale internationale: le cas particulier des amnisties, Lausanne, Collection quater, Vol.14, Editions bis et ter, 2005; Newman, Dwight G., “The Rome Statute, Some Reservations Concerning Amnesties, and a Distributive Problem”, *American University International Law Review*, Vol. 20, Issue 2, 2005, pp. 318 – 322; Arsanjani, Manhoush H., “The International Criminal Court and National Amnesty Laws”, *American Society of International Law. Proceeding of the Annual Meeting*, 1999, p. 67; Scharf, Michael P., “The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 32, Issue 3, 1999, p. 524; Gropengiesser, Helmut and Meissner, Jörg, “Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court”, *International Criminal Law Review*, Vol. 5, Issue 2, 2005, pp. 294 – 299; Dugard, John, “Dealing With Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 12, Issue 4, 1999, p. 1014; Goldstone, Richard J. and Fritz, Nicole, “In the Interest of Justice’ and Independent Referral: The ICC Prosecutor’s Unprecedented Powers”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 13, Issue 3, 2000, p. 656; Dukic, Drazen, “Transitional justice and the International Criminal Court - in ‘the interests of justice’?”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, Num. 867, September 2007, pp. 709 – 718; Sarkin, Jeremy, “The Role of the International Criminal Court (ICC) in Reducing Massive Human Rights Violations Such as Enforced Disappearances in Africa...”, *op.cit.*, p. 135; Ambos, Kai, “El marco jurídico de la justicia de transición”, *op.cit.*, pp. 101 – 104; Olásolo Alonso, Héctor, “Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional”, en Almqvist, Jessica y Espósito, Carlos (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 284 – 289; Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions...*, *op.cit.*, pp. 433 – 434, pp. 451-452; Allan, Kate, “Prosecution and Peace: A Role for Amnesty before the ICC?”, *Denv. J. Int’l L. & Pol’y*, N° 39, 2011, pp. 287 – 301; Han, Sang Wook Daniel, “The International Criminal Court and National Amnesty”, *Auckland University Law Review*, No. 12, 2006, pp. 101 – 102; Murphy, Robin, “Establishing a Precedent in Uganda: The Legitimacy of National Amnesties under the ICC”, *Eyes on the ICC*, Vol. 33, No.1, 2006, p. 49; Majzub, Diba, “Peace or Justice - Amnesties and the International Criminal Court”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol.3, 2002, pp. 271 – 279; Perry, Robin, “The Nature, Statues and Future of Amnesties under International Criminal Law”, *Austl. Int’l L.J.*, Vol. 18, 2011, p. 82; Freeman, Mark, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 83 – 84; Mallinder, Louise, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions...*, *op.cit.*, pp. 286 – 291; Vriezen, Vera, *Amnesty justified? The need for a case by case approach in the interests of human rights*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, p. 106; Jacobs, Dov, “Puzzling over Amnesties: Defragmenting the Debate for International Criminal Tribunals” en Van den Herik, Larissa and Stahn, Carsten (Eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 342 – 343; Stahn, Carsten, “Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court” en *Journal of International Criminal Justice*, N°3, 2005, p. 719; Gavron, Jessica, “Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, January 2002, p. 110.

⁶⁷² En todo caso, conviene añadir que fue la propia Oficina de la Fiscalía la que, en un inicio, contribuyó a consolidar esta interpretación. Y es que, además del borrador de las Reglas de la Fiscalía que mencionábamos en apartados previos, resultan llamativas las siguientes declaraciones del Fiscal: “In addition to admissibility I am also required by the Rome Statute to consider whether a prosecution is not in the interests of justice. In considering this factor I will follow the various national and international efforts

definitiva, son numerosos los especialistas que defienden que el artículo 53 es la vía de entrada de las decisiones con un claro componente político en la actividad de los diversos órganos que componen la Corte Penal Internacional⁶⁷⁴.

A pesar de que ha sido numerosa la atención que el citado precepto ha tenido en la doctrina⁶⁷⁵, lo cierto es que estas reflexiones académicas no han tenido ningún tipo de plasmación en la práctica seguida hasta el momento por la Corte Penal Internacional. Es más, no estaría de más recordar las siguientes declaraciones de la Fiscal:

“It is my firm belief that recourse to justice should never be compromised by political expediency. The failure to uphold this sacrosanct requirement will not only pervert the cause of justice and weaken public confidence in it, but also exacerbate

to achieve peace and security, as well as the views of witnesses and victims of the crimes”, Address by Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the International Criminal Court. Address to the United Nations Security Council, New York, 13 December 2005. Disponible online en: http://iccnow.org/documents/LMO_ProStatementSC_13Dec05_Eng.pdf Ahora bien, conviene contextualizar las declaraciones ya que éstas se produjeron en el año 2005, es decir, en un momento en el que el Fiscal tenía ciertas dudas acerca de cómo abordar la compleja situación en Uganda. En estas fechas, ciertos documentos de prensa dejaban entrever que el Fiscal estaba dispuesto a aplicar el concepto del interés de la justicia si ello contribuía a que se firmara un acuerdo de paz en el Estado. Puede consultarse, por ejemplo: Uganda: ICC could suspend northern investigations - spokesman, Published on 18 Apr 2005. Disponible online en: <https://reliefweb.int/report/uganda/uganda-icc-could-suspend-northern-investigations-spokesman>. Sin embargo, la práctica muestra que esta opción no prosperó. Por una parte, porque la Fiscalía continuó adelante con la emisión de órdenes de arresto y de detención. Y, por otra parte, porque tras las consultas pertinentes, en el año 2007, elaboró un documento de política general sobre el interés de la justicia en el que fijó su postura que, precisamente, es contraria a aplicar el criterio del interés de la justicia en negociaciones de paz. Por ello, consideramos que el documento oficial que debemos tomar como referencia es el publicado en el año 2007 y no unas declaraciones aisladas realizadas en el 2005.

⁶⁷³ Engstrom, Par, "Transitional justice and ongoing conflict", *op.cit.*, p. 55.

⁶⁷⁴ Maculan, Elena, "La Corte Penal Internacional" en Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 92 – 93; Davis, Cale, "Political Considerations in Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court", *International Criminal Law Review*, Vol. 15, 2015, pp. 170 - 189.

⁶⁷⁵ A título ilustrativo cabe citar los siguientes trabajos académicos que han trabajado esta cuestión: De Souza Dias, Talita, "‘Interests of justice’...", *op.cit.*, pp. 731 – 751; Varaki, Maria, "Revisiting the ‘Interests of Justice’ Policy Paper", *op.cit.*, pp. 455 – 470; Lovat, Henry, "Delineating the interests of justice", *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 35, Issue 2, 2007, pp. 275 – 286; Robinson, Darryl, "Serving the Interest of Justice...", *op.cit.*, pp. 481 – 505; Goldstone, Richard J. and Fritz, Nicole, "‘In the Interest of Justice’ and Independent Referral...", *op.cit.*, pp. 655-667; Kourabas, Michael, "A Vienna Convention interpretation of the ‘interest of justice’ provision of the Rome Statute, the legality of domestic amnesty agreements, and the situation in Northern Uganda: a ‘great qualitative step forwards’, or a normative retreat?", *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, Vol. 14, 2007, pp. 1 – 34; Dukic, Drazan, "Transitional justice and the International Criminal Court...", *op.cit.*, pp. 691 – 718; Cárdenas Aravena, Claudia, "Revisión crítica del criterio ‘interés de la justicia’...", *op.cit.*, pp. 21 – 47; Webb, Philippa, "The ICC Prosecutor’s Discretion Not to Proceed in the Interests of Justice", *Criminal Law Quarterly*, Vol. 50, 2005, pp. 305 – 348; Sluiter, Göran, "‘Fairness and the Interests of Justice’: Illusive Concepts in the Milosevic Case", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 9 – 19; Rodman, Kenneth A., "The ICC and Transitional Justice: Should the Prosecutor Exercise Discretion in the Interests of Peace?" en De Lange, Roel (Ed.), *Aspects of Transitional Justice and Human Rights: Proceedings of the 2006 Annual Conference of The Netherlands School of Human Rights Research*, The Netherlands, Wolf Legal Publishers, 2008, pp. 5 - 21.

the immense suffering of the victims of mass atrocities. This, we will never allow."⁶⁷⁶.

Por ello, y con el objetivo de no alimentar un debate alejado de la realidad de la Corte, en las líneas que siguen a continuación nos limitaremos a especificar qué debe entenderse por “interés de la justicia” según la casuística de este Tribunal. Para llevar a cabo esta tarea, debemos acudir, en primer lugar, al Documento de política general sobre el interés de la justicia elaborado por la Oficina de la Fiscalía⁶⁷⁷.

Conviene partir de la idea de que la propia Fiscalía, consciente de la ambigüedad y polémica que continuaba girando en torno al concepto, publicó, en el año 2007, un Documento de Política General sobre el interés de la justicia⁶⁷⁸ en el que, tras reconocer que este precepto representaba uno de los aspectos más complejos del Estatuto⁶⁷⁹, añadió que “the text and purpose of the Rome Statute clearly favour the pursuit of investigations and cases when those investigations and cases are admissible and the relevant standard of proof can be satisfied”⁶⁸⁰.

Son tres las conclusiones fundamentales que se subrayan en este documento: en primer lugar, el recurso al “interés de la justicia” será excepcional⁶⁸¹ ya que existe una clara presunción a favor de las investigaciones⁶⁸²; en segundo lugar, su empleo debe guiarse por los objetivos del Estatuto de Roma⁶⁸³, concretamente, la prevención de los crímenes

⁶⁷⁶ ICC-OTP, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda: ‘The Public Deserves to know the Truth about the ICC’s Jurisdiction over Palestine’, 2 September 2014.

⁶⁷⁷ Quisiéramos señalar que este documento analiza el concepto del interés de la justicia de manera abstracta, es decir, sin aplicarlo en un caso determinado. Por ello, la Oficina advierte que éste es un factor a tomar en consideración (ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007, p.1). Es más, en otros documentos publicados también ha reiterado constantemente que el análisis debe de realizarse caso por caso: Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, p. 12.

⁶⁷⁸ ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007.

⁶⁷⁹ Recuerda que no aparece definido ni en el Estatuto, ni en las Reglas de procedimiento y prueba y, como señalábamos previamente, tampoco los trabajos preparatorios ayudan a precisar el significado. Es más, añade que “It is the point where many of the philosophical and operational challenges in the pursuit of international criminal justice coincide (albeit implicitly), but there is no clear guidance on what the content of the idea is” (*Ibid.*, p. 2).

⁶⁸⁰ *Ibidem*.

⁶⁸¹ En ocasiones, la Fiscalía ha empleado también el concepto de “último recurso” para referirse a la aplicación de este artículo (*Ibid.*, p. 9).

⁶⁸² *Ibid.*, p. 1 y p. 3. La excepcionalidad que debe caracterizar el recurso a este precepto se ha seguido defendido años después a la publicación de este documento. Véase, por ejemplo, Speech of Mrs Fatou Bensouda, Prosecutor of the International Criminal Court, Seminar Hosted by the Attorney General of the Federation and Minister of Justice of Nigeria: International Seminar on the Imperatives of the Observance of Human Rights and International Humanitarian Law Norms in International Security Operations. Abuja, Nigeria, 24 February 2014, p. 6. Así mismo, consúltese también: ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, pp. 18 – 19; Keynote speech by James Stewart: “La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”, *op.cit.*, pp. 16 - 18.

⁶⁸³ ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007, p. 1.

y garantizar que la justicia internacional sea respetada⁶⁸⁴; y, en tercer lugar, y fundamental para nuestro análisis, que existe una diferencia fundamental entre los intereses de la justicia y los intereses de la paz, intereses, éstos últimos, que no competen a la Oficina de la Fiscalía⁶⁸⁵. Precisamente, a este respecto, el documento citaba el ejemplo de Uganda - en el que, recordemos, existían determinadas presiones que abogaban por suspender las investigaciones ante la Corte alegando que la actividad judicial podía poner en peligro las negociaciones de paz-, para mostrar la diferencia entre el interés de la justicia y los intereses de la paz⁶⁸⁶.

Concretamente, el Fiscal mencionaba que la Corte Penal Internacional se creó sobre una premisa básica: la justicia es un componente necesario de una paz estable⁶⁸⁷. Por esta razón, añadía que la interpretación que ha de darse al concepto del “interés de la justicia” debe estar en consonancia con los objetivos del Estatuto y, por ello, “it should be not be conceived so broadly as to embrace all issues related to peace and security”⁶⁸⁸. Así, tras recordar la función del Consejo de Seguridad en virtud del artículo 16, concluye que “the broader matter of international peace and security is not the responsibility of the Prosecutor; it falls within the mandate of other institutions”⁶⁸⁹. Respuesta, como cabe apreciar, tajante del Fiscal a la hora de diferenciar el mandato de cada una de las instituciones y que, como era esperar, fue duramente criticada por ciertos sectores doctrinales⁶⁹⁰.

Si bien es cierto que el documento publicado en el año 2007 está sujeto a revisión y puede modificarse según avance la práctica de la Corte⁶⁹¹, lo cierto es que esta concepción

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 4.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 1.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 4.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 8.

⁶⁸⁸ *Ibidem.*

⁶⁸⁹ *Ibid.*, pp. 8 – 9.

⁶⁹⁰ A título ilustrativo puede acudir al estudio elaborado por Schabas en el que critica con cierta dureza la posición del Fiscal: Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, pp. 835 – 839. Entre otras muchas cuestiones, señala que los argumentos esgrimidos por el Fiscal no son convincentes y que, incluso, se contradicen con la práctica de la Oficina y de la Corte en general. Además, señala que dicha interpretación no se sustenta en el Estatuto de Roma. Por ello, y ante esta actitud del Fiscal, tiene la esperanza de que futuros Fiscales cambien de posición y adopten una interpretación del interés de la justicia que sea “útil” a la hora de poner fin a los conflictos armados. Para profundizar con más detalle en esta cuestión, puede consultarse también: Schabas, William A., "National amnesties, truth commissions and international criminal tribunals" en Brown, Bartram S. (Ed.), *Research handbook of International Criminal Law*, UK, Edward Elgar, 2011, p. 382; Mnookin, Robert H., "Rethinking the Tension between Peace and Justice...", *op.cit.*, pp. 69 – 96; Varaki, Maria, "Revisiting the 'Interests of Justice' Policy Paper", *op.cit.*, pp. 455 – 470; Lovat, Henry, "Delineating the interests of justice", *op.cit.*, pp. 275 - 286.

⁶⁹¹ ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007, p. 1.

del interés de la justicia se ha mantenido en el tiempo⁶⁹² e, incluso, cabe hablar de cierta consolidación⁶⁹³. Y es que, por ejemplo, el Documento de política general sobre los exámenes preliminares, publicado en el año 2013, recogía esta concepción del interés de la justicia⁶⁹⁴. Así mismo, un año después, en el 2014, la Fiscal Bensouda reiteró que los intereses de la justicia no debían confundirse con los de la paz⁶⁹⁵. Es más, en un discurso en el que, precisamente, se analizaba la justicia transicional en Colombia y la relación de ésta con la Corte Penal Internacional, el Fiscal Adjunto de la Corte, el Sr. Stewart, insistía en que los temas relativos a la paz y a la seguridad no entraban dentro del alcance de la noción del interés de la justicia⁶⁹⁶ y precisaba que “los Estados Partes del Estatuto de Roma crearon la CPI como una institución judicial, no como una institución para el establecimiento de la paz. El establecimiento de la paz es responsabilidad de otros órganos, como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y, por supuesto, de los propios Estados”⁶⁹⁷.

⁶⁹² Por ejemplo, en el año 2012, y tras el cambio de Fiscal, las siguientes declaraciones no dejaban lugar a duda alguna sobre el significado del precepto para la Sr. Bensouda: "I should stress here that the "interests of justice" must not be confused with the interests of peace and security, which falls within the mandate of other institutions, notably the UN Security Council and the African Union. The Court and the Office of the Prosecutor itself are not involved in political considerations. We have to respect our legal limits. The prospect of peace negotiations is therefore not a factor that forms part of the Office's determination on the interests of justice. The international community has put in place some clear divisions of responsibility. The UN Security Council is in charge of peace and security. The ICC is doing justice" (Key note address by Mrs. Fatou Bensouda, Prosecutor of the International Criminal Court, Seminar Institute for Security Studies (ISS), Pretoria, October 10 2012. Setting the record straight: the ICC's new Prosecutor responds to African concerns: Reconciling the independent role of the ICC Prosecutor with conflict resolution initiatives. Disponible online en: <http://www.politicsweb.co.za/documents/the-icc-a-response-to-african-concerns--fatou-bens>).

⁶⁹³ En efecto, esta posición, parecía consolidarse a medida que pasaba el tiempo, tal y como muestran las siguientes declaraciones vertidas por la Fiscal un año después: "As the I.C.C. is an independent and judicial institution, it cannot take into consideration the interests of peace, which is the mandate of other institutions, such as the United Nations Security Council" (Bensouda, Fatou, International Justice and Diplomacy, The New York Times, March 19, 2013. Disponible online en: https://www.nytimes.com/2013/03/20/opinion/global/the-role-of-the-icc-in-international-justice-and-diplomacy.html?_r=0).

⁶⁹⁴ ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, pp. 18 - 19. Concretamente señala que “69. El Estatuto, en su artículo 16, reconoce el papel específico del Consejo de Seguridad en los asuntos que afectan a la paz y la seguridad internacionales. Consiguientemente, no debe tenerse la percepción de que el concepto de interés de la justicia comprende todas las cuestiones relacionadas con la paz y la seguridad. En particular, la disposición relacionada con el interés de la justicia no debe considerarse como un instrumento de gestión de conflictos que requiera que el Fiscal asuma el rol de mediador en negociaciones políticas: un tal resultado sería contrario a las funciones explícitamente judiciales de la Fiscalía y la Corte en conjunto”.

⁶⁹⁵ Speech of Mrs Fatou Bensouda, Prosecutor of the International Criminal Court, Seminar Hosted by the Attorney General of the Federation and Minister of Justice of Nigeria: International Seminar on the Imperatives of the Observance of Human Rights and International Humanitarian Law Norms in International Security Operations. Abuja, Nigeria, 24 February 2014, p. 6.

⁶⁹⁶ Keynote speech by James Stewart: "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, pp. 16 - 18.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, pp. 16 - 18.

En definitiva, los diversos pronunciamientos señalados hasta el momento son tajantes a la hora de establecer una clara línea divisoria entre el “interés de la justicia” y las consideraciones de orden político que pueden adoptarse en “interés de la paz”. La opción por la que opta la Fiscalía es clara: la justicia no se contrapone a la paz. Es más, nos parece ilustrativo traer a colación una declaración realizada por la Fiscal de la Corte tras una misión realizada a Guinea en la que muestra que el enjuiciamiento de los responsables tiene la capacidad de contribuir al interés de la paz: “If the Guineans try those bearing the greatest responsibility for these horrendous crimes, the interest of peace and reconciliation in Guinea will be served”⁶⁹⁸. Por lo tanto, y como señalábamos al inicio, las numerosas reflexiones doctrinales que tratan de justificar la aplicación del “interés de la justicia” ante iniciativas de justicia transicional, en acuerdos de paz o de inestabilidad política, no encuentran, a día de hoy, una plasmación en la línea de actuación marcada por la Oficina de la Fiscalía.

3.3. Los escasos pronunciamientos de los diversos órganos de la Corte Penal Internacional en torno al interés de la justicia: ¿precaución o irresponsabilidad?

Durante los primeros años de actividad de la Corte Penal Internacional, en la mayoría de casos, ni el Fiscal ni las Salas procedieron a analizar la aplicación del interés de la justicia en los casos concretos, sino que se limitaron a expresarse en términos un tanto genéricos indicando que “no existen razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia”⁶⁹⁹. Este hecho, resulta un tanto criticable ya que

⁶⁹⁸ OTP Mission to Guinea: Statement by Mrs Fatou Bensouda, Deputy Prosecutor of the International Criminal Court. Conakry, Guinea, 19 February 2010.

⁶⁹⁹ Para profundizar en el caso de Georgia puede acudir a: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2015. 12 November 2015, p. 59 y Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Decision on the Prosecutor’s request for authorization of an investigation. ICC-01/15-12, 27 January 2016, pp. 23 – 24; Para profundizar en el caso de Burundi acúdase a: Pre-Trial Chamber III: Situation in Burundi. Public redacted version of "Request for authorization of an investigation pursuant to article 15", 6 September 2017, ICC-01/17-5-US-Exp. ICC-01/17-5-Red, 15 November 2017, pp. 84 – 85; Pre-Trial Chamber III: Situation in the Republic of Burundi. Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017. ICC-01/17-9-Red, 9 November 2017, pp. 91 – 92; por lo que respecta a Mali consúltese: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2013. November 2013, p. 52; en el caso de Kenia acúdase a: Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009, p. 22, punto 61; Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010, pp. 27 – 28, punto 63; en el caso de Uganda puede verse: Situation in Uganda In the Case of The Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Ottl, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Prosecution's Observations regarding the Admissibility of the Case against Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen. ICC-02/04-01/05-352-AnxD, 18 November 2008; si

ha contribuido a aumentar las especulaciones en torno a la aplicación de este precepto en situaciones de “amenaza a la paz”⁷⁰⁰.

Ahora bien, determinadas declaraciones indirectas nos permiten extraer conclusiones relevantes. En primer lugar, en la situación de Georgia, la Fiscalía señaló que, a pesar de las tensiones políticas, no había razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia⁷⁰¹. Es más, añadió que las víctimas exigían justicia⁷⁰². Por lo tanto, podemos concluir que las demandas de las víctimas, al menos en este caso, pesan más que la difícil situación política que pudiera existir.

se desea profundizar en el ejemplo que nos proporciona el caso de Costa de Marfil acúdase a: Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15. ICC-02/11-3, 23 June 2011, pp. 21 – 22; Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Corrigendum to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire". ICC-02/11-14-Corr, 15 November 2011, p. 84; en los casos de la República Centroafricana I y II véase: ICC-OTP, Situation in the Central African Republic, The Hague, 22 May 2007. ICC-OTP-BN-20070522-220-A_EN; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2014. 2 December 2014, p. 50; ICC-CPI, Situation in the Central African Republic II: Article 53(1) Report, 24 September 2014, puntos 265 – 266; finalmente, en el caso de Libia acúdase a: First report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 4 May 2011, punto 21.

⁷⁰⁰ A nuestro juicio, la razón fundamental por la que encontramos tan pocas referencias en la práctica de la Corte se debe a que, si bien el análisis relativo a la complementariedad y a la gravedad debe justificarse, el Fiscal no necesita demostrar que una investigación “redundaría en interés de la justicia”. Únicamente en el caso de que considerara que no redundaría en interés de la justicia, debería proporcionar los argumentos en los que se basa. Dado que, hasta ahora, el Fiscal no ha considerado oportuno emplear los términos del artículo 53 para justificar el no inicio de una investigación, las Salas de la Corte, cuando se les ha presentado la oportunidad, se han limitado a repetir la fórmula empleada por la Fiscalía. Si se desea completar esta argumentación acudiendo a pronunciamientos concretos de las Salas de la Corte, puede verse, por ejemplo, los argumentos esgrimidos en la situación en Burundi: Pre-Trial Chamber III: Situation in the Republic of Burundi. Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017. ICC-01/17-9-Red, 9 November 2017, pp. 91 – 92, punto 190; Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010, pp. 27 – 28, punto 63.

⁷⁰¹ Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Corrected Version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 16 October 2015, ICC-01/15-4-Corr, 17 November 2015, pp. 12 – 13, punto 16 y punto 344.

⁷⁰² *Ibid.*, punto 339.

En segundo lugar, podemos extraer conclusiones similares en el caso de Sudán⁷⁰³ ya que, a la hora de interpretar la cláusula del interés de la justicia, el Fiscal⁷⁰⁴ toma en consideración los esfuerzos dirigidos a restablecer la paz y la seguridad en el Estado⁷⁰⁵. Por ello, podemos entender que los contextos de inestabilidad, en principio, no siempre suponen un factor determinante para justificar la conveniencia de eludir una investigación.

En tercer lugar, en Burundi, cuando el Fiscal solicitó la autorización para iniciar una investigación en el Estado alegó que “The seriousness and extent of the alleged crimes against humanity committed in Burundi, highlighted by the period of time over which crimes have been and continue to be committed, the identification of the perpetrators as part of Burundi’s security and political apparatus, the recurring patterns of criminality, and the limited prospects at the national level for accountability of the persons allegedly most responsible, all weigh heavily in favour of an investigation”⁷⁰⁶. Es decir, podríamos llegar a interpretar que los elementos que se tienen en cuenta a la hora de valorar el inicio de la investigación son, entre otros, la escasa posibilidad de que se lleven a cabo procesos judiciales internos, la gravedad de los crímenes cometidos y el largo período de tiempo durante el que se han cometido los mismos. Es más, en este caso, añadió que las víctimas manifestaron su interés en que se hiciera justicia⁷⁰⁷.

⁷⁰³ Un aspecto llamativo es que el Fiscal, en los informes bianuales que remite al Consejo de Seguridad analiza tanto “los intereses de las víctimas” como los propios “intereses de la justicia”. Es más, incluso en alguna ocasión analiza conjuntamente los intereses de la justicia, los intereses de las víctimas y las iniciativas de divulgación: Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court Mr. Luis Moreno Ocampo, to the Security Council pursuant to UNSC 1593. 13.12.2005, p. 6; Third Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 14.06.2006, p. 7; Fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593. 14 December 2006, pp. 7 – 8; Fifth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 7 June 2007, p. 9; Sixth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). Report: 05.12.2007, pp. 3 – 4; Seventh Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council Pursuant to UNSC 1593 (2005). Report: 05.06.2008, pp. 4 – 5; Eight Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). Report: 03.12.2008, p. 14.

⁷⁰⁴ En la situación de Sudán, la Sala de Cuestiones Preliminares también se ha pronunciado sobre el concepto del interés de la justicia: ICC, Pre-Trial Chamber I. Situation in Darfur, Sudan. Decision on Application under Rule 103, ICC-02/05-185, 4 February 2009, punto II: “The role of the Pre-Trial Chamber in relation to the interests of justice in the initiation of a case through the issuance of an arrest warrant or summons to appear”.

⁷⁰⁵ First Report of the Prosecutor of the ICC to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 29.06.2005, pp. 4 - 5.

⁷⁰⁶ Pre-Trial Chamber III: Situation in Burundi. Public redacted version of "Request for authorization of an investigation pursuant to article 15", 6 September 2017, ICC-01/17-5-US-Exp. ICC-01/17-5-Red, 15 November 2017, pp. 84 – 85, punto 197.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, punto 198.

Por otra parte, cabe apreciar que, a juicio de determinados jueces, el interés de la justicia se halla vinculado con la calificación concreta que se les dé a los crímenes cometidos. Así, por ejemplo, en la situación en Kenia, el Juez Hans-Peter Kaul emitió una opinión disidente en la Decisión por la que se autorizaba el inicio de la investigación en el Estado⁷⁰⁸ en la que manifestaba que, en su opinión, los hechos cometidos debían ser considerados crímenes ordinarios⁷⁰⁹ y, por esta razón, concluía que una investigación en el caso “would not be in the interest of criminal justice in general and international criminal justice in particular”⁷¹⁰. Es decir, podríamos considerar que el especial estándar de gravedad de los crímenes cometidos es otro de los factores a valorar a la hora de determinar si una investigación redundaría o no en interés de la justicia.

Para finalizar, podemos citar también unas declaraciones del Fiscal vertidas a propósito de la situación en Uganda de las que se deduce que el trabajo de la Fiscalía, en particular, y de la Corte, en general, mediante las investigaciones y enjuiciamientos de los presuntos responsables de haber cometido crímenes internacionales, puede contribuir a la paz⁷¹¹.

Por lo tanto, la escueta práctica existente nos permite reafirmarnos en nuestra conclusión preliminar: el análisis doctrinal al que aludíamos en apartados previos no ha encontrado una plasmación práctica en la actividad desarrollada por los órganos de la Corte. Es más, y al hilo de esta cuestión, hemos visto cómo en algunos casos también se ha tomado en consideración la situación de inestabilidad y de graves tensiones políticas que vive el Estado para justificar que, incluso en estos casos, una investigación redundaría en interés de la justicia. Por otra parte, hemos corroborado que, a la hora de analizar el interés de la justicia, los intereses de las víctimas han jugado un papel determinante ya que, en la mayoría de ocasiones, se ha consultado a las personas perjudicadas y a ciertos sectores de la sociedad con la finalidad de recabar su opinión y, así, comprobar si demandan o no el inicio de los pertinentes procesos penales por la Corte. Por lo tanto,

⁷⁰⁸ Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010". ICC-01/09-19-Corr., 31 March 2010.

⁷⁰⁹ Quisiéramos añadir que en la opinión disidente otorgaba argumentos de peso para justificar que los hechos no adquirirían el estándar suficiente como para ser considerados crímenes contra la humanidad.

⁷¹⁰ Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010". ICC-01/09-19-Corr., 31 March 2010, punto 10, p.5.

⁷¹¹ Situation in Uganda In the Case of The Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Prosecution's Observations regarding the Admissibility of the Case against Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen. ICC-02/04-01/05-352-AnxD, 18 November 2008.

otra de las conclusiones que debemos extraer es que el interés de la justicia tiene una clara relación con los intereses de las víctimas en que se imparta justicia.

Siendo ésta la base práctica desde la que partimos, comprobaremos a continuación qué ha ocurrido en el caso de Afganistán para que la Sala, contradiciendo la posición de la Fiscalía, alegara que una investigación en el presente caso no redundaría en interés de la justicia.

3.4. La justicia, la paz y los intereses de las grandes potencias: la enseñanza que nos deja el caso de Afganistán

A lo largo del examen preliminar sobre Afganistán, la Fiscalía determinó que no había razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia⁷¹². Por ello, en el escrito en el que solicitaba autorización para proceder con la investigación reiteraba que:

“364. The Prosecution recalls the gravity of the alleged crimes identified and described in this Request. The seriousness and extent of war crimes and crimes against humanity allegedly committed in Afghanistan, highlighted by the extended period of time over which crimes have been and continue to be committed, the wide range of perpetrators among all the parties to the conflict, the recurring patterns of criminality, and the limited prospects for accountability at the national level, all weigh heavily in favour of an investigation.”⁷¹³

Como cabe apreciar, los argumentos esgrimidos son consistentes con la práctica seguida hasta ese momento por la Fiscalía al referirse, entre otros, a la gravedad de los crímenes cometidos, al largo período temporal durante el que se han perpetrado y a la escasa posibilidad de que se inicien procesos a escala interna. Es más, en los párrafos 365 – 372 se realiza un exhaustivo análisis de los intereses de las víctimas en el que se concluye que éstas habían mostrado su apoyo favorable al inicio de las investigaciones y enjuiciamientos⁷¹⁴.

Sin embargo, en la Decisión de la Sala por la que deniega la autorización para iniciar la investigación en Afganistán, podemos comprobar que los elementos que se toman en

⁷¹² The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2016. 14 November 2016, p. 50; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, p. 60.

⁷¹³ Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, punto 364.

⁷¹⁴ *Ibid.*, punto 365.

consideración a la hora de valorar el interés de la justicia no muestran una coincidencia con los criterios elaborados por la Fiscalía ni en el Documento de política general ni en la práctica previamente citada. Para justificar esta Decisión, la Sala recuerda que el texto del Estatuto de Roma no especifica qué debe entenderse por tal⁷¹⁵ y, por esta razón, acude a los objetivos previstos en el mismo para esclarecer su significado. Dado que ésta es la primera ocasión en la que se analiza de manera detallada este precepto, creemos oportuno citar los párrafos de manera íntegra con la finalidad de que se puedan apreciar las expresiones concretas empleadas por la Sala:

“89. In the absence of a definition or other guidance in the statutory texts, the meaning of the interests of justice as a factor potentially precluding the exercise of the prosecutorial discretion must be found in the overarching objectives underlying the Statute: the effective prosecution of the most serious international crimes, the fight against impunity and the prevention of mass atrocities. All of these elements concur in suggesting that, at the very minimum, an investigation would only be in the interests of justice if prospectively it appears suitable to result in the effective investigation and subsequent prosecution of cases within a reasonable time frame. 90. The Chamber must therefore analyse whether, in light of the specific features of the situation in Afghanistan, it is likely, or at all possible, that authorising an investigation would result in favouring those objectives. An investigation can hardly be said to be in the interests of justice if the relevant circumstances are such as to make such investigation not feasible and inevitably doomed to failure. In making any investigation or prosecution only worth doing if and to the extent that it can be considered as genuinely instrumental to those objectives, the Statute reiterates the idea that the Court is not meant - or equipped - to address any and all scenarios where the most serious international crimes might have been committed; therefore, focussing on those scenarios where the prospects for successful and meaningful investigations are serious and substantive is key to its ultimate success.”⁷¹⁶

A nuestro juicio, nos hallamos ante una Decisión que merece la más severa crítica. Si bien respetamos, como no podía ser de otra manera, los argumentos empleados por la Sala, no podemos sino reprochar la escasa coherencia que éstos tienen con la práctica previa y, especialmente, con la verdadera razón de ser de la propia Corte Penal Internacional.

En primer lugar, podemos apreciar cómo la Sala enumera los tres objetivos que, considera, debe perseguir el Estatuto de Roma: el efectivo enjuiciamiento de los crímenes cometidos, la lucha contra la impunidad y la prevención de las atrocidades. Curiosamente,

⁷¹⁵ Pre-Trial Chamber II: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-33, 12 April 2019, punto 89.

⁷¹⁶ *Ibid.*, puntos 89 – 90.

y sin mayores justificaciones, estos objetivos le llevan a concluir que una investigación sólo redundaría en interés de la justicia si ésta pudiera desarrollarse de manera efectiva y que diera lugar a los oportunos enjuiciamientos en un tiempo, además, razonable. Por esta razón, concluye que, si una investigación está condenada al fracaso, ésta no redundaría en interés de la justicia⁷¹⁷.

Si, realmente, éstos son los criterios que empleará de ahora en adelante la Corte, su carga de trabajo se reducirá considerablemente, hasta tal punto que, incluso, su labor no iría más allá de una mera presencia simbólica en La Haya. Y es que, los escasos años de actividad de la Corte Penal Internacional demuestran que los Estados no facilitan, sino que obstaculizan, la labor de este Tribunal. Por lo tanto, ¿qué buscaba la Sala alegando la efectividad de las investigaciones y subsiguientes enjuiciamientos como criterio para justificar el interés de la justicia? Es más, ¿por qué menciona el plazo razonable cuando es consciente de la complejidad que caracteriza a estas investigaciones y a estos enjuiciamientos? Consideramos que las explicaciones proporcionadas además de ser un tanto incongruentes, hacen que, incluso, el clásico argumento de la amenaza de la paz parezca más creíble.

A este respecto, además de recordar que, según jurisprudencia consolidada, la obligación de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales es una obligación de comportamiento y no de resultado, debemos reiterar que los objetivos que subyacen en el Estatuto de Roma ya habían sido analizados previamente por la Oficina de la Fiscalía para esclarecer el polémico concepto del interés de la justicia. Por ejemplo, en el Documento del año 2007 al que nos hemos referido anteriormente, se insistía en la prevención y en la necesidad de garantizar la justicia internacional como objetivos que deben guiar la interpretación del interés de la justicia⁷¹⁸. Posteriormente, en el año 2013, se añadía que “la Fiscalía hace notar que con arreglo al Estatuto la viabilidad no es en cuanto tal un

⁷¹⁷ A este respecto quisiéramos añadir que ésta no es la primera vez que se menciona la eficacia o efectividad de las investigaciones como requisito para limitar el alcance de la Corte Penal Internacional. Y es que, curiosamente, en el año 2016, la Oficina de la Fiscalía publicó un documento de política general sobre la estrategia de selección de casos y de priorización en la que mencionaba la realización de investigaciones efectivas (en la que también se valoraba la cooperación del Estado) como criterio a tomar en consideración a la hora de seleccionar los casos a investigar. Véanse, especialmente, los puntos 50 – 55 de la Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016. Ahora bien, creemos que es importante incidir en las diferencias entre estas dos políticas generales: en el documento de la Fiscalía, la efectividad de la investigación no supone un requisito o una condición para iniciar el pertinente proceso judicial, sino que simplemente se contempla de cara a seleccionar los casos a investigar.

⁷¹⁸ ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007.

factor separado para determinar si se inicia una investigación”⁷¹⁹. Por lo tanto, nos encontramos con una primera contradicción a la hora de interpretar el interés de la justicia: ¿debe ser o no la viabilidad o la efectividad de las investigaciones un criterio a valorar a la hora de iniciar una investigación?

A nuestro juicio, la respuesta es negativa dado que en ningún artículo del Estatuto de Roma se menciona este factor como criterio determinante a la hora de iniciar una investigación. Es más, nos parece oportuno recordar que el criterio del interés de la justicia es un recurso excepcional ya que, como han reiterado constantemente los órganos de la Corte, existe una clara presunción a favor del inicio de procesos judiciales⁷²⁰. Precisamente, esta misma opinión parece ser compartida por la propia Oficina de la Fiscalía, ya que, en el Plan Estratégico 2019 – 2021, publicado el 17 de julio de 2019, se muestra rotunda al declarar que: “although it has been suggested to the Office to consider exit strategies for preliminary examinations where the evidence available at that stage does not support the timely and successful prosecution of Rome Statute crimes, such criterion is not contemplated by the Court’s statutory framework”⁷²¹.

Sin embargo, esta primera referencia a la efectividad de investigación y consiguiente enjuiciamiento no es el aspecto más criticable de la Decisión. Y es que, en el apartado siguiente matiza qué factores tienen la capacidad de determinar la efectividad que deben de cumplir las investigaciones y los enjuiciamientos ante la Corte para que redunden en interés de la justicia. Pues bien, estos factores sorprenderían hasta al más férreo opositor de la justicia internacional penal y, por ello, consideramos oportuno reproducir literalmente:

“91. The following factors appear to be particularly relevant: (i) the significant time elapsed between the alleged crimes and the Request; (ii) the scarce cooperation obtained by the Prosecutor throughout this time, even for the limited purposes of a preliminary examination, as such based on information rather than evidence; (iii) the likelihood that both relevant evidence and potential relevant suspects might still

⁷¹⁹ ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, pp. 18 - 19. Es más, añade que “Además, ponderar la viabilidad como un factor separado e independiente podría perjudicar una congruente aplicación del Estatuto y fomentar obstrucciones que busquen disuadir la intervención de la CPI”.

⁷²⁰ ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007, p. 1 y p. 3. La excepcionalidad que debe caracterizar el recurso a este precepto se ha seguido defendido años después a la publicación de este documento, como por ejemplo en: Speech of Mrs Fatou Bensouda: International Seminar on the Imperatives of the Observance of Human Rights and International Humanitarian Law Norms in International Security Operations, *op.cit.*, p. 6; ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, pp. 18 – 19; Keynote speech by James Stewart: “La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”, *op.cit.*, pp. 16 - 18.

⁷²¹ OTP, Strategic Plan 2019-2021, 17 July 2019, p. 18.

be available and within reach of the Prosecution's investigative efforts and activities at this stage.”⁷²²

Empezaremos por mencionar el segundo de los criterios enumerados, es decir, el relativo a la cooperación de los Estados. A este respecto, debemos señalar que la Sala, sin aportar justificación de peso alguna, muestra las dudas en torno a la voluntad de las autoridades para cooperar en el hipotético caso de que se iniciara el proceso ante la Corte⁷²³. Al margen de la escasa fundamentación empleada, ya que la Sala se basa en meras “suposiciones”, lo que nos preguntamos es cuál es la relación entre la falta de cooperación de los Estados con el interés de la justicia. Es más, queremos recordar que, en el caso de Kenia, en el año 2015, la Sala que conoció del asunto se pronunciaba en términos opuestos, al argumentar que la ausencia de cooperación del Estado no debía interpretarse como un factor que implicara que una investigación no redundaría en interés de la justicia, sino que, por el contrario, era una circunstancia objetiva independiente de este concepto⁷²⁴. Nos hallamos, por lo tanto, ante una contradicción más que, en el fondo, muestra los escasos fundamentos jurídicos alegados por la Sala en la situación de Afganistán para poner fin al examen preliminar.

Si este argumento es ya de por sí criticable, nos preguntamos cómo pudo existir un consenso entre los magistrados respecto del otro de los argumentos aducidos, es decir, respecto de la limitación de los recursos de los que dispone el Tribunal⁷²⁵. Y es que, sorprendentemente, se alega que llevar a cabo una investigación requiere un número considerable de recursos⁷²⁶. Por ello, en el caso de que se autorizara el inicio de una investigación, habría que reasignar los recursos de los que dispone el Tribunal lo que,

⁷²² Pre-Trial Chamber II: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-33, 12 April 2019, punto 91.

⁷²³ *Ibid.*, punto 94.

⁷²⁴ Situation in The Republic of Kenya. Decision on the “Victims’ request for review of Prosecution’s decision to cease active investigation”, ICC-01/09-159, 5 November 2015, párrafo 25. Concretamente se argumentó que: “It is apparent from the text of the letter and the specific circumstances of this situation that a decision not to prosecute has not been taken by the Prosecutor, and that the reason for the decision “not to conduct any further investigations at present” is, in any case, not a result of the Prosecutor’s conclusion that a prosecution is not in the interests of justice, but it is due to an objective circumstance of temporary nature, namely the absence of genuine cooperation from Kenya with the resulting lack of an immediate prospect of strengthening the evidence already gathered. As this Court cannot operate without the cooperation of States in accordance with Part 9 of the Statute, in particular of the State on the territory of which the concerned crimes have allegedly been committed, this lack of genuine cooperation has crucial consequences for the Court and its ability to properly investigate”.

⁷²⁵ Pre-Trial Chamber II: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-33, 12 April 2019, punto 95.

⁷²⁶ *Ibid.*, punto 95.

lógicamente, iría en detrimento de otros escenarios en los que “appear to have more realistic prospects to lead to trials and thus effectively foster the interests of justice, possibly compromising their chances for success”.⁷²⁷ Es decir, a juicio de la Sala⁷²⁸, es correcto vincular el interés de la justicia con los recursos financieros y materiales de los que dispone la Corte Penal Internacional. Simplemente nos preguntamos cómo es posible que este argumento haya tenido más peso que el objetivo fundamental por el que se creó la Corte: poner fin a la impunidad con la que se cometen los crímenes internacionales.

A pesar de todo ello, si algún argumento contradice, a nuestro juicio, la verdadera razón de ser de la Corte Penal Internacional y la naturaleza de los crímenes internacionales que ésta enjuicia es el relativo al factor tiempo. Y es que, la Sala, tras recordar que el examen preliminar se inició en el año 2006⁷²⁹, añade, por si hubiera pasado desapercibido, que este período de tiempo ha sido particularmente largo⁷³⁰. Es más, explica que, si bien los presuntos crímenes se cometieron desde el año 2005 al 2015, la mayoría se perpetraron en el período más temprano de dicha década⁷³¹. Así mismo, añade que durante ese período la Fiscalía no solicitó ni la preservación de las pruebas ni tomó las pertinentes medidas para proteger a los testigos⁷³². Por todo ello, acaba concluyendo que “the very availability of evidence for crimes for dating back so long in time is also far from being likely”⁷³³. Estos criticables argumentos le llevan finalmente a la Sala a concluir que:

⁷²⁷ *Ibid.*, punto 95.

⁷²⁸ Ahora bien, conviene añadir que la Fiscalía, previamente, ya había vinculado los recursos disponibles de la Corte con la gravedad de la situación. Concretamente, en la situación de la Unión de Comoras argumentó que: “Fifth, this logic seems to understate the significant consequence of initiating an investigation, which creates obligations both for the Prosecution and the Court as a whole, as well, ultimately, as for relevant States. Any investigation requires considerable investment of limited resources and operational assets which may not otherwise be used for other situations under investigation, where the article 53(1) standard was clearly met. Thus, although the drafters of the Statute did not expressly include the proper allocation of the Court’s resources among the article 53(1) criteria, such considerations cannot be ignored when considering the merits of an expansive reading of article 53(1). Indeed, it may be in precisely this context, at least in part, that the “sufficient gravity” requirement was included as an express criterion for initiating any investigation”, Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Final decision of the Prosecution concerning the “Article 53(1) Report” (ICC-01/13-6-AnxA), dated 6 November 2014 with Public Annexes A-C, E-G and Confidential Annex D. ICC-01/13-57-Anx1, 29 November 2017, pp. 15 - 16.

⁷²⁹ Pre-Trial Chamber II: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-33, 12 April 2019, punto 44. Es llamativa la sutil manera en la que la Sala parece recordarle a la Fiscalía que en tanto en cuanto no solicite la pertinente autorización, el transcurso de la investigación preliminar es un asunto de su propia responsabilidad.

⁷³⁰ *Ibid.*, punto 92.

⁷³¹ *Ibid.*, punto 93.

⁷³² *Ibidem.*

⁷³³ *Ibidem.*

“96. In summary, the Chamber believes that, notwithstanding the fact all the relevant requirements are met as regards both jurisdiction and admissibility, the current circumstances of the situation in Afghanistan are such as to make the prospects for a successful investigation and prosecution extremely limited. Accordingly, it is unlikely that pursuing an investigation would result in meeting the objectives listed by the victims favouring the investigation, or otherwise positively contributing to it.”⁷³⁴

En definitiva, lejos de valorar los elementos que se derivan del Estatuto de Roma, es decir, el interés de las víctimas -a las que se presta escasa atención⁷³⁵- y la gravedad de los crímenes, la Sala se basa en unos criterios que no encuentran plasmación ni en el Estatuto de Roma ni en la práctica previa de los diversos órganos de la Corte para justificar que una investigación no redundaría en interés de la justicia. Si bien la crítica se podría realizar desde los más diversos ángulos, centraremos nuestra argumentación en el factor que, como hemos adelantado, consideramos que contradice la propia naturaleza de los crímenes internacionales: el elemento relativo al tiempo.

Como cabe apreciar, no es baladí la importancia que la Sala le da al extenso período temporal que ha transcurrido desde que se cometieron los crímenes internacionales. Es más, parece otorgar una importancia capital a la fecha concreta en la que se inició el examen preliminar, argumentos que bien se podrían emplear también en el caso de Colombia y, por ello, quién sabe si no sé está, precisamente, allanando el terreno.

Por lo tanto, tras conocer las vicisitudes del caso y la Decisión de la Sala de la Corte, reiteramos la pregunta que formulábamos al inicio de la presente Sección: ¿permite el Estatuto de Roma un cierto margen de maniobra a los Estados a la hora de iniciar los

⁷³⁴ *Ibid.*, punto 96.

⁷³⁵ A este respecto queremos recordar que, en la práctica existente hasta el momento, tanto el Fiscal como las Salas de la Corte que se han pronunciado sobre el interés de la justicia han vinculado este concepto con los intereses de las víctimas. Es decir, han recabado las opiniones de las personas afectadas, de las comunidades con las que conviven y de la sociedad en general para dilucidar si desean que se inicien o no procesos ante la Corte. Por esta razón, nos parece llamativo que la Sala pasara por alto los intereses de las víctimas y les dedicara apenas un breve párrafo. Precisamente, es en el último párrafo de la Decisión dónde, dirigiéndose a las víctimas, señala: “96 (...) Accordingly, it is unlikely that pursuing an investigation would result in meeting the objectives listed by the victims favouring the investigation, or otherwise positively contributing to it. It is worth recalling that only victims of specific cases brought before the Court could ever have the opportunity of playing a meaningful role in as participants in the relevant proceedings; in the absence of any such cases, this meaningful role will never materialise in spite of the investigation having been authorised; victims' expectations will not go beyond little more than aspirations. This, far from honouring the victims' wishes and aspiration that justice be done, would result in creating frustration and possibly hostility vis-a-vis the Court and therefore negatively impact its very ability to pursue credibly the objectives it was created to serve” (*Ibidem.*).

A nuestro juicio, estos argumentos se olvidan de un dato fundamental: en la propia Decisión de la Sala se recoge que de las 699 aplicaciones que se enviaron por parte de las personas afectadas, 680 eran favorables al inicio de las investigaciones ante la Corte (*Ibid.*, punto 87).

procesos judiciales penales? Vistos los acontecimientos, la respuesta se inclina más hacia la negación. Y es que, no solo el artículo 17 contempla ciertos factores temporales como causa de admisibilidad, sino que acabamos de comprobar que es posible que se rechace la autorización para iniciar un examen preliminar en base al interés de la justicia, precisamente, por el largo período de tiempo transcurrido desde que comenzaron a cometerse los crímenes. Responsabilidad (o negligencia) que, en este caso, se le debe atribuir a la Oficina de la Fiscalía y no al Estado, con independencia de lo cómodo que se pueda sentir con este tranquilo proceder del órgano de la Corte.

Ahora bien, ante esta situación, no podemos sino preguntarnos qué ocurre con la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales⁷³⁶ Es decir, ¿acaso el Estatuto no señala que los crímenes son imprescriptibles?⁷³⁷ Por lo tanto, ¿qué sentido tiene defender este loable objetivo y, al mismo tiempo, decidir no iniciar una investigación, precisamente, por el largo período transcurrido desde que se cometieron los crímenes? A nuestro juicio, ninguno. Por ello, si bien hace escasos años, se defendía que este principio constituía “una fortaleza singular de la Corte”⁷³⁸, puede que, tras la decisión de la Sala, más que fortaleza, simplemente nos hallemos ante un castillo de arena.

A nuestro juicio, la decisión de la Sala vinculando el interés de la justicia con el factor tiempo, con la escasa voluntad de cooperar de los Estados concernidos o con los limitados recursos de los que dispone el Tribunal no hace sino negar el derecho a la justicia de miles de víctimas que, precisamente, lo que reclaman es la intervención de la Corte. Y es que, no debe pasar desapercibido el siguiente dato: de las 699 víctimas que participaron en esta etapa del proceso, 680 se mostraban favorables al inicio de la investigación⁷³⁹. Lamentablemente, con esta decisión de la Sala son, precisamente, a estas víctimas a las que se les deniega el derecho a la justicia y, en cambio, quienes se ven favorecidos⁷⁴⁰ son

⁷³⁶ Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968.

⁷³⁷ Artículo 29 Imprescriptibilidad. “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”.

⁷³⁸ Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Corte sobre la complementariedad. Conclusión de las actividades de la Corte en un país de situación. ICC-ASP/12/32, *op.cit.*, p. 3.

⁷³⁹ Pre-Trial Chamber II: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-33, 12 April 2019, punto 87.

⁷⁴⁰ Llegados a este punto no está de más recordar que, Estados Unidos, presionó y amenazó a la Corte si no ponía fin a este examen preliminar. Recuerdése el recurso que citábamos previamente: The Guardian, John Bolton threatens war crimes court with sanctions in virulent attack, 10 September 2018, *op.cit.* y también la respuesta de la Fiscalía: Statement: 12 September 2018: The ICC will continue its independent and impartial work, undeterred, ICC-CPI-20180912-PR1406, *op.cit.*

todas aquellas personas que, presuntamente, han cometido los más graves crímenes cuya erradicación era un objetivo que, no debemos olvidar, se propuso lograr mediante la creación de la Corte Penal Internacional.

En definitiva, si bien resulta aún más condenable, si cabe, que se haya puesto fin al examen preliminar empleando un argumento tan contradictorio con esta característica propia de los crímenes internacionales como el amplio espacio de tiempo transcurrido desde que se iniciara el examen preliminar, no podemos sino lamentar que en Afganistán, pese a reconocerse la comisión de crímenes internacionales, la gravedad de los mismos y la falta de voluntad de las autoridades para iniciar procesos judiciales penales, la lacra de la impunidad continuará permeando la vida de la sociedad y, muy especialmente, la de las víctimas.

No obstante, si alguna enseñanza nos deja el presente caso, es que la Sala de la Corte ha empleado el polémico concepto del interés de la justicia como escudo para cerrar una incómoda investigación que afectaba a grandes potencias como Estados Unidos o Reino Unido. Es más, ha sido capaz de sortear los obstáculos que hubiera podido ocasionar la alegación de las particulares circunstancias políticas o la necesidad de lograr la paz en el Estado. Sin embargo, la conclusión que ha obtenido mediante el empleo de argumentos más que cuestionables, ha sido la misma: denegar el derecho a la justicia de miles de víctimas.

En el año 2010, en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, Kofi Annan pronunció unas palabras que creemos oportuno traer a colación. Tras recordar que ni el Fiscal ni los Magistrados podían tener en cuenta consideraciones políticas en el desempeño de sus funciones, concluía: “No podemos a la vez afirmar que “nunca más” dejaremos que ocurran atrocidades y seguir apaciguando a los criminales, es decir, dejar que las cosas sigan "como siempre".”⁷⁴¹. Lamentablemente, decisiones como las de Afganistán muestran que, pese a los avances experimentados tras la entrada en vigor del Estatuto de Roma, la justicia internacional sigue como en los orígenes del campo tanto de la justicia transicional como del Derecho Internacional Penal: subordinada, en ocasiones, a los intereses de las grandes potencias.

⁷⁴¹ Discurso del Excmo. Señor Kofi Annan ante la Conferencia de Revisión de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, Uganda, 31 de mayo de 2010.

SECCIÓN 4.^a. LA CONTINUA INCORPORACIÓN DE LAS AMNISTÍAS EN LOS ACUERDOS DE PAZ TRAS LA CREACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El análisis relativo a los procesos de paz que se han producido bajo la “supervisión” o actuación paralela de la Corte Penal Internacional se hallaría incompleto sin referirnos al instrumento que, durante años, ha dominado el discurso tanto de los acuerdos de paz como de la propia justicia transicional: las medidas de amnistía⁷⁴². Así, mediante el análisis de esta materia, ofreceremos un argumento más que nos permitirá reforzar la tesis principal que hemos ido manteniendo a lo largo de toda la Sección: mostrar que nos hallamos, en esta ocasión también, ante un debate que se produce tanto en el campo de la justicia transicional como en el Derecho Internacional Penal.

Para ello, tras conocer los debates que generaron las amnistías en el proceso de elaboración del Estatuto de Roma y referirnos, muy brevemente, a la situación en la que se encuentran las mismas en la esfera internacional, analizaremos si los Estados que han firmado y ratificado el Estatuto de Roma han continuado aprobando estas medidas en sus respectivos territorios y, en caso de responder positivamente, veremos cuál ha sido la reacción de la Corte. De esta manera, comprobaremos si, realmente, la entrada en vigor del Estatuto de Roma ha influido o no en el alcance de la herramienta más preciada de los acuerdos de paz y del propio campo de la justicia transicional.

1. El silencio del Estatuto de Roma con respecto a las amnistías

1.1. Las referencias a las amnistías en el proceso de adopción del Estatuto de Roma: una crítica a un debate superficial

Al analizar los debates que se produjeron en el transcurso del proceso de adopción del Estatuto de Roma a propósito de los asuntos relacionados con la justicia transicional,

⁷⁴² Y es que, tal y como ha señalado Sánchez Legido, “ever since the end of the 80's, however, the replacement of dictatorial regimes with allegedly democratic political systems or the overcoming of situations of civil confrontation, has been the result of national reconciliation processes, implemented more or less by consensus, that have almost always entailed the adoption of amnesties” (Sánchez Legido, Ángel, “Spanish Practice in the Area of Universal Jurisdiction”, *Spanish Yearbook of International Law*, Vol. VIII, 2001 - 2002, p. 48). Complétese este análisis en: Sánchez Legido, Ángel, *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*, *op.cit.*, pp. 368 - 384.

concluíamos que las referencias eran escasas⁷⁴³ y que aparecían vinculadas, básicamente, a las leyes de amnistía. Añadíamos también una cita de Darryl Robinson, quien participó en el proceso de negociación del Estatuto, en la que explicaba que "the issue of how to deal with national amnesties and national truth and reconciliation efforts was raised in the ICC negotiations, but was not explicitly dealt with in the Rome Statute"⁷⁴⁴. Pues bien, en las líneas que siguen a continuación veremos, con mayor detalle, cuáles son estas escasas referencias que se produjeron al hilo de las medidas de amnistía.

Así, por ejemplo, podemos encontrar una referencia a este debate en el informe del Comité *ad hoc* para el establecimiento de una corte penal internacional del año 1995 en el que quedó constancia de la demanda de algunas delegaciones en torno a la necesidad de que el Estatuto recogiera la cuestión de las amnistías nacionales y determinara las circunstancias por las que la comunidad internacional debería ignorar o actuar ante las mismas⁷⁴⁵.

Sin embargo, un año después, en 1996, los avances sobre este punto continuaban siendo escasos. Y es que, a propósito del régimen de complementariedad sobre el que se asentaría la futura Corte, simplemente se apuntó que "It was further suggested that consideration should be given to how the complementarity regime would take account of national reconciliation initiatives entailing legitimate offers of amnesty or internationally structured peace processes."⁷⁴⁶. Al hilo de esta cuestión, determinadas delegaciones consideraban que la expresión "la decisión de un Estado de no entablar procedimiento" no tomaba en consideración otras decisiones nacionales como, por ejemplo, la facultad de suspender las actuaciones, las posibles absoluciones o los perdones⁷⁴⁷. Así mismo, en el apartado relativo al principio de *non bis in idem*, se sugirió que "the "exception" to the

⁷⁴³ Schabas, William A., "National amnesties, truth commissions and international criminal tribunals", *op.cit.*, p. 375.

⁷⁴⁴ Robinson, Darryl, "Serving the Interest of Justice...", *op.cit.*, p. 483.

⁷⁴⁵ Report of the *Ad Hoc* Committee on the Establishment of an International Criminal Court. Official Records of the General Assembly. Fiftieth Session Supplement No. 22 (A/50/22, 6 September 1995), p. 9, Punto 46.

⁷⁴⁶ Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Volume I. (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996) General Assembly Official Records. Fifty-first Session Supplement No.22 (A/51/22, 13 September 1996), p.37, Punto 160. Se ha observado que ésta es la única referencia en la que se hace referencia a las iniciativas de reconciliación nacional: Carter, Linda, Ellis, Mark S. and Jalloh, Charles Chernor, *The International Criminal Court in an Effective Global Justice System*, *op.cit.*, p. 162.

⁷⁴⁷ Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Volume I. (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996) General Assembly Official Records. Fifty-first Session Supplement No.22 (A/51/22, 13 September 1996), Punto 164.

principle non bis in idem as set out in article 42 (b) should extend beyond the trial proceedings to embrace parole, pardon, amnesty, etc."⁷⁴⁸.

En 1998, año en el que se aprobó el Estatuto de Roma, el Informe del Comité preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional continuaba mostrando las serias dudas existentes sobre la incorporación o no de estos puntos. Y es que, una breve nota a pie de página en la referencia al artículo 18, que regulaba el principio de cosa juzgada, mostraba el eterno debate al señalar que “en las disposiciones del artículo 15 también debía hacerse referencia (...) [a]l otorgamiento de indultos o amnistías”⁷⁴⁹.

Más explícito se mostraba el artículo 19 que preveía que: “... quien haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos que estén también prohibidos con arreglo al artículo 5 podrá ser procesado por la Corte si una decisión manifiestamente infundada respecto de la suspensión del cumplimiento de la sentencia, una amnistía o una conmutación de la pena excluyera la posibilidad de aplicar una pena apropiada”. Ahora bien, la nota a pie de página que acompañaba a este artículo permitía deducir, una vez más, que el consenso distaba mucho de ser absoluto al señalar que “había que seguir examinando este artículo, especialmente su contenido y ubicación.”⁷⁵⁰.

Debido a los estrechos vínculos que mantenían en aquel momento las leyes de amnistía con las comisiones de la verdad, es lógico entender que los debates en el proceso de redacción se hallaran ligados a la cuestión de si incluir o no el tema de las amnistías y, por ello, bien pudiera parecer que existía cierta equiparación entre amnistías y comisiones de la verdad⁷⁵¹. Por esta razón, es comprensible que no se llevara a cabo un análisis independiente de los conflictos que podría ocasionar, por ejemplo, el funcionamiento

⁷⁴⁸ Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Volume I. (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996) General Assembly Official Records. Fifty-first Session Supplement No.22 (A/51/22, 13 September 1996), p. 40, punto 174.

⁷⁴⁹ Informe del Comité preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Adición. A/CONF.183/2/Add.1, pp. 40-41, 14 de abril de 1998. Así mismo, concluían que “Numerosas delegaciones opinaron que el artículo 18, en su redacción actual, no abordaba adecuadamente dichas situaciones a los fines de la complementariedad. Se convino en que dichas cuestiones deberían examinarse nuevamente a la luz de las revisiones posteriores del artículo 18, a fin de determinar si la referencia al artículo 18 era suficiente o si era preciso ampliar el texto del artículo 15 con objeto de abordar dichas situaciones”. Por otra parte, conviene explicar que en el entonces artículo 15, que regulaba las cuestiones de admisibilidad, se preveía que: “1. En atención al tercer párrafo del preámbulo, la Corte determinará que un asunto es inadmisibile cuando: c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por haber cometido el acto que se denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 18”.

⁷⁵⁰ *Ibidem*.

⁷⁵¹ Bisset, Alison, *Truth Commissions and Criminal Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 106.

paralelo de una comisión de la verdad⁷⁵², debate que, sin éxito, trató de poner sobre la mesa la delegación sudafricana. En efecto, como explica Hayner, "en las reuniones preparatorias para crear la CPI, los delegados sudafricanos, en un momento en que la CVR [la Comisión de la Verdad y la Reconciliación] aún operaba en Sudáfrica, formularon preguntas acerca de cómo iba a tratar la futura corte una amnistía concedida por una comisión de la verdad y, con ello, implícitamente, si la Corte iba a respetar las soluciones nacionales y "alternativas" a la rendición de cuentas."⁷⁵³ Sin embargo, esta pregunta quedaría sin respuesta⁷⁵⁴.

En todo caso, si algo destacan los expertos como característico de los debates sobre las amnistías y los mecanismos alternativos a la justicia penal vinculados a las mismas es su alta polarización⁷⁵⁵. Tal y como relata Darryl Robinson, en las negociaciones del Estatuto las posturas eran extremas: por una parte, se hallaban aquéllos que consideraban que el sometimiento a un proceso judicial de orden penal era la única respuesta apropiada y, además, obligatoria⁷⁵⁶. En el extremo opuesto, sin embargo, se posicionaban aquéllos que, teniendo el ejemplo de Sudáfrica en mente⁷⁵⁷, aceptaban los mecanismos alternativos de justicia⁷⁵⁸. Al hilo de estos debates también surgió la clásica pregunta de la justicia transicional: ¿la comunidad internacional debe insistir siempre en los enjuiciamientos aunque ello pueda provocar el colapso de una frágil democracia en transición?⁷⁵⁹. En

⁷⁵² Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, Barcelona, Bellaterra, 2014, p. 203.

⁷⁵³ *Ibidem*. Véase también este debate en: Schabas, William A. and Thakur, Ramesh, "Concluding remarks: The question that still remain" en Hughes, Edel, Schabas, William A. and Thakur, Ramesh (Eds.), *Atrocities and international accountability: beyond transitional justice*, Tokio-New York- Paris, United Nations University Press, 2007, pp. 279 - 280.

⁷⁵⁴ Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, p. 203.

⁷⁵⁵ Véase como recoge parte de la doctrina esta patente división de posturas en: Clark, Thomas Hethe, "The Prosecutor of the International Criminal Court, Amnesties, and the "Interest of Justice": Striking a Delicate Balance", *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 4, Issue 2, 2005, p. 390-391; Robinson, Darryl, "Serving the Interest of Justice...", *op.cit.*, p. 483; Gavron, Jessica, "Amnesties in the light of developments in international law...", *op.cit.*, pp. 107 - 108; Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions...*, *op.cit.*, pp. 424 - 426.

⁷⁵⁶ Robinson, Darryl, "Serving the Interest of Justice...", *op.cit.*, p. 483. Es más, añade que incluso las delegaciones favorables a los enjuiciamientos eran reacias a crear una regla absoluta que impusiera los enjuiciamientos como la "única" respuesta aceptable en todas las situaciones. No obstante, tampoco se apoyaba la idea de crear una excepción a la regla permitiendo la entrada de las amnistías.

⁷⁵⁷ Véase cómo se describe la "admiración" que causaba la Comisión de la verdad y la reconciliación de Sudáfrica y los cuestionamientos jurídicos que este instrumento ocasionó en: Robinson, Darryl, "Serving the Interest of Justice...", *op.cit.*, p. 483; Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions...*, *op.cit.*, p. 424.

⁷⁵⁸ Robinson, Darryl, "Serving the Interest of Justice...", *op.cit.*, p. 483.

⁷⁵⁹ Robinson, Darryl, "Serving the Interest of Justice...", *op.cit.*, p. 483. Precisamente, en un "nonpaper" que hizo circular la delegación estadounidense, se pueden advertir los inconvenientes que podría ocasionar la Corte penal internacional a la hora de restablecer la paz y la democracia en países como Haití o Sudáfrica:

definitiva, como bien señala el especialista, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo⁷⁶⁰ y teniendo en cuenta las dificultades que llevaba aparejada codificar una materia tan polémica⁷⁶¹, los redactores del Estatuto de Roma decidieron optar de manera voluntaria⁷⁶² y deliberada⁷⁶³, como en otras muchas ocasiones, por la ambigüedad⁷⁶⁴, ambigüedad que se ha seguido defendiendo, incluso, en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en Kampala en el año 2010⁷⁶⁵.

1.2. La defensa de una ambigüedad permanente en contextos de transición

Aunque hubiera sido lo deseable⁷⁶⁶, lo cierto es que el dilema relativo a las amnistías no se solventó durante la Conferencia Diplomática⁷⁶⁷ a pesar de las altas expectativas existentes⁷⁶⁸. Así, el problema se zanjó temporalmente eliminando toda referencia expresa a esta cuestión y delegando en el Fiscal y en los jueces de la Corte la responsabilidad de interpretar los artículos del Estatuto⁷⁶⁹ y de decidir cómo valorar las

ICC PrepCom - August 1997, U.S. Delegation Draft (Rev.), citado en Scharf, Michael P., "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 521.

⁷⁶⁰ Sobre la imposibilidad de llegar a un acuerdo respecto de las leyes de amnistía en el proceso de redacción del Estatuto de Roma: Seibert-Fohr, Anja, "The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003, pp. 561 – 562; Gavron, Jessica, "Amnesties in the light of developments...", *op.cit.*, pp. 107 – 108; Sadat, Leila Nadya, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, Ardsley-New York, Transnational Publishers, 2002, p. 67; Schabas, William A. and Thakur, Ramesh, "Concluding remarks...", *op.cit.*, p. 280; Holmes, John T., "The Principle of Complementarity" en Lee, Roy S. (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 52.

⁷⁶¹ Precisamente, en los escritos de la época era común debatir hasta qué punto resultaba conveniente codificar los mecanismos de exigencia de responsabilidades. Véase, a modo de ejemplo, las reflexiones en torno a la ambigüedad que realizó Morris en Morris, Madeline H., "Foreword" en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, Num. 4, Autumn 1996, pp. 1 -3.

⁷⁶² Dal Maso Jardim, Tarciso, "Les amnisties" en Ascensio, Hervé, Decaux, Emmanuel et Pellet, Alain (Eds.), *Droit International Penal*, Paris, Pedone, 2012 (2ªed.), p. 569.

⁷⁶³ Slye, Ronald, "Immunities and amnesties", *op.cit.*, p. 181.

⁷⁶⁴ Robinson, Darryl, "Serving the Interest of Justice...", *op.cit.*, p. 483.

⁷⁶⁵ Anexo II. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Conferencia de Revisión. ICC-ASP/8/20, *op.cit.*, p. 3. Concretamente, se hace referencia a esta "ambigüedad" al señalar, en el punto 21, que: "en todo caso, se debería preservar la integridad del Estatuto de Roma, en particular el delicado equilibrio conseguido en Roma en 1998, incluida la "ambigüedad constructiva" del Estatuto, para dar a la Corte tiempo para consolidarse."

⁷⁶⁶ Quesada Alcalá, Carmen, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, *op.cit.*, p. 331. A este respecto quisiéramos aclarar que la autora se refiere al tema de las amnistías y a los perdones.

⁷⁶⁷ Declaración realizada por Philippe Kirsch, presidente de la Conferencia Diplomática, en una conversación mantenida el 19 de noviembre de 1998 en Estrasburgo con Michael P. Scharf. Citado en Scharf, Michael P., "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 521 - 522.

⁷⁶⁸ Gavron, Jessica, "Amnesties in the light of developments...", *op.cit.*, p. 107.

⁷⁶⁹ Estatuto que si bien ha sido definido como "el código de Derecho penal y procesal penal internacional más avanzado en la esfera del DIP" (Ollé Sesé, Manuel, "La aplicación del principio de Derecho penal internacional" en Gil Gil, Alicia y Macula, Elena (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid,

actuaciones de las comisiones de la verdad y de las leyes de amnistía⁷⁷⁰. En definitiva, y como hemos tratado de demostrar en la presente Sección, el eterno dilema entre la paz y la justicia, lejos de haberse superado tras la aprobación del Estatuto, "seems destined to emerge as one of the great challenges of the future"⁷⁷¹.

Sin embargo, si echamos un vistazo a ciertas declaraciones que se produjeron en los meses siguientes a la aprobación del Estatuto de Roma, no podemos sino concluir que, para algunos, la respuesta a este interrogante no planteaba ningún tipo de problema. Por ejemplo, es cuanto menos curioso que, en septiembre de 1998, es decir, apenas unos meses después de que se aprobara el Estatuto, el entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan, viajara a Sudáfrica y en una conferencia no dudara en compartir su admiración por la recién creada Comisión de la Verdad y la Reconciliación⁷⁷² al declarar:

"The purpose of the clause in the Statute [which allows the Court to intervene where the state is 'unwilling or unable' to exercise jurisdiction] is to ensure that mass-murderers and other arch-criminals cannot shelter behind a State run by themselves or their cronies, or take advantage of a general breakdown of law and order. No one should imagine that it would apply to a case like South Africa's, where the regime and the conflict which caused the crimes have come to an end, and the victims have inherited power. It is inconceivable that, in such a case, the Court would seek to substitute its judgments for that of a whole nation which is seeking the best way to put a traumatic past behind it and build a better future."⁷⁷³

Estas declaraciones, al haber sido realizadas por una figura tan destacada como es, ni más ni menos, el Secretario General de la ONU, han sido interpretadas por la doctrina como un importante mensaje a la comunidad internacional de que las Naciones Unidas no se oponían, en aquellos años, a los acuerdos de amnistía y que mostraban su respeto

2016, p. 131), lo cierto es que estamos de acuerdo con quienes defienden que "el Estatuto está lejos de ser un texto perfecto" (Yáñez-Barnuevo, Juan Antonio, "La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional: balance y perspectivas" en Quel López, F. Javier (Ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Coedición de la Escuela Diplomática, la AEPDIRI y el BOE, Madrid, 2000, p. 25).

⁷⁷⁰ Roche, Declan, "Truth commissions, amnesties and the International Criminal Court", *British Journal of Criminology*, 45, 2005, p. 567; Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions...*, *op.cit.*, pp. 65 – 66; Bassiouni, M. Cherif and Schabas, William A. (Eds.), *The Legislative History of the International Criminal Court. Second Revised and Expanded Edition, Volume 1*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2016, pp. 145 – 147; Holmes, John T., "The Principle of Complementarity", *op.cit.*, p. 77.

⁷⁷¹ Schabas, William A. and Thakur, Ramesh, "Concluding remarks...", *op.cit.*, p. 280.

⁷⁷² Uribe, Camila, "Do amnesties preclude justice?", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Num. 21, 2012, pp. 307 – 308; Greenawalt, Alexander K.A., "Complementarity in Crisis: Uganda, Alternative Justice, and the International Criminal Court", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, Issue 1, 2009, pp. 131 - 132.

⁷⁷³ Kofi Annan, Speech at the Witwatersrand University Graduation Ceremony (September 1, 1998), citado en Villa - Vicencio, Charles, "Why perpetrators should not always be prosecuted: where the International Criminal Court and truth commissions meet", *Emory Law Journal*, Vol. 49, Issue, 1, Winter 2000, p. 222.

por la Comisión de la verdad sudafricana⁷⁷⁴. De la misma manera, y a pesar de que el Estatuto de Roma no regula ni los mecanismos alternativos a la justicia penal ni se pronuncia sobre las leyes dirigidas a eximir de responsabilidad penal a los autores de haber cometido ciertos crímenes internacionales⁷⁷⁵, determinados sectores doctrinales ven en este deliberado silencio un reconocimiento implícito a favor de estas medidas⁷⁷⁶.

Sin embargo, resulta cuanto menos llamativo que la negativa de los Estados Unidos a ser Parte en el Estatuto de Roma contradiga, hasta cierto punto, esta posición⁷⁷⁷. Y es que, una de las razones aducidas por el Estado radicó en que "it lacks sufficient checks on prosecutorial discretion"⁷⁷⁸. Es más, a su juicio, la versión definitiva del Estatuto ponía en peligro la transición de la opresión a la democracia al no tomar en consideración la necesidad de aceptar determinadas amnistías bajo ciertas condiciones⁷⁷⁹. En otras

⁷⁷⁴ Uribe, Camila, "Do amnesties preclude justice?", *op.cit.*, pp. 307 - 308.

⁷⁷⁵ Es más, como correctamente se ha señalado, no existe una postura doctrinal unánime a la hora de identificar las normas que resultan de aplicación: Cárdenas Aravena, Claudia, "The admissibility test before the International Criminal Court under special consideration of Amnesties and truth commissions" en Kleffner, Jann K. and Kor, Gerben (Eds.), *Complementary views on complementarity: Proceeding of the International Roundtable on the Complementary Nature of the International Criminal Court. Amsterdam, 25/26 June 2004*, The Hague, T.M.C. Asser press, 2006, p. 127.

⁷⁷⁶ Por ejemplo, a juicio de Clark, "amnesty-granting programs and alternative justice schemes remain possible, even in situations where there would otherwise appear to be an obligation on the ICC to prosecute criminally" (Clark, Thomas Hethe, "The Prosecutor of the International Criminal Court, Amnesties, and the "Interest of Justice"...", *op.cit.*, p.391). En una línea similar, Scharf argumenta que "the existence of the International Criminal Court does not remove amnesty as a bargaining chip available to mediators attempting to bring an end to an international or internal conflict" (Scharf, Michael P., "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 508). También Ludwin King considera que "the principle of complementarity and the idea that an investigation or prosecution may be contrary to the interests of justice are two provisions the Prosecutor can rely on if she decides to decline to prosecute a situation because the country is conducting national non-prosecutorial transitional justice processes" (Ludwin King, Elizabeth B., "Does justice always require prosecution? The International Criminal Court and transitional justice measures" *op.cit.*, p. 100). Otros, sin embargo, dejan abiertas todas las posibilidades. Por ejemplo, a juicio de Stigen, "The fact that the Court's relationship with national amnesties is not expressly regulated does implies that the ICC *must* respect them nor that it *cannot*". Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions...*, *op.cit.*, p. 425. En definitiva, "The result is *flexibility*, in the sense that the ICC may or may not respect the amnesty depending on the concrete circumstances" (p.426).

⁷⁷⁷ Si bien este Estado firmó el tratado el 31 de diciembre de 2000, el 6 de mayo del año 2002 informó al Secretario General que no sería Parte en el mismo: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en#12)

10&chapter=18&clang=_en#12 Si quiere consultarse un artículo interesante sobre la posición de los Estados Unidos sobre la Corte Penal Internacional, acúdase a: Wedgwood, Ruth, "The International Criminal Court: An American View", *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 1, 1999, pp. 95 - 97.

⁷⁷⁸ Cita extraída de United States Courts of Appeals for the Second Circuit. Docket No. 05-2141-cv and No. 05-2326-cv: Brief for the United States of America, as *Amicus Curiae*, p. 24. Disponible online en: <https://www.state.gov/documents/organization/87317.pdf>. Si bien este documento contiene links que explican y detallan esta posición, no ha sido posible acceder a los mismos.

⁷⁷⁹ Seibert-Fohr, Anja, "The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions", *op.cit.*, p. 556. La autora cita los documentos oficiales del Gobierno a los que no tenemos acceso. Argumentos similares son los que se recogen también en: Wedgwood, Ruth, "The International Criminal Court...", *op.cit.*, pp. 96 - 97.

palabras, consideraban que quienes debían tomar la decisión democrática de optar entre los enjuiciamientos o la reconciliación nacional debían de ser los Estados y no la Corte⁷⁸⁰.

No obstante, nos preguntamos qué opinaban los Estados "en transición". Es decir, ¿firmaron y ratificaron el Estatuto de Roma o, por el contrario, consideraron que este hecho podría poner en peligro la "paz" o la "reconciliación nacional"? No debemos olvidar que cuando se estaban debatiendo estos temas, en muchos países existían conflictos armados en los que se estaban cometiendo crímenes internacionales sobre los que, en un futuro, la Corte podría llegar a tener competencia. Es decir, un número considerable de Estados que debían decidir si firmar y ratificar el Estatuto debían valorar si, en un momento posterior, podrían llegar a estar interesados en adoptar leyes de amnistía con la finalidad de hacer "borrón y cuenta nueva" sobre los crímenes cometidos o, incluso, optar por adoptar mecanismos alternativos de justicia, tal y como se había hecho con frecuencia hasta el momento. Precisamente, por esta razón, no resultaba

⁷⁸⁰ *Ídem*. Esta misma posición fue la defendida por el Estado en el proceso de redacción del Estatuto. Y es que, al parecer, en agosto de 1997, la delegación estadounidense hizo circular un "nonpaper" en el que sugería que la Corte, a la hora de decir cuándo ejercer su jurisdicción, debería de tomar en consideración las amnistías si estas promovían los intereses de la paz internacional y de la reconciliación nacional (U.S. Delegation Draft (Rev.) to the ICC PrepCom (Aug. 1997), citado en Scharf, Michael P., "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 508). El nonpaper concluía que "the policies favoring prosecution of international offenders must be balanced against the need to close a door on the conflict of a past era" and "to encourage the surrender or reincorporation of armed dissident groups," and thereby facilitate the transition to democracy." (U.S. Delegation Draft (Rev.) to the ICC PrepCom (Aug. 1997), citado en Scharf, Michael P., "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 508). Sin embargo, al parecer, estas preocupaciones señaladas por Estados Unidos fueron dejadas de lado en las siguientes consultas informales (Bos, Adriaan, "From the International Law Commission to the Rome Conference (1994 - 1998) en Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary (Vol. I)*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2002, p. 57).

Tras una búsqueda en profundidad, el único papel de Estados Unidos sobre esta cuestión que hemos podido encontrar ha sido el siguiente: U.S. Delegation Paper On State Practice Regarding Amnesties And Pardons. Non-Paper/WG.3/No.7, 6 August 1997. Disponible online en: <https://www.legal-tools.org/doc/f6cf08/pdf/>. En él, se recoge lo siguiente: "The U.S. delegation has raised the difficult matter of how to address amnesties and pardons in the context of a statute for an international criminal court. This matter, however, has not been a subject of discussion in the negotiations. In order to promote a fuller discussion on amnesties and pardons, we have prepared a summary of some of the numerous amnesties that have been enacted and pardons granted throughout the world. As set forth below, national governments have chosen to implement amnesties and issue pardons for a number of reasons. Many amnesties and pardons have formed part of transitions to democratic governments, in which members of the outgoing regime, the armed forces, and the national security apparatus, as well as political insurgents, are protected from prosecution for "political" acts that were carried out during the rule of the outgoing regime. Amnesties and pardons are also promulgated in the hope of achieving a kind of "national reconciliation" by closing a door on the conflict of a past era. Also, amnesties and pardons have been offered to encourage the surrender or *réintégration* of armed dissident groups. Amnesties differ in many respects, including the scope of acts covered, the nature of the negotiations that resulted in the amnesties, and the manner in which they are to be implemented. Even within a country, there are sometimes a series of different amnesties and pardons. Amnesties have been the subject of considerable scrutiny by international human rights bodies and legal scholars." A continuación, explica los casos de: Sudáfrica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Haití, Argentina, Uruguay, Chile, Brasil, Surinam, Perú y Filipinas.

descabellado pensar que los Estados en conflicto nunca llegarían a ratificar el Estatuto de Roma⁷⁸¹. Como gráficamente apuntó Schabas, "Only angelic States - the Scandinavians, Canada, Ireland, the Netherlands, and so on - would join the Court on such a basis, it was argued"⁷⁸². Sin embargo, el tiempo se ha encargado de demostrar que incluso estos Estados -piénsese, por ejemplo, en el caso de Colombia-, de manera un tanto sorpresiva a juicio de determinados especialistas⁷⁸³, han firmado y ratificado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Es decir, han asumido el firme compromiso, al menos sobre el papel, de hacer frente a la impunidad de los crímenes cometidos, también en el transcurso de las transiciones a la democracia o de los conflictos armados a la paz⁷⁸⁴.

Ahora bien, independientemente de las razones por las que firmaron y ratificaron el Estatuto de Roma, resulta innegable que éstos no podían prever con una certeza absoluta qué ocurriría en el caso de que aprobaran una medida de amnistía. Es más, un acontecimiento de cierta relevancia como fue la elaboración apenas un año después de que la Corte comenzara su actividad, en el 2003, de un "informal expert paper" relativo al principio de complementariedad⁷⁸⁵ nos muestra las dudas que todavía generaba este tema, incluso entre un grupo de expertos de reconocido prestigio, y confirma la cautela con la que los especialistas decidieron abordar este tema al considerar que el debate no se hallaba, ni mucho menos, cerrado⁷⁸⁶. Si bien es cierto que el interrogante se planteó en términos de "amnistías condicionadas" -es decir, se preguntaban si cabían ciertos tipos de

⁷⁸¹ Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, *op.cit.*, p. 51, punto 25.

⁷⁸² *Ibid.*, p. 51.

⁷⁸³ Por ejemplo, Sriram muestra su sorpresa por la ratificación llevada a cabo por un número considerable de Estados africanos que estaban lidiando con complejos conflictos internos o estaban, en esos momentos, poniendo fin a los mismos: Sriram, Chandra Lekha, "The International Criminal Court Africa Experiment: The Central African Republic, Darfur, Northern Uganda and the Democratic Republic of the Congo" en Sriram, Chandra Lekha and Pillay Suren (Eds.), *Peace versus justice? The dilemma of transitional justice in Africa*, James Currey, UK-US, 2010, p. 321.

⁷⁸⁴ Como gráficamente señala Cassese, "Internationally, ratification is a clear testament to a country's abhorrence of these crimes and its commitment to join the international effort to combat impunity.", Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Vol. II, *op.cit.*, p. 1867. En un sentido muy similar se pronuncia Robinson al declarar que "Therefore, arguments that ICC insistence on prosecution may interfere with sovereignty or domestic democratic choices should not be given too much weight, since in reality the state has already specifically contracted with the ICC to perform precisely this function", véase Robinson, Darryl, "Serving the Interest of Justice...", *op.cit.*, p. 486.

⁷⁸⁵ ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003.

⁷⁸⁶ Es más, con la excepción de dos de sus miembros, se defendió que no era conveniente que se elaboraran posiciones muy precisas en torno a los mecanismos alternativos con los que lidiar con la comisión de crímenes internacionales y las medidas de amnistías. En contra, sin embargo, otros dos expertos defendieron que la Oficina de la Fiscalía debería elaborar directrices claras en torno a las comisiones de la verdad y las leyes de amnistía (ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003, punto 74 y, especialmente, la nota a pie de página 34).

amnistías bajo determinadas condiciones⁷⁸⁷ como puede ser, por ejemplo, vinculadas a algunos mecanismos-, resulta llamativo que únicamente dos de ellos insistieran en que las amnistías para los responsables de haber cometido crímenes internacionales se hallaban prohibidas⁷⁸⁸.

No obstante, los años que siguieron al proceso de aprobación del Estatuto de Roma parecen confirmar esta minoritaria posición. Por ejemplo, cabe apreciar que esta postura fue la que prevaleció en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, que se celebró en Kampala en el año 2010. Y es que, el 2 de junio, se organizó un panel en torno al debate entre la paz y la justicia en el que se concluyó “que había quedado claro que el establecimiento de la Corte Penal Internacional había dado lugar a un cambio de paradigma en el que la amnistía ya no era una opción para los crímenes más graves a que se refería el Estatuto de Roma”⁷⁸⁹. Es más, no se dudó en defender que las amnistías, lejos de conducir a la paz, habían propiciado una mayor violencia⁷⁹⁰. Más relevante aún, ante los nuevos mecanismos complementarios con los que hoy en día se aborda la comisión de crímenes internacionales, se añadió que la prohibición de las medidas de amnistía debía abarcar de manera íntegra al conjunto de estos mecanismos⁷⁹¹.

En definitiva, la lectura que cabe realizar es que las amnistías no están previstas en el Estatuto porque el consenso en torno a su legitimidad, incluso si estuvieran acompañadas de una comisión de la verdad u otros mecanismos alternativos a la justicia, no existía en el proceso de elaboración del Estatuto⁷⁹². Ahora bien, la práctica se encarga de corroborar el amplio uso que se ha hecho de las amnistías a lo largo de los procesos de transición con la única finalidad de garantizar la más absoluta impunidad a todos los responsables de haber cometido los más graves crímenes. Por esta razón, y aceptando la realidad previa a la aprobación del Estatuto de Roma, es razonable que determinados sectores vieran en

⁷⁸⁷ ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003, punto 73.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, nota a pie de página 33 en el punto 72.

⁷⁸⁹ Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/9/11. Documentos oficiales. Publicación de la Corte Penal Internacional, La Haya, 2010, p. 5; Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, RC/9/11, Anexo V b): Balance de la justicia penal internacional. Paz y justicia, *op.cit.*, punto 5.

⁷⁹⁰ *Ibidem*.

⁷⁹¹ *Ibid.*, punto 23.

⁷⁹² Teniendo en cuenta el silencio que caracteriza al Estatuto de Roma, defendemos que es posible realizar cierta lectura del proceso de negociación del mismo. Resulta innegable que el Estatuto no acepta expresamente, bajo ninguna condición, ni la legalidad de las amnistías ni permite la implementación aislada de mecanismos no judiciales para hacer frente a los crímenes internacionales sobre los que la Corte tiene competencia. Por ello, creemos que, si realmente hubiera existido un mínimo consenso sobre la legalidad y aceptación de estas medidas, estos acuerdos se hubieran plasmado, ya fuera superficialmente, en el texto definitivo. Sin embargo, como ya hemos señalado, no existe la más mínima referencia al respecto.

la creación de la Corte una oportunidad para rectificar esta situación⁷⁹³. Analizaremos en los apartados que siguen a continuación hasta qué punto se ha logrado revertir esta práctica y si, actualmente, se considera que las amnistías vulneran las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional.

2. La coexistencia de la obligación de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales y las medidas de amnistía: ¿contradicción o necesidad?

2.1. El estado actual de las amnistías en el Derecho Internacional

Actualmente -exceptuando las referencias existentes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 4)⁷⁹⁴ o del conocido artículo 6 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra⁷⁹⁵-, carecemos de un instrumento internacional que regule específicamente las leyes de amnistía⁷⁹⁶. Precisamente, estos preceptos, y especialmente el último de ellos, son empleados por ciertos sectores doctrinales para legitimar estas

⁷⁹³ Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary, Vol. II, op.cit.*, p. 1932.

⁷⁹⁴ En ambos se contempla la posibilidad de solicitar y conceder amnistía en caso de que una persona haya sido condenada a muerte.

⁷⁹⁵ El artículo 6 dispone que: “5. A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”. Puede consultarse un autorizado comentario a este artículo en: Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 01-11-1998. Así mismo, puede acudirse también a: Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 611 – 614 y Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law, Volume II: Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 4017 - 4044.

⁷⁹⁶ A favor de una convención sobre este tema se ha pronunciado: Torres Argüelles, Alfredo, *Repensando las amnistías en procesos transicionales, op.cit.*, pp. 148 - 149. En sentido contrario, es decir, a favor de la flexibilidad que permite el hecho de carecer de una regulación concreta sobre este extremo (con el objetivo de defender la necesidad de adecuar cada caso concreto a su particular coyuntura): Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions...*, *op.cit.*, p. 426. A nuestro juicio, y siendo conscientes del panorama internacional, no consideramos que sea el momento de elaborar ninguna convención internacional sobre las leyes de amnistía. Y es que, teniendo en cuenta el retroceso que se está experimentando a escala internacional en la protección de los derechos humanos, cabe la posibilidad de que se retroceda en la prohibición de este particular instrumento de impunidad y que, incluso, se acabe defendiendo la legalidad de determinadas amnistías (a las que posteriormente nos referiremos).

polémicas medidas⁷⁹⁷ que continúan permeando la práctica estatal⁷⁹⁸ y que, incluso, son consideradas como una herramienta más del elenco de medidas de la justicia transicional⁷⁹⁹.

No obstante, si en los apartados precedentes hemos concluido que el Estatuto de Roma reafirma el deber que tienen los Estados de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de haber cometido un crimen internacional y que esta obligación se deriva también del Derecho Internacional, ¿acaso es necesario analizar la figura de una medida como las amnistías que, en el fondo, se dirige a impedir la investigación, enjuiciamiento y sanción de los crímenes internacionales? Es decir, habiendo concluido que los Estados tienen el deber de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de haber cometido crímenes internacionales, ¿acaso no deberíamos zanjar este debate mediante la lógica constatación de que toda medida que obstaculice este objetivo debería estar prohibida?

Si bien, a nuestro juicio, el debate debería de hallarse más que superado, lo cierto es que ésta no es la idílica situación en la que nos encontramos. Por una parte, porque como hemos tratado de mostrar en el primer Capítulo, no todos los sectores doctrinales defienden la existencia de un deber de investigar, enjuiciar y sancionar todos los crímenes internacionales. Y, en segundo lugar, porque otro grupo de expertos, pese a reconocer la existencia de dicho deber, afirma que determinadas amnistías pueden ser respetuosas con el Derecho Internacional o, incluso, simplemente necesarias⁸⁰⁰, aunque se apliquen a los crímenes internacionales sobre los que existe una obligación de sancionar. Curiosamente, las posturas doctrinales que defienden estas medidas de amnistía se basan en el argumento

⁷⁹⁷ Es más, tal y como nos recuerda Roht- Arriaza, ciertos Estados se han basado en la amnistía que permite el Protocolo Adicional II para fundamentar la legalidad de las leyes de amnistía internas aprobadas. Añade la autora que éstos serían los casos de Chile, El Salvador y, especialmente, Sudáfrica. Véase Roht-Arriaza, Naomi and Gibson, Lauren, "The Developing Jurisprudence on Amnesty", *Human Rights Quarterly*, Vol. 20, 1998, p. 864.

⁷⁹⁸ Consúltese el excelente estudio realizado por expertos de reconocido prestigio en el que muestran que las leyes de amnistía (al igual que el crecimiento paralelo de los juicios) continúan aumentando con el paso de los años: Lessa, Francesca, Olsen, Tricia D., Payne, Leigh A., Pereira, Gabriel and Reiter, Andrew G., "Persistent or Eroding Impunity? The Divergent Effects of Legal Challenges to Amnesty Laws for Past Human Rights Violations", *Israel Law Review*, Vol. 47, Issue 1, 2014, pp. 105 - 131. A una conclusión muy similar se llega también en: McEvoy, Kieran and Mallinder, Louise, "Amnesties in Transition: Punishment, Restoration, and the Governance of Mercy", *Journal of Law and Society*, Vol. 39, Num. 3, September 2012, p. 415.

⁷⁹⁹ Véase como se refiere a las amnistías como mecanismo de justicia transicional en: Closa, Carlos, "Amnesty" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya, "Access to Secret Files" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 10 - 13.

⁸⁰⁰ Schabas, William, *Unimaginable Atrocities: Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford Scholarship Online, Oxford, 2012, pp. 185 - 188. Experto que, incluso, llega a afirmar que es una exageración decir que las amnistías están prohibidas en el Derecho internacional (*Ibidem*, p. 193).

“estrella” que se empleaba en la primera parte de la evolución del campo de la justicia transicional: la necesidad de lograr la paz y la reconciliación en los Estados afectados por conflictos armados o dictaduras⁸⁰¹. Ahora bien, es justo mencionar que, desde el extremo opuesto, también se ha afirmado que, en contextos de justicia transicional, las medidas de amnistía que alcancen a los crímenes internacionales se hallan prohibidas⁸⁰².

Llegados a este punto es preciso recordar que este debate ya ha sido analizado en reiteradas ocasiones por los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos que, poco a poco, han ido limitando la capacidad de los Estados de otorgar medidas de amnistía, o medidas similares, que impidieran la investigación, enjuiciamiento y sanción de las personas responsables de haber cometido violaciones masivas, graves y sistemáticas a los derechos humanos. A este respecto, no podemos sino alabar el intenso trabajo realizado por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos

⁸⁰¹ El objetivo de lograr la “reconciliación” es un concepto que incluso se menciona en el Comentario elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja al Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra. En él, tras explicar que las medidas de amnistía puede definirse como “un acto del poder legislativo que borra un hecho punible, detiene las diligencias y anula las condenas”, añaden que “el objeto de este apartado es alentar un gesto de reconciliación que contribuya a restablecer el curso normal de la vida en un pueblo que está dividido” (CICR, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), *op.cit.*, puntos 4617 y 4618). Pueden consultarse otras definiciones de amnistía en: Cassese, Antonio (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, *op.cit.*, pp. 243 – 244; Moon, Claire, “Amnesty (criminal justice)” en Cane, Peter and Conaghan, Joanne (Eds.), *The New Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008 (versión online).

⁸⁰² Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/12/18, *op.cit.*, punto 52.

Humanos⁸⁰³ que, desde 1986⁸⁰⁴ y caso tras caso⁸⁰⁵, han ido sentando un importante precedente no solo regional sino a escala universal en torno a la ilegalidad de las leyes de

⁸⁰³ La postura mantenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a la figura de las amnistías se ha analizado en: Esteve Moltó, José Elías, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía: un referente para la necesaria “fertilización” trasatlántica”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. N°9, octubre 2015 – marzo 2016, pp. 105 – 123; Binder, Christina, “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights” en von Bogdandy, Armin and Venzke, Ingo (Eds.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 295 – 328; Davis, Jeffrey, “Resuscitating Justice: The Inter-American Court Confronts the Entrenched Impunity of National Amnesty Laws”, *Inter-Am. & Eur. Hum. Rts. J.*, Vol. 7, 2014, pp. 3 - 16; Mallinder, Louise, “The end of amnesty or regional overreach? Interpreting the erosion of South America’s amnesty laws”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 65, July 2016, pp. 645 - 680; Alvira, Gustavo, “Toward a New Amnesty: The Colombian Peace Process and the Inter-American Court of Human Rights”, *Tul. J. Int’l & Comp. L.*, Vol. 22, 2013, pp. 119 - 144; Micus, Annelen, *The Inter-American Human Rights System as a Safeguard for Justice in National Transitions: From Amnesty Laws to Accountability in Argentina, Chile and Peru*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2015; Kyriakou, Nikolas, “Rights cast into oblivion? Amnesties in the case-law of the Intern-American Court of Human Rights” en Ruiz-Chiriboga, Oswaldo and Burbano-Herrera, Clara (Eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 457 – 474; Galella, Patricio, “Amnesty laws in the case-law of the Inter-American Court of Human Rights” en Ruiz-Chiriboga, Oswaldo and Burbano-Herrera, Clara (Eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 443 – 455; García Pino, Gonzalo, “La vanguardia de la Corte IDH. Decisiones sobre amnistía e impunidad, sobre desapariciones forzadas y sobre acceso a la información pública” en Santolaya Machetti, Pablo y Wences, Isabel (Eds.), *La América de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 109 – 132; Méndez, Juan E., and Cone, Catherine, “Human rights make a difference: lessons from Latin America” en Shelton, Dinah (Ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 955 – 979; Piacentini de Andrade, Isabela, « Les lois d’amnistie dans la jurisprudence de la cour interaméricaine des droits de l’homme » en Fregosi, Renée et España, Rodrigo (dir.), *Droits de l’homme et consolidation démocratique en Amérique du Sud*, Paris, L’Harmattan, 2009, pp. 267 – 276.

⁸⁰⁴ La primera aproximación de la Comisión a las leyes de amnistía se puede consultar en: Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986, Capítulo V. Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 Rev. 1, 26 septiembre 1986. Disponible online en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/85.86span/Cap5.htm> No obstante, como acertadamente se ha señalado, esta posición de la Comisión no la suscribió la Corte Interamericana en su primer pronunciamiento sobre este tema (el caso Velásquez Rodríguez), ni la reiteró posteriormente la propia Comisión (Gavron, Jessica, “Amnesties in the light of developments...”, *op.cit.*, p. 95).

⁸⁰⁵ En las siguientes sentencias dictadas por la Corte Interamericana se condena las medidas de amnistía por impedir la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables (citadas en orden cronológico): Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo). Serie C No. 75; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela Sentencia de 5 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso La Cantuta Vs. Perú Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas); Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia Sentencia de 11 de Mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas); Corte IDH. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211; Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219; Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221; Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252; Corte IDH. Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286.

amnistía⁸⁰⁶. En efecto, la enérgica condena de la Corte Interamericana se trasladó posteriormente, si bien con ciertos matices, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸⁰⁷ y a la Comisión y Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁸⁰⁸. Así mismo, estas medidas de amnistía han sido condenadas por los tribunales internacionales penales como, entre otros⁸⁰⁹, el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia⁸¹⁰, la

⁸⁰⁶ Sobre el alcance de la jurisprudencia de la Corte Interamericana puede consultarse: Mallinder, Louise, "The end of amnesty or regional overreach? Interpreting the erosion of South America's amnesty laws", *op.cit.*, pp. 645 - 680.

⁸⁰⁷ Si comparamos los pronunciamientos del Tribunal Europeo con los de la Corte Interamericana, se observa a primera vista que éstos han sido menores y menos ambiciosos. No obstante, esta situación se entiende si tomamos en consideración el especial contexto regional en el que han actuado cada uno de los Tribunales. A pesar de estas notables diferencias, el Tribunal Europeo, especialmente a propósito del derecho a un recurso efectivo, se ha pronunciado en contra de las medidas tiendan a favorecer la impunidad, como las leyes de amnistía. Una de las sentencias más relevantes puede ser la fallada en el Asunto *Margus contra Croacia*, el 27 de mayo de 2014 a la que nos referiremos en las líneas que siguen a continuación. No obstante, si se desea ampliar la lectura jurisprudencial, puede acudirse preliminarmente también a: *Dujardin et autres contre la France*, núm. 16734/90, decisión de la Comisión, 2 de septiembre de 1991; *McCann and others v. The United Kingdom* [GC], núm. 18984/91, 27 de septiembre de 1995; *Kaya contra Turquía*, de 19 de febrero de 1998; *Egmez contra Chipre*, núm. 30873/96, 2000; *Avsar v Turkey* Application no. 25657/94, 10 July 2001; *Abdülşamet Yaman v Turkey*, application no. 32446/96, de 2 de noviembre de 2004; *Okkali contra Turquía*, núm. 52067/99, de 17 de octubre de 2006; *Yeşil y Sevim contra Turquía*, núm. 34738/04, de 5 de junio de 2007; *Albayrak v. Turkey*, núm. 38406/97, 31 de enero de 2008; *Ali and Ayse Duran v. Turkey*, núm. 42942/02, 8 de abril de 2008; *Yeter v. Turkey*, núm. 33750/03, 13 de enero de 2009; *Turan Cakir v. Bélgica*, núm. 44256/06, de 10 de marzo de 2009; *Ely Ould Dah contra Francia*, núm. 13113/03, 17 March 2009; *El Masri contra "la antigua República Yugoslava de Macedonia"* [GS], núm. 39630/09, 2012; *Tarbuk v Croatia*, núm. 31360/10, 11 de diciembre 2012.

Estas sentencias han sido ampliamente analizadas por la doctrina más especializada. Por ello, nos remitimos a los siguientes estudios seleccionados en los que se da cuenta de la evolución experimentada por el Tribunal Europeo a propósito de las leyes de amnistía: Chinchón Álvarez, Javier, "Las leyes de amnistía en el sistema europeo de derechos humanos. De la decisión de la Comisión en Dujardin y otros contra Francia a la sentencia de la Gran Sala en Marguš contra Croacia: ¿progresivo desarrollo o desarrollo circular?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 52, 2015, pp. 909-947; Mallinder, Moffett, McEvoy and Anthony, *Investigations, Prosecutions, and Amnesties under Articles 2 & 3 of the European Convention on Human Rights*, March 2015. (Report produced as part of a project on Amnesties, Prosecutions, and the Public Interest in the Northern Ireland Transition; Buyse, Antoine and Hamilton, Michael (Eds.), *Transitional Jurisprudence and the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011; Ní Aoláin, Fionnuala, "Transitional justice and the European Convention of Human Rights", *Geneva Academy Briefing N°10*, October 2017.

⁸⁰⁸ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, Comunicación N° 245/2002, decisión de 15 de mayo de 2006; *Caso de Malawi African Association et autres c. Mauritania*, Communication No. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 à 196/97 et 210/98, decisión del 11 de mayo de 2000; *Caso de la ONG Zimbabwe Human Rights Forum vs. Zimbabwe*, Communication No. 245/02, decisión del 26 de mayo de 2006. Ver también la siguiente Directiva aprobada por la Comisión Africana: *Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique* (2003). Disponible online en: http://www.achpr.org/files/instruments/principles-guidelines-right-fair-trial/achpr33_guide_fair_trial_legal_assistance_2003_fra.pdf

⁸⁰⁹ Debemos señalar que los Estatutos de otros tribunales con un claro componente penal creados en fechas más recientes también excluyen la amnistía respecto de las personas sobre las que el respectivo tribunal ejerce su jurisdicción. Véase, por ejemplo, el Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990 (artículo 20) o el Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano (artículo 6).

⁸¹⁰ Es relevante señalar que el Acuerdo de Paz de Dayton excluía del alcance de la amnistía a los crímenes sobre los que el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia tenía competencia. Concretamente, preveía lo siguiente: "Annex 7: The Agreement on Refugees and Displaced Persons The Republic of Bosnia and Herzegovina, the Federation of Bosnia and Herzegovina, and the Republika Srpska (the "Parties") have

Corte Especial para Sierra Leona⁸¹¹ o las Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya⁸¹².

Por lo que al ámbito de las Naciones Unidas respecta, se ha defendido de manera constante y reiterada (especialmente en los acuerdos de paz auspiciados por la Organización⁸¹³) que las amnistías para con los crímenes internacionales están

agreed as follows: Article VI: Amnesty. Any returning refugee or displaced person charged with a crime, other than a serious violation of international humanitarian law as defined in the Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia since January 1, 1991 or a common crime unrelated to the conflict, shall upon return enjoy an amnesty. In no case shall charges for crimes be imposed for political or other inappropriate reasons or to circumvent the application of the amnesty”, The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, Dayton, 21 November 1995 and signed in Paris, on 14 December 1995. Es más, el propio Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia se pronunció sobre las amnistías en los casos de *Furundzija* (causa núm. IT-95-17/1-T, fallo de 10 de diciembre de 1998) y *Karadzic* (causa núm. IT-95-5/18-PT, de 10 de diciembre de 1998 y causa núm. IT-95-5/18-AR73.4, de 12 de octubre de 2009). En el caso del Tribunal Internacional Penal para Ruanda, por su parte, no fue necesario que el Tribunal examinara la cuestión de las amnistías ya que, si algo caracterizó al estado ruandés, como comprobaremos en los capítulos siguientes, fue la voluntad de enjuiciar los crímenes cometidos.

⁸¹¹ Sin perjuicio de que profundicemos más adelante en el particular caso de Sierra Leona, quisiéramos adelantar que el Acuerdo de paz de Lomé entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario preveía en su artículo 9 la posibilidad de otorgar un “indulto total”. Sin embargo, el Representante Especial del Secretario General “reservó su posición al añadir a su firma del Acuerdo de Lomé una declaración en el sentido de que las Naciones Unidas consideraban que las disposiciones del Acuerdo relativas a la amnistía no se aplicarían a los crímenes internacionales de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario”, (Preámbulo a la Resolución 1315 (2000) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4186ª sesión, celebrada el 14 de agosto de 2000. De esta manera, finalmente, en el Estatuto del Tribunal se plasmó el frontal rechazo a las leyes de amnistía al declarar: “Artículo 10 Amnistía La amnistía concedida a una persona respecto de la cual el Tribunal Especial tenga competencia en relación con uno de los crímenes a que se hace referencia en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto no constituirá un impedimento para el procesamiento”. Véanse los pronunciamientos sobre este extremo en: *Prosecutor v. Moinina Fofana*, núm. SCSL-2004-14-AR72(E); *Prosecutor v. Kallon and Kamara*, núm. SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E); *Prosecutor v. Gbao*, Decision No. SCSL-04-15-PT-141, *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Case No. SCSL-04-15-T; *Case of Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Case No. SCSL-04-15-T.

⁸¹² En este caso también, el Estatuto de las Salas preveían (en el artículo 40) que: “The Royal Government of Cambodia shall not request an amnesty or pardon for any persons who may be investigated for or convicted of crimes referred to in Articles 3, 4, 5, 6, 7 and 8 of this law. The scope of any amnesty or pardon that may have been granted prior to the enactment of this Law is a matter to be decided by the Extraordinary Chambers”. En efecto, posteriormente, tal y como mencionaba el citado artículo, fueron las Salas Extraordinarias las que se pronunciaron sobre el alcance del perdón otorgado a Ieng Sary, en el que declararon que el mismo no les era oponible: *Decision on Ieng Sary’s rule 89 preliminary objections (ne bis in idem and amnesty and pardon)*, Case File Dossier No. 002/19-09-2007, 3 november 2011.

⁸¹³ La evolución de la posición de la ONU respecto de las amnistías negociadas en procesos de paz ha sido analizada en: Stahn, Carsten, “United Nations peace-building, amnesties and alternative forms of justice: A change in practice?”, *IRRC*, Vol. 84, N° 845, March 2002, pp. 191 – 205; Vriezen, Vera, *Amnesty justified? The need for a case by case approach in the interests of human rights*, *op.cit.*, pp. 119 – 156; Freeman, Mark, *Necessary Evils... op.cit.*, pp. 88 – 109; Scharf, Michael P., “The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *op.cit.*, p. 507. A propósito de la evolución experimentada en el seno de la ONU, nos ha llamado la atención el dato que proporciona Schabas y que parece indicar que la Organización modificó su postura respecto de las amnistías tras la adopción del artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Véase: Schabas, William A., (Chair), ‘Truth Commissions, Accountability and the International Criminal Court, Commentary by William A. Schabas’, en van Genugten, Willem J.M., Scharf, Michael P. and Radin, Sasha E., *Criminal Jurisdiction 100 Years After the 1907 Hague Peace Conference : proceedings of the eighth Hague Joint Conference held in The Hague, the Netherlands, 28-30 June 2007*, The Hague, TMC Asser, 2009, p. 128.

prohibidas⁸¹⁴. A este respecto, puede ser ilustrativo señalar que, en el informe del Secretario General sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades

Al margen de este curioso dato, en los estudios arriba citados, los expertos coinciden en afirmar que, en un inicio, los acuerdos de paz auspiciados por la ONU sí que contemplaban la promulgación de leyes de amnistía. A este respecto, puede consultarse, si se desea, los casos de Camboya, El Salvador, Haití o Sudáfrica que todos ellos analizan. Especialmente interesante por el tema que analizamos es el caso de Camboya ya que, previamente al establecimiento de las Salas Especiales para el juzgamiento de los crímenes de la Kampuchea Democrática (2006), se había aprobado una ley de amnistía. Si se desea profundizar en este caso, acúdase a: Slye, Ronald C., "The Cambodian Amnesties: Beneficiaries and the Temporal Reach of Amnesties for Gross Violation of Human Rights", *Wis. Int'l L.J.*, Vol. 22, 2004, pp. 99 - 123.

Sin embargo, si un caso marcó un antes y un después en la política de la ONU respecto de las amnistías contenidas en los acuerdos de paz fue Sierra Leona (puede verse como se justifica este punto de inflexión en el Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/12/18, *op.cit.*, punto 53). Y es que, como es de sobra conocido, si bien el Acuerdo de Paz de Lomé contenía una cláusula en la que otorgaba amnistía a todos los combatientes, el representante de la ONU declaró que esa amnistía no se aplicaría a los crímenes internacionales. Es más, finalmente, este extremo se precisó, tal y como hemos adelantado, en el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona en el que se determinaba que la amnistía no sería aplicable respecto de crímenes internacionales. Para profundizar más en este tema véase: Appeals Chamber of the Special Court for Sierra Leone: Decisión on challenge to jurisdiction: Lomé accord amnesty, 13 March 2004.

Por otra parte, y como explicaremos más adelante, en Sierra Leona, además de la citada Corte Especial, se creó una Comisión de la Verdad y la Reconciliación. Pues bien, es curioso comprobar que la opinión de la Comisión a propósito de la ley de amnistía difería de la de la Corte Especial (véase el Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone: Final Report, 2004, párrafo 553). Para profundizar en esta cuestión, acúdase al excelente análisis llevado a cabo por Schabas, experto que participó en la citada Comisión: Schabas, William A., "Amnesty, the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone", *U. C. Davis J. Int'l L. & Pol'y*, 2004, Vol. 11, pp. 145 - 169. Si se quiere completar el análisis doctrinal, acúdase también a: Cassese, Antonio, "The Special Court and International Law: The Decision Concerning the Lomé Agreement Amnesty", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 1130 - 1140; Macaluso, Daniel J., "Absolute and Free Pardon: The Effect of the Amnesty Provision in the Lome Peace Agreement on the Jurisdiction of the Special Court for Sierra Leone", *Brook. J. Int'l L.* Vol. 27, 2001, pp. 347 - 380; Williams, Sarah, "Amnesties in International Law: The Experience of the Special Court for Sierra Leone", *Hum. Rts. L. Rev.*, Vol. 5, Issue 2, 2005, pp. 271 - 309.

En todo caso, lo que es innegable es que "los acuerdos de paz posteriores al año 2000 reflejan el desarrollo del derecho internacional y de las normas de las Naciones Unidas con respecto a las amnistías y la responsabilidad. Las amnistías generales, aunque subsisten en algunos acuerdos, están menos difundidas. Además, un número mayor de acuerdos contiene disposiciones relativas a procesos de la justicia de transición, como la búsqueda de la verdad, las iniciativas de enjuiciamiento, los programas de reparación y la reforma institucional" (Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/12/18, *op.cit.*, punto 57).

⁸¹⁴ Si bien, en el año 1985, la postura de la ONU no era tan contundente (véase, por ejemplo: Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, The administration of justice and the human rights of detainees. Question of the human rights of persons subjected to any form of detention or imprisonment: Study on amnesty laws and their role in the safeguard and promotion of human rights. Preliminary report by Mr. Louis Joinet, Special Rapporteur. E/CN.4/Sub.2/1985/16, 21 June 1985), esta situación comenzó a variar a medida que iba avanzando el Derecho internacional. Así, a modo de ejemplo, podemos citar: Comité de Derechos Humanos: 80º período de sesiones (2004) Observación general N° 31 La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto; 44º período de sesiones (1992) Observación general N° 20 Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7); Hugo Rodríguez v Uruguay, Comm No 322/1988, UN DOC CCPR/C/51/D/322/1988 (1994); Comité contra la Tortura: Observación General N°2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes. U.N. Doc. CAT/C/GC/2, de 24 de enero de 2008, párr. 5; Observación General N°3, aplicación del artículo 14 por los Estados Parte, 2012, párrafo 41; Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas: Observación General sobre el artículo 18 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 62º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos. U.N. Doc.

que sufren o han sufrido conflictos, se concluyó que había que asegurarse de que en los acuerdos de paz “se rechace la amnistía en casos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad (...) y se garantice que ninguna amnistía concedida con anterioridad constituya un obstáculo para el enjuiciamiento ante cualquier tribunal creado o asistido por las Naciones Unidas”⁸¹⁵.

Es más, el propio Relator Especial en el campo que nos ocupa, es decir, el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición ha declarado que “los Estados no pueden eximir a los presuntos autores de su responsabilidad individual mediante amnistías”⁸¹⁶ y ha expresado:

“su profunda preocupación por las amnistías concedidas a presuntos autores de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y otras violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario. Las amnistías entrañan el riesgo de consolidar aún más la impunidad. Además, han demostrado ser incluso contraproducentes a los efectos de prevenir en forma duradera la repetición de transgresiones y los círculos viciosos de violencia”⁸¹⁷.

Es decir, el máximo representante de las Naciones Unidas para la justicia transicional se muestra contrario a la adopción de medidas de amnistía que eximen a los autores de su responsabilidad penal⁸¹⁸. Por lo tanto, si al parecer existe cierto consenso al considerar

E/CN.4/2006/56, de 27 de diciembre de 2005; fundamentalmente para el caso que nos ocupa véase el Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/12/18, *op.cit.*; pero consúltese también: Resolución 2002/79, de 25 de abril de 2002; Resolución 2003/72, de 25 de abril de 2003; Resolución 2004/72, de 21 de abril de 2004; Resolución 2005/81, de 21 de abril de 2005; Resolución sobre el derecho a la verdad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, núm. 2005/66, de 20 de abril de 2005, *op.cit.*; Informe final revisado del Relator Especial de las Naciones Unidas acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. Louis Joinet, de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev1, de 2 de octubre de 1997, párr. 32; Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005; Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada: “Consejo de Derechos Humanos: El Derecho a la verdad”, A/HRC/5/7, de 7 de junio de 2007; Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías, HR/PUB/09/1, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009; Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de enjuiciamiento, HR/PUB/06/4, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006.

⁸¹⁵ Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 64c).

⁸¹⁶ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, A/HRC/27/56, 27 de agosto de 2014, punto 101.

⁸¹⁷ *Ibid.*, punto 103.

⁸¹⁸ Por ello, “... El Relator Especial... insta a los Estados a que se abstengan de aprobar, y a las organizaciones intergubernamentales a que se abstengan de apoyar, amnistías en relación con crímenes de

que las amnistías respecto de los crímenes internacionales deberían de estar prohibidas, ya que contradicen las obligaciones que se derivan del Derecho internacional, ¿por qué, en el año 2019, todavía no se ha superado el debate? ¿por qué determinados Estados no hacen sino continuar adoptando leyes de amnistía que, incluso, alcanzan a los máximos responsables de haber cometido un crimen internacional sobre los que la Corte Penal Internacional puede ejercer su competencia? Es más, ¿por qué en la reciente Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas no se logró⁸¹⁹ (a diferencia de en la Declaración previamente aprobada⁸²⁰) que el texto del tratado condenara las amnistías aplicables a estos hechos⁸²¹? ¿Por qué se repite la situación en el contexto de la futura Convención sobre los crímenes contra la humanidad⁸²² que se debate en la Comisión de Derecho Internacional⁸²³ en la que, incluso,

genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y otras violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario” (*Ibid.*, punto 108b).

⁸¹⁹ A pesar de ello, conviene añadir que hubo voces que, precisamente, lo demandaron. A este respecto llama la atención que, cuando se estaba debatiendo el texto de la futura Convención, los artículos 5 - 8 del proyecto contenían disposiciones relativas a la amnistía (véase el punto 62 del Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, E/CN.4/2004/59, 23 de febrero de 2004). Sin embargo, los comentarios posteriores venían a matizar esta futura regulación de las leyes de amnistía ya que si bien algunos se mostraban favorables a una incorporación sobre las leyes de amnistía (véase el punto 75) otros, por su parte, defendían que “no se podía ignorar la existencia de amnistías, que a veces eran necesarias en el proceso de reconciliación nacional” (punto 76). Siendo este el estadio de la cuestión, véase la solución que se propuso en los párrafos 79 y 80 del Informe del Grupo de Trabajo E/CN.4/2004/59, *op.cit.* y la crítica de Italia a propósito del resultado que finalmente se alcanzó (*Ibid.*, p. 53).

⁸²⁰ Y es que, la que la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992, sí que menciona expresamente en el artículo 18 lo siguiente: “Artículo 18 .1. Los autores o presuntos autores de actos previstos en el párrafo 1 del artículo 4 supra no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal. 2. En el ejercicio del derecho de gracia deberá tenerse en cuenta la extrema gravedad de los actos de desaparición forzada.” Sin embargo, la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada el 20 de diciembre de 2006, no contiene ninguna referencia expresa a las leyes de amnistía.

⁸²¹ Consúltese un interesante acercamiento a esta polémica en: Scovazzi, Tullio and Citroni, Gabriella, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 328 - 329.

⁸²² Véase un excelente comentario sobre esta cuestión en: Orentlicher, Diane, "Immunities and Amnesties" en Sadat, Leila Nadya (Ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 202 – 222. Puede consultarse también: Relva, Hugo A., "Three Propositions for a Future Convention on Crimes Against Humanity: The Prohibition of Amnesties, Military Courts, and Reservations", *Journal of International Criminal Justice*, Advance articles, 12 October 2018, pp. 1 – 19.

⁸²³ La primera referencia expresa a la amnistía se produce en el año 2017, en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 69º período de sesiones (1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017). Asamblea General, Documentos Oficiales, Septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10) – Sesión en la que se aprobó, en primera lectura, un proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad. La referencia a la amnistía se produjo en uno de los comentarios al artículo 10, relativo al principio *aut dedere aut iudicare*. Concretamente, se señaló que: “8) La obligación del Estado de someter el asunto a las autoridades competentes puede entrar en conflicto con su facultad de conceder una amnistía (...). La amnistía concedida por un Estado en el que se han cometido crímenes puede fundamentarse en

el propio Relator Especial ha recomendado que no se incluya el tema de la amnistía por la imposibilidad que supondría llegar a un acuerdo sobre este punto⁸²⁴, posición que, además, ha sido apoyada por Estados como Francia o Reino Unido⁸²⁵?

La respuesta es sencilla: no existe una voluntad real de prohibir el instrumento que garantice, en determinados contextos, que los Estados puedan limitar el alcance de la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales empleando el clásico argumento de la justicia transicional: la necesidad de lograr la paz y, así,

disposiciones recogidas en la Constitución, en leyes parlamentarias o en otras disposiciones legislativas, y puede ser fruto de un acuerdo de paz para poner fin a un conflicto armado. La amnistía puede ser de índole general o estar supeditada a determinadas condiciones, como el desarme de un grupo no estatal, la disposición del presunto infractor a reconocer públicamente los crímenes cometidos o la presentación por parte de este de disculpas a las víctimas o a sus familiares.

11) Respecto del presente proyecto de artículos, cabe señalar que la amnistía aprobada por un Estado no impediría el enjuiciamiento por otro Estado con competencia concurrente para conocer del delito. En el Estado que ha concedido la amnistía, su validez tendría que analizarse, entre otras cosas, a la luz de las obligaciones que le incumben en virtud del presente proyecto de artículos en relación con la tipificación de los crímenes de lesa humanidad, a fin de cumplir con la obligación de extraditar o juzgar y con las obligaciones relacionadas con las víctimas y otras personas.”

⁸²⁴ En los informes elaborados por el Relator Especial resultan, en ocasiones, paradójicas las afirmaciones que llega a realizar respecto de la legalidad o no de las leyes de amnistía (consúltese, especialmente, el Tercer informe sobre los crímenes de lesa humanidad, Presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial. Comisión de Derecho Internacional, 69º período de sesiones, Ginebra, 1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017. A/CN.4/704, 27 de enero de 2017). En él, por ejemplo, defiende que “existen opiniones divergentes en cuanto a la validez de las amnistías en el derecho internacional” (*Ibid.*, punto 286). Es más, incluso llega a poner en duda la interpretación contraria a las amnistías en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra (punto 287) y no duda en recordar que en los tratados internacionales no se ha excluido las amnistías (punto 288). Es más, de manera un tanto sorpresiva, llega a defender que, pese a que determinados Tratados imponen el deber de llevar a los autores ante la justicia, añade que “estos tratados no exigen el enjuiciamiento, sino que la cuestión se someta a la fiscalía, lo que deja intacta la discrecionalidad de ésta” (punto 289). Así mismo, insiste en que la práctica de los Estados corrobora la promulgación de leyes de amnistía, también en el caso de violaciones graves a los derechos humanos (punto 290). Todo ello le lleva a las siguientes conclusiones (puntos 296 y 297): “296. Como consecuencia de ello, para un sector considerable de la doctrina es difícil concluir que exista un consenso en el sentido de que la prohibición completa de la amnistía, incluso en el caso de los delitos graves, ha alcanzado el rango de norma de derecho internacional consuetudinario. Por el contrario, ese sector aboga por que se tengan en cuenta los factores que intervienen en cada situación concreta, por ejemplo, si la regulación de la amnistía equivale a una amnistía general o prevé determinadas condiciones, o si excluye a los principales responsables de los delitos cometidos.

297. En consonancia con el enfoque adoptado en anteriores tratados relativos a delitos, el Relator Especial opina que el presente proyecto de artículos no debe ocuparse de la cuestión de la amnistía concedida en virtud del derecho nacional. Cualquier amnistía promulgada por un Estado deberá evaluarse a la luz de las obligaciones de ese Estado en virtud de los proyectos de artículo 9 y 14, entre otros, y del derecho internacional consuetudinario vigente y futuro. Además, cabe recordar que una amnistía nacional no obstaculizaría el enjuiciamiento de un crimen de lesa humanidad por un tribunal penal internacional competente o por un Estado extranjero con competencia normativa concurrente sobre ese delito”.

⁸²⁵ Resultan llamativas las posiciones contrapuestas que los Estados, todavía hoy, mantienen a este respecto. Por ejemplo, determinados Estados como Argentina, Perú o Uruguay, han solicitado una prohibición expresa en torno a las leyes de amnistía. Otros Estados, como Sierra Leona, solicitan una distinción entre amnistías generales y condicionadas. Finalmente, un tercer grupo, entre los que se incluyen Francia o Reino Unido rechazan cualquier tipo de incorporación sobre las leyes de amnistía. Véase el Cuarto informe sobre los crímenes de lesa humanidad, Presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial. Comisión de Derecho Internacional, 71er período de sesiones, Ginebra, 29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019. A/CN.4/725, 18 de febrero de 2019, puntos 302 – 303.

reconciliar a la sociedad. Es más, lamentablemente, como veremos a continuación, este discurso ha acabado permeando en aquellos tribunales que, hasta hace relativamente poco tiempo, abanderaban el discurso de la lucha contra la impunidad.

2.2. *La adopción del discurso de la reconciliación en los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos: el regreso al punto de partida*

Actualmente, estamos asistiendo a un cierto retroceso en el reconocimiento de la prohibición expresa y absoluta de las leyes de amnistía aplicables a crímenes internacionales. Lo más llamativo es que esta tendencia revisionista no procede únicamente de la práctica estatal o de la presión ejercida por ciertos sectores doctrinales, sino que empieza a apreciarse en los pronunciamientos de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Concretamente, fue en el voto concurrente del Juez Diego García-Sayán en el *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador*⁸²⁶ en el que comenzó a modularse el discurso. Si bien en la sentencia se declara la nulidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz aprobada por el Estado⁸²⁷, no deja de ser llamativo que cuatro de los siete jueces se adhirieran al voto particular⁸²⁸.

⁸²⁶ Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán en la Sentencia de la Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.

⁸²⁷ Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252. Concretamente, la Corte vuelve a insistir (citando el clásico párrafo del Caso Barrios Altos contra Perú) que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Ibid.*, párrafo 283.

Ahora bien, realiza una importante matización. Y es que, en el caso sometido a la Corte, y a diferencia de los casos previos, se examina una amnistía adoptada en el marco de un conflicto armado interno. Por ello, la Corte toma en consideración las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional Humanitario y, especialmente, de lo dispuesto en el ya reiterado artículo 6 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra (*Ibid.*, párrafo 284). Tras el análisis, la Corte concluye que lo dispuesto en dicho artículo no puede ser extensible a aquellas personas que hayan cometido crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad (*Ibidem*, párrafo 286). Por todo ello, señala que, en el presente caso, se produjo una violación de la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos (*Ibid.*, 295) ya que la Ley de Amnistía vigente produjo una “situación de impunidad debido a la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables” (*Ibid.*, párrafo 296). En definitiva, concluye que la Ley de Amnistía es incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos (*Ibidem*).

⁸²⁸ Por esta razón, como se ha señalado, “sorprende que si la opinión mayoritaria (cinco de siete) era favorable a ese “juicio de ponderación” en este contexto de proceso de transición ¿por qué no se incluyó en el cuerpo principal de la sentencia, y se dejó de forma marginal en un voto concurrente?”, Esteve Moltó, José Elías, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía...”, *op.cit.*, p. 117.

Pues bien, este voto particular al que nos estamos refiriendo, tras insistir en las particularidades contextuales del caso⁸²⁹ y recordar que en el Derecho Internacional “positivo” no hay una norma que prohíba explícitamente la amnistía⁸³⁰, repite un término conocido para la justicia transicional: la necesidad de ponderar, en los conflictos armados de carácter no internacional, las demandas de justicia con la necesidad de lograr la paz⁸³¹. Debido a los discutibles términos empleados, consideramos oportuno citar íntegramente los argumentos esgrimidos:

“26. En cuanto al elemento justicia, el deber jurídico del Estado de investigar y sancionar las más graves violaciones de los derechos humanos es - como lo ha dicho reiteradas veces la Corte - una obligación de medio y forma parte del deber de garantía estipulado en la Convención. Por medio de éste, los Estados deben poner a disposición de las víctimas los remedios adecuados para hacer efectivos sus derechos. Sin embargo, un conflicto armado y la solución negociada del mismo abre varios interrogantes y plantea enormes exigencias jurídicas y éticas en la búsqueda de la armonización entre justicia penal y paz negociada.

27. Esta armonización debe hacerse a través de un juicio de ponderación de estos derechos en el marco propio de una justicia transicional...”⁸³²

⁸²⁹ Es llamativo que se remarque, una y otra vez, que la presente amnistía se produce dentro del marco de un conflicto armado de carácter no internacional. Véase, por ejemplo, Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán en la Sentencia de la Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, puntos 9 – 10 y 20.

⁸³⁰ *Ibid.*, punto 17.

⁸³¹ *Ibid.*, punto 4. Concretamente, este punto clave dice así: “Más allá de lo resuelto en casos anteriores, la cuestión de las amnistías y su relación con el deber de investigar y sancionar graves violaciones a derechos humanos, requiere un análisis que proporcione criterios adecuados para un juicio de ponderación en contextos en los que pudieran surgir tensiones entre las demandas de justicia con los requerimientos de una paz negociada en el marco de un conflicto armado no internacional. Este voto concurrente aborda precisamente estos temas, a partir de la sentencia de la Corte en el presente caso”.

⁸³² *Ibid.*

Tras unas imprecisas aclaraciones, concluyó argumentando que:

“37. La solución negociada de un conflicto armado interno abre varios interrogantes sobre el juicio de ponderación de estos derechos, en la legítima discusión sobre la necesidad de cerrar el conflicto y poner fin a futuras graves violaciones de los derechos humanos. Los Estados tienen el deber jurídico de atender los derechos de las víctimas, y con la misma intensidad, la obligación de prevenir nuevos hechos de violencia y alcanzar la paz en un conflicto armado por los medios que estén a su alcance. La paz como producto de una negociación se ofrece como una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto del aniquilamiento del contrario. Por ello, el derecho internacional de los derechos humanos debe considerar a la paz como un derecho y al Estado como obligado a alcanzarla.

38. De este modo, en ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente. En esas circunstancias, tomando en consideración que no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se ponderen de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecten de forma desproporcionada la vigencia de los demás. Así, el grado de justicia al que se pueda llegar no es un componente aislado, del cual se podrían derivar legítimas frustraciones e insatisfacciones, sino parte de un ambicioso proceso de transición hacia la tolerancia recíproca y paz”, (*Ibidem.*).

Como cabe apreciar, el argumento que se emplea para justificar esta “ponderación” y distanciarse de la jurisprudencia previa de la Corte se reduce a la mera evocación del concepto “justicia transicional”. Teniendo en cuenta que es, ni más ni menos, que un Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien alude a la justicia transicional como medio para justificar la “ponderación” de los derechos, parece lógico esperar una fundamentación basada en la normativa internacional. No obstante, no procedió a analizar el Derecho Internacional vigente con la finalidad de justificar el sentido de su voto.

Es más, resulta llamativa la escasa relación que el voto concurrente mantiene con el fondo de la Sentencia. Y es que, en ningún caso procede a realizar un análisis detallado de las leyes de amnistía dictadas en el marco de los conflictos armados de carácter no internacional como cabía esperar. Por ello, no deja de resultar paradójico que, pasando por alto esta cuestión, proceda a reflexionar sobre la ponderación entre una serie de obligaciones que resultan aplicables en la justicia transicional cuando, el presente caso, no demandaba estrictamente un análisis semejante. Esta constatación nos lleva a deducir que, probablemente, el Voto concurrente no estaba dirigido principalmente al caso de El Salvador sino que pudiera tenerse a Colombia y su posible futuro proceso de justicia transicional en mente⁸³³.

Al margen de la Corte Interamericana, también cabe apreciar cierta “flexibilización” del Derecho Internacional aplicable en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y es que, en el año 2014, en el caso de *Marguš c. Croacia*, tras analizar la situación jurídica en la que se encuentran actualmente las amnistías⁸³⁴, el Tribunal afirmó lo siguiente:

“139. A growing tendency in international law is to see such amnesties as unacceptable because they are incompatible with the unanimously recognised obligation of States to prosecute and punish grave breaches of fundamental human rights. Even if it were to be accepted that amnesties are possible where there are some particular circumstances, such as a reconciliation process and/or a form of compensation to the victims, the amnesty granted to the applicant in the instant case would still not be acceptable since there is nothing to indicate that there were any such circumstances.”⁸³⁵

Obsérvese que el Tribunal, en un primer momento, reconoce que, en principio, las amnistías serían inaceptables por ser incompatibles con la obligación del Estado de

⁸³³ Esteve Moltó, José Elías, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía...”, *op.cit.*, pp. 117 – 119.

⁸³⁴ Véanse especialmente los párrafos 125 – 138 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Gran Sala, Asunto Margus contra Croacia, (Demanda núm. 4455/10), Sentencia, Estrasburgo, 27 de mayo de 2014.

⁸³⁵ *Ibidem*.

enjuiciar y castigar las graves violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, acto seguido siembra la duda al añadir que estas medidas podrían ser viables en determinadas circunstancias como, por ejemplo, los procesos de reconciliación o si se produjera alguna forma de compensación a las víctimas⁸³⁶.

Empezando por este último argumento, es preciso recordar que en el campo de la justicia transicional existen un conjunto de mecanismos que deben aplicarse de manera complementaria y nunca sustitutiva. Por ello, aplicando la teoría transicional al presente caso deberíamos criticar con dureza todo intento de sustituir o remplazar el deber del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales en base al argumento de que se ofrecerá algún tipo de compensación o reparación a las víctimas. Como hemos comprobado en el Capítulo primero, esta fórmula alternativa entre mecanismos, actualmente, no tendría cabida en la justicia transicional.

Sin embargo, más discutido nos parece el primero de los argumentos empleados: el ambiguo concepto de la reconciliación. En efecto, nos parece discutible que el Tribunal deje la puerta abierta a ciertos tipos de amnistía, siempre y cuando tengan como objetivo lograr la reconciliación de la sociedad, máxime cuando tampoco procede a aclarar qué contextos serían éstos o con qué alcance podrían aplicarse. En definitiva, en esta sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no profundizó suficientemente en esta cuestión (tal vez de manera deliberada) y abrió un debate que puede generar dudas en torno a la posible legalidad de determinadas medidas de amnistía que puedan ser aprobadas en ambiguos “procesos de reconciliación”.

Sin embargo, en uno de los votos concurrentes se ofrecen argumentos adicionales que parecen precisar con mayor detalle el sentido de la sentencia. Y es que, los magistrados autores del mismo, tras señalar que la doctrina se halla dividida en torno a la legalidad o no de las leyes de amnistía y tras reconocer que el Derecho Internacional ha limitado el margen de discrecionalidad de los Estados a la hora de proceder a su adopción, añaden

⁸³⁶ Este matiz se pudo haber promovido debido a la participación de un grupo de expertos con cierta tendencia a apoyar determinadas medidas de amnistía. Y es que, como ellos mismos explicaron, “We therefore intervened in the *Margus* case to discourage the court from asserting a total ban on amnesties. The court appears to have paid heed to these concerns. Its decision last week stated that although there is a growing tendency to see amnesties as unacceptable for war crimes, there remains a possibility that amnesties for these crimes could be possible where there are some particular circumstances, such as a reconciliation process and/or form of compensation to the victims. The *Margus* case and The Belfast Guidelines suggest that the EU should not adopt a total ban on amnesties. However, neither should it support unconditional amnesties for international crimes and gross human rights violations”, Mallinder, Louise, “Court decision on post-war amnesties is lesson for EU”, Ulster, 4 June 2014. Disponible online en: <https://euobserver.com/opinion/124455>

que “stating that international law in 2014 completely prohibits amnesties in cases of grave breaches of human rights does not reflect the current state of international law”⁸³⁷. Dicho lo cual, concluyen con estas discutibles apreciaciones que, por su relevancia, consideramos oportuno citar íntegramente:

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

The adoption of international rules imposing a blanket ban on amnesties in cases of grave violations of human rights is liable, in some circumstances, to reduce the effectiveness of human rights protection. The third-party intervener submitted solid arguments against recognising the existence of a rule of international law prohibiting amnesties completely in cases of human rights violations. We must acknowledge that in certain circumstances there may be practical arguments in favour of an amnesty that encompasses some grave human rights violations. We cannot rule out the possibility that such an amnesty might in some instances serve as a tool enabling an armed conflict or a political regime that violates human rights to be brought to an end more swiftly, thereby preventing further violations in the future. In any event, as we see it, the concern to ensure effective protection of human rights points in favour of allowing the States concerned a certain margin of manoeuvre in this sphere, in order to allow the different parties to conflicts engendering grave human rights violations to find the most appropriate solutions.”⁸³⁸

Como cabe apreciar, los argumentos son hasta cierto punto similares a lo defendido por determinados sectores doctrinales y, por ende, nos remitimos a las razones ya esgrimidas y tantas veces reiteradas para condenar este tipo de posiciones. No obstante, en este caso la crítica, a nuestro juicio, debe ser incluso más enérgica por hallarnos ante argumentos vertidos en el seno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En definitiva, estos recientes fallos provenientes de órganos internacionales de protección de los derechos humanos apuntan, a nuestro juicio, hacia un peligroso retroceso a discursos que se creían superados. Y es que, no deja de ser llamativo que se continúe empleando como uno de los argumentos principales el ambiguo concepto de la

⁸³⁷ Grand Chamber, Case of *Marguš v. Croatia*, (Application No. 4455/10), Judgment, Strasbourg, 27 may 2014, Joint concurring opinion of Judges Šikuta, Wojtyczek and Vehabović, párrafo 8.

⁸³⁸ *Ibid.*, párrafo 9.

reconciliación que, en el fondo, nos lleva de nuevo a los orígenes más profundos de la justicia transicional.

A la vista de los acontecimientos, nos parece oportuno poner de relieve que cualquier amnistía que se adopte tras un conflicto armado puede subsumirse bajo el discurso de la necesidad de “reconciliar” a las partes enfrentadas y, por ello, podríamos acabar concluyendo que cualquier amnistía estaría legitimada jurídicamente, posición que no compartimos. Una amnistía seguirá siendo una amnistía, independientemente de los objetivos bajo los que se la quiera maquillar: reconciliación, paz o perdón, conceptos todos ellos empleados desde que comenzara a desarrollarse tanto el campo de la justicia transicional como el propio Derecho Internacional Penal. Por esta razón, nos parece preocupante que hayan sido los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos los que, finalmente, hayan comenzado a incorporar estos ambiguos conceptos en sus argumentarios. Ante esta situación, analizaremos a continuación si la creación de la Corte Penal Internacional puede revertir esta tendencia.

3. La Corte Penal Internacional y las amnistías: ¿avance o retroceso en la prohibición expresa de estas medidas de impunidad?

3.1. Los intentos doctrinales por encajar las amnistías dentro del Estatuto de Roma: la invención de las amnistías “condicionadas”

Pese al retroceso que parece estar produciéndose en el ámbito internacional, los más optimistas puede que se basen en la existencia de la Corte Penal Internacional para defender que, cuando este tribunal intervenga, estas opciones no tienen la más mínima opción de prosperar. Pues bien, lamentablemente creemos que se equivocan. Y es que, no son pocos los expertos de reconocido prestigio que defienden, con el Estatuto de Roma en mano, que también es posible que un Estado adopte medidas de amnistía, incluso ante la comisión de los crímenes internacionales sobre los que la Corte Penal Internacional ejerce su competencia.

Para comprender adecuadamente estas posiciones doctrinales conviene recordar que, en los orígenes tanto de la justicia transicional como del Derecho Internacional Penal, los debates se reducían a las “amnistías”, sin ningún tipo de aditivos. Sin embargo, a medida que se exigía con más vehemencia el cumplimiento de un conjunto de obligaciones

dirigidas a investigar, enjuiciar y sancionar a los presuntos responsables de haber cometido crímenes internacionales, estas polémicas medidas comenzaban a estar seriamente cuestionadas.

Si bien parece lógico pensar que, ante esta situación, este tipo de mecanismos estaban condenados a desaparecer o, por lo menos, a ser señalados cada vez que hacían una mínima aparición, paradójicamente, han sabido adaptarse a los nuevos tiempos y han resurgido, por si fuera poco, con mayor legitimación jurídica. Y es que, actualmente, lejos de reducir el debate a las “amnistías”, contamos con un variado elenco que, en el fondo, comparte el mismo sustrato: impedir la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables de haber cometido determinados crímenes internacionales.

Si bien son muchas y muy variadas las clasificaciones que se realizan, normalmente suele ser común emplear el concepto de las “amnistías condicionadas” para englobar a las mismas⁸³⁹. A grandes rasgos podemos afirmar que nos hallamos ante una modalidad de amnistía que, teniendo el ejemplo de Sudáfrica en mente⁸⁴⁰, puede ser otorgada a aquellos que hayan cometido crímenes internacionales siempre y cuando cumplan una serie de “condiciones” como, por ejemplo, contribuir con su declaración a dilucidar la verdad o reparar a las víctimas⁸⁴¹. Precisamente, una de las consecuencias que conlleva

⁸³⁹ Pueden apreciarse este tipo de clasificaciones en: Van Der Wolf, Willem, *The Ad hoc tribunals and the International Criminal Court and International criminal law*, The Hague, International Courts Association, 2011, pp. 57 – 58; Mallinder, Louise, “Beyond the Courts? The Complex Relationship of Trials and Amnestie” en Schabas, William A. (Ed.), *International Criminal Law, Volume II*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 769 – 770; Razesberger, Florian, *The International Criminal Court...*, *op.cit.*, pp. 172 – 174; Slye, Ron, “Amnesties, international crimes and the ICC” en *Report from a symposium on The investigation and prosecution of `core international crimes´ and the role of the International Criminal Court in Africa, Zevenwacht, Cape Town, 2-4 August 2006*, Institute for Security Studies, 2007, pp. 82 – 84; Morel, Sophie, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la Cour pénale internationale...*, *op.cit.*, pp. 220 – 226; Galella, Patricio, “Amnesty laws in the case-law of the Inter-American Court of Human Rights”, *op.cit.*, p. 460; Scharf, Michael P., “The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *op.cit.*, pp. 526 – 527; Dugard, John, “Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions” en Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, *op.cit.* pp. 699 – 700; Sadat, Leila Nadya, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law...*, *op.cit.*, p. 67; Olásolo Alonso, Héctor, “Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional”, *op.cit.*, pp. 268 – 296; Ludwin King, Elizabeth B., “Amnesties in a Time of Transition”, *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* Vol. 41, 2010, pp. 583 – 595; Vriezen, Vera, *Amnesty justified? The need for a case by case approach in the interests of human rights*, *op.cit.*, pp. 39 – 46; Sarkin, Jeremy Julian, “How Conditional Amnesties Can Assist Transitional Societies in Delivering on the Right to the Truth. Are Such Processes Compatible with International Law?”, *International Human Rights Law Review*, Vol. 6, Issue 2, 2017, pp. 143 -175.

⁸⁴⁰ A este respecto, ha sido el ejemplo de Sudáfrica el que ha “inspirado” a ciertos autores a la hora de realizar este tipo de clasificaciones. Para ampliar la información al respecto, acúdase a: Mallinder, Louise, “Beyond the Courts? The Complex Relationship of Trials and Amnestie”, *op.cit.*, pp. 769 – 770.

⁸⁴¹ El experto Kai Ambos defiende este tipo de amnistías de la siguiente manera: “Una amnistía condicional es una amnistía que —a diferencia de una amnistía absoluta— no exime automáticamente de castigo por los actos cometidos durante un cierto período, sino que condiciona el beneficio a la realización de ciertos

la necesidad de cumplir esta serie de condiciones es que una amnistía no puede impedir, por ejemplo, la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad o a la reparación⁸⁴².

La referencia a esta tipología de amnistías condicionadas, más allá de ser una mera reivindicación doctrinal, comienza a vislumbrarse de manera incipiente en determinados círculos de las Naciones Unidas como, por ejemplo, en el seno de la Comisión de Derecho Internacional⁸⁴³ o en ciertos estudios promovidos por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁸⁴⁴.

actos o ciertas concesiones por el (los) beneficiario(s).", Ambos, Kai, "El marco jurídico de la justicia de transición", *op.cit.*, p. 71.

⁸⁴² Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, de 2 de Octubre de 1997; Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/12/18, *op.cit.*; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos": El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, de 7 de junio de 2007, *op.cit.*; Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005. Precisamente, en el Conjunto de principios se insiste en que "La amnistía y otras medidas de clemencia no afectan al derecho de las víctimas a reparación previsto en los principios 31 a 34, y no menoscabarán en el derecho a saber" (Principio 24b).

⁸⁴³ Ésta es la situación, por ejemplo, en la Comisión de Derecho Internacional. Y es que, en la Sesión en la que se aprobó, en primera lectura, un proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, en el comentario al artículo 10, relativo al principio *aut dedere aut iudicare*, se señaló que: "8) La obligación del Estado de someter el asunto a las autoridades competentes puede entrar en conflicto con su facultad de conceder una amnistía (...). La amnistía concedida por un Estado en el que se han cometido crímenes puede fundamentarse en disposiciones recogidas en la Constitución, en leyes parlamentarias o en otras disposiciones legislativas, y puede ser fruto de un acuerdo de paz para poner fin a un conflicto armado. La amnistía puede ser de índole general o estar supeditada a determinadas condiciones, como el desarme de un grupo no estatal, la disposición del presunto infractor a reconocer públicamente los crímenes cometidos o la presentación por parte de este de disculpas a las víctimas o a sus familiares", Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 69º período de sesiones (1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017). Asamblea General, Documentos Oficiales, Septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10). Véase también cómo se refiere a la tipología de amnistías el Relator Especial en el Tercer informe sobre los crímenes de lesa humanidad, Presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial. Comisión de Derecho Internacional, 69º período de sesiones, Ginebra, 1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017. A/CN.4/704, 27 de enero de 2017, punto 285.

⁸⁴⁴ Por ejemplo, en el documento publicado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), en las páginas 24 y 25 explican: "Además, en los países que son Estados partes en el Estatuto de Roma las amnistías en relación con delitos de la competencia de la Corte Penal Internacional pueden suponer una infracción de las obligaciones jurídicas que impone ese Estatuto, y el Fiscal no está obligado a respetarlas. La situación puede ser más incierta cuando las amnistías están sometidas a condiciones distintas del castigo pleno, como la revelación de información acompañada por algún tipo de sanción. Tal vez esas medidas hayan de ser evaluadas por el Fiscal y la Sala de Cuestiones Preliminares con arreglo al artículo 53 del Estatuto de Roma, según el cual puede decidir si una investigación o un enjuiciamiento redundaría en «interés de la justicia». Como principio general, no obstante, es evidente que los Estados tienen el deber de ejercer su competencia en lo penal con arreglo al Estatuto de Roma y toda invocación del «interés de la justicia» como base para no actuar será sumamente excepcional". Como cabe apreciar, incluso la OACNUDH deja la puerta abierta a ciertas amnistías condicionadas en el marco del Estatuto de Roma. Situación preocupante sin ningún género de dudas ya que, no debemos olvidar, nos estamos refiriendo a crímenes que son calificados como crímenes internacionales y que, en el marco de la actuación de la Corte

Lo llamativo de estos pronunciamientos es que la defensa de las amnistías no se basa exclusivamente en argumentos meramente políticos⁸⁴⁵, sino que se realiza con el Derecho Internacional y, especialmente, tomando en consideración el Estatuto de Roma⁸⁴⁶. Si bien,

Penal Internacional, habrán sido cometidos por personas que pueden adquirir la condición de máximos responsables.

⁸⁴⁵ Véase, por ejemplo, cómo defiende la necesidad de responder políticamente a estas dificultades: Perdomo Torres, Jorge Fernando, "Corte penal internacional y amnistía", *Derecho penal y criminología*, Vol. 27, Núm. 81, 2006, p. 165.

⁸⁴⁶ El siguiente listado de obras doctrinales analizan las medidas de amnistía tomando en consideración el marco jurídico previsto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Carletti, Cristiana, "La responsabilité pénale internationale et l'institution de l'amnistie: complémentarité entre la Cour Pénale Internationale et le juge national" en Zanghì, Claudio et Achour, Rafaà Ben (Eds.), *Droits de l'homme et juridictions pénales internationales. Séminaires italo-tunisiens (Tunis-Rome) Mai-Novembre 2009*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2009, pp. 113 – 139; Djamchid Momtaz, Téhéran, « La compétence complémentaire de la Cour Pénale Internationale à l'épreuve des lois d'amnistie inconditionnelle », *Die Friedens-Warte*, Num. 78, Issue 1, 2003, pp. 53 – 62; Morel, Sophie, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la Cour pénale internationale...*, *op.cit.*; Roht-Arriaza, Naomi, "Amnesty and the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 77 – 82; Slye, Ron, "Amnesties, international crimes and the ICC", *op.cit.*, pp. 79 – 87; Jacobs, Dov, "Puzzling over Amnesties...", *op.cit.*, pp. 305 – 345; Seibert-Fohr, Anja, "The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions", *op.cit.*, pp. 553 - 590; Stahn, Carsten, "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice...", *op.cit.*, pp. 695 - 720; Stahn, Carsten, "United Nations peace-building, amnesties and alternative forms of justice: A change in practice?", *IRRC*, Vol. 84, N° 845, March 2002, pp. 191 - 205; Scharf, Michael P., "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 507-527; Du Bois-Pedain, Antje, "Post-conflict accountability and the demands of justice: can conditional amnesties take the place of criminal prosecutions", Palmer, Nicola, Clark, Phil and Granville, Daniele (Eds.), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, pp. 459 - 483; Arsanjani, Manhoush H., "The International Criminal Court and National Amnesty Laws", *op.cit.*, pp. 65 - 68; Clark, Thomas Hethe, "The Prosecutor of the International Criminal Court, Amnesties, and the "Interest of Justice"...", *op.cit.*, pp. 389 - 414; Cárdenas Aravena, Claudia, "The admissibility test before the International Criminal Court...", *op.cit.*, pp. 115 – 139; Dugard, John, "Dealing With Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?", *op.cit.* pp. 1001-1015; Gavron, Jessica, "Amnesties in the light of developments...", *op.cit.*, pp. 91-117; Gropengiesser, Helmut and Meissner, Jörg, "Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 267-300; Newman, Dwight G., "The Rome Statute, Some Reservations Concerning Amnesties, and a Distributive Problem", *op.cit.*, pp. 293 - 357; Roche, Declan, "Truth commissions, amnesties and the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 565 - 581; Robinson, Darryl, "Serving the Interest of Justice...", *op.cit.*, pp. 481 - 505; Roth - Arriaza, Naomi, Schey, Peter A. and Shelton, Dinah, "Addressing Human Rights Abuses: Truth Commissions and the Value of Amnesty", *19 Whittier Law Review*, 325, 1997, pp. 325 - 344; Schabas, William A., "National amnesties, truth commissions and international criminal tribunals", *op.cit.*, pp. 373 - 390; Allan, Kate, "Prosecution and Peace: A Role for Amnesty before the ICC?", *op.cit.*, pp. 239 - 301; Angermaier, Claudia, "The ICC and Amnesty: Can the Court Accommodate a Model of Restorative Justice", *Eyes on the ICC*, vol. 1, No.1, 2004, pp. 131 - 146; Gomez, Robert, "Transitional States, the ICC, and Amnesties, Establishing an Advisory Commission", *Eyes on the ICC*, Vol. 3, No.1, 2006, pp. 57 - 83; Han, Sang Wook Daniel, "The International Criminal Court and National Amnesty", *op.cit.*, pp. 97 - 124; Majzub, Diba, "Peace or Justice - Amnesties and the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 247 - 279; Mbokani, Jacques B., "L'amnistie et la répression des crimes de droit international au regard de l'avènement de la Cour pénale internationale: le Statut de Rome à l'épreuve des impératifs de la justice transitionnelle", *Annales de Droit de Louvain*, Vol. 75, N° 2, 2015, pp. 239 - 276; Perdomo Torres, Jorge Fernando, "Corte penal internacional y amnistía", *op.cit.*, pp. 159 – 171; Jeffery, Renée, *Amnesties, Accountability and Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2014; Corban, Helena, *Amnesty after atrocity? Healing nations after genocide and war crimes*, Boulder-London, Paradigm Publishers, 2007; Chigara, Ben, *Amnesty in international law: the legality under international law of national amnesty laws*, Essex, Pearson Education Limited, 2002.; Schlunck, Angelika, *Amnesty versus Accountability. Third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international conflicts*, Berlin, Berlin Verlag, 2000; Eijl, Renee van, *Dealing with crimes of the past: no more amnesty? An inquiry into the lawfulness of amnesty for human rights atrocities under international law*, Den Haag, CIP Gegevens

como ya hemos adelantado, el Estatuto de Roma no se pronuncia sobre las leyes de amnistía -razón por la que determinados especialistas no dudan en proponer un Protocolo Adicional al Estatuto que regule, precisamente, este tema⁸⁴⁷, mientras que otros han recomendado la creación de una comisión que ayude al Fiscal de la Corte a actuar ante las amnistías nacionales⁸⁴⁸-, ciertos sectores doctrinales se basan en determinados preceptos para defender una interpretación concreta que permitiera legitimar estas medidas. Concretamente, son tres los artículos principales que se citan: el artículo 17⁸⁴⁹,

Koninklijke Bibliotheek, 2009; Ntoubandi, Faustin Z., *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007; Villa-Vicencio, Charles and Doxtader, Erik, *The Provocations of Amnesty*, South-Africa, Africa World Press, 2003; Lessa, Francesca and Payne, Leigh A., *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability: Comparative and International Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

⁸⁴⁷ Véase la enmienda al Estatuto que se propone en: O'Shea, Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, The Hague-London-New York, Kluwer Law International, 2002. El autor explica las razones que le llevan a proponer un protocolo al Estatuto de Roma en el capítulo 11 y, posteriormente, él mismo redacta una propuesta de protocolo como Anexo al libro (pp. 330 - 336).

⁸⁴⁸ Gomez, Robert, "Transitional States, the ICC, and Amnesties, Establishing an Advisory Commission", *op.cit.*, p. 57.

⁸⁴⁹ Dado que el artículo 17 se refiere al sistema de complementariedad sobre el que se asienta la Corte Penal Internacional y que los sectores doctrinales que emplean este artículo para justificar las amnistías condicionadas toman como ejemplo el caso de Sudáfrica -en el que la amnistía se hallaba ligada a la declaración en una comisión de la verdad-, dejaremos este análisis para el Capítulo tercero en el que profundizaremos en estos concretos mecanismos de la justicia transicional.

el artículo 53⁸⁵⁰ y el artículo 16⁸⁵¹. Ahora bien, sea cual sea el precepto que se emplee, la conclusión es similar: el Estatuto de Roma permite las amnistías condicionadas⁸⁵².

⁸⁵⁰ Acúdase a la Sección tercera del Capítulo segundo para profundizar en la interpretación que cierto sector de la doctrina ha realizado a propósito del artículo 53 y su posible aplicación a las amnistías.

⁸⁵¹ Llamativamente, pese al claro límite temporal establecido por el artículo 16 del Estatuto de Roma, ciertos sectores doctrinales han examinado la posible aplicación de este precepto en aquellos casos en los que el Estado aprueba una medida de amnistía. Es decir, se defiende que, si se hallara vigente la misma, el Consejo de Seguridad podría suspender la investigación o el enjuiciamiento ante la Corte y, además, de esta manera se produciría la validación de la medida de impunidad. Si bien las posiciones doctrinales no son homogéneas, podríamos incluir dentro del grupo doctrinal que aplica el artículo 16 a las leyes de amnistía a los siguientes especialistas: Morel, Sophie, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la Cour pénale internationale...* *op.cit.*; Carletti, Cristiana, "La responsabilité pénale internationale et l'institution de l'amnistie: complémentarité entre la Cour Pénale Internationale et le juge national", *op.cit.*, pp. 128 – 129; Slye, Ronald, "Immunities and amnesties", *op.cit.*, pp. 192 – 193; Newman, Dwight G., "The Rome Statute, Some Reservations Concerning Amnesties, and a Distributive Problem", *op.cit.*, p. 318; Gropengiesser, Helmut and Meissner, Jörg, "Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 288 – 294; Dukic, Drazan, "Transitional justice and the International Criminal Court...", *op.cit.*, p. 695; Allan, Kate, "Prosecution and Peace: A Role for Amnesty before the ICC?", *op.cit.*, pp. 266 – 271; Majzub, Diba, "Peace or Justice - Amnesties and the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 270 – 271; Torres Argüelles, Alfredo, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, *op.cit.*, p. 71.

A juicio de otro grupo de expertos, en cambio, este hecho no implicaría que se le otorgara legitimidad a la ley de amnistía, sino que, simplemente, se paralizaría por un período de tiempo el proceso ante la Corte (Kayitana, Evode, *Complementarity, State Sovereignty and Universal Jurisdiction: A South African Perspective*, Galda Verlag, Glienicke, 2016, pp. 224 – 226). También existe una tercera posición doctrinal que se distancia un tanto de este segundo grupo al dudar si, en el caso de amnistías contrarias al Estatuto de Roma, sería posible la suspensión de la investigación ante la Corte (Scharf, Michael P., "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 522 – 524; Keller, Linda M., "The False Dichotomy of Peace versus Justice...", *op.cit.*, pp. 17 – 20; Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions...*, *op.cit.*, pp. 427 – 428; Lyons, Scott W., "Ineffective Amnesty: The Legal Impact on Negotiating the End to Conflict", *Wake Forest L. Rev.*, Vol. 47, 2012, p. 835; Naqvi, Yasmin, "Amnesty for war crimes: Defining the limits of international recognition", *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, N°851, September 2003, pp. 592 – 594).

Finalmente, un último grupo de expertos cuestiona la aplicación del artículo 16 en el caso de que se intenten validar leyes de amnistía, posición que compartimos ya que defender la validación de una ley de amnistía contraria al Estatuto de Roma en base al artículo 16 implicaría una clara vulneración de la normativa internacional (Stahn, Carsten, "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice...", *op.cit.*, pp. 698 – 699; Gavron, Jessica, "Amnesties in the light of developments...", *op.cit.*, pp. 108 – 109; Ambos, Kai, "El marco jurídico de la justicia de transición", *op.cit.*, p. 100; Han, Sang Wook Daniel, "The International Criminal Court and National Amnesty", *op.cit.*, pp. 100 – 101; Freeman, Mark, *Necessary Evils...*, *op.cit.*, p. 81). En efecto, por una parte, debemos prestar atención al límite temporal que mencionábamos previamente. Es decir, una amnistía, en principio, se presume permanente y, en consecuencia, el Consejo de Seguridad debería proceder a renovar la suspensión de la investigación anualmente. Por ello, es posible que esta renovación, en algún momento, no se aprobara. En ese caso, ¿qué ocurriría? ¿Acaso deberíamos entender que el Consejo de Seguridad ha considerado que la amnistía no merece más su protección y que es contraria al Estatuto de Roma? La respuesta, a nuestro juicio, debe ser negativa ya que, como es habitual, la caída de la resolución habrá obedecido a razones políticas que no guardan relación con la función judicial de la Corte ni con la presunta ilegalidad de la amnistía. Por ello, nos parece incoherente defender, con el Estatuto en mano, que una medida contraria al mismo puede ser validada en base al texto de su articulado. Por otra parte, también consideramos que la defensa de este tipo de argumentos carece de sentido jurídico alguno por una razón bien sencilla: porque no es necesario que el Estado haya adoptado una ley de amnistía para que el Consejo de Seguridad decida suspender la investigación o enjuiciamiento ante la Corte. Es decir, incluso en el hipotético caso de que el Estado se mantuviera impasible y no adoptara ningún tipo de medida que le pudiera llevar a mostrar públicamente su escasa voluntad de actuar, el Consejo de Seguridad podría paralizar igualmente toda investigación. Dicho en otros términos, si el Consejo de Seguridad así lo decide, puede suspender cualquier intervención de la Corte con independencia de cuáles hayan sido las vicisitudes o medidas internas de los Estados afectados o, mejor dicho, beneficiados.

A nuestro juicio, actualmente, no es posible defender que “en el derecho internacional se ha desarrollado un enfoque bifurcado que distingue entre amnistías absolutas y amnistías condicionadas”⁸⁵³. Si bien no descartamos que, en un futuro, ésta sea la situación a la que nos veamos abocados, actualmente, nos parece precipitado considerar que el Derecho Internacional permite las amnistías condicionadas. Es más, creemos que, precisamente, la práctica seguida por la Corte Penal Internacional, a la que a continuación nos vamos a referir, permite sustentar esta posición que defendemos.

3.2. Las amnistías incorporadas en los acuerdos de paz firmados por los Estados cuyos nacionales podrían ser investigados y enjuiciados ante la Corte Penal Internacional

En los primeros años de funcionamiento, cuando la Corte analizaba las amnistías en abstracto no dudaba en condenar enérgicamente las mismas en el caso de que alcanzaran a los crímenes internacionales sobre los que ejercía su competencia. Así, en las declaraciones genéricas, los diversos órganos de la Corte reiteraban que las amnistías están prohibidas en el caso de que se hubieran producido crímenes internacionales. Por ejemplo, en la estrategia de enjuiciamiento publicada para el período 2009-2012, la Oficina de la Fiscalía señaló que continuaría trabajando para que los acuerdos de paz excluyeran la amnistía respecto de los crímenes previstos en el Estatuto de Roma⁸⁵⁴. Precisamente, gracias a la presión ejercida por la Corte Penal Internacional se logró

Al margen de ser esta la postura que mantenemos, queremos insistir en que no ha pasado desapercibida en la doctrina la defensa de la validación de las leyes de amnistía en base al polémico artículo 16. Y, por esta razón, resulta llamativo que la Corte Penal Internacional no se haya pronunciado sobre esta cuestión y se haya limitado a afirmar que: “It should nonetheless be recalled that an article 16 deferral does not divest the Court of jurisdiction - the deferral only suspends the process for a renewable 12 month period. It is in this regard that, the Council would no doubt need to consider whether there has been a change of circumstances within the situation that would justify continued suspension of investigations and prosecutions or resuming them. A deferral is not an amnesty, nor an offer of immunity from prosecution - it buys time perhaps, but it does not buy a way out for alleged war criminals.” (Keynote address by Mrs. Fatou Bensouda: Setting the record straight: the ICC's new Prosecutor responds to African concerns: Reconciling the independent role of the ICC Prosecutor with conflict resolution initiatives, *op.cit.*). Como bien señala la Fiscalía, la suspensión no es una amnistía. Por ende, podemos entender (extendiendo mucho e, incluso, sacando de contexto las declaraciones de la Fiscalía) que, si una suspensión no equivale a amnistía, una amnistía no es sinónimo de suspensión. Por ende, insistimos, las posturas doctrinales que tienden a ver en el artículo 16 un mecanismo legitimador de medidas de amnistía consideramos que carecen de base jurídica alguna.

⁸⁵² Ambos, Kai, “El marco jurídico de la justicia de transición”, *op.cit.*, pp. 79 - 80.

⁸⁵³ Ambos, Kai, “La ley de amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional” en Ambos, Kai, Cortés Rodas, Francisco y Zuluaga, John (Coords.), *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL), Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, 2018, p. 120.

⁸⁵⁴ The Office of the Prosecutor, *Prosecutorial Strategy 2009-2012*, The Hague, 1 February 2010, p. 12.

excluir las amnistías de ciertos acuerdos de paz como, por ejemplo, en los casos de la República Democrática del Congo⁸⁵⁵ o de la República Centroafricana I⁸⁵⁶.

Sin embargo, las declaraciones eran algo más ambiguas cuando la Corte debía de examinar algún proceso concreto en el que se habían aprobado leyes de amnistía. Es más, a nuestro juicio, su actuación en el caso de determinadas amnistías aprobadas por Estados que se hallaban bajo su supervisión puede ser calificada, incluso, de superficial ya que, en ocasiones, se mantuvo como una mera espectadora sin condenar ni actuar ante la promulgación de determinadas leyes de amnistía aplicables también a crímenes internacionales sobre los que podría tener competencia.

⁸⁵⁵ Por ejemplo, en la República Democrática del Congo, se ha defendido que, “cuando se negoció en enero de 2008 el Acuerdo de Paz de Goma, la Fiscalía proporcionó información a los participantes y se excluyó toda amnistía por los crímenes de competencia de la Corte” (Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Corte sobre la complementariedad. ICC-ASP/10/23, *op.cit.*, p. 11, nota 17). Sin embargo, el Centro Internacional para la Justicia Transicional ha criticado con dureza la Ley 09/003, de 7 de mayo de 2009. A su juicio, si bien en teoría la ley excluye los crímenes internacionales, en la práctica perpetua la impunidad al emplearse como si fuera una ley de amnistía absoluta (ICTJ, *Amnesty Must Not Equal Impunity*”, Focus: 2009 DRC Amnesty Law, 2009. Disponible online en: <https://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-DRC-Amnesty-Facts-2009-English.pdf>. Es más, esta situación parece repetirse en la nueva ley de amnistía aprobada el 11 de febrero de 2014 ya que, en este caso también, pese a que se insiste en la exclusión de los crímenes internacionales del ámbito de aplicación de la medida, en la práctica, hay quien muestra serias dudas de que se imparta justicia en el Estado (Pinto Soares, Patricia, “Transitional justice in the DRC: The 2014 Amnesty Law and the principle of complementarity - *Quid Juris?*” en Mariniello, Triestino (Ed.), *The International Criminal Court in Search of its Purpose and Identity*, London and New York, Routledge, 2013, pp. 174 - 189. Es más, a juicio de la autora esta ley de amnistía y las consecuencias que la misma conlleva implicarían que el Estado no superase el test de complementariedad previsto en el artículo 17 del Estatuto de Roma).

⁸⁵⁶ Un optimismo similar fue la que se logró en el caso de la República Centroafricana I, ya que la Oficina de la Fiscalía se mostró satisfecha por el hecho “de que todos los miembros del comité preparatorio del diálogo político inclusivo en la República Centroafricana hayan reconocido el principio, consagrado en el Estatuto de Roma, de que no puede haber amnistía para los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Los signatarios del acuerdo de paz general firmado recientemente en Libreville también reconocieron unánimemente y sin ambages que, de conformidad con el Estatuto de Roma, no habrá amnistía en la República Centroafricana para los delitos que competen a la Corte Penal Internacional”, (Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2007/2008. Sexagésimo tercer período de sesiones, tema 72 del programa provisional. A/63/323, de 22 de agosto de 2008. En el mismo sentido véase también Corte Penal Internacional, Asamblea de los Estados Partes. Séptimo período de sesiones, La Haya, 14 a 22 de noviembre de 2008. Informe sobre las actividades de la Corte. ICC-ASP/7/25, de 29 de octubre de 2008). En efecto, si atendemos al artículo segundo del Acuerdo de paz, podemos comprobar que éste excluye del ámbito de aplicación de la ley los crímenes internacionales sobre los que la Corte tiene competencia. Concretamente, el Acuerdo de paz dispone: “La promulgation d’une loi d’amnistie générale à l’endroit des militaires, des combattants et des civils des mouvements politico-militaire APRD, FDPC, et UFDR pour des crimes et délits poursuivis devant les juridictions nationales centrafricaines à l’exception des crimes relevant de la compétence de la Cour Pénale Internationale”, Accord de paix global entre Le Gouvernement de la République Centrafricaine et Les Mouvements politico-militaires centrafricains désignés ci-après: Armée Populaire pour la Restauration e la Démocratie (APRD), Front démocratique du Peuple Centrafricain (FDPC) et Union des Forces Démocratiques pour le Rassemblement (UFDR). Disponible online en: <http://www.justiceinfo.net/media/k2/attachments/RCA/2008-Accord-paix-global.pdf>

Por ejemplo, en la situación en Honduras, la Oficina de la Fiscalía en el transcurso de su examen preliminar se limitó a apreciar que, el 2 de febrero de 2010, el Estado había adoptado un Decreto de amnistía que excluía los crímenes contra la humanidad y las violaciones a los derechos humanos⁸⁵⁷. Al margen de esta genérica declaración, no emitió ninguna valoración adicional ni procedió a examinar la cuestión con mayor detenimiento con el objetivo de dilucidar si, en la práctica, el alcance de la amnistía era más amplio.

Si bien es cierto que el Decreto de amnistía preveía que la misma únicamente se aplicaría a “delitos políticos y para delitos comunes conexos”⁸⁵⁸, la práctica parecía corroborar que el verdadero alcance podía ser mayor y que, en consecuencia, el examen de la Corte Penal Internacional no fue suficientemente exhaustivo. Y es que, a diferencia de la Corte, el Informe de la Comisión de la Verdad creada en Honduras, tras analizar la medida de manera detallada, no dudó en recomendar la anulación de la amnistía por considerar que “es una herramienta que ha impedido la investigación (seria, imparcial y exhaustiva) de graves violaciones a los derechos humanos”⁸⁵⁹.

Una actitud similar fue la que la Oficina de la Fiscalía mantuvo en la situación en Nigeria. En esta ocasión, en el transcurso del examen preliminar informó que durante los años 2008-2009 se creó un programa de amnistía en la región del Níger Delta⁸⁶⁰. Así mismo, añadió que, tras el establecimiento del “Committee on Dialogue and Peaceful Resolution of Security Challenges”, creado el 24 de abril de 2013, se otorgarían amnistías a los miembros de Boko Haram (si bien es cierto que el Gobierno declaró que tendrían en cuenta las obligaciones internacionales)⁸⁶¹. Pues bien, lo que nos llama la atención es que no contemos con mayores declaraciones de la Fiscalía en torno a la legalidad o ilegalidad

⁸⁵⁷ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2012. November 2012, p. 12.

⁸⁵⁸ Decreto No.2-2010. Gaceta No. 32,129 del 2 de febrero de 2010.

⁸⁵⁹ Informe de la Comisión de la Verdad de Honduras: La voz más autorizada es la de las víctimas, *op.cit.*, p. 302.

⁸⁶⁰ ICC-OTP, Situation in Nigeria: Article 5 Report, 5 August 2013, pp. 10 - 11. Véase también: Federal Government of Nigeria, Niger Delta Amnesty Programme: http://www.nigerdeltaamnesty.org/index.php?option=com_content&view=article&id=454&Itemid=455 Para profundizar en el contenido de este programa de amnistía puede acudir a: Ushie, Vanessa, "Nigeria's Amnesty Programme as a Peacebuilding Infrastructure: A Silver Bullet?", *Journal of Peacebuilding & Development*, Vol. 8, No.1, 2013, pp. 30 – 44; Nwankpa, Michael, "The Politics of Amnesty in Nigeria: A Comparative Analysis of the Boko Haram and Niger Delta Insurgencies", *Journal of Terrorism Research*, Vol. 5, Issue 1, February 2014, pp. 67 - 77.

⁸⁶¹ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2013. November 2013, p. 50.

de la amnistía ni que se volviera a examinar, ni incluso a mencionar, este tema en los siguientes informes publicados por su Oficina.

Otro caso un tanto paradójico es el de Afganistán, Estado en el que se adoptó una ley de amnistía en el año 2007⁸⁶² (“Law on public amnesty and national stability”⁸⁶³), en vigor desde el 2009, mediante la que se otorgaba inmunidad a las partes sin exceptuar los crímenes internacionales⁸⁶⁴. En el momento en el que se solicitó la apertura de la investigación ante la Corte, el Estado parecía defender que dicha Ley no impedía que las víctimas acudiesen a los tribunales⁸⁶⁵ y, por ello, añadía que se habían realizado determinados esfuerzos por parte del Gobierno de Afganistán para cumplir con las obligaciones que se derivaban del Estatuto de Roma⁸⁶⁶. Sin embargo, organizaciones sobre el terreno planteaban serias dudas acerca de las posibilidades de las víctimas de acudir a la justicia, fundamentalmente, debido a que los presuntos perpetradores se mantenían en el Gobierno⁸⁶⁷. En definitiva, no parecía existir voluntad alguna por parte del Estado de enjuiciar a los presuntos responsables⁸⁶⁸.

Precisamente, estos hechos han sido recientemente confirmados en la Decisión de la Corte en la que decide no autorizar el inicio de una investigación⁸⁶⁹. Concretamente, se

⁸⁶² Esta amnistía se incorporó, en el año 2016, al acuerdo de paz con uno de los grupos islámicos de la región. Tal y como explica la Corte, esta Ley de amnistía se incorporó al acuerdo de paz entre el Gobierno de Afganistán y el grupo islámico Hezb-i, el 29 de septiembre de 2016: nota a pie de página 462 en Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, pp. 134 – 135.

⁸⁶³ El documento de examen preliminar cita la siguiente referencia que reproducimos literalmente: “Law on Public Amnesty and National Stability, 13 Qaus 1387 (3 December 2008). The Government has not translated the law into English; an (unofficial) English translation has been published by the Afghanistan Analysts Network, “National Reconciliation, General Amnesty, and National Stability Law”, undated, AFG-OTP-0004-5871 (“AAN, Translation of Law on Public Amnesty and National Stability”). See also HRW, “Afghanistan: Repeal Amnesty Law”, 10 March 2010, AFG-OTP-0003-1403 (“HRW, Afghanistan: Repeal Amnesty Law”).

⁸⁶⁴ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2015. 12 November 2015, p. 29. Puede profundizarse en el contenido de la ley acudiendo a: Carlson, Sara L., “To Forgive and Forget: How Reconciliation and Amnesty Legislation in Afghanistan Forgives War Criminals while Forgetting their Victims”, *Penn St. J.L. & Int’l Aff.*, Vol. 1, Issue 2, 2012, pp. 390 - 418.

⁸⁶⁵ Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, pp. 134 – 135, punto 272.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, punto 273.

⁸⁶⁷ Afghanistan Justice Organization. “Transitional Justice in Afghanistan: ‘We should not repeat old issues’”, October 2013, pp. 2 - 4.

⁸⁶⁸ Afghanistan Analysis Network, Investigating Post-2003 War crimes: Afghan Government wants “one more year” from the ICC. 27 June 2017, p. 3.

⁸⁶⁹ Pre-Trial Chamber II: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, 12 April 2009, ICC-02/17-33.

reconoce que la información indica que no existen investigaciones o enjuiciamientos nacionales contra aquellas personas que puedan ser los máximos responsables de haber cometido crímenes internacionales⁸⁷⁰ y, así mismo, corrobora la vigencia de la ley de amnistía que otorga inmunidad a todas las partes sin excepciones temporales ni materiales⁸⁷¹. Teniendo en cuenta la constatación de estos extremos, no podemos sino preguntarnos la razón por la que la Corte no procede a realizar una firme y contundente condena a propósito de la amnistía. Al margen de esta notable ausencia, estos hechos llevan a la Sala de Cuestiones Preliminares a defender que, en base al artículo 17, la situación sería admisible ante la Corte⁸⁷². Sin embargo, recordemos que, posteriormente, la Sala alega el criterio del escurridizo “interés de la justicia” para defender que no procede la autorización del inicio de la investigación en el presente caso⁸⁷³. Ante esta situación, no podemos sino concluir que, pese a la promulgación de la ley de amnistía, la Corte parece legitimar la situación de impunidad vigente en el Estado al decidir no autorizar la investigación, circunstancia condenable que, a nuestro juicio, contradice ni más ni menos que la misma razón de ser de la Corte Penal Internacional.

Otro de los casos más relevantes en torno a la actuación paralela entre una amnistía y la intervención de la Corte Penal Internacional ha sido el relativo a Uganda⁸⁷⁴ en el que, de nuevo, no podemos sino criticar la forma que ha tenido la Corte Penal Internacional de abordar la medida de impunidad vigente en el Estado. Y es que, como comprobaremos a continuación, son escasos, por no decir prácticamente nulos, los pronunciamientos de los órganos de la Corte que se dirigen a condenar el otorgamiento de una amnistía respecto de los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia⁸⁷⁵.

Resulta oportuno señalar que, en Uganda, antes de que se remitiera la situación a la Corte⁸⁷⁶ y tras la presión ejercida por ciertos líderes religiosos⁸⁷⁷, se aprobó, en el año

⁸⁷⁰ Ibid., punto 74.

⁸⁷¹ Ibid., punto 74.

⁸⁷² Ibid., punto 75.

⁸⁷³ Ibid., puntos 87 – 96.

⁸⁷⁴ Para analizar en detalle el proceso de negociación del acuerdo de paz y, especialmente, las presiones que se ejercieron para suspender las investigaciones ante la Corte acúdase a: <https://www.securitycouncilreport.org/chronology/lra-affected-areas.php?page=4>

⁸⁷⁵ Es cierto que este caso corrobora que las amnistías adoptadas por los Estados no serán oponibles ante el Tribunal. No obstante, consideramos que hubiera sido oportuno que la Corte, cuando se le planteó el debate, hubiera condenado enérgicamente toda amnistía dirigida a garantizar la impunidad a cualquier responsable de haber cometido un crimen internacional.

⁸⁷⁶ Letter from the Prosecutor, dated 17 June 2004, annexed to Situation in Uganda. Decision assigning the situation in Uganda to Pre-trial Chamber II. ICC-02/04-1, 5 July 2004.

⁸⁷⁷ Bakayana, Isaac, “Enforcing Uganda’s amnesty act (2000) within the context of the Rome Statute”, *East African Journal of Peace and Human Rights*, Vol. 13, Issue 2, 2007, p. 322; Yarbrough, Stella, “Amnesty

2000⁸⁷⁸, una ley de amnistía⁸⁷⁹ que se aplicaba a cualquier persona⁸⁸⁰, con independencia de la gravedad de los crímenes cometidos y del grado de responsabilidad de sus autores⁸⁸¹. Precisamente, este hecho era inconsistente con el Estatuto de Roma⁸⁸² y, por ello, tras ciertas presiones internacionales, se negoció, en el 2003, un proyecto de ley para modificar este punto y, así, evitar que los máximos responsables se beneficiaran de la amnistía⁸⁸³. Además, la Oficina de la Fiscalía había reiterado que “las órdenes de la Corte contra los más altos dirigentes del Ejército Resistencia del Señor no pueden ser objeto de negociación y que la amnistía para quienes son objeto de órdenes de la Corte no es una opción”⁸⁸⁴.

Sin embargo, finalmente, no se aprobó ninguna ley en los términos arriba indicados⁸⁸⁵. Al parecer, la única modificación se produjo en mayo del 2006 -es decir, después de que

or Accountability: The Fate of High-Ranking Child Soldiers in Uganda's Lord's Resistance Army", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2014, p. 539.

⁸⁷⁸ Sin embargo, esta ley fue prolongada en numerosas ocasiones. Es más, se ha señalado que, pese a que la ley de amnistía debería de haber dejado de estar operativa partir del año 2015, el Comité encargado de otorgar amnistías continúa concediéndolas: Bradfield, Paul, "Reshaping Amnesty in Uganda: The Case of Thomas Kwoyelo", *op.cit.*, pp. 852 – 855. Esta situación puede llegar a ser comprensible si tenemos en cuenta, tal y como acertadamente se ha apreciado, que la ley no indica cuáles son los términos en los que se puede renovar, véase: Ankumah, Evelyn A. (Ed.), *The International Criminal Court and Africa: One Decade On*, *op.cit.*, pp. 165 - 166.

⁸⁷⁹ Esta ley de amnistía se ha catalogado como “amnistía absoluta”: Murphy, Robin, "Establishing a Precedent in Uganda: The Legitimacy of National Amnesties under the ICC", *op.cit.*, p. 40; Bradfield, Paul, "Reshaping Amnesty in Uganda: The Case of Thomas Kwoyelo", *op.cit.*, pp. 832 - 836.

⁸⁸⁰ Es más, expertos que siguieron de cerca los debates parlamentarios no dudan en señalar que se estaba pensando también en el líder del LRA cuando se negoció y aprobó la misma: Bradfield, Paul, "Reshaping Amnesty in Uganda: The Case of Thomas Kwoyelo", *op.cit.*, pp. 832 - 836.

⁸⁸¹ Situation In Uganda In The Case Of The Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Ottl, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Amicus Curiae submitted pursuant to the Pre-Trial Chamber II “Decision on application for leave to submit observations under Rule 103” dated 5 November 2008. ICC-02/04-01/05-353, 18 November 2008, punto 26. Por ejemplo, explican que uno de los beneficiarios de la ley de amnistía fue uno de los líderes del LRA a quien se le otorgó la amnistía el 5 de agosto de 2008. Así mismo, añaden que, desde la promulgación de la ley, unas 22.000 personas se han beneficiado de la medida y, por ello, concluyen que “in principle, the individuals indicted by the Office of the Prosecutor of the ICC could at present apply to be amnestied, and under the current provisions there is nothing preventing them from being granted an amnesty”, (*Ibidem*, punto 37).

⁸⁸² Sin embargo, se ha defendido que ni el ejecutivo ni el legislativo ugandés consideraban que la Ley era incompatible con la firma y ratificación del Estatuto de Roma: Nouwen, Sarah M.H., *Complementarity in the Line of Fire...*, *op.cit.*, p. 206.

⁸⁸³ Situation In Uganda In The Case Of The Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Ottl, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Amicus Curiae submitted pursuant to the Pre-Trial Chamber II “Decision on application for leave to submit observations under Rule 103” dated 5 November 2008. ICC-02/04-01/05-353, 18 November 2008, punto 36.

⁸⁸⁴ Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Corte sobre la complementariedad. ICC-ASP/10/23, *op.cit.*, p. 11, nota 17.

⁸⁸⁵ Situation In Uganda In The Case Of The Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Ottl, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Amicus Curiae submitted pursuant to the Pre-Trial Chamber II “Decision on application for leave to submit observations under Rule 103” dated 5 November 2008. ICC-02/04-01/05-353, 18 November 2008, punto 36. Véanse los interesantes argumentos esgrimidos por Nouwen para justificar la negativa del Estado a modificar la ley en: Nouwen, Sarah M.H., *Complementarity in the Line of Fire...*, *op.cit.*, pp. 206 - 227.

la Corte dictara determinadas órdenes de arresto contra miembros del LRA⁸⁸⁶-, a través de la cual el Ministro del Interior quedaba facultado para declarar a determinadas personas inelegibles para la amnistía⁸⁸⁷. Hay quien defiende que esta modificación se produjo, precisamente, para excluir a los líderes del LRA del alcance de la ley⁸⁸⁸. Sin embargo, en el año 2010⁸⁸⁹, cuando el Ministro del Interior solicitó al parlamento que se excluyera de la amnistía a Josep Kony, Dominic Ongwen, Okoto Odhiambo y Thomas Kwoyelo⁸⁹⁰, esta iniciativa no salió adelante⁸⁹¹. Por esta razón, se ha defendido que, pese a las modificaciones, la ley continuaba siendo una amnistía absoluta⁸⁹².

Ante esta situación, lo que nos preguntamos es cómo no intervino la Corte para reiterar que el Estado ugandés debía de cumplir una serie de compromisos internacionales que se derivaban de la firma y ratificación del Estatuto de Roma. Y es que, nos parece un tanto llamativo que no haya pronunciamientos provenientes de los órganos del Tribunal dirigidos a rechazar de pleno el curso de los acontecimientos. ¿Acaso la medida de

⁸⁸⁶ Para analizar las diversas reacciones en torno a la promulgación de la amnistía y la capacidad de ésta para favorecer o entorpecer que los máximos responsables se sentasen en la mesa de negociaciones: Newman, Dwight G., "The Rome Statute, Some Reservations Concerning Amnesties, and a Distributive Problem", *op.cit.*, pp. 340 - 341.

⁸⁸⁷ Situation In Uganda In The Case Of The Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Ottl, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Amicus Curiae submitted pursuant to the Pre-Trial Chamber II "Decision on application for leave to submit observations under Rule 103" dated 5 November 2008. ICC-02/04-01/05-353, 18 November 2008, punto 36.

⁸⁸⁸ Mallinder, Louise, "Beyond the Courts? The Complex Relationship of Trials and Amnestie", *op.cit.*, p. 769. Sin embargo, la autora corroboró que, en el momento en el que redactó el artículo, todavía no se habían adoptado pasos en ese sentido y los miembros del LRA podrían continuar beneficiándose de la ley de amnistía.

⁸⁸⁹ Obsérvese que el año 2010 es la fecha en la que se produce la Conferencia de Revisión que se celebró, precisamente, en Uganda. Por ello, hay quien aprecia, muy acertadamente, que ambos hechos guardan una íntima relación: Nouwen, Sarah M.H., *Complementarity in the Line of Fire...*, *op.cit.*, pp. 206 - 227.

⁸⁹⁰ Precisamente, una de estas personas, Thomas Kwoyelo solicitó la aplicación de la ley de amnistía, lo que muestra el amplio alcance que tenía la misma. Ahora bien, la relevancia de este caso radica en que si bien la Corte Constitucional ugandesa, en primera instancia, le otorgó la amnistía al demandante (afirmando, incluso, que la ley no contravenía las obligaciones internacionales asumidas por Uganda), la Corte Suprema, posteriormente, en el año 2015, negó la posibilidad de que el demandante optara a la amnistía. Ahora bien, como acertadamente aprecia Bradfield, pese al punto de inflexión que supuso esta sentencia de la Corte Suprema, es improbable que se produzca una cascada de juicios a nivel interno, véanse los argumentos que se proporcionan en: Bradfield, Paul, "Reshaping Amnesty in Uganda: The Case of Thomas Kwoyelo", *op.cit.*, pp. 852. Consúltese un interesante análisis sobre este caso en: McNamara, Kirsty, "Seeking Justice in Ugandan Courts: Amnesty and the Case of Thomas Kwoyelo", *op.cit.*, pp. 653 - 671; Oola, Stephen, "In the shadow of Kwoyelo's trial: The ICC and complementarity in Uganda" en De Vos, Christian, Kendall, Sara and Stahn, Carsten (Eds.), *Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 147 - 170.

⁸⁹¹ Bradfield, Paul, "Reshaping Amnesty in Uganda: The Case of Thomas Kwoyelo", *op.cit.*, p. 836. Precisamente, años antes, Mallinder ya intuía que era escasa la voluntad de implementar la modificación de la ley de amnistía y que no se descartaba otorgar la misma a Kony en el caso de que decidiera dejar las armas. Véase: Mallinder, Louise, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2008, pp. 38 - 39.

⁸⁹² Bradfield, Paul, "Reshaping Amnesty in Uganda: The Case of Thomas Kwoyelo", *op.cit.*, p. 836.

amnistía era consistente con el Derecho Internacional y con el propio Estatuto de Roma y, en consecuencia, debemos entender que Uganda estaba cumpliendo sus compromisos internacionales? Es más, ¿hasta qué punto se puede argumentar que “la amnistía para quienes son objeto de órdenes de la Corte no es una opción”⁸⁹³? ¿Acaso la amnistía debería de ser una opción para todas aquellas personas que, presuntamente, han cometido un crimen internacional y que, incluso, pueden tener la condición de máximos responsables pero sobre los que no pesa una orden de detención? ¿Es ésta, en definitiva, la exigencia de mínimos que la Corte Penal Internacional está dispuesta a asumir?⁸⁹⁴

Es cierto que se dictaron órdenes de arresto contra los dirigentes del LRA pero, a nuestro juicio, este hecho no obsta para que la Corte supervise toda medida legislativa dirigida a impedir el desarrollo de los procesos nacionales internos. El enjuiciamiento de un número mínimo de personas, independientemente de la escala que ostenten, no es suficiente para poner fin a la impunidad en el ámbito interno. Por ello, consideramos un tanto criticable el bajo perfil que mantuvo la Corte en el caso ugandés y que no condenara enérgicamente toda medida dirigida a impedir el objetivo principal del Estatuto de Roma: poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales. Sin embargo, puede que aquí resida, precisamente, la razón por la que la Corte no condenó la ley de amnistía: porque la misma no se otorgó a aquellas personas sobre las que pesaba una orden de detención⁸⁹⁵.

⁸⁹³ Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Corte sobre la complementariedad. ICC-ASP/10/23, *op.cit.*, p. 11, nota 17.

⁸⁹⁴ Es cierto que a la Corte Penal Internacional, cuando se le ha planteado la oportunidad, ha condenado la posibilidad de que estas polémicas medidas se apliquen a los responsables sobre los que ejerce su competencia. Sin embargo, ¿qué ocurre con el resto de presuntos responsables? Es decir, ¿es viable que un Estado adopte una medida de amnistía aplicable a los presuntos responsables de haber cometido un crimen internacional siempre y cuando no sean considerados los máximos responsables? Debemos adelantar que esta posibilidad se halla íntimamente relacionada con el principio de complementariedad. Es decir, la Corte no tiene capacidad para enjuiciar a todos los presuntos responsables, sino que, por el contrario, se centrará, salvo excepciones, en aquellas personas que tengan la condición de máximos responsables. Ahora bien, a nuestro juicio, ello no implica que, a nivel interno, se pueda garantizar la impunidad a toda persona que no entre dentro de esta clasificación. En definitiva, por mucho que se reitere que las amnistías respecto de crímenes internacionales están prohibidas, vemos que la realidad es bien distinta. Con absoluta certeza la única conclusión que cabe extraer es que se hallan prohibidas las amnistías dirigidas a los máximos responsables susceptibles de ser enjuiciados ante la Corte Penal Internacional por la comisión de crímenes internacionales que superen el especial umbral de gravedad establecido en el Estatuto de Roma. A nuestro juicio, son las únicas amnistías que no van a generar efecto jurídico alguno, es decir, son las únicas amnistías que no van a impedir la investigación, enjuiciamiento y sanción de sus responsables.

⁸⁹⁵ Precisamente, Slye ha apreciado que “at the moment, therefore, the Ugandan amnesty does not present squarely a conflict with the ICC, as has not been used to immunise those most responsible for the atrocities, and thus those individuals that the Prosecutor of the ICC has generally indicated he will target for prosecution”, Slye, Ronald, “Immunities and amnesties”, *op.cit.*, p. 196. Es más, McKnight ha señalado que el parlamento ugandés reiteró que no otorgaría amnistía a aquellas personas sobre las que pesaba una orden de arresto, véase: McKnight, Janet, “Accountability in Northern Uganda: Understanding the Conflict, the Parties and the False Dichotomies in International Criminal Law and Transitional Justice”, *Journal of African Law*, Vol.59, Issue 2, 2015, p. 202.

Por ello, la Corte bien se podría haber preguntado para qué crear más conflictos cuando, realmente, el asunto no era de su “competencia”.

Afortunadamente, otros procesos como los de Libia y Colombia se han seguido con mayor detenimiento y la Oficina de la Fiscalía no ha dudado en condenar la falta de adecuación de las leyes de amnistía aprobadas con la legislación internacional, en general, y con el Estatuto de Roma, en particular.

A propósito del primero, debido a la escasa información publicada, la Corte Penal Internacional ha tenido dificultades para dilucidar si Libia había adoptado o no una ley de amnistía e, incluso, qué personas se habían beneficiado de dicha medida. Y es que, en un principio, la Fiscalía no tenía un conocimiento preciso en torno a si Gadafi, por ejemplo, había sido liberado gracias a una ley de amnistía⁸⁹⁶. Sin embargo, incluso ante estas ambigüedades, la Fiscalía insistió en que una amnistía no impediría que la Corte ejerciera su jurisdicción sobre personas que, presumiblemente, habían cometido un crimen internacional⁸⁹⁷.

Esta incertidumbre parecía sobrevolar también en la Decisión sobre la admisibilidad del caso de Gadafi, publicada el 5 de abril de 2019⁸⁹⁸. En ella, se analiza la “Law 6/2015 on General Amnesty”⁸⁹⁹, aprobada el 7 de septiembre de 2015, en la que, en el primero de los artículos, se disponía que todos los libios que hubieran cometido algún crimen⁹⁰⁰ en el período que va desde el 15 de febrero de 2011 hasta la promulgación de la ley, se beneficiarían de una amnistía general⁹⁰¹. Si bien, como hemos adelantado, la información

Curiosamente, Nouwen cita unas presuntas declaraciones provenientes del Fiscal de la Corte Penal Internacional en la que parecen dejar claro que únicamente tienen la intención de enjuiciar a ciertas personas y que, por ende, no va a condenar las amnistías que se otorguen en el resto de casos. Véase: Nouwen, Sarah M.H., *Complementarity in the Line of Fire...*, *op.cit.*, pp. 206 - 227.

⁸⁹⁶ Twelfth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 9 November 2016, punto 6.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, punto 8.

⁸⁹⁸ Pre-Trial Chamber I, Situation in Libya in the case of The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi: Decision on the ‘admissibility challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute’, 5 April 2019. ICC-01/11-01/11-662.

⁸⁹⁹ La traducción al inglés de la citada ley puede consultarse en: ICC-01/11-01/11-650-AnxIII-tENG, disponible online en: <http://www.legal-tools.org/doc/2c966c/pdf/>

⁹⁰⁰ El artículo tercero exceptuaba del ámbito de aplicación de la ley determinados hechos como, por ejemplo, las desapariciones forzadas o tortura. “Article 3. Provisions of this Law shall not apply to the following crimes: The crimes of terrorism stipulated in Law 3/2014; Drug importing and trafficking; Sexual and indecent assault; Identity-based murder, abduction, forced disappearance and torture; Huddud [certain Sharia] offences, so long as justice has been seized of such crimes; All crimes of corruption”.

⁹⁰¹ Concretamente, dispone la Ley que: “... all Libyans who committed crimes during the period from 15 February 2011 until the promulgation of the Present Law shall be covered by a general amnesty. Criminal proceedings related to such crimes shall be terminated, and sentences handed down shall be revoked. Such

de la que dispone la Corte no le permite concluir si la amnistía fue otorgada o no a Gadafi, añade que este hecho no es determinante a la hora de analizar la admisibilidad del presente caso⁹⁰². Así, tras reiterar que los crímenes contra la humanidad nunca pueden estar amparados ni por las medidas de amnistía ni por los indultos⁹⁰³ (matización relevante sobre la que volveremos en el Capítulo cuarto de la presente investigación) -ya que va en contra de las obligaciones de los Estados de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes y, además, vulnera los derechos de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación⁹⁰⁴- concluye que la Ley de amnistía es incompatible con el Derecho Internacional⁹⁰⁵.

Precisamente, para llegar a esta relevante conclusión, la Sala analiza con cierto detalle la situación en la que se encuentran las leyes de amnistía en la esfera internacional. Dado que esta decisión junto con determinadas declaraciones vertidas a propósito de la situación en Colombia, son los únicos pronunciamientos minuciosos sobre el estadio de la cuestión, procederemos a analizar de manera más detallada el fundamento jurídico en el que se basa la Corte para condenar enérgicamente las leyes de amnistía en el apartado que sigue a continuación.

Y es que, a diferencia de las escuetas referencias que hemos citado en los párrafos precedentes, actualmente contamos con posiciones algo más firmes de diversos órganos de la Corte Penal Internacional que, precisamente, rechazan la aplicabilidad de las leyes de amnistía respecto de los crímenes internacionales. Si bien la Corte ha tardado más de 15 años desde que entrara en funcionamiento en pronunciarse sobre este tema, no podemos sino agradecer que, por fin, contemos con una primera aproximación de la Corte hacia las figuras de amnistía. Antes de proceder a analizar las declaraciones sobre este punto, quisiéramos señalar que el análisis que realizaremos a continuación se limita a los

crimes shall have no subsequent penal effects and shall be struck from the criminal record of those covered by the amnesty, provided that the conditions stipulated herein are met.”

⁹⁰² Pre-Trial Chamber I, Situation in Libya in the case of The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi: Decision on the ‘admissibility challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute’, 5 April 2019. ICC-01/11-01/11-662, punto 57.

⁹⁰³ *Ibid.*, punto 61.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, punto 77.

⁹⁰⁵ *Ibid.*, punto 78. Concretamente, dispone que: “78. Thus, applying the same rationale to Law No. 6 of 2015 assuming its applicability to Mr Gaddafi leads to the conclusion that it is equally incompatible with international law, including internationally recognized human rights. This is so, in the context of the case sub judice, due to the fact that applying Law No. 6 of 2015 would lead to the inevitable negative conclusion of blocking the continuation of the judicial process against Mr Gaddafi once arrested, and the prevention of punishment if found guilty by virtue of a final judgment on the merits, as well as denying victims their rights where applicable.”

crímenes internacionales sobre los que la Corte Penal Internacional tiene competencia y, por ello, como el Fiscal Adjunto ha declarado, las amnistías por “delitos políticos” no competen al Tribunal⁹⁰⁶ y, en consecuencia, no serán analizados.

3.3. La apuesta de la Corte Penal Internacional por la prohibición de las amnistías en medio de las tendencias revisionistas

Como hemos adelantado, si bien hasta hace relativamente poco tiempo no contábamos con un análisis detallado por parte de las Salas de la Corte o de la Oficina de la Fiscalía respecto de las amnistías, este silencio, afortunadamente, ha comenzado a romperse. Primero fue la Oficina de la Fiscalía la que, el 18 de octubre de 2017, adelantó su postura en un escrito de *amicus curiae* dirigido a la Corte Constitucional Colombiana⁹⁰⁷. En un segundo momento, el 5 de abril de 2019, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional concretó su posición respecto de las leyes de amnistía a propósito del caso de Gadafi⁹⁰⁸.

Empezando por la Oficina de la Fiscalía resulta oportuno señalar que ésta ha declarado que la obligación del Estado de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales, lejos de afirmarse únicamente en el Estatuto de Roma, es “una norma establecida del derecho internacional consuetudinario”⁹⁰⁹. Para fundamentar su postura, la Fiscal enumera un conjunto de pronunciamientos provenientes tanto de los órganos de las Naciones Unidas (informes del Secretario General de la ONU⁹¹⁰, las resoluciones de la Asamblea

⁹⁰⁶ Keynote speech by James Stewart: "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, p. 16.

⁹⁰⁷ Escrito de *amicus curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, *op.cit.*

⁹⁰⁸ Pre-Trial Chamber I, Situation in Libya in the case of The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi: Decision on the 'admissibility challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute', 5 April 2019. ICC-01/11-01/11-662.

⁹⁰⁹ Escrito de *amicus curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, *op.cit.*, punto 35.

⁹¹⁰ Cita textualmente los siguientes documentos: “SG ONU, Informe sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, 23 de agosto de 2004, parágs. 10 y 32; Informe sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, S/2001/331, 30 de marzo de 2001, parág. 10; y el Informe sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona, S/2000/915, parág. 23.”

General⁹¹¹ o el Consejo de Derechos Humanos⁹¹²), como de sentencias dictadas por los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos (concretamente, cita⁹¹³ el caso de *La Masacre de El Mozote y Lugares Aledaños vs El Salvador*⁹¹⁴ de la CIDH - que se pronuncia sobre el alcance de las amnistías en el caso de los crímenes de guerra cometidos en los conflictos armados internos- y el caso *Marguš c. Croacia* del TEDH⁹¹⁵). La conclusión de la Oficina de la Fiscalía no deja lugar a dudas: existe un consenso general en torno a la prohibición de las amnistías en el caso de crímenes internacionales⁹¹⁶ que, como añade, se cometen tanto en conflictos armados internacionales como en los de carácter no internacional⁹¹⁷.

En un segundo momento, el 5 de abril de 2019, fue la Sala de Cuestiones Preliminares la que analizó la cuestión de las amnistías⁹¹⁸. En esta ocasión, si bien el conjunto de

⁹¹¹ Cita textualmente los siguientes documentos: “AG ONU, Principios y directrices básicos sobre el Derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Anexo a la Res.60/147 AG ONU, A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006, parág. 4; Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de Guerra o de crímenes de lesa humanidad, AG ONU Res. 3074 (XXVIII), 3 de diciembre de 1973; Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad, AG ONU Res. 2712 (XXV), 15 de diciembre de 1970, parág. 5. Véase también, la Resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad de la ONU, en relación con la situación en Sierra Leona, reafirmando “la importancia de cumplir el derecho internacional humanitario, y reafirmando además que las personas que cometen o autorizan violaciones graves del derecho internacional humanitario son responsables de tales violaciones a título personal y deben rendir cuentas al respecto (...)”, CS ONU S/RES/1315 (2000), 14 de agosto de 2000, pág. 1.”

⁹¹² Cita textualmente los siguientes documentos: “Véase Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Resolución 2005/81, afirmando que: “no se debe conceder la amnistía a quienes hayan cometido violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que constituyan delito, encarece a los Estados que tomen medidas conformes con las obligaciones que han contraído en virtud del derecho internacional y acoge con satisfacción la supresión o anulación de la amnistía y de otras clases de inmunidad o la renuncia a ellas, y reconoce también la conclusión el Secretario General de que los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra o de lesa humanidad, o por infracciones graves de los derechos humanos (...)”, E/CN.4/RES/2005/81, 21 de abril de 2005, parág. 3. Véase también, Resolución 2002/79, E/CN.4/RES/2002/79, de 25 de abril de 2002, parág. 2; Resolución 2003/72, E/CN.4/RES/2003/72, de 25 de abril de 2003, parág. 2; Resolución 2004/72, E/CN.4/RES/2004/72, de 21 de abril de 2004, parág. 3.”

⁹¹³ Escrito de *amicus curiae* de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, *op.cit.*, punto 36.

⁹¹⁴ Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de octubre de 2012.

⁹¹⁵ *Marguš c. Croacia*, Sentencia (Fondo y justa satisfacción), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 13 de noviembre de 2012.

⁹¹⁶ Escrito de *amicus curiae* de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, *op.cit.*, punto 36.

⁹¹⁷ *Ibid.*, punto 35. Precisamente, a propósito de estos últimos, citando las Normas 158-159 del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario y el Artículo 6 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, recuerda que la prohibición de la amnistía respecto de los crímenes de guerra se aplica también en los conflictos armados de carácter no internacional (*Ibidem.*).

⁹¹⁸ Pre-Trial Chamber I, Situation in Libya in the case of The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi: Decision on the ‘admissibility challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute’, 5 April 2019. ICC-01/11-01/11-662

pronunciamientos de órganos internacionales que cita es mayor, la conclusión a la que se llega es la misma: existe una prohibición de amnistiar los crímenes internacionales⁹¹⁹. Es más, extiende esta prohibición a los indultos ya que, añade, las dos medidas pueden propiciar la impunidad⁹²⁰.

Para ello, la Sala, tras advertir que debe interpretar el Estatuto de manera consistente con los derechos humanos internacionalmente reconocidos⁹²¹, recuerda la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cita los casos de *La Masacre de El Mozote contra El Salvador*⁹²², *Gomes Lund contra Brasil*⁹²³, *Almonacid Arellano contra Chile*⁹²⁴, *Gelman contra Uruguay*⁹²⁵ y, cómo no, el clásico *Barrios Altos contra Perú*⁹²⁶), la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (reitera el caso *Marguš c. Croatia*⁹²⁷ y cita los casos de *Okkah vs Turkey*⁹²⁸ y *Yeşil and Sevim v. Turkey*⁹²⁹) y añade las decisiones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (cita los ejemplos del *Mouvement Ivoirien des Droits Humains*⁹³⁰, *Malawi African Association et al.*⁹³¹ y *Zimbabwe Human Rights NGO Forum*⁹³²), menciona los Comentarios Generales de la Comisión de Derechos Humanos⁹³³ y el caso *Hugo Rodríguez c Uruguay*⁹³⁴ conocido por la misma y, finalmente, completa este análisis con las sentencias del Tribunal Internacional penal para la antigua Yugoslavia (concretamente, cita los casos

⁹¹⁹ *Ibid.*, punto 61 y 77.

⁹²⁰ *Ibid.*, punto 61.

⁹²¹ *Ibidem.*

⁹²² Case of the Massacres of El Mozote and Nearby Places v. El Salvador (Merits, reparations and costs), Judgment of 25 October 2012. (cita textual de la Corte)

⁹²³ Gomes Lund et al. (“Guerrilha Do Araguaia”) v. Brazil (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Judgment of 24 November 2010. (cita textual de la Corte)

⁹²⁴ Case of Almonacid-Arellano et al v. Chile (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), Judgment of 26 September 2006. (cita textual de la Corte)

⁹²⁵ Case of Barrios Altos (Merits), Judgment of 14 March 2001. (cita textual de la Corte)

⁹²⁶ IACHR, Gelman v. Uruguay (Merits and Reparations), Judgment of 24 February 2011 (cita textual Corte)

⁹²⁷ Marguš v. Croatia (Application no. 4455/10), Judgment of 13 November 2012. (cita textual de la Corte)

⁹²⁸ Okkaly v. Turkey, (Application no 52067/99), Judgment of 17 October 2006. (cita textual de la Corte)

⁹²⁹ Yeşil and Sevim v. Turkey, (Application no. 34738/04), Judgment of 5 June 2007. (cita textual)

⁹³⁰ Mouvement Ivoirien des Droits Humains (MIDH) v Cote d’Ivoire, Communication No. 246/02, Decision, 29 July 2009. (cita textual de la Corte)

⁹³¹ Malawi African Association et al. v. Mauritania, Communication No. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97, 210/98, Decision, 11 May 2000. (cita textual de la Corte)

⁹³² Zimbabwe Human rights NGO Forum, Communication No. 245/2002, Decision, 15 May 2006, paras 196. (cita textual de la Corte)

⁹³³ Concretamente cita: HRC, General Comment No. 31[80]: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 29 March 2004, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, para. 18; HRC, General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), 10 March 1992, para. 15.

⁹³⁴ Hugo Rodríguez v. Uruguay, Communication No. 322/1988, 9 August 1994, UN Doc. CCPR/C/51/D/322/1988. (cita textual de la Corte)

*Erdemovic*⁹³⁵ y *Furundzija*⁹³⁶), de la Corte Especial para Sierra Leona (analiza el caso *Morris Kallon et al.*⁹³⁷) y las Salas Especiales de Camboya (caso *Ieng Sary*⁹³⁸).

Tras este minucioso estudio, la conclusión de la Sala de Cuestiones preliminares de la Corte Penal Internacional no deja lugar a dudas: “It follows that granting amnesties and pardons for serious acts such as murder constituting crimes against humanity is incompatible with internationally recognized human rights. Amnesties and pardons intervene with States’ positive obligations to investigate, prosecute and punish perpetrators of core crimes. In addition, they deny victims the right to truth, access to justice, and to request reparations where appropriate”⁹³⁹.

A pesar de que valoramos positivamente que la Corte haya procedido, por fin, a fijar su postura respecto de las leyes de amnistía y haya realizado un análisis más detallado que no se limite a declarar que las amnistías respecto de los crímenes internacionales se hallan prohibidas, consideramos que la Sala de Cuestiones Preliminares debería de haber realizado un pronunciamiento mucho más ambicioso. Concretamente, echamos de menos que no declarara que la prohibición de amnistiar los crímenes internacionales es “absoluta” y que no admite excepción alguna. Es más, ya que cita en reiteradas ocasiones el caso de *El Mozote* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hubiera sido de gran utilidad que se hubiera posicionado sobre el voto particular de determinados magistrados que, como hemos visto, “flexibilizan” el alcance de la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales en contextos de conflictos armados.

Es más, como hemos podido comprobar, comienza a ser cada vez más frecuente que se realicen ciertas clasificaciones en torno a las leyes de amnistía mediante el argumento de que no todos los crímenes (tampoco los crímenes internacionales) van a poder ser investigados y enjuiciados. Los sectores doctrinales que tratan de dar una respuesta a este dilema coinciden en reconocer que, si bien existe una cierta “prohibición” de amnistiar

⁹³⁵ Prosecutor v. Erdemovic, Sentencing Judgment, 29 November 1996, IT-96-22-T, para. 28. (cita textual)

⁹³⁶ Prosecutor v. Furundzija, Judgment. 10 December 1998, IT-95-17/1-T, paras 141, 155-156. (cita textual)

⁹³⁷ Prosecutor v. Morris Kallon et al., Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, 13 March 2004, SCSL-2004-15-AR72(E) and SCSL-2004-16-AR72(E), para. 67. (cita textual de la Corte)

⁹³⁸ Decision on Ieng Sary’s Rule 89 Preliminary Objections (Ne bis in idem and Amnesty and Pardon), 3 November 2011, Case No. 002/19-09-2007/ECCC/TC; Decision on Ieng Sary’s Appeal against the Closing Order, 11 April 2011, Case No. 002/19-09-2007/ECCC/OCIJ (PTC75). (cita textual de la Corte)

⁹³⁹ Pre-Trial Chamber I, Situation in Libya in the case of The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi: Decision on the ‘admissibility challenge by Dr. Saif Al-Islam Gadafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute’, 5 April 2019. ICC-01/11-01/11-662, punto 77.

los crímenes internacionales, ésta no es “absoluta” y, así, se acaba defendiendo la legalidad de determinadas amnistías *condicionadas* aplicables también a los crímenes internacionales. Si bien reconocemos que, efectivamente, desde un punto de vista práctico no es viable investigar y enjuiciar a todos los responsables de haber cometido un crimen internacional, ¿acaso el retorno a las leyes de amnistía, mediante la adición de un apellido, es la solución? Dado que determinados procesos de justicia transicional parecen comenzar a asumir esta tesis, consideramos que, cuando a la Corte Penal Internacional se le presentó la ocasión de pronunciarse sobre el alcance de las leyes de amnistías, debería de haber realizado un pronunciamiento más ambicioso que abordara estos nuevos debates que, sin lugar a dudas, están aquí para quedarse.

Ante esta preocupante situación, si bien valoramos con cierto entusiasmo que la Corte insista, al menos, en la prohibición de las leyes de amnistía cuando se han cometido los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia, consideramos que pasar de puntillas por un tema de semejante envergadura como es el alcance de las leyes de amnistía que actualmente se debaten no es la solución. Por ello, lejos de citar y enumerar la jurisprudencia de otros tribunales internacionales, consideramos que debería de haber concretado mucho más la postura particular de la Corte respecto de las leyes de amnistía y debería de haberse basado en los artículos 16, 17 y 53 del Estatuto de Roma (recordemos que son estos preceptos los que emplea la doctrina a la hora de legitimar las medidas de amnistía) para fundamentar su posición. Sin embargo, por ahora, no ha hecho sino posponer innecesariamente un posicionamiento sobre el que, en un futuro no muy lejano, estamos convencidos de que tendrá que pronunciarse.

De hecho, como analizaremos a continuación, el Estado colombiano adoptó, el 30 de diciembre de 2016, una Ley de amnistía que si bien “parece” excluir los crímenes internacionales de su ámbito de aplicación, no deja de ser llamativo el amplio alcance que ostenta la medida de amnistía que, en el fondo, permite que sólo unas personas vayan a ser enjuiciados ante la Jurisdicción Especial para la Paz, concretamente, aquellas personas que hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos.

3.4. La respuesta de la Corte Penal Internacional a la Ley de Amnistía aprobada por el Estado colombiano: una condena más allá de la definición de los crímenes de guerra

El Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, firmado el 24 de noviembre de 2016, entre el Gobierno colombiano y las FARC, tomando como referencia el artículo 6 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra y fiel a la declaración realizada al ratificar el Estatuto de Roma⁹⁴⁰, preveía la posibilidad de otorgar la amnistía más amplia posible a aquellas personas que hayan cometido “el delito de rebelión y otros delitos políticos y conexos”⁹⁴¹. Sin embargo, excluía expresamente del alcance de la futura ley de amnistía “los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra -esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática- (...) todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma”⁹⁴².

Cuando se dio a conocer el Acuerdo final de paz, la Oficina de la Fiscalía no dudó en publicar, con cierto entusiasmo, que notaba “con satisfacción que el texto final del acuerdo de paz excluye amnistías e indultos para crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra bajo el Estatuto de Roma.”⁹⁴³. Sin embargo, un análisis más profundo del texto de la norma le llevó unos meses después a caer en la cuenta de que la “trampa” se hallaba, como es habitual, en la letra pequeña. Y es que, tanto el Acuerdo de paz ya citado como

⁹⁴⁰ Cuando Colombia ratificó el Estatuto de Roma, realizó la siguiente declaración: “1. None of the provisions of the Rome Statute concerning the exercise of jurisdiction by the International Criminal Court prevent the Colombian State from granting amnesties, reprieves or judicial pardons for political crimes, provided that they are granted in conformity with the Constitution and with the principles and norms of international law accepted by Colombia. Colombia declares that the provisions of the Statute must be applied and interpreted in a manner consistent with the provisions of international humanitarian law and, consequently, that nothing in the Statute affects the rights and obligations embodied in the norms of international humanitarian law, especially those set forth in article 3 common to the four Geneva Conventions and in Protocols I and II Additional thereto. Likewise, in the event that a Colombian national has to be investigated and prosecuted by the International Criminal Court, the Rome Statute must be interpreted and applied, where appropriate, in accordance with the principles and norms of international humanitarian law and international human rights law.” Declaración disponible online en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en#EndDec

⁹⁴¹ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, puntos 10, 23-24 y 37-39. Es más, añadía en el punto 27 que la amnistía no eximía “del deber de contribuir, individual o colectivamente, al esclarecimiento de la verdad”.

⁹⁴² Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, punto 40.

⁹⁴³ Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the peace negotiations between the Government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia – People's Army. 1 September 2016. Declaraciones muy similares a las realizadas en: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2015. 12 November 2015, punto 35. Es más, en esta ocasión llama la atención que simplemente se limitara a señalar que “la Fiscalía advirtió que el acuerdo excluye el otorgamiento de amnistías o indultos por crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra graves” y no condenara esta especial definición de los crímenes de guerra.

la legislación de desarrollo (tanto la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016⁹⁴⁴ como los Decretos publicados⁹⁴⁵) recogen una definición de crimen de guerra que no respeta plenamente el Derecho Internacional. Dado que es, precisamente, la legislación de desarrollo el marco normativo que opera en Colombia, pese a tener su origen en el Acuerdo final de paz, emplearemos el texto de la norma para explicar este pequeño “desliz”, que no el único, del Estado colombiano⁹⁴⁶.

De entrada, conviene aclarar que la Ley de Amnistía⁹⁴⁷ es una medida más del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición⁹⁴⁸ y, en consecuencia, no puede entenderse sin tomar en consideración el resto de componentes creados por el Estado colombiano en el marco de la justicia transicional, en especial la Jurisdicción Especial para la Paz⁹⁴⁹ y el resto de medidas complementarias que se prevén como, por ejemplo, la contribución al esclarecimiento de la verdad o la reparación de las víctimas.⁹⁵⁰

⁹⁴⁴ Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016, *op.cit.*

⁹⁴⁵ Si bien es especialmente relevante el Decreto 277, de 17 de febrero de 2017, “por el cual se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016 `por medio del cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y se dictan otras disposiciones” - que, básicamente, regula la amnistía de iure y el régimen de libertad condicionada y sobre el que también se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana (véase la Sentencia C-025/18 que analiza la constitucionalidad del Decreto 277 de 17 de febrero de 2017 por el cual se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, *op.cit.*)-, han sido muchos más los decretos publicados.

⁹⁴⁶ Cónsultese las Resoluciones dictadas por la Sala de amnistía o indulto en: <https://www.jep.gov.co/Relatoria/Forms/AllItems.aspx?RootFolder=/Relatoria/Sala%20de%20Amnist%C3%ADa%20o%20Indulto/Resoluciones&FolderCTID=0x0120005C6D0E9D3FA5D945BED416AF1CCFB401> Véanse también los siguientes instrumentos aprobados por la Sala de amnistía o indulto: Lineamientos 03 de 24 de enero de 2019 `por el cual se modifican los lineamientos 02-05 de 2018 sobre el reparto a la Sala de Amnistía o Indulto; Protocolo No. 002 de 24 de enero de 2019 `por la cual se modifica el Protocolo No. 001 de 2018, sobre atribuciones, expedición y firma de providencias`; Protocolo No. 003 de 5 de febrero de 2019 `por el cual se adopta la división en subsalas, para el conocimiento de los casos de amnistía de sala, de competencia de la sala de Amnistía o Indulto`.

⁹⁴⁷ Sobre esta Ley se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia de la Corte Constitucional C-007/18 de 1 de marzo de 2018 por la que se examina la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016 en la que la declaró, en términos generales, constitucional (salvo determinadas expresiones que indicaremos a lo largo del apartado).

⁹⁴⁸ Artículo 6 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016.

⁹⁴⁹ Por esta razón, se insiste en que la ley de amnistía no sustituye el deber del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar determinados hechos (artículo 10 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016).

⁹⁵⁰ Por ejemplo, el artículo 14 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016, dispone que la concesión de las amnistías “no exime del deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad o del cumplimiento de las obligaciones de reparación que sean impuestas por la Jurisdicción Especial para la Paz.” Precisamente, la Corte Constitucional colombiana ha indicado que, siempre y cuando excluyan determinados delitos y se garanticen los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y las garantías de no repetición, es decir, siempre y cuando las amnistías se hallen sujetas a determinadas condiciones, éstas pueden ser respetuosas con el deber del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar. Véanse los puntos 393 y 395 de la Sentencia de la Corte Constitucional C-007/18 de 1 de marzo de 2018, *op.cit.* y los puntos 650 - 707 que analizan la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas.

Una vez realizada esta aclaración, conviene añadir que la ley “tiene por objeto regular las amnistías e indultos por los delitos políticos y los delitos conexos con estos, así como adoptar tratamientos penales especiales diferenciados, en especial para agentes del Estado que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”⁹⁵¹. Es decir, los agentes del Estado⁹⁵², a pesar de que no pueden optar a la amnistía⁹⁵³, tienen derecho a un “tratamiento penal especial diferenciado, simétrico, equitativo, equilibrado y simultáneo”⁹⁵⁴ que, en el fondo, para el análisis que vamos a realizar, se halla sujeto a similares condiciones⁹⁵⁵ y, fundamentalmente, produce una similar consecuencia jurídica

⁹⁵¹ Artículo 1 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016. El tema de los delitos políticos y su relación con las medidas de amnistía ha sido analizado en: Travesí, Fernando y Rivera, Henry, "Delito político, amnistías e indultos: alcances y desafíos", ICTJ, marzo de 2016.

⁹⁵² El tratamiento especial previsto para los agentes del Estado se regula en el Decreto Ley 706 de 3 de mayo de 2017 “por el cual se aplica un tratamiento especial a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y se dictan otras disposiciones”. Este Decreto fue objeto de examen de constitucionalidad por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-070/18 que, adelantamos, lo declaró constitucional. Si se quiere conocer las razones por las que se optó por este tratamiento especial y las graves consecuencias jurídicas que acarrea acúdase a: HRW, Informe mundial: Colombia, 2018. Y es que, como advierte la Organización, “muchos han criticado estas nuevas reglas por tratarse de una distorsión del acuerdo de paz y porque temen que los militares reciban un trato aún más favorable en el futuro. Pero la situación es mucho peor. Combinada con otras disposiciones legales, esta norma pone a los generales bajo investigación por falsos positivos en un total limbo de impunidad”. Consúltense también HRW, Un limbo de impunidad para los generales, 9 de julio de 2018 y la crítica realizada por Amnistía Internacional en el Informe 2017/2018 de Amnistía Internacional: la situación de los derechos humanos en el mundo.

⁹⁵³ Sentencia de la Corte Constitucional C-80 de 15 de agosto de 2018, sobre el Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, “*Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*”, pp. 218 – 220. Tal y como explica la Corte Constitucional, los agentes del Estado, al no haberse alzado contra el propio Estado, no han cometido delitos políticos y, por ello, no podrían recibir amnistías. Ahora bien, añade que pueden optar a tratamientos diferenciados “que se reflejen en tratamientos penales simétricos y simultáneos a la amnistía, siempre que dicho tratamiento sea diferenciado, teniendo en cuenta que los agentes del Estado no han cometido delitos políticos y que son garantes de los derechos y de la institucionalidad”.

A juicio de Ambos, si bien este trato diferenciado no encuentra justificación legal alguna en el Derecho internacional, añade que: “si bien hacer esta diferenciación no constituye una violación del diH, desde el punto de vista legal no era necesario hacerla. Las razones para ello fueron realmente políticas, ya que la fuerza pública colombiana no quiere ser tratada como la guerrilla, así como la guerrilla no quiere ser tratada como los grupos paramilitares”, Ambos, Kai, "La Ley de amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional", *op.cit.*, pp.132 - 134. Sin embargo, otros expertos consideran que la razón por la que se establece este tratamiento diferenciado es porque, al ser funcionarios públicos, la amnistía operaría como una “auto-amnistía” lo que, actualmente, se halla prohibido. Véase Aksenova, Marina, "The ICC involvement in Colombia: walking the fine line between peace and justice", *op.cit.*, p. 278. Otros, en cambio, consideran que, ante los agentes públicos no caben las medidas de amnistía porque ésta únicamente se aplica en casos de rebelión, asonada, sedición o conspiración, circunstancias que no se cumplen. Véase: Barbosa, Francisco, *¿Justicia transicional o impunidad?...*, *op.cit.*, p. 190.

⁹⁵⁴ Artículo 9 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016.

⁹⁵⁵ Véase, por ejemplo, el artículo 50 que regula la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016.

que la ley de amnistía⁹⁵⁶: la renuncia a la acción penal⁹⁵⁷, salvo, entre otros, en los “delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra”⁹⁵⁸ cuya calificación debe realizarla la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz⁹⁵⁹. Teniendo en cuenta este doble tratamiento, en las líneas que siguen a continuación únicamente nos referiremos a la figura de las leyes de amnistía pero, sin olvidar, que los agentes del Estado podrán obtener un resultado similar.

Centrándonos, por lo tanto, en las medidas de amnistía, conviene añadir que la Ley diferencia⁹⁶⁰ entre lo que denomina “amnistías de iure”⁹⁶¹ -que, resumiendo, se aplican a los delitos políticos y conexos con los mismos y para cuya implementación se crea un procedimiento especial⁹⁶²- y las amnistías concedidas por la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz⁹⁶³ -que, según la Ley, conocerá de “todos los casos que no sean objeto de una amnistía de iure”⁹⁶⁴ en base al procedimiento previsto en el artículo 25 de la Ley, es decir, otorgará las amnistías “con fundamento en el listado o recomendaciones que recibirá (...) por parte de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas”. Resulta relevante precisar que esta Sala de Amnistía o Indulto únicamente puede conceder amnistías por delitos políticos y conexos, ya que la Ley excluye de este tratamiento, entre otros, a “los delitos

⁹⁵⁶ Escrito de amicus curiae de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz Ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, *op.cit.*.

⁹⁵⁷ Concretamente, el artículo 41 de la Ley aclara que “la amnistía extingue la acción y la sanción penal principal y las accesorias, la acción de indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible, y la responsabilidad derivada de la acción de repetición cuando el amnistiado haya cumplido funciones públicas (...). Todo ello sin perjuicio de las obligaciones de reparación que sean impuestas en cumplimiento de lo establecido en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición”, artículo 41 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016. Consúltese también el artículo 42 que versa sobre los efectos que produce la renuncia a la acción penal y el artículo 43 relativo a los efectos de la cesación de procedimiento y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

⁹⁵⁸ Artículo 46 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016.

⁹⁵⁹ Artículo 44 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016.

⁹⁶⁰ Para profundizar en las diferencias en el proceso entre ambos tipos de amnistía, acúdase a la Sentencia de la Corte Constitucional C-007/18 de 1 de marzo de 2018 por la que se examina la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016 por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones, puntos 604 y siguientes.

⁹⁶¹ Capítulo I del Título II de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016.

⁹⁶² Sin perjuicio de que no podamos detenernos en las vicisitudes de este procedimiento especial, conviene dejar apuntado que nos son pocas las dudas que genera el mismo en especialistas de reconocido prestigio. Por ello, llegados a este punto, nos remitimos al trabajo de uno de los expertos que ha abordado, hasta el momento, este tema con mayor profundidad: Ambos, Kai, “La Ley de amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional”, *op.cit.*, pp. 146 - 148.

⁹⁶³ Capítulo II del Título I de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016. Véase también la regulación sobre el procedimiento ante esta Sala prevista en la Ley 1922, de 18 de julio de 2018, “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, especialmente el Capítulo primero del Título tercero del Capítulo cuarto de la citada Ley.

⁹⁶⁴ Artículo 21 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016.

de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra”⁹⁶⁵, entendiéndose por éstos últimos, “toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática”⁹⁶⁶

A este respecto, quisiéramos llamar la atención sobre el siguiente aspecto: cuando la Ley regula las competencias de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas señala que ésta puede establecer ciertos “criterios de selección” de casos, siempre tratando de “evitar que las conductas graves y representativas queden impunes”⁹⁶⁷. Es más, tiene la facultad de “definir la situación jurídica de quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos”⁹⁶⁸, a lo que añade: “una vez verificada la situación jurídica, adoptará las resoluciones necesarias, entre otras la renuncia a la acción penal u otro tipo de terminación anticipada al proceso, siempre que contribuyan de manera eficaz a las medidas del SIVJRN, en particular la contribución al esclarecimiento de la verdad en el marco de dicho Sistema”⁹⁶⁹.

Teniendo en cuenta esta minuciosa regulación, podríamos concluir que la mayoría de personas se beneficiarán de la amnistía de iure prevista en la Ley⁹⁷⁰. Otro grupo más reducido, en cambio, verá su situación inmersa en la verificación de casos que llevará a cabo la Sala de Amnistía e Indulto, Sala que, para conceder los beneficios, se basará en un listado o las recomendaciones provenientes de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas -que, por otra parte, tiene la capacidad de seleccionar los casos objeto de investigación y renunciar a ejercer la acción penal en el caso de aquellas personas que no tengan una “participación determinante en los casos más graves y representativos”.

En definitiva, puede que tras analizar este complejo entramado no tengamos que preguntarnos quiénes recibirán amnistía, sino quiénes serán esos pocos que tengan que enfrentarse a la Jurisdicción Especial para la Paz. Y es que, lo que se observa no es sino un complejo pero muy bien planificado “filtro” en el que, incluso, los máximos

⁹⁶⁵ Artículo 23 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016.

⁹⁶⁶ *Ibidem*.

⁹⁶⁷ Artículo 28.7 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016.

⁹⁶⁸ Artículo 28.8 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016.

⁹⁶⁹ Artículo 28.8 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016. Véanse también los artículos 30.1 y 31 de la Ley.

⁹⁷⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-007/18 de 1 de marzo de 2018 por la que se examina la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016, punto 604. Como señala la Corte Constitucional, la amnistía de iure se prevé “para la mayor parte de los miembros de las FARC-EP quienes, en principio, fueron combatientes y no tienen en su contra imputaciones, procesos o condenas por las más serias violaciones a los derechos humanos”.

responsables de haber cometido un crimen internacional, si demuestran que no han tenido una “participación determinante en los casos más graves y representativos” pueden ver cómo las Salas de la Jurisdicción Especial para la Paz renuncian a ejercer la acción penal contra sus personas.

Precisamente, por esta razón, no podemos sino rechazar y criticar que la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional se centrara en la definición de “graves crímenes de guerra” e indicara que éste era uno de los aspectos⁹⁷¹ que podría vulnerar el Estatuto de Roma. A nuestro juicio, por los argumentos previamente aducidos, la posible vulneración del Derecho Internacional que se produce en la Ley es considerablemente mayor. Por ello, nos parece criticable que, en general⁹⁷², no se haya condenado con mayor dureza el alcance más amplio que tiene la Ley de amnistía ni por parte de la Corte Penal Internacional, ni por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁹⁷³, ni en los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana⁹⁷⁴, ni por la doctrina que se ha pronunciado sobre este punto⁹⁷⁵, ya que todos parecen reducir la crítica a la incorrecta definición de los crímenes de guerra.

⁹⁷¹ Como veremos en apartados sucesivos del presente trabajo, la Fiscalía no solo condena la definición de graves crímenes de guerra, sino que se refiere a otras cuestiones como el régimen de sanciones, la definición de responsabilidad de mando e, incluso, la expresión participación determinante en los hechos: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, puntos 143 – 148.

⁹⁷² Debemos exceptuar de este grupo a las constructivas críticas vertidas por la organización *Human Rights Watch* (HRW, Carta al Presidente Santos sobre la ley de amnistía, 25 de diciembre de 2016).

⁹⁷³ Paradójicamente, ha sido la Comisión la que en menor medida ha condenado la ley de amnistía colombiana. Y es que, en sus informes anuales, simplemente parece limitarse a realizar una mera descripción objetiva de los hechos sin entrar en un análisis pormenorizado del alcance de la ley. Véase, por ejemplo, cómo se refiere a la amnistía en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2016, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II., 15 marzo 2017, punto 135; Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2017, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II., 31 diciembre 2017, punto 128.

⁹⁷⁴ La Corte Constitucional colombiana señaló que la referencia a los “graves crímenes de guerra” y la definición de los mismos como cometidos de manera “sistemática”, “se aparta de los conceptos ya decantados en el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, generando una indeseable incertidumbre, que puede conducir a la vulneración del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves infracciones al derecho internacional humanitario”, Sentencia de la Corte Constitucional C-007/18 de 1 de marzo de 2018, punto 513. A este respecto conviene añadir que en los puntos 513 – 523 de la Sentencia declara la inconstitucionalidad de la expresión graves y sistemático. Unos meses después, el 15 de agosto de 2018, la Corte Constitucional se pronunció sobre el Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, “*Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*” en la que se vuelve a pronunciar sobre esta cuestión (Sentencia de la Corte Constitucional C-80 de 15 de agosto de 2018, sobre el Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, “*Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*”, comentarios al artículo 42 y al artículo 45).

⁹⁷⁵ Ambos, Kai, “La Ley de amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional”, *op.cit.*, pp. 119 – 166.

A propósito de la definición de crímenes de guerra que tanto parece preocupar, es notoriamente conocido que la misma no respeta ni el Derecho Internacional ni el Estatuto de Roma. En efecto, como acertadamente señaló la Fiscal de la Corte, la definición de los “graves crímenes de guerra” podría ser inconsistente con el Estatuto de Roma⁹⁷⁶ ya que:

“el requisito legal de que la conducta haya sido cometida de forma sistemática podría llevar a que se dicten amnistías u otras medidas similares en favor de individuos responsables por crímenes de guerra que, si bien no fueron cometidos en forma sistemática, podrían no obstante estar abarcados por la jurisdicción de la CPI. Un resultado así podría tornar admisible ante la CPI cualquier caso o casos que quedara(n) sin abordar – producto de la inacción nacional o la falta de disposición o de capacidad del Estado en cuestión de llevar realmente a cabo los procesos – y podría también violar normas de derecho internacional consuetudinario.”⁹⁷⁷

Este punto⁹⁷⁸ lo examinó con mayor detalle en un escrito de *amicus curiae* que envió, el 18 de octubre de 2017, a la Corte Constitucional de la República de Colombia⁹⁷⁹. Las conclusiones fueron las mismas: tras reiterar que las amnistías respecto de los crímenes internacionales son inaceptables⁹⁸⁰, añadió que la definición de sistematicidad prevista en los crímenes de guerra vulneraba la legalidad internacional y podría hacer la situación admisible ante la Corte⁹⁸¹. Si bien admitía que el artículo 8 del Estatuto de Roma se refiere a la sistematicidad, matizaba:

“que la jurisdicción de la CPI abarca todos los crímenes de guerra incluidos en el Artículo 8 del Estatuto de Roma, con independencia de su naturaleza sistemática, y que el requisito de la existencia de un plan, política o comisión en gran escala no es una precondition sino que, en cambio, sirve como guía para el ejercicio de la

Elena Maculan, por su parte, se refiere a la Ley como una amnistía democrática, condicionada y de carácter bilateral, a la que parece restar importancia a la definición que realiza de los crímenes internacionales, véase: Maculan, Elena, "El acuerdo de paz colombiano ante la obligación internacional de persecución penal y castigo", *Cuadernos de estrategia (Ministerio de Defensa)*, N° 189 dedicado a: El posconflicto colombiano: una perspectiva transversal, 2017, pp. 111 - 115.

⁹⁷⁶ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, punto 144.

⁹⁷⁷ *Ibid.*, 146.

⁹⁷⁸ El análisis, en todo caso, se extendió a la renuncia a la acción penal que se prevé en la propia ley de amnistía respecto de los agentes del estado que no hayan cometido “graves” crímenes de guerra. Como aprecia la Fiscal, dado que el efecto es similar, las conclusiones vertidas en dicho escrito se deben aplicar también a estos casos.

⁹⁷⁹ Escrito de *amicus curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz Ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, *op.cit.*

⁹⁸⁰ *Ibid.*, punto 36.

⁹⁸¹ *Ibid.*, punto 33. Ahora bien, añade que el problema no se reduce a la sistematicidad, sino que “las ambigüedades para determinar si una persona ha tenido una participación activa o determinante en la comisión de crímenes graves podría llevar a que se apliquen mecanismos de tratamiento especial, como la renuncia a la persecución penal, a individuos responsables por contribuciones importantes a crímenes graves, aun cuando éstas hayan sido de manera indirecta o a través de una omisión culpable”, (*Ibidem*, punto 54).

jurisdicción. Por último, una recomendación legislativa a la CPI, una corte de alcance internacional que ejerce su jurisdicción sobre múltiples situaciones al mismo tiempo con recursos limitados, y que centra sus esfuerzos en crímenes que son especialmente graves, o que tienen un impacto muy significativo, no puede extrapolarse y aplicarse en un sistema nacional que opera en circunstancias muy diferentes, y sujeto a deberes jurídicos distintos.”⁹⁸²

La Corte Constitucional colombiana también se pronunció en estos términos y, por ello, el Fiscal adjunto de la Corte Penal Internacional, tras constatar estos hechos, no pudo sino observar con optimismo la Sentencia del Tribunal⁹⁸³ que, a su juicio, “apoya, incidentalmente, la postura de la Fiscalía”⁹⁸⁴ y se ajusta a la legalidad internacional⁹⁸⁵. Es más, conviene añadir que, debido a la intensa campaña internacional en torno a la incorrecta definición de los crímenes de guerra, finalmente, la más reciente legislación de desarrollo del Acuerdo de paz ha acabado corrigiendo este notable defecto⁹⁸⁶.

En definitiva, el caso de Colombia nos deja una interesante lección: si bien, de entrada, una ley de amnistía parece excluir los crímenes internacionales del ámbito de su competencia, una breve aproximación a la letra pequeña puede llevar a la conclusión contraria. Por ello, y dado que los exámenes realizados hasta el momento por la Corte, en la mayoría de ocasiones, han sido ambiguos y sumamente superficiales, creemos que no se ha prestado la suficiente atención a las leyes de amnistía y, en consecuencia, se ha contribuido a perpetuar la impunidad. En todo caso, y al margen del reproche que merece esta tímida actuación del órgano internacional, tras este examen de las leyes de amnistía lo que podemos constatar es que, pese a la evolución experimentada en el Derecho Internacional, las amnistías, esta vez con nombres y apellidos, siguen campando a sus anchas tanto en procesos de justicia transicional como en las situaciones sobre las que ejerce su jurisdicción la Corte Penal Internacional.

⁹⁸² Escrito de *amicus curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz Ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, *op.cit.*, punto 38.

⁹⁸³ Mr. James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: "El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia", Conferencia organizada por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, la Universidad Externado en Bogotá y la Universidad EAFIT en Medellín. Bogotá y Medellín, Colombia, 30 - 31 de mayo de 2018, punto 126.

⁹⁸⁴ *Ídem*, punto 130.

⁹⁸⁵ *Ídem*, punto 131.

⁹⁸⁶ Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”, artículo 41 y 81 – 83 relativos al proceso ante la Sala de Amnistía e indultos.

Capítulo III. Las cuestiones de admisibilidad previstas en el Estatuto de Roma y la justicia transicional: un análisis centrado en los enjuiciamientos selectivos y los mecanismos no judiciales

SECCIÓN 1.^a. LA JUSTICIA INTERNACIONAL, LOS MECANISMOS TRANSICIONALES Y EL ESTATUTO DE ROMA

Concluíamos el primer Capítulo de la presente investigación advirtiendo que, tras la entrada en vigor del Estatuto de Roma, los Estados parte habían reconocido el deber de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales y, por ello, añadíamos que, ante este tipo de ilícitos, la justicia penal seguiría siendo un requisito indispensable para que los Estados cumplieran los compromisos asumidos en el ámbito internacional, también en contextos de justicia transicional¹. Ahora bien, ¿hasta qué punto el deber de ejercer la jurisdicción penal prevista en el Estatuto excluye cualquier otra modalidad de justicia aplicable, por ejemplo, a personas con un grado menor de responsabilidad en la comisión de los crímenes internacionales? Es más, ¿qué postura mantiene la Corte Penal Internacional con respecto a las comisiones de la verdad o la justicia alternativa, local o tradicional?

¹ Por esta razón, señalábamos que cabía ver en el Estatuto de Roma un importante límite a las respuestas que éstos pueden ofrecer en procesos de justicia transicional ya que, ante la comisión de crímenes internacionales, los Estados tienen la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar a los presuntos responsables. Es más, determinados expertos incluso llegan a defender que aquellos Estados que no sean parte en el Estatuto tampoco deberían eludir el componente penal y, por ello, concluyen que "transitional justice does not conflict with criminal justice", Boraine, Alexander L., "Transitional Justice: a holistic interpretation", *Journal of International Affairs*, Vol. 60, Num. 1, 2006, p. 19.

Sin embargo, ya hemos mostrado cómo no son pocos los especialistas que continúan viendo necesario flexibilizar este componente penal. A juicio de Gil Gil, por ejemplo, "la opción por esta definición amplia permite recomendar el análisis de las posibles medidas destinadas a la consecución de los fines de la justicia transicional en su conjunto, de manera que se admitiría, según las circunstancias, prescindir o flexibilizar algunas de ellas cuando supusieran un obstáculo más que una ayuda en la consecución del fin global de la consolidación de la paz y del Estado de derecho.", Gil Gil, Alicia, "El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano. La problemática jurídica en el marco de la dicotomía paz-justicia" en Gil Gil, Alicia, Maculan, Elena y Ferreira, Susana (Eds.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado - UNED, Madrid, 2017, p. 30. Es más, a propósito del proceso de justicia transicional creado por Colombia, se ha afirmado que "no puede imponerse la noción de justicia como justicia retributiva, tal y como la entienden los críticos del proceso de paz", Ambos, Kai, Cortés Rodas y Zuluaga, John, "Prólogo" en Ambos, Kai, Cortés Rodas y Zuluaga, John (Coords.), *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (cedpal) de la Georg-August-Universität Göttingen, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, Bogotá, 2018, p. 27.

Llamativamente, el Preámbulo del Estatuto de Roma, además de prever este “deber de ejercer su jurisdicción penal” al que hemos hecho referencia, se expresa en términos más amplios al mostrar su determinación para “garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera”². Obsérvese que no se hace alusión a la justicia “penal” internacional, sino que únicamente se menciona la “justicia internacional”³, razón por la cual determinados especialistas se preguntan qué es, al fin y al cabo, la justicia internacional⁴.

Sin embargo, el Preámbulo no es el único momento en el que parece sugerirse la aceptación de una modalidad o forma de justicia que no se limite a la justicia penal. En efecto, el texto del articulado también menciona el término del “interés de la justicia” previamente analizado y que ha sido empleado por ciertos sectores doctrinales como argumento para justificar que la justicia del Estatuto de Roma no se limita a la justicia penal. Es más, incluso la propia Oficina de la Fiscalía ha reconocido que el concepto de “interés de la justicia” es más amplio que la justicia criminal⁵.

A nuestro juicio, con independencia de que en el Estatuto sea posible apreciar ciertos conceptos que parecen aludir a una concepción más amplia de justicia, no cabe duda alguna de que la Corte es un tribunal penal cuya función consiste en investigar, enjuiciar y sancionar penalmente a los presuntos responsables⁶. Es decir, la respuesta que la Corte puede proporcionar ante la comisión de los crímenes internacionales sobre los que ejerce su jurisdicción es pura y exclusivamente penal. Ahora bien, ello no obsta para que nos preguntemos si a nivel interno sería posible que los Estados respondieran ante los

² Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte penal internacional.

³ Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Munich-Oxford-Baden-Baden, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2016, p. 13. Ahora bien, acto seguido añaden que, tomando en consideración el contexto del Preámbulo, no hay lugar a dudas de que se está aludiendo a la justicia penal.

⁴ Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, United Kingdom, Oxford University Press, 2016 (2ªed.), p. 56.

⁵ ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007, p. 8. Es más, en la nota a pie de página añade que “since Article 53(1)(c) foresees a possibility of pursuit of criminal justice not being “in the interests of justice”, it follows that the concept must be broader than criminal justice”. Ahora bien, como ya hemos señalado en el Capítulo segundo, a juicio de la Oficina de la Fiscalía este término debe ser interpretado atendiendo a los objetivos del Estatuto y, por ello, no debe concebirse de manera sumamente amplia como para incluir en él aspectos relacionados con la paz y la seguridad.

⁶ Pinto Soares, Patricia, "Positive complementarity: fine-tuning the transitional justice discourse? The Cases of the Democratic Republic of Congo, Uganda and Kenya", Fijalkowski, Agata and Grosescu, Raluca, *Transitional Criminal Justice in Post-Dictatorial and Post-Conflict Societies*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2015, p. 188; Riccardi, Alice, *Sentencing at the International Criminal Court: From Nuremberg to the Hague*, eleven, Den Haag, 2016, p. 221. Sin embargo, esta afirmación se cuestiona en: Angermaier, Claudia, "The ICC and Amnesty: Can the Court Accommodate a Model of Restorative Justice", *Eyes on the ICC*, vol. 1, No.1, 2004, pp. 131 – 146.

crímenes internacionales mediante mecanismos no judiciales o no penales. Es más, de proceder de esta manera, cabría preguntarse si la Corte concluiría que el asunto resultaría admisible en virtud del principio de complementariedad por no haberse iniciado un proceso penal a nivel interno, ya que conviene recordar que la Corte Penal Internacional es “complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”⁷.

Como es notoriamente conocido, el principio de complementariedad, junto con la gravedad, forma parte de la “valoración judicial”⁸ de las cuestiones de admisibilidad

⁷ Décimo apartado del Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Este término ya se mencionaba en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46.º período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994), A/49/10. Para consultar una decisión de la Corte donde se hace referencia a los debates que se ocasionaron durante el proceso de adopción del Estatuto de Roma, puede acudirse a: *Situation in Libya in the case of the Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka to the Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi"*. ICC-01/11-01/11-547-Red, 21 May 2014. ICC-01/11-01/11-547-Anx2. A propósito del propio concepto de “complementariedad” quisiéramos añadir que, si bien esta expresión se vuelve a recoger en el primer artículo del Estatuto, llama la atención que el precepto central que regula este complejo régimen de relación entre la Corte y los Estados (el artículo 17) no contenga una referencia expresa al mismo. No obstante, es cierto que dicho artículo indica que la Corte tendrá “en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1” (apartados en los que, efectivamente, se menciona el término “complementaria”) y, por ello, no cabe sino concluir que la omisión del término “complementariedad” del artículo 17 no conlleva efecto alguno ya que tanto el proceso de elaboración del Estatuto de Roma como las propias decisiones de la Corte han corroborado que su jurisdicción, a diferencia de la de otros tribunales internacionales creados hasta la fecha, siempre será complementaria a la de las “jurisdicciones penales nacionales” (*Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute)*. ICC-01/04-01/07-1213-tENG, 16 June 2009, párr. 74). Así mismo, puede ser oportuno señalar que Kenia realizó una propuesta con la finalidad de modificar el principio de complementariedad para dar cabida también a las jurisdicciones regionales (véase: Kenya: proposal of amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court. Rome, 17 July 1998. Reference: C.N.1026.2013.TREATIES-XVIII.10, 14 March 2014, p. 14). Si se desea profundizar en la posibilidad de aplicar el principio de complementariedad a otro tipo de tribunales como, por ejemplo, las cortes híbridas puede acudirse a: Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, op.cit., p. 13; 20-21; Fernandez, Julian and Pacreau, Xavier (Dirs.), *Statut de Rome de La Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Paris, Editions A. Pedone, 2012, p. 308; ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003, p. 5. Por otra parte, consideramos que es importante no confundir este principio con la jurisdicción de la Corte. Como acertadamente ha matizado Schabas, “admissibility is about the exercise of jurisdiction rather than its existence” (Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, op.cit., p. 451). Respecto de la jurisdicción, conviene señalar muy brevemente que “to fall within the Court's jurisdiction, a crime must meet the following conditions: it must be one of the crimes mentioned in article 5 of the Statute, that is to say, the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes; the crime must have been committed within the time period laid down in article 11 of the Statute; and the crime must meet one of the two alternative conditions described in article 12 of the Statute” (*Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest. Article 58, ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, 10 February 2006, punto 24*). Sobre la interpretación del concepto de jurisdicción puede verse también: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2012. November 2012, p. 3; Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, pp. 9 - 10.

⁸ Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, Aprobada por consenso en la décima sesión plenaria el 25 de marzo de 2010. Apéndice. Informe de la Mesa sobre el balance: Complementariedad. Balance sobre el principio de complementariedad: salvar la brecha de la impunidad, p. 15. Ahora bien, conviene añadir que el test de admisibilidad además de esta dimensión normativa también contiene una

previstas en el artículo 17⁹ del Estatuto de Roma¹⁰, valoración que debe realizarse sea cual sea la vía por la que se haya activado la competencia de la Corte¹¹ y que en ningún caso implica “un juicio o una caracterización del sistema de justicia nacional en conjunto”¹².

Este “dinámico”¹³ principio de complementariedad se asienta sobre una premisa básica y fundamental: la responsabilidad primaria¹⁴ de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de haber cometido los crímenes internacionales que son competencia de la Corte recae en los Estados¹⁵ y sólo cuando éstos no puedan o no quieran proceder con los correspondientes procesos penales intervendrá el órgano internacional¹⁶. Es decir, “la

dimensión empírica (ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003, p. 11). Véase también The Office of the Prosecutor, Strategic Plan June 2012-2015, 11 October 2013, p. 13.

⁹⁹ Este precepto debemos completarlo con los artículos 18 y 19 que se refieren a las “decisiones preliminares relativas a la admisibilidad” y a la “impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la cusa”, sucesivamente; las Reglas 52 – 62 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Por lo que respecta a los Estados a los que se les debe notificar la investigación que se puede producir ante la Corte, consúltese ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, p. 5.

¹⁰ Como ha señalado la Corte, el test de admisibilidad implica analizar, por una parte, la complementariedad y, por otra, la gravedad (Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute. ICC-01/09-01/11, 30 May 2011, punto 47; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest. Article 58, ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, 10 February 2006, punto 29). A este respecto, la Oficina de la Fiscalía ha aclarado que “el Estatuto no estipula una secuencia obligatoria para la consideración de la complementariedad y la gravedad. El Fiscal debe estar convencido sobre la admisibilidad en ambos aspectos antes de proceder” (ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, p. 11). Resulta oportuno añadir que este principio de admisibilidad ha sido considerado el más complejo y desarrollado en el campo del Derecho Internacional Penal (Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, op.cit.*, p. 785).

¹¹ The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006), The Hague, 12 September 2006, p. 18; Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010, punto 42.

¹² ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, punto 46.

¹³ Separate opinion of Judge Péter Kovács to “Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Decision on the Prosecutor’s request for authorization of an investigation. ICC-01/15-12, 27 January 2016.” ICC-01/15-12-Anx-Corr, 27 January 2016, punto 39.

¹⁴ En términos de la Oficina de la Fiscalía, “las jurisdicciones nacionales tienen la responsabilidad primordial de investigar y enjuiciar los crímenes previstos en el Estatuto. La Corte sólo interviene cuando no existen procedimientos nacionales auténticos”, ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, p. 6.

¹⁵ A este respecto, no debemos olvidar que los procesos nacionales, en general, serán más efectivos y eficientes a la hora de proceder con los juicios (ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, p. 2). Es más, como explica Schabas, durante el proceso de negociación y adopción del Estatuto se puso de relieve la preferencia a favor de los procesos de justicia nacionales (Schabas, William A. and El Zeidy, Mohamed, “Article 17: Issues of admissibility” en Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Munich-Oxford-Baden-Baden, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2016, p. 793).

¹⁶ Artículo 17 del Estatuto de Roma. Por esta razón, nos parece acertada la valoración que realiza Orihuela Calatayud cuando señala que “sin perjuicio de la opinión que nos merezcan algunas actuaciones de la Fiscalía relacionadas con la selección de los asuntos, la valoración sobre la exactitud de tales críticas no

Corte no sustituye a los enjuiciamientos nacionales"¹⁷ y, por esta razón, estamos de acuerdo con quienes defienden que es un error medir el “éxito” del Tribunal en función de los casos que enjuicia¹⁸ ya que “el sistema del Estatuto de Roma se basa en gran medida en las acciones y actividades desarrolladas en el plano nacional”¹⁹.

Este principio aparentemente sencillo²⁰ constituye “la piedra angular”²¹ del funcionamiento de la Corte Penal Internacional y será objeto de estudio en el presente Capítulo. Sin embargo, conviene advertir que no analizaremos la complementariedad respecto de los procesos judiciales nacionales ni la interpretación concreta que en cada caso haya realizado la Corte Penal Internacional²². Por el contrario, trataremos de analizar

debe olvidar el carácter complementario de la CPI y la posibilidad que tienen los Estados de impedir sus actuaciones mediante la puesta en marcha de los procedimientos judiciales nacionales tendentes al enjuiciamiento de los crímenes competencia de la Corte cometidos en su territorio o por sus nacionales” (Orihuela Calatayud, Esperanza, “¿Justicia restaurativa para las víctimas? El papel de la Corte Penal Internacional” en Soroeta Licerias, Juan (Ed.), *Conflictos, Nuevos Colonialismos y Derechos Humanos en una Sociedad Internacional en crisis, Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia- San Sebastián*, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 30).

¹⁷ Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, *op.cit.* p. 15. En un sentido similar véase también ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, p. 4; ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003, p. 3; Corte Penal Internacional, Asamblea de los Estados Partes, duodécimo período de sesiones, La Haya, 20 a 28 de noviembre de 2013: Segmento especial a petición de la Unión Africana: “Acta de acusación de Jefes de Estado y de Gobierno en ejercicio y sus consecuencias para la paz, la estabilidad y la reconciliación”. Resumen no oficial preparado por el moderador. ICC-ASP/12/61, de 27 de noviembre de 2013, punto 10; Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Décimo período de sesiones, Nueva York, 12 a 21 de diciembre de 2011: Informe de la Corte sobre la complementariedad. ICC-ASP/10/23, de 11 de noviembre de 2011, punto 80.

¹⁸ ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, p. 4. Por el contrario, “the absence of trials by the ICC, as a consequence of the effective functioning of national systems, would be a major success” (*Ibidem.*).

¹⁹ Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, *op.cit.*, p. 15. Ahora bien, no conviene olvidar que, con relativa frecuencia, los Estados no han hecho frente a los crímenes internacionales (ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003, p. 3). Por esta razón, se ha defendido que el aumento del número de los casos investigados a nivel interno sería un factor que podría corroborar la eficacia del sistema creado por el Estatuto de Roma (The Office of the Prosecutor, Report on Prosecutorial Strategy, The Hague, 14 September 2006, p. 10).

²⁰ Como se ha declarado, “complementarity is an intellectually simple concept”, El Zeidy, Mohamed M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2008, pp. 314 – 324.

²¹ Schabas, William A. and El Zeidy, Mohamed M., “Article 17”, *op.cit.*, p. 786.

²² Es decir, no nos detendremos en el análisis de aspectos como, por ejemplo, la distinción entre asunto, situación y “casos potenciales”. A este respecto conviene recordar que “the jurisprudence of the Court distinguishes between “situations”, which are generally defined in terms of temporal, territorial and in some cases personal parameters, and “cases”, which comprise specific incidents within a given “situation” during which one or more crimes within the jurisdiction of the Court may have been committed, and whose scope are defined by the suspect under investigation and the conduct that gives rise to criminal liability under the Statute” (Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, punto 4). Por otra parte, conviene dejar anotado que el término “asunto” ha sido definido por la Corte como “specific incidents during which one or more crimes within the jurisdiction of the Court seem to have been committed by one or more identified suspects” (Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest. Article 58, ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, 10 February 2006, punto 21). Por otra parte, conviene añadir que este estadio comienza una vez se hallan dictado las órdenes a las que hace referencia el artículo

si este principio puede ser aplicado o no ante los mecanismos alternativos a la justicia penal como, por ejemplo, las investigaciones que se desarrollen ante una comisión de la verdad o ante fórmulas de justicia tradicionales. Y es que, teniendo en cuenta la ambigüedad²³ del Estatuto con respecto a las comisiones de la verdad y otros mecanismos

58 del Estatuto (Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010, punto 44). Por otra parte, conviene recordar que el Fiscal en el transcurso de los exámenes preliminares -es decir, cuando todavía no hay ningún "caso" porque no se ha dado inicio oficialmente a ninguna investigación- también examina los elementos de la admisibilidad. Pues bien, en estos casos se examinan los casos potenciales (ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, punto 43).

Así mismo, en la fase en la que simplemente hay una "situación" la admisibilidad se examina tomando en consideración los casos potenciales y, por ello, la valoración es simplemente preliminar (es decir, puede variar en el transcurso del análisis). En efecto, como ha señalado la Corte "At the article 15 stage, admissibility is assessed in relation to "potential cases" which may be brought. These potential cases are defined by criteria such as: (i) the persons or groups of persons involved that are likely to be the focus of an investigation for the purpose of shaping a future case or cases; and (ii) the crimes within the Court's jurisdiction allegedly committed during the incidents that are likely to be the focus of an investigation for the purpose of shaping a future case or cases" (Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, punto 262). En un sentido similar: Pre-Trial Chamber III: Situation in the Republic of Burundi. Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017. ICC-01/17-9-Red, 9 November 2017, punto 143; ICC-OTP, Situation in Mali: Article 53 Report, 13 January 2013, punto 135; Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010, punto 50; Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Corrigendum to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire". ICC-02/11-14-Corr, 15 November 2011, puntos 190 – 191. Para un estudio detallado en torno a la diferencia entre situación y caso: Zakerhossein, Mohammad Hadi, *Situation Selection Regime at the International Criminal Court: Law, Policy, Practice*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2017, pp. 23 - 51; Stegmiller, Ignaz, *The Pre-Investigation Stage of the ICC: Criteria for Situation Selection*, Berlin, Duncker und Humblot, 2009, pp. 94 – 122; Rastan, Rod, "Situation and case: defining the parameters" en Stahn, Carsten and El Zeidy, Mohamed M. (Eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 421 - 459. Para profundizar en el momento procesal en el que cabe alegar las cuestiones de admisibilidad puede acudir a: Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Prosecution Response to "Application on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to Article 19 of the ICC Statute". ICC-01/09-01/11, 28 April 2011, punto 17; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute). ICC-01/04-01/07-1213-tENG, 16 June 2009, puntos 29 – 58. En la doctrina, acúdase al estudio llevado a cabo en: Kuczynska, Hanna, "The scope of appeal on complementarity issues before the ICC: on the example of appeal of Côte d'Ivoire against the Decision of Pre-Trial Chamber I in the Simone Gbagbo Case", *The law and practice of international courts and tribunals*, Vol. 15, 2016, pp. 326 – 344 (donde se analiza las consecuencias que conlleva el momento concreto en el que se impugna la admisibilidad).

²³ Hay quien defiende que esta flexibilidad puede ser una de las fortalezas del Estatuto (Stahn, Carsten, "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court" en *Journal of International Criminal Justice*, N°3, 2005, pp. 718 – 720). No obstante, tal y como reconoce el autor, también provoca cierta incertidumbre legal. Precisamente, ante este vacío legal, hay quien recomienda que "the Assembly of States Parties (ASP) convene a panel of experts to consider whether any forms of alternative mechanisms should be taken into account in decisions by the Court in assessing admissibility or by the Prosecutor in determining interests of justice and, if so, draft amendments to the Statute that eliminate or reduce the present uncertainty" (Carter, Linda, Ellis, Mark S.

alternativos, nos preguntamos si, realmente²⁴, los debates doctrinales que se plantean al hilo de estas cuestiones encuentran una plasmación práctica en la actividad de la Corte o si, por el contrario, no son más que meras reflexiones con una escasa incidencia práctica. No obstante, antes de proceder a ello, resulta oportuno conocer más de cerca los enjuiciamientos que se llevan a cabo en el seno de la Corte Penal Internacional. Y es que, si el análisis que pretendemos llevar a efecto consiste en la aplicación del principio de complementariedad ante instancias de justicia no judiciales, resulta relevante conocer sobre qué individuos ejercerá, por regla general, su jurisdicción la Corte.

SECCIÓN 2.^a. EL COMPONENTE PENAL DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL: LOS ENJUICIAMIENTOS CENTRADOS EN LOS MÁXIMOS RESPONSABLES

1. El limitado alcance de la justicia internacional penal

1.1. La histórica práctica de los tribunales internacionales e internacionalizados

Cuando se han producido violaciones masivas, sistemáticas y graves a los derechos humanos, se producen especiales dificultades a la hora de investigar, enjuiciar y sancionar

and Jalloh, Charles Chernor, *The International Criminal Court in an Effective Global Justice System*, Edward Elgar, UK-USA, 2016, p. 206). En definitiva, a pesar de la atención que han recibido las comisiones de la verdad en la doctrina más especializada, lo cierto es que su estatus en el Estatuto de Roma continúa siendo impreciso (Bisset, Alison, "Rethinking the Powers of Truth Commissions in Light of the ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, Issue 5, 2009, p. 963).

²⁴ Y es que, como bien señala Schabas, "the question is no longer just whether criminal justice is possible, but rather whether there are any situations in which not exercising criminal justice is permissible" (Schabas, William A., (Chair), 'Truth Commissions, Accountability and the International Criminal Court, Commentary by Marieke Wierda', en van Genugten, Willem J.M., Scharf, Michael P. and Radin, Sasha E., *Criminal Jurisdiction 100 Years After the 1907 Hague Peace Conference : proceedings of the eighth Hague Joint Conference held in The Hague, the Netherlands, 28-30 June 2007*, The Hague, TMC Asser, 2009, p. 121). Véase también cómo se describe esta nueva fase para las comisiones de la verdad en: Villa - Vicencio, Charles, "Why perpetrators should not always be prosecuted: where the International Criminal Court and truth commissions meet", *Emory Law Journal*, Vol. 49, Issue, 1, Winter 2000, p. 205; Graybill, Lyn, "To Punish or Pardon: A Comparison of the International Criminal Tribunal for Rwanda and the South African Truth and Reconciliation Commission", *Human Rights Review*, July - September 2001, p. 15. En definitiva, ante esta aparente laguna, es imprescindible determinar los parámetros que habrán de ser tomados en consideración y es que, como se ha señalado, no se puede continuar ignorando esta relevante cuestión (Kleffner, Jann K., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 306 – 308).

a todos los presuntos responsables²⁵. Por esta razón, Joinet, ya en 1997²⁶, cuando se hallaba revisando el Informe para combatir la impunidad, se preguntaba lo siguiente: “¿cómo se puede luchar contra la impunidad y, por lo tanto, garantizar el derecho a la justicia de la víctima, cuando el número de personas encarceladas por presuntas violaciones graves de los derechos humanos es tal, que resulta técnicamente imposible juzgarlas en un proceso con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable?”²⁷

A pesar del tiempo transcurrido desde que se formulara esa pregunta y de los avances que se han producido en el ámbito internacional²⁸, lo cierto es que la práctica se encarga de demostrar que, en estas circunstancias, únicamente una mínima parte de los responsables es investigada²⁹ y el resto se beneficia, directamente, de una situación de impunidad³⁰. Por esta razón, se ha defendido que “la política de enjuiciamiento debe ser

²⁵ Por ejemplo, el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición cita a título ilustrativo el elevado número de responsables, los escasos recursos disponibles o, incluso, la capacidad o la voluntad del Estado de proceder con los enjuiciamientos ya que, en ocasiones, el régimen previo puede mantener un grado considerable de poder (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/27/56, párrafo 24). Es más, a juicio del experto, este hecho puede conllevar que, al inicio de la transición, sea imposible proceder con los enjuiciamientos (párr. 33). Para profundizar en esta cuestión, consúltense las dificultades adicionales que se citan en: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, párrafo 47; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), p. 5 (la página 43 se refiere a los trabajos de cartografía).

²⁶ Esta fecha muestra, precisamente, que no se trata de un debate novedoso, sino que nos hallamos ante un complejo interrogante que se repite continuamente (Guariglia, Fabricio and Rogier, Emeric, "The Selection of Situations and Cases by the OTP of the ICC" en Stahn, Carsten (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 350; Takemura, Hitomi, "Big Fish and Small Fish Debate - An Examination of the Prosecutorial Discretion", *International Criminal Law Review*, Vol. 7, 2007, p. 678).

²⁷ Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, de 2 de octubre de 1997, punto 48. Respuesta, que como se he encargado de subrayar el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, no puede limitarse a no enjuiciar ya que ello implicaría un nuevo incumplimiento de las obligaciones internacionales (A/HRC/27/56, *Ibid.*, punto 37).

²⁸ Como bien señala Teitel, nunca antes en la historia había tantos líderes políticos bajo la amenaza de ser enjuiciados (Teitel, Ruti G., *Globalizing transitional justice. Contemporary essays*, New York, Oxford University Press, 2014, p. 115).

²⁹ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/27/56, párrafo 24. Es más, hay quien incluso llega a defender que “un enfoque excesivamente ambicioso respecto del enjuiciamiento puede tener efectos negativos, entre ellos potenciales amenazas a la estabilidad por parte de los responsables, mayores dificultades para proteger a un número elevado de testigos potenciales y la continua demanda de barreras legislativas, como leyes de amnistía”, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), pp. 5 – 6.

³⁰ Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, 2013, p. 779.

estratégica, basarse en criterios claros y tener en cuenta el contexto social”³¹. Esta estrategia, como comprobaremos en la presente Sección, se produce tanto a escala interna como internacional.

Empezando por ésta última, y exceptuando determinados casos -como, por ejemplo, los enjuiciamientos llevados a cabo en el Tribunal Especial para el Líbano³², el Tribunal Especial de Irak³³ o los Paneles Especiales de Timor-Oriental³⁴-, la estrategia que más apoyo parece haber generado ha sido la de centrar los enjuiciamientos en aquellas personas que puedan ser consideradas los máximos responsables de los crímenes internacionales cometidos³⁵.

En efecto, desde que se crearan los Tribunales de Núremberg³⁶ y Tokio³⁷, varios Estatutos de tribunales internacionales o “internacionalizados” han limitado las investigaciones y posteriores enjuiciamientos de los Tribunales que regulan a quienes presuntamente son los “máximos responsables”³⁸. Esta estrategia, por ejemplo, se previó

³¹ Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, punto 46.

³² Artículo 1 de la Resolución 1757 (2007) Adopted by the Security Council at its 5685th meeting, on 30 May 2007, Annex: Agreement between the United Nations and the Lebanese Republic on the establishment of a Special Tribunal for Lebanon. Attachment: Statute of the Special Tribunal for Lebanon.

³³ Artículo 1 del Estatuto del Tribunal Especial Iraquí. Véase también el artículo 15 relativo a la responsabilidad penal individual del Tribunal Especial de Irak.

³⁴ Artículo 14 de la Regulation No. 2000/15 on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences. Si se desea leer las críticas que ocasionaron los enjuiciamientos de personas con un grado bajo de responsabilidad en el caso de Timor Oriental, acúdase a: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4); Takemura, Hitomi, "Big Fish and Small Fish Debate...", *op.cit.*, p. 683.

³⁵ Sin embargo, hay quien muestra cierta preocupación ante esta estrategia ya que, se defiende, puede mandar el erróneo mensaje de que el resto de responsables no son responsables de sus actos: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), pp. 5 – 12.

³⁶ El artículo 1 del Tribunal de Núremberg preveía el enjuiciamiento de los “principales criminales de guerra del Eje Europeo”. Sobre la selectividad que caracterizó a este Tribunal se ha profundizado en: Cryer, Robert, "Selectivity in International Criminal Law" en Medjouba, Faria (Ed.), *Building peace in post-conflict situations. ATLAS*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2012, p. 168; Chernor Jalloh, Charles, "Prosecuting Those Bearing 'Greatest Responsibility': The Contributions of the Special Court for Sierra Leone", *op.cit.*, pp. 595 – 596; Schabas, William A., "Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, 2008, p. 732; Schabas, William A., "Victor's Justice: Selecting Situations at the International Criminal Court", *The John Marshall Law Review*, Vol. 43, 2010, p. 536.

³⁷ Al igual que el Tribunal de Núremberg, el Tribunal de Tokio se creó para enjuiciar a los “major war criminals in the Far East” (artículo 1 del Estatuto del Tribunal de Tokio).

³⁸ Determinados autores incluso explican que esta política puede ser incluso anterior a los juicios llevados a cabo tras la Segunda Guerra Mundial: Aguirre Aranburu, Xabier, "Gravity of Crimes and Responsibility of the Suspect" en Bergsmo, Morten (Ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Oslo, TOAEP, 2010, p. 218.

en el caso de la Corte Especial para Sierra Leona³⁹ (lo que causó cierta controversia a la hora de dilucidar quiénes merecían esta consideración⁴⁰), en las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya⁴¹ (en las que también se discutió cuál podía ser el concepto más adecuado⁴²) o en las Salas Extraordinarias Africanas⁴³.

³⁹ El artículo 1 del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona acerca del establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona preveía únicamente el enjuiciamiento de “personas a quienes quepa la mayor responsabilidad por las infracciones graves del derecho internacional humanitario y el derecho de Sierra Leona cometidas en el territorio de ese país a partir del 30 de noviembre de 1996”. Mismos términos que se trasladaron al texto del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (véase el artículo 1). Así mismo, véase cómo se regula la responsabilidad penal individual en el artículo 6 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona. Precisamente, se ha defendido que el Tribunal de Sierra Leona fue quién creó la política de los “principales responsables” (Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/911. Documentos oficiales. Publicación de la Corte Penal Internacional, La Haya, 2010. Anexo V c): Balance de la justicia penal internacional. Balance sobre el principio de complementariedad: salvar la brecha de la impunidad. Publicado anteriormente con la signatura RC/ST/CM/1, punto 11).

⁴⁰ En efecto, una de las mayores controversias con las que tuvo que lidiar la Corte Especial fue con la concreta definición de “personas a quienes quepa la mayor responsabilidad” ya que el texto del Estatuto no precisaba qué personas merecían esta calificación. Por esta razón, determinados acusados argumentaron que ellos no tenían la mayor responsabilidad en los hechos cometidos y que, por ende, la Corte Especial carecía de competencia (como ocurrió, por ejemplo, en el caso de Fofana. Véase: Decision on the Preliminary Defence Motion on the Lack of Personal Jurisdiction Filed on Behalf of Accused Fofana, 3 March 2004, Case No. SCSL-04-14-PT).

Ante esta situación, la Corte Especial recordó que los trabajos preparatorios de la Corte muestran que los redactores optaron por la expresión “personas a quienes quepa la mayor responsabilidad” y no la fórmula de “mayores responsables” y, por ello, concluía que “the Security Council directed that the fact that an individual held a leadership role should be the primary consideration; the severity of a crime or the massive scale of a particular crime should not be the primary consideration” (The trial Chamber of the Special Court for Sierra Leone. Decision on the preliminary defence motion on the lack of personal jurisdiction filed on behalf of accused Fofana. Case No. SCSL-04-14-PT-026, punto. 40). Si esta diferencia puede parecer mínima, lo cierto es que las consecuencias no lo son ya que, como correctamente se ha defendido, “‘most responsible’ is a wider phrasing than ‘those bearing the greatest responsibility’”, Stegmiller, Ignaz, *The Pre-Investigation Stage of the ICC...*, *op.cit.*, pp. 443 - 444. Cónsultese un completo estudio sobre esta cuestión en: Chernor Jalloh, Charles, "Prosecuting Those Bearing 'Greatest Responsibility': The Contributions of the Special Court for Sierra Leone" en Jalloh, Charles Chernor (Ed.), *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: the impact for Africa and International Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 589 - 623.

⁴¹ Artículo 1 del Agreement Between the United Nations and The Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution Under Cambodian Law of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea. Consúltese también el artículo 29 relativo a la responsabilidad penal individual.

Sobre la ambigüedad de la expresión empleada en el caso de Camboya véase: Chernor Jalloh, Charles, "Prosecuting Those Bearing 'Greatest Responsibility': The Contributions of the Special Court for Sierra Leone", *op.cit.*, pp. 616 - 621. A este respecto, resulta oportuno mencionar el trabajo de Aguirre Aranburu en el que explica la diferencia entre los “senior leaders” y los “most responsible” (Aguirre Aranburu, Xabier, "Gravity of Crimes...", *op.cit.*, p. 222). Así mismo, para profundizar con más detalle en la estrategia de selección de casos que siguieron estas Salas, acúdase a: Ahmed, Anees and Day, Margaux, "Prosecution Criteria at the Khmer Rouge Tribunal" en Bergsmo, Morten (Ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Oslo, TOAEP, 2010, pp. 107 - 116.

⁴² El siguiente informe que da buena muestra de los efectos que el empleo de un concepto u otro puede conllevar: Report of the group of experts for Cambodia established pursuant to General Assembly resolution 52/135, 18 February 1999.

⁴³ Artículo 3 del Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990. Así mismo, el artículo 10 sobre la responsabilidad penal individual.

Otros Estatutos, en cambio, si bien no contemplaban este límite personal, como ocurría en los Estatutos de los Tribunales Internacionales Penales para la antigua Yugoslavia⁴⁴ y Ruanda⁴⁵, a medida que fueron avanzando en las investigaciones se vieron en la necesidad de seleccionar los casos a investigar. Precisamente, el caso de la antigua Yugoslavia nos proporciona un ejemplo inmejorable de los límites de los procesos penales en la esfera internacional y, por ello, nos referiremos a algunos aspectos clave en las líneas que siguen a continuación⁴⁶.

A este respecto debemos recordar que la Resolución del Consejo de Seguridad que creó el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia no limitaba la competencia personal del futuro tribunal⁴⁷ y, como indicábamos previamente, tampoco el

⁴⁴ Concretamente, el artículo 1 del Estatuto del TIPY simplemente señalaba que “The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute”. Así mismo, el artículo 6 del Estatuto, al regular la jurisdicción personal, añadía que el tribunal tendría competencia respecto de las personas naturales según lo previsto en el propio Estatuto. Por otra parte, el artículo 7, al hacer referencia a la responsabilidad penal individual, contemplaba varias modalidades de comisión de los crímenes por los que se podría enjuiciar a los presuntos responsables: por ejemplo, se mencionaba a quienes planearon, ordenaron, cometieron o ayudaron de otra manera en la ejecución del crimen. Así mismo, en los párrafos siguientes de ese mismo artículo, se preveía que el cargo oficial no eximía de responsabilidad penal, que los superiores podrían responder por los actos de sus subordinados o que el cumplimiento de una orden no eximía de responsabilidad penal. Para profundizar en la política de selección de casos llevada a cabo por el Tribunal: Angermaier, Claudia, “Case Selection and Prioritization Criteria in the Work of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia” en Bergsmo, Morten (Ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Oslo, TOAEP, 2010, pp. 27 - 43.

⁴⁵ En Ruanda, el contenido de las disposiciones eran las mismas que las previstas en el caso del TIPY si bien, en este caso, se hallaban reguladas en los artículos 5 y 6 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda. Así mismo, el contenido del artículo 1 era prácticamente idéntico. Por otra parte quisiéramos añadir que, en ocasiones, los acusados han alegado ante las Salas del Tribunal que éste adolecía de imparcialidad a la hora de seleccionar los casos a investigar y enjuiciar. A modo de ejemplo, pueden consultarse los siguientes casos más notorios: ICTR, *The Prosecutor v Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-A, 1 June 2001, párrafos 94 – 96; ICTR, *The Prosecutor v. Elizaphan and Gérard Ntakirutimana Cases No. ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T*, 21 February 2003, párrafos 870 – 871. En la doctrina puede se ha analizado este debate en: Lutz, Ellen L. and Reiger, Caitlin (Eds.), *Prosecuting Heads of State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 8; Cryer, Robert, “Selectivity in International Criminal Law”, *op.cit.*, p. 178; Schabas, William A., “International Criminal Tribunals: A Review of 2007”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 6, Issue 3, 2008, pp. 388 – 390; Obote-Odora, Alex, “Case Selection and Prioritization Criteria at the International Criminal Tribunal for Rwanda” en Bergsmo, Morten (Ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Oslo, TOAEP, 2010, pp. 50 – 51; Takemura, Hitomi, “Big Fish and Small Fish Debate...”, *op.cit.*, pp. 680 – 681.

⁴⁶ Este caso ha sido analizado en detalle por: Ker, Rachel, *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: An Exercise in Law, Politics and Diplomacy*, Oxford, Oxford University Press, 2004. En el libro, la autora divide las distintas actuaciones de los diferentes Fiscales del Tribunal y muestra cómo ha sido el avance que se ha ido produciendo en la estrategia de selección de casos.

⁴⁷ Resolución 827 (1993) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 3217ª sesión, celebrada el 25 de mayo de 1993, S/RES/827 (1993). El punto segundo de la Resolución señalaba: “decide establecer un tribunal internacional con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1º de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restaurada la paz...”.

Estatuto plasmó por escrito excepción alguna⁴⁸. Antes esta situación, resulta oportuno señalar que, ya en 1995, se publicó una nota de prensa en la que los jueces⁴⁹ comenzaban a mostrar cierta impaciencia⁵⁰ ante la lentitud con la que parecía actuar la Fiscalía⁵¹. Ante esta presión⁵², y bajo la necesidad de mostrar que era capaz de llevar a cabo su labor⁵³, el Fiscal optó por implementar una “estrategia piramidal” en la que comenzaría investigando y enjuiciando a las personas con un grado bajo o medio de responsabilidad para llegar, en un momento ulterior, a los máximos responsables⁵⁴. Sin embargo, esta estrategia no era compartida por los jueces del Tribunal que consideraban que la Fiscalía debería centrarse, directamente, en estos segundos⁵⁵.

El asunto de la selección de casos fue abordado también en el caso *Erdemovic* en el que la Sala argumentó que “individual responsibility is based on Articles 1 and 7.1 of the Statute which grant to the International Tribunal full jurisdiction not only over “great criminals” like in Nuremberg - as counsel for the accused maintains- but also over

⁴⁸ El artículo 1 del Tribunal, al regular la competencia, indicaba que “El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991 de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto”. Es más, se ha defendido que en el proceso de redacción del Estatuto se optó deliberadamente por no limitar la competencia personal del Tribunal (Angermaier, Claudia, "Case Selection and Prioritization...", *op.cit.*, p. 28).

⁴⁹ Cassese que muestra, precisamente, las discrepancias existentes entre los jueces y la fiscalía en torno a las personas que deberían ser investigadas por el Tribunal: Cassese, Antonio, "The ICTY: A Living and Vital Reality", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 586 – 588. Véase también Goldstone, Richard, "A view from the prosecution", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 380 – 381; Schabas, William A., "Gravity and the International Criminal Court" en Eboe - Osuji, Chile (Ed.), *Protecting Humanity: Essays in International Law and Policy in Honour of Navanethem Pillay*, Leiden - Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 703.

⁵⁰ Precisamente, el propio Goldstone explica que cuando llegó a La Haya, los jueces, que habían sido designados un año antes, "were understandably angry and frustrated that no investigation had ever begun", Goldstone, Richard, "A view from the prosecution", *op.cit.*, p. 380.

⁵¹ The Judges of the Tribunal for the former Yugoslavia express their concern regarding the substance of their programme of judicial work for 1995. Press Release (Exclusively for the use of the media. Not an official document), La Haye, 1 February 1995, CC/PIO/003E. Disponible online en: <http://www.icty.org/sid/7251>

⁵² Ker, Rachel, *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia...*, *op.cit.*, p. 179. A juicio de la autora, la presión provenía tanto de los jueces como de los medios de comunicación. En un sentido similar: Chernor Jalloh, Charles, "Prosecuting Those Bearing 'Greatest Responsibility': The Contributions of the Special Court for Sierra Leone", *op.cit.*, p. 598.

⁵³ Del Ponte, Carla, "Prosecuting the Individuals Bearing the Highest Level of Responsibility", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, p. 516.

⁵⁴ Cassese, Antonio, "The ICTY: A Living and Vital Reality", *op.cit.*, pp. 586 – 588. De esta manera, el primer acusado fue el Sr. Tadic que, como es notoriamente conocido, no merecía la consideración de máximo responsable. Sin embargo, lo que se trataba era de mostrar que el Tribunal ya había comenzado a funcionar (Zakerhossein, Mohammad Hadi, *Situation Selection Regime at the International Criminal Court...*, *op.cit.*, p. 249).

⁵⁵ Cassese, Antonio, "The ICTY: A Living and Vital Reality", *op.cit.*, pp. 586 – 588.

executors."⁵⁶ Sin embargo, a medida que el trabajo del Tribunal iba avanzando, se vio obligado a matizar esta postura. Así, en 1998, ante el aumento de casos con los que se veía obligada a lidiar la Fiscalía, y sin olvidar los escasos recursos disponibles, la Fiscal hizo pública una nota en la que aclaraba que había decidido retirar los cargos contra 14 acusados y optar por centrarse en “persons holding higher levels of responsibility, or on those who have been personally responsible for the exceptionally brutal or otherwise extremely serious offences”⁵⁷. Ahora bien, mostraba su apoyo y su disponibilidad a colaborar con las jurisdicciones nacionales para que éstas continuaran con dichos procesos a nivel interno⁵⁸, política que sería consistente con la “completion strategy” que adoptaría en el año 2000⁵⁹ y que comenzó a reiterar en declaraciones posteriores⁶⁰.

En efecto, esta política centrada en la división de responsabilidades se consolidó cuando, en el año 2002, la Fiscal del Tribunal remitió una carta al Consejo de Seguridad a través de la cual daba a conocer su intención de limitar los enjuiciamientos a “los dirigentes políticos, militares y paramilitares de máximo rango” y, así, “dar traslado a los tribunales nacionales, con fines de procesamiento y enjuiciamiento, de las causas relativas a acusados de rango medio, esto es, los acusados quienes, aunque no eran los principales

⁵⁶ Trial Chamber of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. The Prosecutor V. Drazen Erdemovic, Sentencing Judgement. Case No. IT-96-22-T, 29 November 1996, punto 83.

⁵⁷ Statement by the Prosecutor following the withdrawal of the charges against 14 accused. Press Release. Communiqué de presse (Exclusively for the use of the media. Not an official document), Office Of The Prosecutor/Bureau Du Procureur, CC/PIU/314-E, The Hague, 8 May 1998. Disponible online en: <http://www.icty.org/sid/7671>

Esta política de selección de casos fue examinada posteriormente ante las Salas del Tribunal ya que uno de los acusados, el Sr. Landzo, consideró que la Fiscalía se hallaba implementado una política discriminatoria que vulneraba su derecho a un juicio justo. Sin embargo, el recurso fue rechazado por la Sala de Apelaciones (ICTY, Appeal Chamber, Case No.: IT-96-21-A, 20 February 2001, párrafos 596 – 619).

⁵⁸ Statement by the Prosecutor following the withdrawal of the charges against 14 accused, CC/PIU/314-E, *op.cit.*,

⁵⁹ Esta estrategia, a juicio de determinados expertos, fue la que determinó los criterios de selección de casos ya que, a partir de entonces, comenzarían a remitirse los casos que concernieran a personas con un grado de responsabilidad intermedia y baja a los tribunales nacionales (Angermaier, Claudia, "Case Selection and Prioritization...", *op.cit.*, pp. 36 – 40; Stegmiller, Ignaz, *The Pre-Investigation Stage of the ICC...*, *op.cit.*, p. 433).

⁶⁰ Por ejemplo, un año después, las declaraciones de la Fiscal Carla del Ponte no dejaban lugar a dudas ya que explicó que, tanto en el caso del TIPY como en el caso del TIPR, su atención se centraría en los líderes, véase Address by the Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Carla Del Ponte, to the UN Security Council. Press Release. Communiqué de presse (Exclusively for the use of the media. Not an official document). OFFICE OF THE PROSECUTOR/BUREAU DU PROCUREUR, The Hague, 27 November 2001. GR/P.I.S./642-e Disponible online en: <http://www.icty.org/en/press/address-prosecutor-international-criminal-tribunal-former-yugoslavia-carla-del-ponte-un> Ahora bien, ello no implicaba que no tomara en consideración casos de personas con un grado de responsabilidad menor si dicha selección era necesaria dado el proceso seguido hasta el momento por el Tribunal o porque “they concern notorious individuals whose conduct stands out despite the fact that they had no formal position in any hierarchy” (*Ibidem.*).

dirigentes políticos militares y paramilitares, se supone que, en cierta medida, habían desempeñado funciones de dirección o control”, todo ello con la finalidad de cumplir los plazos previstos para que el Tribunal finalizara sus actuaciones⁶¹.

Esta estrategia fue bienvenida por el Consejo de Seguridad⁶² que no dudó en reconocer la necesidad de seleccionar los casos objeto de investigación⁶³. Así, una vez se hubo recabado el consentimiento del órgano político de las Naciones Unidas, se procedió a modificar las Reglas de procedimiento y prueba⁶⁴, cuya redacción quedó de la siguiente manera:

“On receipt of an indictment for review from the Prosecutor, the Registrar shall consult with the President. The President shall refer the matter to the Bureau which shall determine whether the indictment, *prima facie*, concentrates on one or more of the most senior leaders suspected of being most responsible for crimes within the jurisdiction of the Tribunal”⁶⁵.

Teniendo en cuenta que esta estrategia no es la que se implementó desde un inicio, es lógico que no todos los responsables enjuiciados por el Tribunal puedan ser considerados como “los máximos responsables”⁶⁶. Ahora bien, independientemente del rango o posición que ocupaban las personas investigadas y enjuiciadas por el Tribunal, lo que es innegable es que la proporción de individuos que fueron finalmente sancionados no se

⁶¹ Carta de fecha 17 de junio de 2002 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General. S/2002/678, de 19 de junio de 2002.

⁶² Es más, en resoluciones posteriores del Consejo de Seguridad se insistía en la necesidad de concentrar “la labor en el procesamiento de los más altos dirigentes de quienes se sospeche que les cabe la mayor responsabilidad”: Consejo de Seguridad, Resolución 1534 (2004), Aprobada por el Consejo de Seguridad, en su 4935ª sesión, celebrada el 26 de marzo de 2004. S/RES/1534 (2004), de 26 de marzo de 2004.

⁶³ Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad, S/PRST/2002/21, 23 de julio de 2002.

⁶⁴ Carta de fecha 17 de junio de 2002 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General. S/2002/678, *op.cit.*

⁶⁵ Rule 28. Reviewing and Duty Judges (Adopted 11 Feb 1994, amended 30 Jan 1995, amended 23 Apr 1996, amended 12 Nov 1997, amended 17 Nov 1999, amended 12 Apr 2001, amended 6 Apr 2004).

⁶⁶ En definitiva, como ha señalado Aguirre Aranburu, “the ICTY did select many persons that were apparently most responsible (including the most notorious top leaders), but also many more that were not”, Aguirre Aranburu, Xabier, “Gravity of Crimes...”, *op.cit.*, pp. 225 – 227. Sin embargo, a juicio de Schabas, los enjuiciamientos del TIPY respecto de los menores responsables fueron la excepción y no la regla (Schabas, William A., “Prosecutorial discretion and gravity” en Stahn, Carsten and Sluiter, Göran (Eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, pp. 243 – 244).

corresponde con la magnitud de las violaciones cometidas, circunstancia de la que ya advirtió la Fiscal⁶⁷ al reconocer que “in fact we turn most cases away”⁶⁸.

En definitiva, este caso nos sirve para ilustrar cómo los tribunales internacionales, pese a tener en ocasiones competencia para ejercer su jurisdicción contra cualquier persona responsable de haber cometido un crimen internacional, antes o después, se ven obligados a seleccionar los casos a investigar y a enjuiciar. Por ello, nos parece correcto señalar que la característica básica que diferencia al sistema de justicia internacional de los procesos nacionales es su manifiesta selectividad⁶⁹. Es más, la práctica internacional también demuestra que, a la hora de determinar qué individuos merecen ser enjuiciados, los tribunales internacionales penales se han centrado en los “senior leaders”⁷⁰, opción que parece irremediable y que, por ello, fue bienvenida por expertos de la talla de Bassiouni siempre y cuando, en el ámbito interno, no se precluya los procesos contra otros responsables⁷¹.

Ahora bien, la estrategia de centrar las investigaciones y enjuiciamientos en los “máximos responsables” parte de una dificultad de base⁷²: la necesidad de esclarecer quiénes merecen esta consideración⁷³. Y es que, como acertadamente apunta el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no

⁶⁷ Es más, también se puso sobre la mesa un debate fundamental relacionado con el derecho de las víctimas a la justicia. Y es que, como añade, las víctimas, en muchas ocasiones, sabían perfectamente quienes habían sido los que habían perpetrado los crímenes y, por esta razón, se duda hasta qué punto enjuiciar a los máximos responsables satisface el derecho a la justicia de las primeras (Del Ponte, Carla, "Prosecuting the Individuals Bearing the Highest Level of Responsibility", *op.cit.*, p. 519). Si se desea profundizar con más detalle en esta cuestión, acúdase a: Aptel, Cécile, "Prosecutorial Discretion at the ICC and Victims' Right to Remedy: Narrowing the Impunity Gap", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 1357 – 1375.

⁶⁸ Address by the Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Carla Del Ponte, to the UN Security Council, GR/P.I.S./642-e, *op.cit.*

⁶⁹ Schabas, William A., "Selecting Situations and Cases" en Stahn, Carsten (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 365 – 366; Cryer, Robert, "Selectivity in International Criminal Law", *op.cit.*, p. 165.

⁷⁰ Schabas, William A., "Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 746.

⁷¹ Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 939. Y es que, como acertadamente señaló el experto, muchas veces los enjuiciamientos de estas personas a escala internacional son la única vía para que respondan por las atrocidades cometidas (*Ibidem.*).

⁷² Véanse otras dificultades que se mencionan en el Informe del Relator Especial: A/HRC/27/56, *op.cit.*, párrafos 59 – 67.

⁷³ Puede consultarse un excelente estudio comparativo del empleo de la expresión en los diversos tribunales internacionales en: Uprimny Yepes, Rodrigo, Sánchez Duque, Luz María y Sánchez León, Nelson Camilo, *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014, pp. 124 – 141. Véase también: Seils, Paul, "Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de Justicia y Paz en Colombia", ICTJ, marzo de 2012, pp. 4 – 6.

repetición, “si la expresión "máximo responsable" se entiende principalmente en función de la antigüedad o el rango, no tiene necesariamente que centrarse en las violaciones más atroces ni en los criminales más notorios”⁷⁴. Por esta razón, expertas como Roht-Arriza han defendido que este concepto debería combinar las posiciones de liderazgo con la gravedad o la escala de los crímenes⁷⁵. Sin embargo, a nuestro juicio, este criterio no siempre se sigue a escala interna ya que, tal y como tendremos ocasión de comprobar, ciertos Estados se han valido de la ambigüedad e inconcreción que caracteriza a esta noción para crear procesos de justicia transicional cuyos enjuiciamientos parecen centrarse en personas con un rango de responsabilidad un tanto impreciso y que nos puede llevar a la conclusión de que, tal vez, se esté tratando de garantizar la impunidad a quienes, precisamente, debieran ser considerados los “máximos responsables” de los crímenes internacionales cometidos.

1.2. La responsabilidad individual penal en el Estatuto de Roma: ¿una Corte para los máximos responsables?

El Estatuto de Roma atribuye a la Corte Penal Internacional la facultad "para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto"⁷⁶. Es importante poner el acento en los amplios términos en los que se pronuncia este primer artículo al contemplar, expresamente, la capacidad para ejercer su jurisdicción sobre *personas*, sin especificar en ningún momento a qué tipo de sujetos se refiere⁷⁷.

Es más, el Preámbulo muestra la decisión de los Estados Partes de "poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes" y recuerda que "es deber de todo Estado

⁷⁴ A/HRC/27/56, *op.cit.*, párrafo 63.

⁷⁵ Roht-Arriaza, Naomi, "After Amnesties are Gone: Latin American National Courts and the new Contours of the Fight Against Impunity", *Human Rights Quarterly*, Vol. 37, 2015, pp. 371 – 372. En un sentido similar Aguirre Aranburu, Xabier, "Gravity of Crimes...", *op.cit.*, pp. 220 – 222. A juicio del experto ““While those “most responsible” obviously include the political or military leadership, others in command authority down the chain of command may also be regarded “most responsible” judging by the severity of the crime or its massive scale. “Most responsible”, therefore, denotes both a leadership or authority position of the accused, and a sense of the gravity, seriousness or massive scale of the crime.” Otros expertos, por su parte, consideran que “the problem with the adoption of a selective strategy focusing on those who bear the greatest responsibility is that it is discriminatory and by its very nature requires making value judgments that may be influenced by political or resource factors”, Murphy, Ray, "Gravity issues and the International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, Vol. 17, 2006, p. 303.

⁷⁶ Artículo 1 del Estatuto de Roma.

⁷⁷ Extremo que difiere en el caso de los crímenes que, obsérvese, sí que menciona que estos deben ser los crímenes "más graves de trascendencia internacional".

ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacional"⁷⁸. Como cabe apreciar, en ninguno de los dos apartados citados se limita el ejercicio de la responsabilidad penal individual⁷⁹. Por lo tanto, podríamos entender que toda persona, todo autor o todo responsable de haber cometido un crimen internacional, si se cumplen los requisitos establecidos en el Estatuto de Roma, podría ser investigado, enjuiciado y sancionado por la Corte Penal Internacional. De hecho, como veremos a continuación, esta amplitud de sujetos sobre los que la Corte podría llegar a ejercer su jurisdicción se corrobora en los artículos 25 y siguientes del Estatuto de Roma.

Por una parte, el artículo 25 aclara que la Corte no sólo tiene competencia sobre personas naturales, sino que, además, toda persona mayor de 18 años⁸⁰ que cometa uno o varios de los crímenes enumerados en el artículo 5 "será responsable individualmente y podrá ser penado"⁸¹. Por otra parte, el apartado tercero contempla diversas formas de comisión de los hechos como, por ejemplo, cometer ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de un tercero; ordenar, proponer o inducir a la comisión de los hechos consumados o en tentativa; hace referencia también a las figuras del cómplice, del encubridor o del colaborador; e, incluso, menciona la contribución "de algún modo" a la comisión de los hechos⁸². Como puede apreciarse, en ningún momento se limita el ejercicio de la responsabilidad penal individual a cierta categoría de personas. La única excepción se halla con respecto al crimen de agresión⁸³ ya que, en este supuesto concreto, el apartado 3 bis del artículo citado⁸⁴ precisa que las personas tienen que hallarse "en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado"⁸⁵.

⁷⁸ Preámbulo al Estatuto de Roma.

⁷⁹ Situation in the Democratic Republic of Congo. Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58". ICC-01/04-169-US-Exp, 16 July 2006. Separate and partly dissenting opinion of Judge Georghios M. Pikis, punto 31.

⁸⁰ Artículo 26 del Estatuto de Roma. Concretamente, el artículo señala que: "La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen".

⁸¹ Artículo 25.1 y 25.2 del Estatuto de Roma.

⁸² Artículo 25.3 del Estatuto de Roma.

⁸³ Si se desea ampliar la información, acúdase a: Takemura, Hitomi, "Big Fish and Small Fish Debate...", *op.cit.*, pp. 684 - 685.

⁸⁴ Insertado mediante la resolución RC/Res.6, anexo I, de 11 de junio de 2010 (inserción del párrafo 3 bis).

⁸⁵ Artículo 25.3 bis del Estatuto de Roma. Es decir, en este crimen en particular sí que tenemos a una categoría de personas que se hallan especificadas ya que son las únicas que, por su rango particular, pueden cometer este concreto crimen. Y es que, tal y como se ha defendido, el crimen de agresión debe ser considerado un "crimen ordenado" o un "delito de autoridad" (Sánchez Legido, Ángel, "Uso de la fuerza, consejo de seguridad y corte penal internacional: la represión penal del crimen de agresión" en Huesa Vinaixa, Rosario (Coord.), *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva*:

Es más, incluso la Corte se ha pronunciado sobre el alcance de este precepto y ha declarado que si los únicos casos de los que pudiera conocer fueran aquéllos que se hallan relacionados con personas que sean consideradas como los principales o directos perpetradores, se privaría al artículo 25 del Estatuto de Roma de significado alguno⁸⁶. Por ello, tal y como añadió el Juez M. Pikis, es correcto afirmar que la responsabilidad penal individual en el Estatuto no se limita a ninguna categoría específica de personas⁸⁷, conclusión que también se sustenta mediante una lectura coherente de los artículos 27, 28 y 33 del Estatuto de Roma.

Por lo que al primero de ellos respecta, conviene mencionar que el Estatuto de Roma es contundente al señalar que "el presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena"⁸⁸. Por lo tanto, la primera conclusión parece obvia: la Corte *también* tiene competencia sobre las personas que ostentan un cargo oficial⁸⁹.

El segundo de ellos, el artículo 28 del Estatuto, contempla específicamente la responsabilidad de los jefes y los superiores. Sin entrar ahora en las particularidades que lleva aparejada esta forma de atribución de responsabilidad penal, nos preguntamos lo siguiente: ¿si el Estatuto de Roma hubiera limitado la responsabilidad penal individual a las personas con capacidad de ejercer cierto grado de control o supervisión sobre sus

intersección de sistemas; estudios en homenaje al profesor Eloy Ruiloba Santana, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 235).

⁸⁶ Situation in the Republic of Kenya in the case of The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute. ICC-01/09-02/11, 23 January 2012, punto 47; Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the Case of The Prosecutor v. Charles Blé Goudé. Decision on the Defence challenge to the admissibility of the case against Charles Blé Goudé for insufficient gravity. ICC-02/11-02/11-185, 12 November 2014, puntos 8 – 22.

⁸⁷ Situation in the Democratic Republic of Congo. Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58". ICC-01/04-169-US-Exp, 16 July 2006. Separate and partly dissenting opinion of Judge Georghios M. Pikis, punto 35. Por ello, añadió: "The definition of the crimes amenable to the jurisdiction of the Court is in no way correlated to the part played by the perpetrator in their overall planning, initiation and execution or the position held by the offender in the leadership of a State or organization that planned them" (*Ibid.*, punto 35).

⁸⁸ Artículo 27.1 del Estatuto de Roma.

⁸⁹ A modo de ejemplo podemos citar el caso de Sudan ya que, en este caso, se dictó una orden de arresto contra Al Bashir: Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. ICC-02/05-01/09-3, 4 March 2009.

subordinados, realmente hubiera existido la necesidad de regular *expresamente* esta posibilidad? A nuestro juicio, la respuesta es negativa⁹⁰.

Pero si hay un artículo en el Estatuto que, realmente, sustenta la posición que venimos manteniendo es, precisamente, el artículo 33 que, al regular las órdenes superiores, prevé que, salvo las excepciones enumeradas, "quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal"⁹¹. Es decir, también quien ejecuta la orden de cometer un crimen internacional podrá ser responsable penalmente en virtud del Estatuto de Roma y, por ello, cabe concluir que este artículo sería superfluo si la jurisdicción de la Corte se limitara a aquellas personas que se hallan en la cúpula de las organizaciones o del Estado que planearon los crímenes⁹².

Por todo ello, no podemos estar más de acuerdo con las conclusiones claras y precisas realizadas por el Juez M. Pikis, por cuya relevancia creemos conveniente citar íntegramente:

"If crimes within the ambit of the jurisdiction of the Court were limited as suggested by the Pre-Trial Chamber to those who planned or directed the execution of the grave crimes universally criminalized by the Statute the complexion of the Statute would be wholly different; there would be no reason to impose a duty upon States Parties to bring to justice everyone offending against the provisions of the Statute. Had the makers of the Statute intended to limit the jurisdiction of the Court to the principal perpetrators of the offences criminalized therein, the Statute would be differently worded and its objects and purposes differently defined. The decision of the Pre-Trial Chamber defies fundamental aims of the Statute, expressed in every relevant provision of it, not to suffer or leave unpunished the perpetrators of the crimes defined therein. This is wherefrom the deterrent effect of the Statute derives, holding each and sundry from the head of the State downwards liable for the grave crimes that form the subject-matter of the Statute. Had it been the intention of the law-makers to limit justiciable crimes under the Statute to the most serious ones, they would have established the necessary criteria for their classification."⁹³

⁹⁰ Situation in the Democratic Republic of Congo. Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58". ICC-01/04-169-US-Exp, 16 July 2006. Separate and partly dissenting opinion of Judge Georghios M. Pikis.

⁹¹ Artículo 33 del Estatuto de Roma.

⁹² Situation in the Democratic Republic of Congo. Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58". ICC-01/04-169-US-Exp, 16 July 2006. Separate and partly dissenting opinion of Judge Georghios M. Pikis, punto 35.

⁹³ *Ibid.*, punto 41.

En definitiva, de la lectura de los artículos citados y sin olvidar los términos del Preámbulo y del artículo primero del Estatuto de Roma, solo cabe concluir que la Corte Penal Internacional puede ejercer su competencia sobre cualquier persona natural mayor de 18 años que haya cometido uno de los crímenes internacionales enumerados en el artículo 5, siempre, claro está, que se cumplan el resto de requisitos previstos en el Estatuto. Y es que, concluir lo contrario implicaría “obviar todo el desarrollo y despliegue normativo existentes en torno a las diversas formas de autoría y participación en los crímenes de derecho internacional, así como todos los esfuerzos hechos respecto a la criminalización de los diferentes grados de intencionalidad en la comisión de los mismos”⁹⁴. Sin embargo, como comprobaremos en el apartado que sigue a continuación, esta idílica situación en la que cualquier persona que cometa un crimen internacional pueda ser investigada y enjuiciada, ya sea en instancias internas o internacionales, dista mucho de ser una realidad.

1.3. La política de selección de casos de la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional

Independientemente de que el Estatuto de Roma no limite el ejercicio de la responsabilidad penal individual a aquellas personas que puedan ser consideradas como los "máximos responsables", lo cierto es que la actuación de la Corte Penal Internacional está condenada a ser limitada⁹⁵. Es más, hay que tener en cuenta que la propia Oficina de la Fiscalía, a la hora de investigar y enjuiciar, depende de los recursos disponibles⁹⁶.

Por todo ello, parece razonable pensar que es imposible que un único tribunal internacional pueda enjuiciar a *todos* los presuntos responsables⁹⁷ de haber cometido una serie de crímenes entre cuyas características se hallan la masividad y la sistematicidad.

⁹⁴ Chinchón Álvarez, Javier, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Parthenon, Madrid, 2007, pp. 470 - 471.

⁹⁵ Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 (5ªed.), p. 84; Politi, Mauro, "Reflections on complementarity at the Rome Conference and beyond" en Stahn, Carsten and El Zeidy, Mohamed M. (Eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 144; Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law...*, *op.cit.*, pp. 645 - 646.

⁹⁶ Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, p. 6, punto 12. Por ello, no le falta razón a Schabas cuando argumenta que “lower-level offenders are unlikely to attract the attention of a prosecutor whose energies must be concentrated, if only because of budgetary constraints”, Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, *op.cit.*, p. 79. Véase también Schabas, William A., "Victor's Justice...", *op.cit.*, p. 542.

⁹⁷ Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, *op.cit.*, p. 16, punto 12.

Por esta razón, es lógico⁹⁸ que la Corte, tal y como se vieron obligados a hacer otros tribunales internacionales con competencias similares⁹⁹, y pese a las pruebas disponibles¹⁰⁰, no tenga más remedio¹⁰¹ que centrar su actuación no solo¹⁰² en

⁹⁸ De hecho, esta necesidad de seleccionar los casos a investigar parece que se asume con total naturalidad por expertos de reconocido prestigio. A modo de ejemplo, puede consultarse el documento publicado en el año 2003 por un grupo de especialistas en el que muestran su opinión favorable a la selección de casos basados en el criterio de los “máximos responsables”: ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003, pp. 18 - 19.

⁹⁹ Recordar también que desde Núremberg los tribunales internacionales han sido los que se han encargado de juzgar a los mayores responsables. Ver en este sentido las explicaciones proporcionadas en: Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, op.cit., p. 784. Acúdanse a los siguientes trabajos si se desea profundizar en la selectividad que, desde los orígenes del campo, ha caracterizado a la justicia internacional: Armenian, Andre Vartan, "Selectivity in International Criminal Law: An Assessment of the `Progress Narrative`", *International Criminal Law Review*, Vol. 16, Issue 4, 2016, pp. 642 - 672; Eberchi, Ifeonu, "Rounding up the Usual Suspects: Exclusion, Selectivity, and Impunity in the Enforcement of International Criminal Justice and the African Union's Emerging Resistance", *African Journal of Legal Studies*, Vol. 4, 2011, pp. 51 - 84; Hafetz, Jonathan, "Fairness, Legitimacy, and Selection Decision in International Criminal Law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 50, 2017, pp. 1133 - 1171; Pieret, Julien et Hébert-Dolbec, Marie - Laurence, "La justice pénale internationale comme projet politique et sélectif: une exploration de plusieurs zones d'ombre de la pénalité internationale", *Revue Québécoise de Droit International*, Hors-série décembre 2015, pp. 1 - 13; Cryer, Robert, "Selectivity in International Criminal Law", op.cit., pp.153 - 191; Cryer, Robert, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 191 - 231. Si se desea realizar un estudio relativo al enjuiciamiento de los jefes de Estado véase Lutz, Ellen L. and Reiger, Caitlin (Eds.), *Prosecuting Heads of State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

¹⁰⁰ Precisamente, se ha argumentado que el sistema de justicia internacional penal no puede simplemente “seguir las pruebas” a la hora de decidir a quién enjuiciar (Akhavan, Payam, "Are International Criminal Tribunals a Disincentive to Peace? Reconciling Judicial Romanticism with Political Realism", *Human Rights Quarterly*, Vol. 31, 2009, p. 631).

¹⁰¹ Como señala Seils, siempre será mejor hacer algo que no hacer nada (Seils, Paul, "Putting Complementarity in its Place" en Stahn, Carsten (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 307).

¹⁰² Los distintos tipos de discrecionalidad en la toma de decisiones en manos del Fiscal de la Corte Penal Internacional se analizan en: Kloss, Bertram, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court: Towards a more Principled Approach*, München, Herbert Utz Verlag, 2017, p. 15. Así mismo, si se desea profundizar en el tema de la discrecionalidad acúdase también a: Brubacher, Matthew R., "Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 71 - 95; Gallavin, Chris, "Prosecutorial discretion within the ICC: under the pressure of justice", *Criminal Law Forum*, Vol. 17, 2006, pp. 43 - 58; Greenawalt, Alexander K.A., "Justice without politics? Prosecutorial discretion and the International Criminal Court", *International Law and Politics*, Vol. 39, 2007, pp. 583 - 673; Goldston, James A., "More Candour about Criteria: The Exercise of Discretion by the Prosecutor of the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, pp. 383 - 406; Dondé Matute, Javier, "La política criminal de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional para el inicio de investigaciones", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIV, 2014, pp. 31 - 76; Ohlin, Jens David, "Peace, Security, and Prosecutorial Discretion" en Stahn, Carsten and Sluiter, Göran (Eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, pp. 185 - 208; McDonald, Avril and Haveman, Roelof, "Prosecutorial Discretion - Some Thoughts on `Objectifying` the Exercise of Prosecutorial Discretion by the Prosecutor of the ICC", *Expert consultation process on general issues relevant to the ICC Office of the Prosecutor*, 15 April 2003; Nsereko, Daniel D. Ntanda, "Prosecutorial discretion before national courts and international tribunals", *Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor*, 2004. Ahora bien, a este respecto conviene realizar un importante matiz. La discrecionalidad del Fiscal, en ningún caso debe implicar arbitrariedad y, por esta razón, se argumenta que el Fiscal debe asegurarse de que se le considere un órgano imparcial (véase Cassese, Antonio (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 471 - 472).

determinadas situaciones¹⁰³ sino en ciertos individuos¹⁰⁴ y en un conjunto de crímenes¹⁰⁵. Y, para ello, es decir, para seleccionar los casos a investigar, es imprescindible y fundamental¹⁰⁶ establecer prioridades¹⁰⁷.

¹⁰³ En el presente apartado no nos vamos a referir a la política de selección de situaciones que se produce en la Corte Penal Internacional. Sobre esta cuestión se ha reflexionado en: Zakerhossein, Mohammad Hadi, *Situation Selection Regime at the International Criminal Court: Law, Policy, Practice*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2017; Stegmiller, Ignaz, *The Pre-Investigation Stage of the ICC: Criteria for Situation Selection*, Berlin, Duncker und Humblot, 2009; Wouters, Jan and Chan, Kenneth, "Policies, Not Politics: The Pursuit of Justice in Prosecutorial Strategy at the International Criminal Court", Muller, Sam and Zouridis, Stavros (Eds.), *Law and Justice: A Strategy Perspective*, The Hague, TOAEP, 2012, pp. 143 - 168; Osiel, Mark, "How Should the ICC Office of the Prosecutor Choose its Cases? The Multiple Meaning of 'Situational Gravity'", *The Hague Justice Portal*, March 2009; Schabas, William A., "Victor's Justice...", *op.cit.*, pp. 535 - 552; Foster, Jacob N., "A Situational Approach to Prosecutorial Strategy at the International Criminal Court", *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 47, 2016, pp. 439 - 505; Smeulders, Alette, Weerdesteijn, Maartje and Hola, Barbora, "The Selection of Situations by the ICC: An Empirically Based Evaluation of the OTP's Performance", *International Criminal Law Review*, Vol. 15, 2015, pp. 1 - 39; Guariglia, Fabricio and Rogier, Emeric, "The Selection of Situations and Cases by the OTP of the ICC", *op.cit.*, pp. 350 - 364; Schabas, William A., "Selecting Situations and Cases", *op.cit.*, pp. 365 - 381.

¹⁰⁴ Para profundizar en la política y en la práctica de selección de casos de la Corte Penal Internacional puede acudirse a: Nyawo, James, *Selective enforcement and International Criminal law: the International Criminal Court and Africa*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2017; Ezennia, Celestine Nchekwube, "The Modus Operandi of the International Criminal Court System: An Impartial or a Selective Justice Regime?", *International Criminal Law Review*, Vol. 16, Issue 3, 2016, pp. 448 - 479;

¹⁰⁵ A propósito de los crímenes que se investigan, quisiéramos precisar que nuestra atención no se centrará en los crímenes concretos, sino en el grado de responsabilidad de los presuntos responsables. Para profundizar sobre esta cuestión, acúdase al excelente trabajo realizado por Stahn en el que explica, entre otros, los problemas que pueden acarrear las investigaciones o enjuiciamientos temáticos. Es más, recuerda que en el caso de Lubanga la Corte se centró en el reclutamiento de niños soldados y, en el caso de Al Mahdi en la propiedad cultural. A su juicio, esta perspectiva temática debería ser la excepción y no la regla ya que, concluye, pueden acarrear cierta decepción o aumentar la fricción entre las prioridades internacionales y expectativas locales, Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 348 - 353.

¹⁰⁶ Y es que, como correctamente se ha defendido, la importancia de una buena estrategia de selección de casos es fundamental ya que ello influirá en la percepción general que se tenga sobre la justicia internacional y aumentará o disminuirá el apoyo o la confianza en la misma (Bergsmo, Morten, "The Theme of Selection and Prioritization Criteria and Why it Is Relevant" en Bergsmo, Morten (Ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Oslo, TOAEP, 2010, p. 9). Véase también: Cassel, Douglas, "Las mejores prácticas para el procesamiento judicial de las violaciones de derechos humanos", en Macedo, Francisco (Coord), *Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos*, Perú, Idehpucp, 2007, p. 170; Bergsmo, Morten y Saffon, María Paula, "Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?" en Ambos, Kai (Coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales: Un estudio comparado*, Bogotá, GmbH, 2011, p. 69; Wouters, Jan and Chan, Kenneth, "Policies, Not Politics...", *op.cit.*, p. 144; Nsereko, Daniel D. Ntanda, "Prosecutorial discretion before national courts and international tribunals", *op.cit.*, p. 16.

¹⁰⁶ DeGuzman, Margaret M., "Choosing to prosecute: expressive selection at the International Criminal Court", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 33, 2012, p. 271.

¹⁰⁷ Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, pp. 50 - 51.

Precisamente, el propio Reglamento de la Fiscalía¹⁰⁸ presume la necesidad de establecer una cierta estrategia de enjuiciamiento¹⁰⁹ y, por ello, la Regla 33 prevé que, a la hora de seleccionar los casos en una determinada situación, la Oficina deberá identificar “the most serious crimes committed within the situation”¹¹⁰. Así mismo, la Regla 34 añade que se deberá centrar la atención en la persona o personas que parezcan los máximos responsables¹¹¹. Como cabe apreciar, el Reglamento de la Fiscalía, al determinar qué casos son susceptibles de ser investigados, toma en consideración, entre otros, que éstos se centren en las personas que parecen ostentar la máxima responsabilidad. Es decir, añade un requisito adicional que, de entrada, no se contempla en el Estatuto de Roma. No obstante, no procede a definir qué debe entenderse por tal y, por ello, no aclara cómo debe determinarse esta circunstancia¹¹².

A pesar de este silencio, desde el año 2003, la Oficina de la Fiscalía comenzó a atenerse a esta política de selección de casos, lo que nos permite hacernos una cabal idea acerca de cuál es la estrategia seguida¹¹³. Así, por ejemplo, apenas un año después de que entrara en vigor el Estatuto de Roma, afirmó que:

“The Court is an institution with limited resources. The Office will function with a two-tiered approach to combat impunity. On the one hand it will initiate prosecutions of the leaders who bear most responsibility for the crimes. On the other hand it will encourage national prosecutions, where possible, for the lower-ranking perpetrators, or work with the international community to ensure that the offenders are brought to justice by some other means.”¹¹⁴

¹⁰⁸ Ahora bien, insistimos, el Estatuto de Roma no limita la responsabilidad internacional penal a los máximos responsables y, por ello, como acertadamente ha apreciado Schabas, estas escuetas referencias normativas le otorgan a la Fiscalía un amplio poder de discrecionalidad a la hora de decidir a quién enjuiciar (Schabas, William A., "Selecting Situations and Cases", *op.cit.*, pp. 365 – 366 y p. 377).

¹⁰⁹ Además, menciona la necesidad de dar publicidad a la misma. Véase la Regulation 14. Prosecutorial Strategy (del Reglamento de la Fiscalía).

¹¹⁰ Regla 33 del Reglamento de la Fiscalía.

¹¹¹ Regla 34 del Reglamento de la Fiscalía. Concretamente dispone que: “1. The joint team shall review the information and evidence collected and shall determine a provisional case hypothesis (or hypotheses) identifying the incidents to be investigated and the person or persons who appear to be the most responsible”. El apartado segundo añade que “2. In each provisional case hypothesis, the joint team shall aim to select incidents reflective of the most serious crimes and the main types of victimisation - including sexual and gender violence and violence against children - and which are the most representative of the scale and impact of the crimes”.

¹¹² Schabas, William A., "Selecting Situations and Cases", *op.cit.*, p. 378. Concretamente, el experto considera que el precepto no aclara cómo va a proceder el Fiscal a separar a los presuntos responsables en base al criterio establecido.

¹¹³ Es más, en el recientemente aprobado Plan Estratégico 2019 – 2021, se corrobora esta decisión, lo que nos permite hablar de cierta práctica consolidada: OTP, Strategic Plan 2019-2021, 17 July 2019, pp. 19 – 20.

¹¹⁴ ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, p. 3. Por ello, concluía que: “The global character of the ICC, its statutory provisions and logistical constraints support a preliminary recommendation that, as a general rule, the Office of the Prosecutor should focus its

Como cabe apreciar, la Oficina de la Fiscalía parecía dispuesta a aceptar un cierto “reparto competencial” entre los enjuiciamientos ante la Corte y los que deberían complementar los Estados en sus jurisdicciones internas¹¹⁵. En esta división, y siguiendo la práctica habitual en los tribunales internacionales penales previamente creados, el órgano internacional parecía dispuesto a asumir la responsabilidad de enjuiciar a las personas con un mayor grado de responsabilidad¹¹⁶.

Ahora bien, tal y como señalábamos previamente, este reparto no se halla previsto en el Estatuto y, por ello, nada debería impedir que la Corte se centrara en personas con un grado menor de responsabilidad. Precisamente, el propio documento publicado sustentaba esta posición ya que contemplaba la posibilidad de centrar los enjuiciamientos en las personas con un grado menor de responsabilidad:

“In some cases the focus of an investigation by the Office of the Prosecutor may go wider than high-ranking officers if, for example, investigation of certain types of crimes or those officers lower down the chain of command is necessary for the whole case.”¹¹⁷

Los documentos publicados en los años sucesivos muestran que la Oficina de la Fiscalía continuó impulsando esta estrategia de selección de casos. Por ejemplo, en 2006, en la publicación del Informe sobre la estrategia de enjuiciamientos, se volvió a examinar la condición en la que se encontraban aquellas personas que pudieran ser consideradas máximas responsables y se reiteró que la Oficina adoptaría una política centrada en los crímenes más graves y en aquellas personas que ostenten la máxima responsabilidad¹¹⁸. En idénticos términos se expresó también en el Informe sobre las actividades llevadas a cabo en los primeros tres años de actividad publicado ese mismo año¹¹⁹.

Un año después, en el 2007, parecía consolidarse la posición de la Fiscalía e, incluso, comenzaba a vislumbrarse quiénes serían esas personas que ostentaban la “máxima

investigative and prosecutorial efforts and resources on those who bear the greatest responsibility, such as the leaders of the State or organisation allegedly responsible for those crimes” (*Ibid.*, p. 7).

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 3.

¹¹⁶ *Ibidem.*

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 3.

¹¹⁸ The Office of the Prosecutor, Report on Prosecutorial Strategy, The Hague, 14 September 2006, pp. 5 - 6.

¹¹⁹ The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006), The Hague, 12 September 2006, pp. 7 - 8.

responsabilidad”. Por ejemplo, en otro de los documentos de política general publicados, en este caso el relativo al “interés de la justicia”¹²⁰, se aclaraba que:

“The OTP has clearly stated its policy of focusing its investigations on those bearing the greatest degree of responsibility. Factors to be taken into account include the alleged status or hierarchical level of the accused or implication in particularly serious or notorious crimes. That is, the significance of the role of the accused in the overall commission of crimes and the degree of the accused’s involvement (actual commission, ordering, indirect participation).”¹²¹

Sin embargo, y tal y como se puso de manifiesto en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en Kampala en el año 2010, la decisión del Fiscal de centrar sus investigaciones en estos individuos no se impone en el Estatuto¹²². Y, por ello, recordaban que este criterio no debía “entenderse como un reconocimiento de impunidad para los perpetradores de menor cuantía”¹²³.

Pese a esta advertencia, lo cierto es que los documentos publicados en fechas más recientes, por ejemplo, el documento de política general sobre exámenes preliminares del año 2013¹²⁴ o el Plan estratégico 2012-2015¹²⁵, no dejan lugar a dudas acerca de la postura de la Fiscalía ya que mencionan la condición de mayores responsables como las personas sobre las que centrará su atención. Ahora bien, también se contempla la posibilidad de enjuiciar a otra categoría de personas de menor responsabilidad como consecuencia del proceso que se sigue por la Fiscalía a la hora de “construir” las investigaciones¹²⁶.

¹²⁰ La novedad en este caso fue que, a juicio de la Fiscalía, en virtud del principio del interés de la justicia era posible que, aunque una persona ostentara la condición de máximo responsables, finalmente no fuera enjuiciado por razones humanitarias (ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007, pp. 6 – 7).

¹²¹ ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007, pp. 6 - 7.

¹²² Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, *op.cit.*, p. 16.

¹²³ *Ibid.*, p. 16, punto 12.

¹²⁴ ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, p. 11. Concretamente, este documento prevé que “de conformidad con la estrategia de procesamiento, la Fiscalía evaluará la complementariedad y la gravedad en relación con los presuntos crímenes más graves y con las personas que parezcan tener mayor responsabilidad por esos crímenes”.

¹²⁵ The Office of the Prosecutor, Strategic Plan June 2012-2015, 11 October 2013, p. 13, punto 21; OTP, Strategic Plan 2019-2021, 17 July 2019, pp. 19 – 20.

¹²⁶ Por ejemplo, el Plan Estratégico 2012-2015 preveía que: “22. The required evidentiary standards to prove the criminal responsibility of the most responsible might force the OTP to change its approach due to limitations in investigative possibilities and/or a lack of cooperation. In such circumstances a strategy of gradually building upwards might be needed. The Office would then first investigate and prosecute a limited number of mid- and high-level perpetrators in order to ultimately have a reasonable chance to convict the most responsible. The Office will also consider prosecuting lower level perpetrators where their conduct has been particularly grave and has acquired extensive notoriety. Such a strategy will in the end be more cost-effective than having no or failing prosecutions against the highest placed perpetrators.” (The Office of the Prosecutor, Strategic Plan June 2012-2015, 11 October 2013, p. 14). Esta misma advertencia, es decir, la posibilidad de que la Fiscal podía investigar y enjuiciar a otra categoría de personas, se continuó mencionando en años sucesivos. Por ejemplo, en el año 2014, se reconocía que: “23. The Office will

Precisamente, a propósito de esta cuestión, resulta relevante añadir que los Planes Estratégicos de la Fiscalía muestran que se ha producido un cambio en la forma de llevar a cabo las investigaciones que repercute directamente en las personas sobre las que se centrarán las actuaciones¹²⁷. Es decir, en los primeros años de actividad de la Oficina de la Fiscalía, ésta optó por una estrategia de selección de casos basada en las personas que podrían llegar a ser considerados como los máximos responsables, pero sin cerrar la puerta a eventuales enjuiciamientos de personas que no adquiriesen esta condición¹²⁸. Sin embargo, a partir de la publicación del Plan estratégico 2016-2018, daba a entender que las personas que no fueran consideradas las mayores responsables de los crímenes cometidos podrían ser enjuiciadas ante la Corte con anterioridad a aquéllas que ostentaran una mayor responsabilidad si ello fuera necesario para llegar a los primeros¹²⁹. Ahora bien, lo cierto es que la ambigüedad de los términos empleados no permitía conocer a ciencia cierta sobre qué personas centraría su atención, finalmente, la Fiscalía.

generally investigate and prosecute those most responsible for the most serious crimes, based on the evidence collected during an investigation. In certain circumstances, the Office will also prosecute middle- or even low-ranking officers or individuals, the extent of whose participation and responsibility for particularly serious or notorious crimes, including sexual and gender-based crimes, justifies prosecution, in order to give full effect to the object and purpose of the Statute and maximise the deterrent impact of the Court's work." (The Office of the Prosecutor. Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes. June 2014, punto 23).

¹²⁷ Y es que, tal y como recoge el Plan Estratégico 2016-2018: "At the prosecutorial policy level, the Office shifted its attention: i. from its previous "focused" investigative approach to "open-ended, in-depth investigations"; ii. where appropriate, towards a "building upwards" strategy where culpability of the most responsible persons could not be sufficiently proven from the outset" (The Office of the Prosecutor, Strategic Plan 2016-2018, 15 November 2015, p. 9). Sin embargo, véanse las preocupaciones que se señalan a propósito de esta piramidal forma de proceder en: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), pp. 5 – 12. Al margen de ello, y volviendo al Plan Estratégico, se concluía que: "Where deemed appropriate, the Office will implement a building-upwards strategy by first investigating and prosecuting a limited number of mid- and high-level perpetrators in order to ultimately have a reasonable prospect of conviction for the most responsible. (...) 36. Pursuing this in-depth and open-ended approach, the Office will first focus on a wide range of crimes to properly identify organisations, structures and individuals allegedly responsible for their commission. It will then consider mid- and high level perpetrators in its investigation and prosecution strategies to build the evidentiary foundations for subsequent case(s) against those most responsible, if it cannot directly prove the responsibility of the latter. The Office will also consider prosecuting lower level perpetrators where their conduct was particularly grave and has acquired extensive notoriety" (The Office of the Prosecutor, Strategic Plan 2016-2018, 15 November 2015, p. 16). Véase también Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, p.14, punto 42.

¹²⁸ The Office of the Prosecutor, Strategic Plan 2016-2018, 15 November 2015, p. 9.

¹²⁹ A favor de esta estrategia de selección de casos se muestra Stahn ya que, a su juicio, "there may be a need to investigate and prosecute lower-level perpetrators to build the evidentiary foundations for cases against those most responsible. It is thus wrong to assume that gravity excludes mid- or lower-level offenders per se", Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, op.cit., p. 348.

Por ello, fue de agradecer que, en el año 2016, con la finalidad de proporcionar seguridad y transparencia en la selección de casos¹³⁰ llevada a cabo por la Oficina de la Fiscalía¹³¹, ésta publicara un documento específico de política general sobre la selección de casos y las estrategias de priorización¹³². Al margen de otras cuestiones –por ejemplo, señalaba que los principios básicos que se seguirían en la selección de casos serían los relativos a la independencia, imparcialidad y objetividad¹³³- resulta relevante citar los rotundos términos en los que se expresaba la Oficina al aclarar que:

“It is not the responsibility or role of the Office to investigate and prosecute each and every alleged criminal act within a given situation or every person allegedly responsible for such crimes. This would be both practically unfeasible and run counter to the notion of complementary action at the international and national level, as highlighted in the preamble and article 1 of the Statute.”¹³⁴.

¹³⁰ A propósito de la propia definición de “casos”, el documento, citando las decisiones de la Corte que se han pronunciado sobre el mismo, recuerda que éstos: “comprise specific incidents within a given situation during which one or more crimes within the jurisdiction of the Court may have been committed, and whose scope are defined by the suspect under investigation and the conduct that gives rise to criminal liability under the Statute” (Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, punto 4). Así mismo, recordaba que “for each case selected for investigation and prosecution, jurisdiction, admissibility and the interest of justice will be considered in relation to identified incidents, persons and conduct” (*Ibid.*, punto 25).

¹³¹ *Ibid.*, punto 5.

¹³² *Ibidem*. En todo caso, debemos ser conscientes de que nos hallamos ante un documento de política general y no ante una norma preestablecida. Sin embargo, hay quien considera que “though not enforceable through legal means or review, the OPT strategy papers still create a politically binding force on the Prosecutor” (Kloss, Bertram, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court...*, *op.cit.*, pp. 50 – 51). Es decir, nos hallamos ante una estrategia creada y adoptada por el propio órgano de la Corte (Stegmiller, Ignaz, *The Pre-Investigation Stage of the ICC...*, *op.cit.*, p. 430). Precisamente, ante esta decisión, hay quien considera que la Oficina de la Fiscalía no debería regular de manera tan detallada el sistema de selección de casos si quiere salvaguardar la amplia discrecionalidad de la que dispone (Goldston, James A., “More Candour about Criteria...”, *op.cit.*, pp. 403 – 404) que, implicaría que, en ciertos casos, pueda dirigir sus actividades contra personas que ostenten un grado de responsabilidad menor en la comisión de los crímenes (Stegmiller, Ignaz, *The Pre-Investigation Stage of the ICC...*, *op.cit.*, p. 443).

¹³³ Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016. Véanse los puntos 18 – 23 si se desea conocer el contenido concreto de cada uno de los principios básicos enumerados. A grandes rasgos podemos resumir el contenido de los mismos en las siguientes premisas: independientemente de los términos en los que los Estados o el Consejo de Seguridad hayan remitido la situación a la Corte, la Oficina de la Fiscalía no se encuentra limitada a la información indicada en la remisión; la Oficina no aplicará ninguna distinción basada en la capacidad oficial de las personas a las que puedan afectar los casos; y, finalmente, señalar que la Fiscalía examinará las alegaciones vertidas contra todos los grupos o todas las partes. Ahora bien, aclara que ello no implica un “equivalence of blame”.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 4, punto 5.

Por esta razón, tras señalar que la gravedad¹³⁵ ha sido el criterio escogido por la Oficina para seleccionar los casos¹³⁶, concluía que “the Office will select cases for investigation and prosecution in light of the gravity of the crimes, the degree of responsibility of the alleged perpetrators and the potential charges”¹³⁷. Obsérvese que, en esta ocasión, no se refiere a los “máximos responsables”¹³⁸, sino que opta por la expresión más ambigua de “el grado de responsabilidad de los presuntos responsables”¹³⁹. Es más, aclara que:

“43. The notion of the most responsible does not necessarily equate with the de jure hierarchical status of an individual within a structure, but will be assessed on a case-by-case basis depending on the evidence. As the investigation progresses, the extent of responsibility of any identified alleged perpetrator(s) will be assessed on the basis of, inter alia, the nature of the unlawful behaviour; the degree of their participation and intent; the existence of any motive involving discrimination; and any abuse of power or official capacity”.¹⁴⁰

Por lo tanto, podemos concluir que, con independencia de que la Fiscalía tenga como objetivo último enjuiciar a los máximos responsables¹⁴¹, ello no implica que, con anterioridad, pueda decidir enjuiciar a personas que no hayan adquirido este grado de responsabilidad en la comisión de los crímenes internacionales que se enjuician¹⁴², lo que

¹³⁵ Ahora bien, como explicaremos en la siguiente Sección, el principio de complementariedad también tiene un importante papel en la selección de casos. Y es que, a la hora de valorar si los Estados están llevando a cabo las correspondientes investigaciones y enjuiciamientos, se ha determinado que éstos deben abarcar la misma persona y la misma conducta que la que haya determinado la Corte. Por esta razón, la interpretación que se ha propuesto sobre el principio de complementariedad limita las opciones de los Estados a la hora de seleccionar a los individuos a enjuiciar en sus jurisdicciones internas ya que, si desean evitar la actuación de la Corte, no les queda más remedio que enjuiciar a las personas señaladas por el órgano de justicia internacional. Véase cómo se hace referencia a esta cuestión en: *Ibid.*, puntos 29 – 31.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 4, punto 6. Pueden consultarse otras opciones que se proponen por la doctrina en: Kloss, Bertram, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court...*, *op.cit.*, pp. 59 – 63; Goldston, James A., “More Candour about Criteria...”, *op.cit.*, pp. 397 – 399.

¹³⁷ Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, punto 34.

¹³⁸ Concepto que, añade, “does not necessarily equate with the de jure hierarchical status of an individual within the structure, but will be assessed on a case-by-case basis depending on the evidence”, Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, punto 43.

¹³⁹ No obstante, ¿quiénes son estas personas que deben ser consideradas los máximos responsables? Estamos de acuerdo con Stahn cuando defiende que los máximos responsables no son siempre los “big fish”, sino que también tendría cierto sentido enjuiciar a los perpetradores de nivel más bajo cuando su conducta ha sido particularmente grave o notoria, Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, pp. 348 – 353.

¹⁴⁰ Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, p.14, punto 43.

¹⁴¹ Foster, Jacob N., “A Situational Approach to Prosecutorial Strategy at the International Criminal Court”, *op.cit.*, p. 490; Kloss, Bertram, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court*, *op.cit.*, p. 108.

¹⁴² Y es que, se ha defendido que la historia demuestra que, en ocasiones, es necesario enjuiciar primero a los menores responsables para poder llegar a aquellos que se encuentran en posiciones jerárquicamente superiores (Foster, Jacob N., “A Situational Approach to Prosecutorial Strategy at the International Criminal Court”, *op.cit.*, p. 490).

corroborar que el Estatuto de Roma no limita las investigaciones y los enjuiciamientos a determinadas categorías de responsables¹⁴³. Ahora bien, de seguirse esta estrategia, es probable que el número de casos ante la Corte aumente considerablemente¹⁴⁴. Es más, como la propia Oficina ha reconocido, “it also risks creating a temporary misperception that the Office is targeting only low-level perpetrators, even though the goal of the Office remains to prosecute the most responsible either directly or through a building upwards strategy”¹⁴⁵.

En definitiva, ante la imposibilidad de investigar y enjuiciar a todos los presuntos responsables de haber cometido un crimen internacional, parece lógico que la Oficina de la Fiscalía se haya visto obligada a establecer una política coherente de selección de casos. Es más, centrándose en esta categoría de personas, la Fiscalía persigue un objetivo claro: tener el máximo impacto con los limitados recursos disponibles¹⁴⁶. Sin embargo, y pese a reconocer la necesidad de enjuiciar a esta categoría de personas, no es menos cierto que podría estar mandando un claro mensaje al resto de posibles perpetradores: aquéllos que no tengan esta condición pueden estar tranquilos ya que, con toda probabilidad, no serán enjuiciados ante la Corte¹⁴⁷.

¹⁴³ Es más, ello no implica que el resto de presuntos responsables queden impunes. Por el contrario, el Estado (al margen de las obligaciones que se derivan del Estatuto de Roma), habrá firmado y ratificado un conjunto de tratados internacionales que, como veremos más adelante, imponen obligaciones adicionales a este respecto.

¹⁴⁴ Kloss, Bertram, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court...*, *op.cit.*, p. 110. Por esta razón, el autor muestra su preocupación ante esta posible estrategia. Si se desea profundizar en el debate relativo a si es mejor enjuiciar a un número limitado de responsables o, por el contrario, llevar a cabo un plan más ambicioso, acúdase a: Combs, Nancy Amoury, *Guilty pleas in International Criminal Law: Constructing a Restorative Justice Approach*, Stanford, Stanford University Press, 2007, pp. 45 – 57. En ella, la autora concluye que, si se aumentara la proporción de personas enjuiciadas, se lograrían los objetivos que el Derecho Internacional Penal se propone alcanzar.

¹⁴⁵ OTP, Strategic Plan 2019-2021, 17 July 2019, pp. 19 – 20.

¹⁴⁶ Bensouda, Fatou, "Challenges Related to Investigation and Prosecution at the International Criminal Court" en Bellelli, Roberto (Ed.), *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Ashgate, England, 2010, pp. 135 - 136. Es más, en la doctrina también parece defenderse que el objetivo que se debe perseguir mediante el empleo de la estrategia centrada en los máximos responsables es lo que se conoce en inglés como “expressivism”: Zakerhossein, Mohammad Hadi, *Situation Selection Regime at the International Criminal Court...*, *op.cit.*, p. 14; Kloss, Bertram, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court...*, *op.cit.*, pp. 371 – 399; DeGuzman, Margaret M., "Choosing to prosecute...", *op.cit.*, p. 270.

¹⁴⁷ Lindenmann, Jürg, "Transitional justice and the International Criminal Court: some reflections on the role of the ICC in conflict transformation" en Kohen, Marcelo G. (Ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law/ La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2007, pp. 332 – 333. Ahora bien, esta conclusión ha sido duramente criticada por ciertos sectores al argumentar que este hecho no contribuye a prevenir nuevos crímenes (Pohrib, Aurelia Marina, "Frustrating Noble Intentions: The Clash between ICC's Deterrent Effects and the Prosecutor's Policy of Focused Investigations on Perpetrators Situated at the Highest Echelons of Responsibility", *International*

2. La selección de casos basados en el criterio de la gravedad: ¿oportunismo o legalidad?

Una vez hemos precisado cuál es la estrategia que guía la actuación de la Oficina de la Fiscalía, consideramos oportuno llamar la atención sobre la distinción que se realiza dentro de la “selección de casos”¹⁴⁸. Y es que, en el documento de política general sobre la selección de casos, a la hora de establecer qué criterios deben guiar esta elección se menciona, por una parte, la gravedad de los crímenes y, por otra, el grado de responsabilidad de los presuntos responsables¹⁴⁹. Es más, cuando procede a matizar la “gravedad” dentro del apartado de la “admisibilidad” no menciona la condición de máximos responsables. Por el contrario, simplemente señala que los factores que guían a la Oficina de la Fiscalía a la hora de valorar la gravedad se refieren a consideraciones de orden cuantitativo y cualitativo relacionadas con la escala, la naturaleza, la forma de comisión y el impacto de los crímenes¹⁵⁰. Es decir, el grado de responsabilidad de los presuntos responsables no se subsume dentro del criterio de “la gravedad de los crímenes”, sino que es un factor adicional creado por la Fiscalía que no se halla previsto en el Estatuto de Roma¹⁵¹.

community Law Review, Vol. 15, 2013, pp. 227 – 228. Precisamente, por esta razón, la autora aconseja que la Fiscalía revierta esta política de selección de casos.

¹⁴⁸ A este respecto, quisieramos señalar que, a juicio de la Fiscalía, “case prioritisation flows from the requirement under article 54(1)(b) that the Office take appropriate measures to ensure the effective investigation and prosecution of crimes. It takes into account the practical realities faced by the Office in its work, including the number of cases the Office can investigate and prosecute during a given period with the resources available to it. Accordingly, based on information and evidence, as well as the operational environment at any given time, the Office will need to prioritise among the selected cases within a situation and across the various situations.” (Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, punto 49). Por si fuera de interés, señalar que en los puntos 50 – 55 explica de manera más detallada la relación existente entre las investigaciones efectivas y las razones por las que opta por esta estrategia de priorización de casos.

¹⁴⁹ Ahora bien, esta distinción no supone una novedad ya que, en el año 2003, había precisado que “The concept of gravity should not be exclusively attached to the act that constituted the crime but also to the degree of participation in its commission” (ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, pp. 6 – 7).

¹⁵⁰ Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, punto 32.

¹⁵¹ Debido al silencio que guarda el Estatuto, y ante la necesidad de justificar este criterio, el documento cita las Reglas de la Oficina de la Fiscalía y el Plan Estratégico que, recuerda, conllevan que la Fiscal deba centrar sus investigaciones y enjuiciamientos en las personas que puedan ser consideradas los máximos responsables (*Ibid.*, punto 42). En el mismo sentido se manifestó el Sr. Tolbert en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrado en Kampala al defender que “el Fiscal aplicaba un criterio adicional, que no figura en el Estatuto, centrado en los principales responsables de los crímenes. A fin de evitar el riesgo de politización, este criterio debía aplicarse en todos los casos de manera clara, transparente y pública” (Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, RC/9/11: Anexo V b): Balance de la justicia penal internacional. Paz y justicia). En la doctrina, determinados expertos de reconocido prestigio, aunque reconocen que no es viable que la Corte enjuicie a todos los presuntos

A este respecto, y a pesar de que pueda ser discutible¹⁵², se ha convertido en una práctica común¹⁵³ que se distinga entre “la gravedad de los crímenes cometidos, el grado de responsabilidad de los presuntos perpetradores y los cargos potenciales”¹⁵⁴ a la hora de seleccionar las causas, división en base a la que se acaba concluyendo que la Corte centrará sus esfuerzos en aquellas personas que ostentan la máxima responsabilidad¹⁵⁵. Ante esta práctica, ya habitual, debemos preguntarnos si el criterio de la gravedad previsto en el Estatuto de Roma es el precepto correcto para establecer la política de selección de casos de la Fiscalía.

responsables, admiten que este criterio de selección de casos basado en la condición de los “máximos responsables” no se halla previsto en el Estatuto de Roma (Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, p. 560).

¹⁵² Por ejemplo, se ha defendido que el “Estatuto de Roma no indicó el grado de responsabilidad como un factor de selección relevante, y, en lugar de ello, restringió la consideración de la gravedad (presente tanto en el examen de la competencia como en el de la admisibilidad) a los crímenes, sin ninguna referencia a los autores”, Bergsmo, Morten y Saffon, María Paula, “Enfrentando una fila de atrocidades pasadas...”, *op.cit.*, p. 106.

¹⁵³ Tanto la Fiscalía como las Salas de la Corte han defendido que la gravedad no sólo se vincula con el acto del crimen, sino también con el nivel de participación en su comisión. Así, por ejemplo, la Fiscalía ha señalado que “an evaluation of gravity includes: (i) whether the individuals or groups of persons that are likely to be the object of an investigation, include those who may bear the greatest responsibility for the alleged crimes committed; and (ii) the gravity of the crimes committed within the incidents which are likely to be the focus of an investigation” (The Office of the Prosecutor, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia. Article 53(1) Report. 6 November 2014, punto 135).

Por lo que respecta a las Salas de la Corte, las siguientes referencias que citamos a continuación se han pronunciado sobre esta cuestión: Pre - Trial Chamber I, Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation. ICC-01/13, 16 July 2015, punto 21; Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Decision on the Prosecutor’s request for authorization of an investigation. ICC-01/15-12, 27 January 2016, pp. 22 – 23, punto 51; Situation in the Republic of Côte d’Ivoire. Corrigendum to “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d’Ivoire”. ICC-02/11-14-Corr, 15 November 2011, p. 82. A modo de ejemplo puede leerse la siguiente cita: “As for the first element, the Chamber considers that it involves a generic assessment of whether such groups of persons that are likely to form the object of investigation capture those who may bear the greatest responsibility for the alleged crimes committed. Such assessment should be general in nature and compatible with the pre-investigative stage into a situation”, Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010, punto 60 y 182.

¹⁵⁴ Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Decimoquinto período de sesiones. La Haya, 16 a 24 de noviembre de 2016: Informe de la Mesa sobre el proceso de planificación estratégica de la Corte Penal Internacional. ICC-ASP/15/29, de 11 de noviembre de 2016, pp. 3 – 4, punto 14.

¹⁵⁵ Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, puntos 42 - 44. Previamente: ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, p. 7. Entendiendo por tales “those situated at the highest echelons of responsibility, including those who ordered, financed, or otherwise organized the alleged crimes” (The Office of the Prosecutor, Prosecutorial Strategy 2009-2012, The Hague, 1 February 2010, pp. 5 – 6, punto 19).

2.1. La gravedad en el Estatuto de Roma

Conviene distinguir entre la gravedad como criterio jurisdiccional y la gravedad como criterio de admisibilidad¹⁵⁶ ya que, como se ha apuntado, la gravedad bajo el artículo 17 del Estatuto de Roma muestra diferencias sustanciales respecto de la gravedad como criterio jurisdiccional¹⁵⁷.

A propósito del primero, debemos recordar que la Corte únicamente tiene competencia respecto de "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto"¹⁵⁸, es decir, respecto del crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión¹⁵⁹. A la hora de valorar la gravedad de los crímenes, la Oficina de la Fiscalía, dentro del amplio margen de discrecionalidad del que dispone¹⁶⁰, valora tanto las consideraciones de orden cuantitativo como cualitativo¹⁶¹ como, por ejemplo¹⁶², la escala, la naturaleza, la forma de comisión y su impacto¹⁶³.

¹⁵⁶ Zakerhossein, Mohammad Hadi, *Situation Selection Regime at the International Criminal Court...*, *op.cit.*, p. 212.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ Noveno párrafo del Preámbulo y artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Estos mismos términos se repiten en el artículo primero del Estatuto: "los crímenes más graves de trascendencia internacional".

¹⁵⁹ Artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

¹⁶⁰ Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, *op.cit.*, pp. 237 - 238. Es más, en las líneas siguientes el autor añade que la práctica seguida por el Fiscal a la hora de interpretar este criterio ha demostrado que es un elemento muy subjetivo y, por ello, concluye que: "these issues are relatively straightforward with the exception of the vague, nebulous and quintessential subjective notion of 'gravity'. A wise prosecutor who does not wish to proceed with an investigation of a situation referred to by a State Party or the Security Council will have every interest in relying upon the gravity ground" (*Ibid.*, p. 242).

¹⁶¹ Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, p. 12; Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010, punto 62.

¹⁶² Y es que, se ha defendido que este listado no es exhaustivo: The Office of the Prosecutor, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia. Article 53(1) Report. 6 November 2014, punto 136.

¹⁶³ Regla 29.2 del Reglamento de la Fiscalía. En el mismo sentido: The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006), The Hague, 12 September 2006, pp. 6 - 7; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination activities. 13 December 2011, p. 3; The Office of the Prosecutor, Prosecutorial Strategy 2009-2012, The Hague, 1 February 2010, pp. 5 - 6; ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, pp. 16 - 17, puntos 62 - 65 (en este documento, la Fiscalía proporciona ciertas definiciones sobre cada una de las características enumeradas. Definiciones que se repiten también en: Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, puntos 35 - 41 y que han sido acogidos por las Salas de la Corte Penal Internacional. Véase, a modo de ejemplo: Pre - Trial Chamber I, Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation. ICC-01/13, 16 July 2015, punto 21. Así mismo, quisiéramos añadir que se ha señalado que "the Chamber finds that certain factors that may be of relevance to the assessment of gravity are listed in rule 145(1)(c) of the Rules, relating to the determination of sentence", Situation In Darfur,

Por lo que respecta a la gravedad como criterio de admisibilidad¹⁶⁴, ésta se halla regulada en el apartado d) del artículo 17 del Estatuto de Roma que prevé que la Corte¹⁶⁵ puede concluir que un determinado asunto es inadmisibile si éste “no es de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”¹⁶⁶. Como puede apreciarse el artículo 17 no menciona que el crimen no sea de gravedad suficiente, sino el “asunto”¹⁶⁷ (a diferencia¹⁶⁸ del artículo 53.1c) y el artículo 53.2c) del Estatuto de Roma que hacen referencia a la “gravedad del crimen”). Por esta razón, aunque es innegable que “todo crimen de competencia de la Corte es grave el apartado d) del párrafo 1 del artículo 17 requiere que la Corte evalúe, como umbral de admisibilidad, si un caso es de gravedad suficiente para justificar la adopción de medidas adicionales por la Corte”¹⁶⁹,

Sudan In The Case Of The Prosecutor V. Bahr Idriss Abu Garda. Decision on the Confirmation of Charges. ICC-02/05-02/09-243-Red, 8 February 2010, punto 32.

¹⁶⁴ A este respecto conviene recordar que la admisibilidad se compone de la complementariedad y de la gravedad. A propósito de este segundo elemento no debemos olvidar que el análisis de la gravedad es “a mandatory component for the determination of the question of admissibility” (Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010, punto 57). Por lo que respecta a la complementariedad, conviene tener presentes estas consideraciones sobre las que volveremos más adelante: “La inactividad en relación con un caso determinado puede derivar de numerosos factores, entre ellos, (...) el hecho de que los procedimientos estén deliberadamente dirigidos contra autores marginales o de bajo nivel, a pesar de que existen pruebas respecto de los más responsables, u otras cuestiones más generales relacionadas con la falta de voluntad política o de capacidad judicial” (ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, pp. 13 – 14).

¹⁶⁵ El Fiscal, en el transcurso del examen preliminar, también debe examinar (en virtud del artículo 53) si la causa es o sería admisible atendiendo a lo establecido en el artículo 17.

¹⁶⁶ Artículo 17d) del Estatuto de Roma.

¹⁶⁷ Rastan, Rod, “What is a ‘case’ for the purpose of the Rome Statute”, *Criminal Law Forum*, Vol. 19, 2008, pp. 435 - 448.

¹⁶⁸ Un excelente estudio sobre las diferencias entre la gravedad prevista en el artículo 17 y la mencionada en el artículo 53 se ha realizado en: Stegmiller, Ignaz, “Interpretative gravity under the Rome Statute: Identifying common gravity criteria” en Stahn, Carsten and El Zeidy, Mohamed M. (Eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 603 – 641. Así mismo, conviene añadir que, en ocasiones se ha criticado, no sin razón, que el Fiscal no haya justificado cuándo ha empleado el concepto de la gravedad como criterio de admisibilidad bajo el artículo 17 del Estatuto de Roma y cuando ha valorado este criterio como un factor de discrecionalidad (SaCouto, Susana and Cleary, Katherine, “The Gravity Threshold of the International Criminal Court”, *American University Washington College of Law*, Vol. 23, 2008, pp. 850 – 852; De Guzman, Margaret M., “Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 32, 2009, p. 1429). En un sentido similar se posicionan también Ambos y Stegmiller que añaden que la discrecionalidad del Fiscal debe subsumirse bajo el artículo 53 y no en el artículo 17 del Estatuto de Roma (Ambos, Kai and Stegmiller, Ignaz, “Prosecuting international crimes at the International Criminal Court: is there a coherent and comprehensive prosecution strategy?”, *Crime Law Soc Change*, Vol. 59, 2013, pp. 424 – 425); Stegmiller, Ignaz, “The Gravity Threshold under the ICC Statute: Gravity Back and Forth in Lubanga and Ntaganda”, *International Criminal Law Review*, Vol. 9, 2009, p. 557.

¹⁶⁹ ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, pp. 16 - 17.

requisito que “prevents the Court from investigating, prosecuting and trying peripheral cases”¹⁷⁰.

Sin embargo, ¿qué relación mantiene la gravedad a la que hace referencia el Estatuto de Roma con la selección de casos ante la Corte que estudiábamos previamente?¹⁷¹ Es más, cuando se estaba negociando el Estatuto de Roma, ¿se tenía en mente la limitación de la jurisdicción de la Corte a aquellas personas que pudieran ser consideradas los máximos responsables en base al criterio de la gravedad? Pues bien, un breve repaso al proceso de negociación del Estatuto de Roma nos permite apreciar que el criterio de la gravedad, a diferencia de la complementariedad, no causó un gran debate¹⁷². Es más, apenas se le prestó atención a este elemento que, como la práctica posterior se encargaría de demostrar, ha resultado fundamental en la selección de situaciones y casos ante la Corte Penal Internacional¹⁷³.

Para comprender el contexto debemos recordar que cuando se empezó a debatir sobre qué crímenes podría ejercer su competencia la futura Corte, éstos no se limitaban a los “crímenes más graves” como el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra o el crimen de agresión¹⁷⁴. Por el contrario, se propuso que el futuro tribunal tuviera la capacidad de enjuiciar también lo que se conocen como los “treaty

¹⁷⁰ Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010, punto 56.

¹⁷¹ El concepto de la gravedad en el Estatuto de Roma y en la práctica de la Corte se ha analizado en detalle en: Schabas, William A., "Gravity and the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 689 – 706; Charity, Matthew H., "Defying Gravity: The Development of Standards in the International Prosecution of International Atrocity Crimes", *Indiana International and Comparative Law Review*, Vol. 23, 2013, pp. 429 – 477; De Guzman, Margaret M., "Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 1400 – 1465; DeGuzman, Margaret M., "The International Criminal Court's Gravity Jurisprudence at Ten", *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 12, 2013, pp. 475 – 486; El Zeidy, Mohamed, "The gravity threshold under the Statute of the International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, Vol. 19, 2008, pp. 35 – 57; Longobardo, Marco, "Everything Is Relative, Even Gravity: Remarks on the Assembly of Gravity in ICC Preliminary Examinations, and the *Mavi Marmara* Affair", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, 2016, pp. 1011 – 1030; Murphy, Ray, "Gravity issues and the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 281 – 315; Osiel, Mark, "How Should the ICC Office of the Prosecutor Choose its Cases?...", *op.cit.*; SaCouto, Susana and Cleary, Katherine, "The Gravity Threshold of the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 807 – 854; Smith, Stephen Eliot, "Inventing the Laws of Gravity: The ICC's Initial *Lubanga* Decision and its Regressive Consequences", *International Criminal Law Review*, Vol. 8, 2008, pp. 331 – 352; Stegmiller, Ignaz, "The Gravity Threshold under the ICC Statute...", *op.cit.*, pp. 547 – 565; Aguirre Aranburu, Xabier, "Gravity of Crimes...", *op.cit.*, pp. 205 – 236.

¹⁷² Stegmiller, Ignaz, "Interpretative gravity under the Rome Statute...", *op.cit.*, pp. 607 - 608.

¹⁷³ Stahn, Carsten and Sluiter, Göran, "From "infancy" to emancipation? - A review of the Court's first practice" en Stahn, Carsten and Sluiter, Göran (Eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, p. 3.

¹⁷⁴ SaCouto, Susana and Cleary, Katherine, "The Gravity Threshold of the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 817 – 822.

crimes”¹⁷⁵. En estas circunstancias, la Corte podría correr el peligro de verse inmersa en una multitud de causas que, en realidad, no fueran de “suficiente gravedad”¹⁷⁶. Por esta razón, se consideró oportuno incorporar una referencia al criterio de la gravedad con la finalidad de facultar al tribunal para que pudiera ejercer cierta discrecionalidad a la hora de seleccionar o excluir aquellos casos que, a su juicio, no fueran suficientemente graves como para demandar su intervención¹⁷⁷. Este hecho muestra que el concepto de la gravedad surgió, por lo tanto, vinculado a los debates relativos a la jurisdicción material de la Corte¹⁷⁸.

Sin embargo, y como es notoriamente conocido, finalmente, únicamente los crímenes “más graves” fueron incorporados al Estatuto de Roma: es decir, el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión¹⁷⁹. Ante esta situación, lo más lógico hubiera sido eliminar la referencia a la gravedad. No obstante, el concepto se mantuvo sin variaciones y fue aprobado, finalmente, bajo el artículo 17d) del Estatuto de Roma¹⁸⁰. Como cabe apreciar, del proceso de negociación y redacción del Estatuto, no parece deducirse¹⁸¹ que el criterio de la gravedad se hallara vinculado con la posibilidad de que la Corte limitara su competencia a los “máximos responsables”, extremo que, precisamente, se encargó de recordar la Sala de Apelaciones cuando tuvo que pronunciarse sobre esta cuestión¹⁸².

Ahora bien, es cierto que, de lo manifestado a través de algunas declaraciones puntuales, sí que podemos apreciar la intención de determinadas autoridades de vincular el concepto de la gravedad con el grado de responsabilidad de los presuntos responsables. Por ejemplo, en el proyecto de 1994, al justificar la inclusión del concepto de la gravedad se argumentaba que:

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ El Zeidy, Mohamed, "The gravity threshold...", *op.cit.*, pp. 36 - 38.

¹⁷⁷ *Ibidem*.; SaCouto, Susana and Cleary, Katherine, "The Gravity Threshold of the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 809.

¹⁷⁸ SaCouto, Susana and Cleary, Katherine, "The Gravity Threshold of the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 809.

¹⁷⁹ Véase cómo se justifica la relación entre los “core crimes” y la gravedad en: De Guzman, Margaret M., "Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 1416 - 1425.

¹⁸⁰ El Zeidy, Mohamed, "The gravity threshold...", *op.cit.*, pp. 36 - 38.

¹⁸¹ Y es que, estamos de acuerdo con De Guzman cuando afirma que, realmente, “the legislative history therefore reveals little about the appropriate content of the gravity threshold determination”, De Guzman, Margaret M., "Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 1425.

¹⁸² Situation in the Democratic Republic of Congo. Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58". ICC-01/04-169-US-Exp, 16 July 2006, punto 81.

“9... De no existir tal facultad, la corte podría verse abrumada de denuncias secundarias contra delincuentes de menor importancia, mientras los grandes criminales tal vez se libran del castigo. (...) La corte internacional está destinada a complementar, y no substituir, las instancias penales nacionales existentes, y una disposición apropiada al efecto contribuiría a aplicar este principio.”¹⁸³

La mención expresa a los “delincuentes de menor importancia” permite concluir que, en ocasiones, también se tenía en mente a una Corte que tuviera capacidad de enjuiciar a personas con un especial grado de responsabilidad¹⁸⁴.

En definitiva, y pese a que se ha defendido que la inclusión del criterio de la gravedad en el Estatuto no es superflua¹⁸⁵, lo cierto es que una vez que se determinó que la Corte se limitaría a enjuiciar los crímenes internacionales enumerados en el artículo 5, consideramos que el criterio de la gravedad quedó relegado a un segundo plano. Es más, como la práctica ha demostrado, apenas se le prestó atención en los primeros años de actividad de la Corte¹⁸⁶, lo que demuestra que no era un elemento crucial e imprescindible. Al mismo tiempo, este repaso histórico muestra que puede ser discutible limitar la responsabilidad penal internacional de los individuos mediante el empleo de este concepto¹⁸⁷. No obstante, y como comprobaremos a continuación, éste es, precisamente,

¹⁸³ Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (continuación) (A/CN.4/457, secc. B, A/CN.4/458 y Add.1 a 8 \A/CN.4/460 y Corr.12 , A/CN.4/L.491 y Rev.1 y 2 y Rev.2/Corr.1 y Add.1 a 3) [Tema 4 del programa] Proyecto De Estatuto De Un Tribunal Penal Internacional (continuación). 2330.a Sesión miércoles 4 de mayo de 1994.

¹⁸⁴ Hay quien considera que, finalmente, estas consideraciones se plasmaron bajo el apartado d) del artículo 17 arriba citado, es decir, se subsumieron en el concepto de la gravedad que guía la actuación de la Corte (Schabas, William A. and El Zeidy, Mohamed M., "Article 17", *op.cit.*, p. 811).

¹⁸⁵ Partly dissenting opinion of Judge Péter Kovács to the Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation (ICC-01/13, 16 July 2015). ICC-01/13-34-Anx 16-07-2015 1/25 EC PT, pp. 8 – 9, punto 15.

¹⁸⁶ A este respecto también se ha denunciado la escasa atención que el precepto de la gravedad tuvo en los primeros comentarios doctrinales que analizaban la admisibilidad ante la Corte: Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, *op.cit.*, pp. 182 - 183. Es más, explica que, en un inicio, se equiparaba la admisibilidad con la complementariedad, (Schabas, William A., "Selecting Situations and Cases", *op.cit.*, p. 380).

¹⁸⁷ Por esta razón, estamos de acuerdo con Charity cuando defiende que “the intended scope includes the prosecution of alleged war criminals who were at senior, midlevel, and lower levels of authority in committing grave crimes”, Charity, Matthew H., "Defying Gravity...", *op.cit.*, p. 431.

el resultado que se ha acabado consiguiendo mediante la interpretación de este ambiguo¹⁸⁸ o “enigmático”¹⁸⁹ criterio cuya aplicación forma parte integral del trabajo de la Corte¹⁹⁰.

2.2. *La interpretación del criterio de la gravedad por la Oficina de la Fiscalía y las Salas de la Corte Penal Internacional: una práctica inconclusa*

De entrada, debemos aclarar que en el presente apartado nos referiremos tanto a la práctica¹⁹¹ de la Fiscalía como de las Salas de la propia Corte¹⁹². Y es que, si bien es cierto que la selección de casos depende de la Fiscalía, los jueces de la Corte, en determinadas ocasiones, tendrán la última palabra¹⁹³.

¹⁸⁸ A propósito de los adjetivos que se le atribuyen a este concepto, no debe pasar por alto que nos hallamos, una vez más, ante un término ambiguo que puede dar lugar a las más variadas interpretaciones. Por ello, estamos de acuerdo con Schabas cuando aprecia que es “seemingly objective but ultimately an extraordinarily subjective standard”, Schabas, William A., “Selecting Situations and Cases”, *op.cit.*, p. 380. Ya que “when it comes to the assessment of gravity, there is no hard rule to follow (...). This renders an examination of gravity more difficult to control than that of complementarity” (Schabas, William A. and El Zeidy, Mohamed, “Article 17: Issues of admissibility”, *op.cit.*, p. 816). Y es que, insistimos, el Estatuto de Roma no indica cómo debe aplicarse el criterio de la gravedad (Stegmiller, Iganaz, “Interpretative gravity under the Rome Statute...”, *op.cit.*, pp. 605 – 606). Véase también Schabas, William A., “Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court”, *op.cit.*, p. 735; Kloss, Bertram, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court...*, *op.cit.*, p. 21; Zakerhossein, Mohammad Hadi, *Situation Selection Regime at the International Criminal Court...*, *op.cit.*, p. 219. Es más, hay quien argumenta que su aplicación debe ser “fact-sensitive”, Longobardo, Marco, “Everything Is Relative, Even Gravity...”, *op.cit.*, p. 1021).

¹⁸⁹ Schabas, William A., “Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court”, *op.cit.*, p. 735.

¹⁹⁰ De Guzman, Margaret M., “Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court”, *op.cit.*, p. 1400. A pesar de que, como añade la autora, el Tribunal sólo ha dado los primeros pasos a la hora de elaborar una jurisprudencia sólida sobre la gravedad, (*Ibid.*, p. 1042).

¹⁹¹ Pueden leerse otras referencias generales realizadas, por ejemplo, en la Resolución ICC-ASP/15/Res.5, adoptada por consenso en la undécima sesión plenaria, el 26 de noviembre de 2016: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes, p. 37, donde se acogía “con beneplácito los esfuerzos y los logros de la Corte para llevar a los máximos responsables de los crímenes del Estatuto de Roma ante la justicia, y contribuir de esta manera a prevenir dichos crímenes y tomando nota de la jurisprudencia de la Corte en materia de complementariedad”. En un sentido similar: Resolución ICC-ASP/11/Res.6 de la Asamblea de Estados Partes: Complementariedad. Aprobada por consenso en la octava sesión plenaria el 21 de noviembre de 2012, párrafo segundo.

¹⁹² A este respecto, tal y como ha apreciado Schabas, “with respect to ‘gravity’, five years of activity by the Office of the Prosecutor and the Chambers have generated more heat than light”, Schabas, William A., “Prosecutorial discretion and gravity”, *op.cit.*, p. 246. Es más, a juicio del experto, la atención que el criterio de la gravedad ha tenido en la práctica de la Corte, a diferencia de la práctica de la Fiscalía, ha sido un tanto insignificante (Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, p. 464). No obstante, la explicación puede hallarse en que: “la Sala de Apelaciones ha optado por no establecer una barrera jurídica excesivamente restrictiva para la interpretación de gravedad que obste al papel disuasivo de la Corte. Asimismo ha observado que el papel de las personas o grupos puede variar considerablemente según las circunstancias del caso y por consiguiente no debería evaluarse o predeterminarse exclusivamente bajo criterios excesivamente formalistas” (ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, pp. 16 – 17).

¹⁹³ DeGuzman, Margaret M., “Choosing to prosecute...”, *op.cit.*, p. 275; El Zeidy, Mohamed, “The gravity threshold...”, *op.cit.*, p. 56.

La primera vez que se empleó el concepto de la gravedad por parte del Fiscal¹⁹⁴ fue en la situación de Uganda donde, como gráficamente se ha apuntado, “it seems that in about 2005 an apple fell on the prosecutor’s head, rather like Isaac Newton when he discovered the law of gravity”¹⁹⁵. Sin embargo, más allá de una escueta referencia a la “gravedad” como criterio que permitía justificar las órdenes de arresto dictadas contra los líderes del LRA¹⁹⁶ lo cierto es que el Fiscal no se detuvo a precisar qué entendía su Oficina por “gravedad”.

Un año después, en 2006, se empleó de nuevo el criterio de la gravedad, pero para un objetivo bien distinto: justificar el fin del examen preliminar en la situación en Iraq¹⁹⁷. En efecto, el examen preliminar de este Estado se cerró en el año 2006¹⁹⁸ alegando que la situación no superaba el umbral de gravedad previsto en el Estatuto de Roma y, para ello, la Fiscalía puso el foco de atención en el número de víctimas que se habían producido¹⁹⁹. Así, tras comparar este caso con otros en los que, al parecer, el número era mayor, concluyó que no se cumplía el requisito de la gravedad previsto en el Estatuto de Roma y, por ello, como adelantábamos, decidió poner fin al examen preliminar²⁰⁰.

¹⁹⁴ En el siguiente documento se justifican, de manera simple e ilustrativa, los primeros casos seleccionados por la Fiscalía: The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006), The Hague, 12 September 2006, pp. 15 – 16.

¹⁹⁵ Schabas, William A., "Selecting Situations and Cases", *op.cit.*, p. 380.

¹⁹⁶ Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, p. 462; Stegmiller, Iganaz, "Interpretative gravity under the Rome Statute...", *op.cit.*, p. 609. En esta ocasión, el Fiscal declaró que “In Uganda, the criterion for selection of the first case was gravity. (...) Our investigations indicated that the crimes committed by the Lord’s Resistance Army were of dramatically higher gravity. We therefore started with an investigation of the Lord’s Resistance Army”, Statement by Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the International Criminal Court, Informal meeting of Legal Advisors of Ministries of Foreign Affairs, New York, 24 October 2005, p. 7 (citado por Schabas, ya que no ha sido posible consultar la fuente oficial, en: Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*).

¹⁹⁷ Por esta razón, se ha defendido que, cuando se empezó a emplear el criterio de la gravedad, la Oficina de la Fiscalía se valía del mismo para justificar el no inicio de las correspondientes investigaciones o enjuiciamientos: Schabas, William A., "Prosecutorial discretion and gravity", *op.cit.*, p. 234.

¹⁹⁸ Recordemos que, en el año 2014, se reabrió el examen preliminar en base a nueva información recibida: ICC-OPT, Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, re-opens the preliminary examination of the situation in Iraq, 13 May 2014.

¹⁹⁹ OTP response to communications received concerning Iraq, 9 February 2006, pp. 8 - 9.

²⁰⁰ *Ibidem*. Concretamente, alegó que: “Even if one were to assume that Article 8(1) had been satisfied, it would then be necessary to consider the general gravity requirement under Article 53(1)(b). The Office considers various factors in assessing gravity. A key consideration is the number of victims of particularly serious crimes, such as wilful killing or rape. The number of potential victims of crimes within the jurisdiction of the Court in this situation – 4 to 12 victims of wilful killing and a limited number of victims of inhuman treatment – was of a different order than the number of victims found in other situations under investigation or analysis by the Office. It is worth bearing in mind that the OTP is currently investigating three situations involving long-running conflicts in Northern Uganda, the Democratic Republic of Congo and Darfur. Each of the three situations under investigation involves thousands of wilful killings as well as intentional and large-scale sexual violence and abductions. Collectively, they have resulted in the displacement of more than 5 million people. Other situations under analysis also feature hundreds or

Ante esta actuación, fueron numerosas las críticas que la alegación del criterio de la gravedad²⁰¹ conllevó en el presente caso²⁰², ya que, como cabe apreciar, el Fiscal apenas justificó su decisión. Por ello, estamos de acuerdo con Stegmiller cuando afirma que uno de los mayores defectos de la práctica inicial del Fiscal a este respecto fue la falta de transparencia en el empleo del concepto²⁰³.

El 6 de noviembre de 2014, en la situación de la Unión de Comoras²⁰⁴, se volvió a emplear el criterio de la gravedad para justificar el fin del examen preliminar. En esta ocasión, además de insistir en el escaso número de víctimas, se procedió a justificar la decisión en base al limitado alcance de la situación remitida y, por ello, se concluyó que no había base razonable para proceder con una investigación como consecuencia de la insuficiente gravedad de la situación²⁰⁵. Esta Decisión fue impugnada²⁰⁶ y, el 16 de julio de 2015, la Sala de Cuestiones Preliminares solicitó a la Fiscal que reconsiderara su decisión²⁰⁷. Precisamente, a juicio de la Sala, la Fiscal no había valorado correctamente

thousands of such crimes. Taking into account all the considerations, the situation did not appear to meet the required threshold of the Statute”.

²⁰¹ En términos más generales, también se ha criticado que “as regards situation selection, the Prosecutor’s stance and practice in this regard is somewhat inconclusive, as it does not indicate whether she employs a ‘minimum gravity threshold’ approach, or one of comparative gravity”, Kloss, Bertram, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court*, *op.cit.*, p. 22.

²⁰² Como señalaba Schabas, “The Prosecutor does, in fact, make political choices. He or she does not seriously consider for prosecution all admissible situations that fall within the jurisdiction of the Court. Some, like Iraq, are set aside because they concern powerful states, although the justification for this gets dressed up in unconvincing language about comparative ‘gravity’”, Schabas, William, *Unimaginable Atrocities: Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford Scholarship Online, Oxford, 2012, pp. 93 – 95.

²⁰³ Stegmiller, Iganaz, “Interpretative gravity under the Rome Statute...”; *op.cit.*, p. 611.

²⁰⁴ Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on concluding the preliminary examination of the situation referred by the Union of Comoros: “Rome Statute legal requirements have not been meet”, 6 November 2014; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2014. 2 December 2014, p. 59, punto 247. En la doctrina véase también Zakerhossein, Mohammad Hadi, *Situation Selection Regime at the International Criminal Court...*, *op.cit.*, pp. 240 - 247; Longobardo, Marco, “Everything Is Relative, Even Gravity...”, *op.cit.*, pp. 1011 - 1030; Buchan, Russell, “The Mavi Marmara incident and the International Criminal Court”, *Criminal Law Forum*, Vol. 25, 2014, pp. 465 – 503.

²⁰⁵ The Office of the Prosecutor, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia. Article 53(1) Report. 6 November 2014, punto 151. Si se desea profundizar en este caso, léanse los puntos 137 y siguientes del Informe en el que se profundiza la escala, la naturaleza, la forma de comisión y el impacto de los crímenes cometidos. Así mismo, se realiza una breve explicación sobre el especial umbral de gravedad que tienen que superar los crímenes de guerra en virtud del artículo 8(1) del Estatuto de Roma. En un sentido similar: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2014. 2 December 2014, pp. 62 - 63.

²⁰⁶ Pre - Trial Chamber I, Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Public redacted version with confidential annexes 1, 2 and 3: Application for review pursuant to Article 53(3)(a) of the Prosecutor’s Decision of 6 November 2014 not to initiate an investigation in the Situation. ICC-01/13, 29 January 2015.

²⁰⁷ Pre - Trial Chamber I, Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation. ICC-01/13, 16 July 2015.

el estándar de gravedad²⁰⁸. Sin embargo, el Juez Péter Kovács emitió una opinión disidente en la que se posicionaba a favor de la interpretación realizada por la Fiscalía ya que, a su juicio, el escaso número de víctimas del caso no era lo suficientemente grave como para justificar la apertura de la investigación ante la Corte²⁰⁹. Ahora bien, sí que reconocía que la Fiscalía únicamente había procedido a valorar la gravedad de los crímenes y no había prestado atención a las personas que podían ser consideradas como las máximas responsables²¹⁰.

Esta Decisión fue recurrida por la Fiscalía, pero la Sala de Apelación declaró inadmisibile el recurso²¹¹. Ante esta situación, la Fiscal se vio obligada a reconsiderar la situación en la Unión de Comoras²¹². Así, el 29 de noviembre de 2017, la Fiscal publicó su decisión final sobre esta situación en la que reiteraba que el asunto no superaba el umbral de gravedad previsto en el Estatuto de Roma y, por ello, decidió cerrar, una vez

²⁰⁸ *Ibid.*, punto 49. Se alegó que: “49. In the view of the Chamber, the combination of: (i) the Prosecutor’s failure to consider that the persons likely to be the object of the investigation into the situation could include those who bear the greatest responsibility for the identified crimes; (ii) the Prosecutor’s error as to how the scale of the identified crimes can be taken into account for the assessment of the gravity of the identified crimes; (iii) the Prosecutor’s error in correctly appreciating the nature of the identified crimes; (iv) the Prosecutor’s error in fact in properly assessing the manner of commission of the identified crimes, in particular with respect to the question whether the identified crimes may have been “systematic or resulted from a deliberate plan or policy to attack, kill or injure civilians”; and (v) the Prosecutor’s error in determining the impact of the identified crimes materially affects the validity of the Prosecutor’s conclusion that the potential case(s) arising from the situation referred to her by the Comoros would not be of sufficient gravity to justify further action by the Court within the meaning of article 17(1)(d) of the Statute”.

²⁰⁹ Partly dissenting opinion of Judge Péter Kovács to the Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation (ICC-01/13, 16 July 2015). ICC-01/13-34-Anx 16-07-2015 1/25 EC PT, punto 19.

²¹⁰ *Ibid.*, puntos 25 – 29. Sin embargo, concluía que “Despite this confusion, I still do not believe that the Prosecutor committed a material error in refraining from examining this second limb of gravity which relates to those who bear the greatest responsibility. In particular, conducting an examination as to who bear the greatest responsibility was not, in the context of the Prosecutor’s examination, determinative for her final decision. This is so because the Prosecutor already found that the crimes committed within the context of the entire situation (and therefore any potential case) have not reached the required threshold. Accordingly, proceeding with an analysis concerning those who may bear the greatest responsibility would have been superfluous. From this perspective, I do not find that the Prosecutor committed a material error in refraining to conduct an assessment of this element of gravity”.

²¹¹ The Appeals Chamber, Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Decision on the admissibility of the Prosecutor’s appeal against the “Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation”, ICC-01/13 OA, 6 November 2015.

²¹² The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2016. 14 November 2016, pp. 69 - 70.

más, el examen preliminar²¹³. Esta decisión se volvió a impugnar²¹⁴ y, paradójicamente, en la Decisión de apelación, que se dio a conocer el pasado 2 de septiembre de 2019²¹⁵, se volvió a confirmar y, en consecuencia, a reiterar la solicitud al Fiscal de que reconsiderara, una vez más, su decisión²¹⁶. Ante estos constantes tira-y-afloja entre la Fiscalía y las Salas de la Corte, sólo el tiempo dirá qué ocurre, finalmente, con la peculiar e imprevisible situación de Comoras.

A pesar de que la práctica a la que hemos hecho referencia emplea el criterio de la gravedad para justificar el fin del examen preliminar o las órdenes de arresto dictadas, lo cierto es que, como puede apreciarse, en ningún momento se vincula la “gravedad” con la condición de las personas que puedan ser consideradas como las “máximas responsables” de los crímenes internacionales cometidos, razón por la cual no nos hemos detenido en su análisis.

Pero si ha habido una situación relevante en relación con esta cuestión ha sido la de la República Democrática del Congo²¹⁷, que muestra las patentes contradicciones que existían entre las Salas de la Corte a la hora de interpretar el criterio de la gravedad previsto en el artículo 17d) del Estatuto de Roma en relación con la condición de “máximos responsables”. Y es que, en un primer momento, la Sala de Cuestiones Preliminares, cuya interpretación, adelantamos, ha sido calificada como una “magical interpretation to the gravity requirement”²¹⁸, procedió a examinar la gravedad desde una

²¹³ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, puntos 320 – 344; Pre - Trial Chamber I, Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Public with Annexes 1, A-C, and E-G, and Confidential Annex D. Notice of Prosecutor’s Final Decision under Rule 108(3). ICC-01/13-57, 29 November 2017, p. 3; Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Final decision of the Prosecution concerning the “Article 53(1) Report” (ICC-01/13-6-AnxA), dated 6 November 2014 with Public Annexes A-C, E-G and Confidential Annex D. ICC-01/13-57-Anx1, 29 November 2017, pp. 143 – 144.

²¹⁴ Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Public Redacted Document with Confidential Annexes 1-3 Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros, ICC-01/13-58-Red, 23 February 2018.

²¹⁵ Situation On Registered Vessels Of The Union Of The Comoros, The Hellenic Republic And The Kingdom Of Cambodia, Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chamber I’s ‘Decision on the “Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros”’, ICC-01/13-98 02-09-2019, 2 September 2019.

²¹⁶ Situation On Registered Vessels Of The Union Of The Comoros, The Hellenic Republic And The Kingdom Of Cambodia, Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chamber I’s ‘Decision on the “Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros”’, ICC-01/13-98 02-09-2019, 2 September 2019; Partly Dissenting Opinion of Judge Eboe-Osuji, ICC-01/13-98-Anx 02-09-2019.

²¹⁷ Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest. Article 58, ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, 10 February 2006.

²¹⁸ Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, pp. 348 – 353.

interpretación literal, contextual y teleológica. Sin entrar en los aspectos que han sido extensamente debatidos por la doctrina como, por ejemplo, la polémica “alarma social” que, a juicio de la Sala, debían de producir los crímenes que se enjuiciaban ante la Corte²¹⁹, nos centraremos exclusivamente en la interpretación que se realizó a propósito de la condición de los “máximos responsables”.

Pues bien, a este respecto, y recordando la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda a la que hemos hecho referencia con anterioridad²²⁰, se defendió que el criterio de la gravedad previsto en el apartado d) del artículo 17 del Estatuto de Roma tenía como objetivo asegurar que la Corte iniciara los casos únicamente contra “the most senior leaders suspected of being the most responsible for the crimes within the jurisdiction of the Court”²²¹.

Sin embargo, esta Decisión fue anulada posteriormente por la Sala de Apelaciones al considerar que se produjo una interpretación errónea del concepto de la gravedad previsto en el apartado b) del artículo 17 del Estatuto de Roma²²². Además de rechazar el criterio de la “alarma social”²²³ y la errónea referencia a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*²²⁴, la Sala de Apelaciones, tomando en consideración los objetivos que debían guiar

²¹⁹ Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest. Article 58, ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, 10 February 2006, punto 46.

²²⁰ *Ibid.*, puntos 55 – 60.

²²¹ *Ibid.*, punto 50 y 51 – 54. Añadir que esta teoría resultaba de aplicación al Sr. Thomas Lubanga Dyilo que, a juicio de la Sala, cumplía los requisitos enumerados y, específicamente, el criterio de la gravedad analizado (*Ibid.*, puntos 67 – 69). Así, concluyó que:

“63. In conclusion, the Chamber considers that any case arising from an investigation before the Court will meet the gravity threshold provided for in article 17 (1) (d) of the Statute if the following three questions can be answered affirmatively:

i) Is the conduct which is the object of a case systematic or large-scale (due consideration should also be given to the social alarm caused to the international community by the relevant type of conduct)?;

ii) Considering the position of the relevant person in the State entity, organisation or armed group to which he belongs, can it be considered that such person falls within the category of most senior leaders of the situation under investigation?; and

iii) Does the relevant person fall within the category of most senior leaders suspected of being most responsible, considering (1) the role played by the relevant person through acts or omissions when the State entities, organisations or armed groups to which he belongs commit systematic or large-scale crimes within the jurisdiction of the Court, and (2) the role played by such State entities, organisations or armed groups in the overall commission of crimes within the jurisdiction of the Court in the relevant situation?” (*Ibidem.*)

²²² *Ibidem.*

²²³ *Ibid.*, puntos 68 – 72.

²²⁴ Situation in the Democratic Republic of Congo. Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58". ICC-01/04-169-US-Exp, 16 July 2006, punto 80. Concretamente, recordaba la Sala de Apelaciones que, en un inicio, los procesos se centraron en personas que no eran los máximos responsables. Véase también Situation in the Democratic Republic of Congo. Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest,

la actividad de la Corte²²⁵, defendió que varias disposiciones del Estatuto de Roma permitían afirmar que la responsabilidad penal individual no se limitaba a los “most senior leaders suspected of being most responsible”²²⁶. Es más, recordaba que el Preámbulo del Estatuto de Roma se refería a los “crímenes más graves” y no a los “most serious perpetrators”²²⁷. Y, por ello, concluía²²⁸ que:

“The reference in paragraph five of the Preamble to "perpetrators" is not prefixed by the delineation "most serious" or "most responsible". Such language does not appear elsewhere in the Statute in relation to the category of perpetrators. Had the drafters of the Statute intended to limit its application to only the most senior leaders suspected of being most responsible they could have done so expressly.”²²⁹

Sin embargo, y a pesar de que los criterios fijados por la Sala de Apelaciones parecían dejar poco margen a futuras interpretaciones, lo cierto es que la práctica posterior seguida por la Corte Penal Internacional se encargaría de demostrar que, realmente, “this is a Court established for ‘big fish’, a relatively small number of leaders, organizers and planners”²³⁰.

En efecto, la Oficina de la Fiscalía, en el transcurso de sus actividades, se ha centrado en aquellas personas que presuntamente pueden ser consideradas las máximas responsables de los crímenes cometidos, estrategia que ha sido apoyada por las Salas de la Corte²³¹. Es decir, los diversos órganos de la Corte se han centrado en analizar si las

Article 58". ICC-01/04-169-US-Exp, 16 July 2006. Separate and partly dissenting opinion of Judge Georgios M. Pikis, punto 15.

²²⁵ Precisamente, a propósito de los objetivos véanse las conclusiones a las que se llega en los puntos 73 – 76 de la Situation in the Democratic Republic of Congo. Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58". ICC-01/04-169-US-Exp, 16 July 2006.

²²⁶ *Ibid.*, punto 78.

²²⁷ *Ibid.*, punto 79.

²²⁸ *Ibid.*, punto 77.

²²⁹ *Ibid.*, punto 79.

²³⁰ Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, *op.cit.*, p. 226.

²³¹ The Office of the Prosecutor, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia. Article 53(1) Report. 6 November 2014, punto 133; en la situación en Guinea puede consultarse: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination activities. 13 December 2011, p. 23; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2013. November 2013, p. 44. Ejemplos de personas que pueden adquirir la condición de máximos responsables en el presente caso se proporcionan en: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, p. 37; en Nigeria véase: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2014. 2 December 2014, p. 44; en el caso de Afganistán acúdase a: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2015. 12 November 2015, p. 31. Lo curioso del examen preliminar que lleva a cabo en Afganistán es que menciona la figura de los máximos responsables en el apartado de la complementariedad y no de la gravedad: puntos 257, 264, 267 de The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, pp. 56 – 60; en Georgia véase: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2015. 12 November 2015, p. 59; Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Corrected Version of "Request for authorisation of an investigation

correspondientes investigaciones y enjuiciamientos a nivel interno se han dirigido contra aquellas personas que podrían ser consideradas las máximas responsables de los crímenes cometidos. Así, tras el análisis de la información, cabe concluir que, en la mayoría de casos, se ha iniciado la correspondiente investigación alegando que, precisamente, no se ha cumplido este requisito²³².

pursuant to article 15", 16 October 2015, ICC-01/15-4-Corr, 17 November 2015, pp. 131 – 132. Concretamente, el punto 276 menciona el Anexo en el que se enumeran los nombres de las personas que pueden ser considerados los máximos responsables y las funciones que desempeñan. Criterio que recibió el visto bueno de la Sala de la Corte, véase: Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation. ICC-01/15-12, 27 January 2016, pp. 22 - 23. Véase también la opinión separada del Juez Kovács en el que profundiza en esta cuestión, especialmente en el párrafo 47, en: Separate opinion of Judge Péter Kovács to "Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation. ICC-01/15-12, 27 January 2016." ICC-01/15-12-Anx-Corr, 27 January 2016; en el caso de Burundi puede acudir a: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, p. 65. El escrito de autorización de inicio de la investigación realizado por la Fiscalía, lleva anexo un documento con la enumeración de personas que podrían ser considerados los máximos responsables y sus respectivos roles: Pre-Trial Chamber III: Situation in Burundi. Public redacted version of "Request for authorization of an investigation pursuant to article 15", 6 September 2017, ICC-01/17-5-US-Exp. ICC-01/17-5-Red, 15 November 2017, p. 67. Véase también cómo se alude a la condición de máximos responsables en los párrafos 187 – 189 y la respuesta afirmativa que recibe por parte de las Salas de la Corte en: Pre-Trial Chamber III: Situation in the Republic of Burundi. Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017. ICC-01/17-9-Red, 9 November 2017, pp. 90 – 91, especialmente el punto 187; si quiere examinarse el caso de Mali acúdase a: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2013. November 2013, p. 52; ICC-OTP, Situation in Mali: Article 53 Report, 13 January 2013, p. 28; a propósito de Kenia consúltese: Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009, p. 3, punto 55. Véase también la Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010, punto 187 en la que se concluye que “in the absence of national investigations in relation to: (i) the senior business and political leaders associated with the ODM and PNU, which are referred to in annex 2 of the Prosecutor's Response; and (ii) the crimes against humanity allegedly committed in the context of the most serious criminal incidents referred to in annex 1 of the Prosecutor's Response, the case would be admissible under article 17 of the Statute, subject to satisfaction of the gravity threshold under article 17(d) of the Statute”; por lo que respecta a Uganda véase: Situation in Uganda In the Case of The Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Ottl, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Prosecution's Observations Regarding the Admissibility of The Case Against Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo And Dominic Ongwen. ICC-02/04-01/05-352-AnxD, 18 November 2008; en Costa de Marfil acúdase a: Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15. ICC-02/11-3, 23 June 2011, p. 4. En este caso también, el Fiscal, a la hora de solicitar la autorización, incorpora un anexo en el que identifica preliminarmente a los posibles máximos responsables de haber cometido los crímenes internacionales (véase el punto 56 del documento citado); en el caso de la República Centrafricana léase: ICC-CPI, Situation in the Central African Republic II: Article 53(1) Report, 24 September 2014, punto 254; en Sudan véase: First Report of the Prosecutor of the ICC to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 29.06.2005, p. 10; Third Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 14.06.2006, p. 3; Fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593. 14 December 2006, pp. 3 -4; Seventh Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council Pursuant to UNSC 1593 (2005). Report: 05.06.2008, p. 15; Fifteen report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSC 1593 (2005), 5 June 2012, p. 4.

²³² Dado que en la mayoría de situaciones se emplean argumentos similares, tomaremos como ejemplo el caso de Afganistán para ilustrar la forma en la que se examina la condición de máximos responsables. Así,

Conviene añadir que a esta condición de máximos responsables se alude también en las órdenes de arresto que se han dictado por la Corte Penal Internacional²³³. Es más, la

podemos comprobar que en esta ocasión la Fiscalía, cuando solicita autorización para iniciar la investigación, argumenta que: “276. The information available indicates that at this stage no national investigations or prosecutions have been conducted or are ongoing against those who appear most responsible for the crimes allegedly committed by members of the ANSF as set out in this Request and confidential ex parte Annexes 2B and 3B. 277. Despite the notoriety, scale and systemic nature of the allegations of torture and cruel treatment, in particular in a number of NDS and ANP detention facilities, to date the Afghan authorities appear to have instituted only a very limited number of proceedings relating to the torture or cruel treatment of conflict-related detainees. Further, those proceedings were instituted only against low level interrogators, direct perpetrators, and/or at most their immediate superiors, and not against those who appear to be most responsible for such criminal conduct”, Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, p. 136. La conclusión, por lo tanto, parece obvia: si las investigaciones y los enjuiciamientos internos no se centran en aquellas personas que puedan ser consideradas los máximos responsables, la situación puede ser admisible ante la Corte.

²³³ En las órdenes de arresto, por regla general, se incluye una descripción detallada de las personas contra las que se dirigen. De esta manera, una lectura de las mismas nos permite comprender quiénes son esas personas que deben responder ante la Corte Penal Internacional y, especialmente, qué grado de responsabilidad ostentaban en la comisión de los crímenes internacionales. Si se desea realizar una lectura de los diversos sujetos sobre los que se han dirigido las mismas acúdase en el caso de Mali a: Mandat d'arrêt à l'encontre d'Ahmad Al Faqi Al Mahdi. ICC-01/12-01/15-1-Red, 18 September 2015; en Kenia véase: Public Redacted Version of Document ICC-01/09-30-Conf-Exp. Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. ICC-01/09-30-Red, 15 December 2010; Situation in the Republic of Kenya in the Case of The Prosecutor v. William Samoeiruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Decision on the Prosecutor's Application for Summons to Appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. ICC-01/09-01/11, 8 March 2011; Public Redacted Version of document ICC-01/09-31-Conf-Exp. Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. ICC-01/09-31-Red2, 15 December 2010; Situation in the Republic of Kenya in the Case of The Prosecutor v. Francis Kirimimuthaura, Uhuru Muigaikenyatta and Mohammed Hussein Ali. Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. ICC-01/09-02/11, 8 March 2011; en Uganda léase: Situation in Uganda. Warrant of Arrest for Dominic Ongwen. ICC-02/04-01/05-10, 8 July 2005; Situation in Uganda. Warrant of Arrest for Joseph Kony Issued On 8 July 2005 As Amended On 27 September 2005. ICC-02/04-01/05-53, 27 September 2005; Situation In Uganda. Warrant Of Arrest For Okot Odhiambo. ICC-02/04-01/05-56, 8 July 2005; Situation in Uganda. Warrant Of Arrest For Raska Lukwiya. ICC-02/04-01/05-55, 8 July 2005; Situation in Uganda. Warrant Of Arrest For Vincent Otti. ICC-02/04-01/05-54, 8 July 2005; en Costa de Marfil véase Situación en la República de Côte d'Ivoire. Orden de detención de Laurent Koudou Gbagbo. ICC-02/11-01/11-1-tSPA, 23 de Noviembre de 2011; Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. “Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Laurent Koudou Gbagbo”. ICC-02/11-01/11-9-Red, 30 November 2011; Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Warrant Of Arrest For Charles Blé Goudé. CC-02/11-02/11-1-US-Exp, 21 December 2011; Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Warrant of Arrest for Simone Gbagbo. ICC-02/11-01/12-1-US-Exp, 29 February 2012; por lo que respecta a la República Centroafricana consúltese: Situation in the Central African Republic. Prosecutor's Application for Warrant of Arrest under Article 58. ICC-01/05-01/08-26-Red, 9 May 2008; Situación en la República Centroafricana en el Caso del Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo. Orden De Detención De Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-1-tSPA, 23 May 2008; Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Warrant Of Arrest For Jean-Pierre Bemba Gombo Replacing The Warrant Of Arrest Issued On 23 May 2008. ICC-01/05-01/08-15-tENG, 10 June 2008; en la República Centroafricana II véase: Public Redacted Version of “Warrant of Arrest for Patrice-Edouard Ngaïssona”, ICC-01/14-02/18-2-Red, Date: 7 December 2018, Date Public Redacted Version: 13 December 2018; Public Redacted Version of “Warrant of Arrest for Alfred Yekatom”, ICC-01/14-01/18-1-US-Exp, 11 November 2018, ICC-01/14-01/18-1-Red, Date: 11 November 2018, Date Public Redacted Version: 17 November 2018; Decision on the joinder of the cases against Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona and other related matters, ICC-01/14-01/18-87, 20 February 2019; en la República Democrática del Congo véase: Situation in the Democratic Republic of

Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Warrant of Arrest. ICC-01/04-01/06-2-tEN, 10 February 2006; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest. Article 58, ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, 10 February 2006; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Warrant of Arrest. ICC-01/04-02/06-2-US-tEN, 22 August 2006; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Decision on the Prosecution Application for a Warrant of Arrest. ICC-01/04-02/06-6-US-tENG, 6 March 2007; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga. Warrant of arrest for Germain Katanga. ICC-01/04-01/07-1-US-tENG, 2 July 2007; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga. ICC-01/04-01/07-4, 6 July 2007; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui. Warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui. ICC-01/04-01/07-260-tENG, 6 July 2007; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui. ICC-01/04-01/07-262, 6 July 2007; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana. Warrant of Arrest for Callixte Mbarushimana. ICC-01/04-01/10-2-tENG, 28 September 2010; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana. Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest Mbarushimana. ICC-01/04-01/10-1, 28 September 2010; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Sylvestre Mudacumura. Prosecution's Application under Article 58. ICC-01/04-616-Red2, 4 July 2012; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Sylvestre Mudacumura. Decision on the Prosecutor's Application under Article 58. ICC-01/04-01/12-1-Red, 13 July 2012; en Sudan léase: Situation in Sudan. Prosecutor's Application under Article 58(7). ICC-02/05-56, 27 February 2007; Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb"). Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute. ICC-02/05-01/07-1-Corr, 27 April 2007; Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb"). Orden de detención de Ahmad Harun. ICC-02/05-01/07-2-Corr-tSPA, 27 de abril de 2007; Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb"). Orden de detención de Ali Kushayb. ICC-02/05-01/07-3-Corr-tSPA, 27 de abril de 2007; Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"). Public Redacted Version of the Prosecutor's Application under Article 58. ICC-02/05-157-AnxA, 14 July 2008; Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. ICC-02/05-01/09-3, 4 March 2009; Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"). Orden de detención de Omar Hassan Ahmad Al Bashir. ICC-02/05-01/09-1-tSPA, 4 de marzo de 2009; Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"). Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest. ICC-02/05-01/09-94, 12 July 2010; Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"). Segunda orden de detención de Omar Hassan Ahmad Al Bashir. ICC-02/05-01/09-95-tSPA, 12 July 2010; Situation In Darfur, Sudan In The Case Of The Prosecutor V. Bahr Idriss Abu Garda. Decision on the Prosecutor's Application under Article 58. ICC-02/05-02/09-1, 7 May 2009; Situation In Darfur, Sudan In The Case Of The Prosecutor V. Bahr Idriss Abu Garda. Summons To Appear For Bahr Idriss Abu Garda. ICC-02/05-02/09-2, 7 May 2009; Situation In Darfur, Sudan In The Case Of The Prosecutor V. Abdallah Banda Abakaer Nourain And Saleh Mohammed Jerbo Jamus. Public Redacted Version of Prosecutor's Application under Article 58 filed on 20 November. ICC-02/05-03/09-20-Red, 20 November 2008; Situation In Darfur, Sudan In The Case Of The Prosecutor V. Abdallah Banda Abakaer Nourain And Saleh Mohammed Jerbo Jamus. Second Decision on the Prosecutor's Application under Article 58. ICC-02/05-03/09-1, 27 August 2009; Situation In Darfur, Sudan In The Case Of The Prosecutor V. Abdallah Banda Abakaer Nourain And Saleh Mohammed Jerbo Jamus. Summons To Appear For Saleh Mohammed Jerbo Jamus. Icc-02/05-03/09-2, 27 August 2009; Situation In Darfur, Sudan In The Case Of The Prosecutor V. Abdallah Banda Abakaer Nourain And Saleh Mohammed Jerbo Jamus. Summons To Appear For Abdallah Banda Abakaer Nourain. Icc-02/05-03/09-3, 27 August 2009; Situation In Darfur, Sudan In The Case Of The Prosecutor V. Abdallah Banda Abakaer Nourain. Warrant of arrest for Abdallah Banda Abakaer Nourain. ICC-02/05-03/09-606, 11 September 2014; Situation In Darfur, The Sudan In The Case Of The Prosecutor V. Abdel Raheem Muhammad Hussein. Public redacted version of "Decision on the Prosecutor's application under article 58 relating to Abdel

propia Fiscal ha corroborado que “the backgrounds of persons for whom warrants of arrest have been issued reflect this approach to case selection. These persons bear the significant responsibility for the crimes charged and held leadership positions within the state or organization involved in the crimes”²³⁴.

Sin embargo, y pese a la opinión en contra del propio Fiscal²³⁵, lo cierto es que el caso de Lubanga²³⁶ puede llegar a contradecir estas afirmaciones ya que son varios los especialistas que consideran que no se dirigieron las actuaciones contra el “máximo responsable”²³⁷. Es más, se afirma que, realmente, lo que promovió las actuaciones contra Lubanga era su inminente puesta en libertad²³⁸ en la República Democrática del Congo y

Raheem Muhammad Hussein". ICC-02/05-01/12-1-Red, 1 March 2012; Situación En Darfur (Sudán) En El Caso Del Fiscal C. Abdel Raheem Muhammad Hussein. Orden de detención de Abdel Raheem Muhammad Hussein. ICC-02/05-01/12-2-tSPA, 1 de marzo de 2012; en Libia acúdase a: Situation In The Libyan Arab Jamahiriya. Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. ICC-01/11-4-Red, 16 May 2011; Situation In The Libyan Arab Jamahiriya. Orden de detención de Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi. ICC-01/11-13-tSPA, 27 de junio de 2011; Situation In The Libyan Arab Jamahiriya. Orden de detención de Abdullah Al-Senussi. ICC-01/11-15-tSPA, 27 de junio de 2011; Situation In The Libyan Arab Jamahiriya. Orden de detención de Saif Al-Islam Qadhafi. ICC-01/11-01/11-3-tSPA, 27 de junio de 2011; Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Al-Tuhamy Mohamed Khaled. Warrant of Arrest for Al-Tuhamy Mohamed Khaled with under seal and ex parte Annex. ICC-01/11-01-13-1, 18 April 2013; Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli. Warrant of Arrest. ICC-01/11-01/17-2, 15 August 2017.

²³⁴ Bensouda, Fatou, "Challenges Related to Investigation...", *op.cit.*, pp. 135 - 136.

²³⁵ En el año 2007, Moreno Ocampo declaró que “As a Prosecutor, I have been approached by States and other stakeholders suggesting that the responsibility to secure arrests lies in large part with the Prosecution. They suggested more requests for arrest warrants targeting lower level perpetrators, easier to arrest than Ministers or powerful militia leaders. I wish to take the occasion of this briefing to state clearly that the Prosecutorial policy, in accordance with the Statute, will seek to investigate and prosecute those most responsible for the most serious crimes of concern to the international community, based on the criminal evidence we collect and subject only to the judicial review of the Chambers”, Statement by Mr. Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the International Criminal Court. Eleventh Diplomatic Briefing of the International Criminal Court, The Hague, 10 October 2007, p. 5. Disponible online en: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E4C106AC-F03F-40C2-A1B2-DF80D3B813E5/0/ICCDB11STLMOENG.pdf>

²³⁶ Los siguientes estudios han analizado en detalle este caso: Smith, Stephen Eliot, "Inventing the Laws of Gravity...", pp. 331 - 352; Stegmiller, Ignaz, "The Gravity Threshold under the ICC Statute... », *op.cit.* pp. 547 - 565; Clark, Phil, "Law, Politics and Pragmatism: The ICC and Case Selection in the Democratic Republic of Congo and Uganda" en Waddell, Nicholas and Clark, Phil (Eds.), *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa*, The Royal African Society, 2008, pp. 42 - 43.

²³⁷ Y es que, se ha defendido que Lubanga era un responsable de “middle-ranking echelon” (Aptel, Cécile, "Prosecutorial Discretion at the ICC and Victims' Right to Remedy...", *op.cit.*, p. 1371) o que no era “senior enough” (DeGuzman, Margaret M., "Choosing to prosecute...", *op.cit.*, p. 265). Sin embargo, otros defienden que “Lubanga was a senior militia leader in the Ituri region, but it is arguable that he did not have a senior leadership role in the overall conflict. The decision to prosecute a person of his stature should be welcomed and indicates a somewhat flexible approach by the OTP. It does not excuse a failure to investigate more senior political and other figures in the Democratic Republic of the Congo”, Murphy, Ray, "Gravity issues and the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 291.

²³⁸ El Zeidy, Mohamed, "The gravity threshold...", *op.cit.*, pp. 40 - 41; Goldston, James A., "More Candour about Criteria...", *op.cit.*, pp. 394 - 395. Si se desea ampliar la información relativa a los cargos que se le imputaron al Sr. Lubanga y la crítica que ello ha ocasionado, acúdase a: Ferstman, Carla, "Limited charges and limited judgments by the International Criminal Court - who bears the greatest responsibility?" *The International Journal of Human Rights*, Vol. 16, Issue 5, 2012, pp. 796 - 813.

la viabilidad de obtener su arresto²³⁹ y, por ello, se ha argumentado que “leaders would be the focus of prosecutorial attention not because of some heightened level of gravity associated with their role, but rather because it would be politically expedient”²⁴⁰.

Ahora bien, es justo mencionar que, en el año 2010, en un estudio realizado por Aguirre Aranburu, se concluía que “some 77% of the accused belong in the top two levels (46% in level 1 and 31% in level 2), 23% in level 3, and none in the lowest levels. This is consistent with the policy adopted by the Prosecutor in 2003.”²⁴¹ Por lo tanto, teniendo en cuenta estos datos, las conclusiones que nos deja el análisis de la incipiente práctica de la Corte Penal Internacional es un tanto inconclusa²⁴². Por esta razón, estamos de acuerdo con quienes defienden que “no congruent gravity approach exists, and it remains an open question when the OTP will present one”²⁴³.

Es cierto que, por una parte, parece evidente que la Corte únicamente tiene la voluntad de centrarse en aquellas personas que puedan ostentar un grado de responsabilidad mayor en los crímenes internacionales cometidos. Sin embargo, y dado que este límite no puede deducirse del Estatuto de Roma, tanto las Salas como la propia Fiscalía se han visto en la necesidad de dejar abierta la posibilidad de enjuiciar a personas con un grado de responsabilidad menor ya que, una declaración en sentido contrario iría, ni más ni menos, que en contra del propio Estatuto. No obstante, ante la práctica seguida y las dificultades con las que parece tropezar la Corte Penal Internacional, solo el tiempo dirá si, al igual que ocurrió con el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, resulta necesario modificar las reglas para que la Corte pueda centrarse única y exclusivamente en los máximos responsables de los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia.

²³⁹ Kambale, Pascal Kalume, "A story of missed opportunities: The role of the International Criminal Court in the Democratic Republic of Congo" en De Vos, Christian, Kendall, Sara and Stahn, Carsten (Eds.), *Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 179 – 180; Schabas, William A., "Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 742 – 745.

²⁴⁰ Schabas, William A., "Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 745.

²⁴¹ Aguirre Aranburu, Xabier, "Gravity of Crimes...", *op.cit.*, pp. 227 - 228.

²⁴² Es más, no deben de pasar desapercibidas las interpretaciones, en ocasiones, contradictorias que se han producido en el seno de la Corte a propósito del concepto de la gravedad. Es más, la paradójica situación de la Unión de Comoras muestra las tensiones que existen en el seno de la Corte a la hora de aplicar el concepto de la gravedad.

²⁴³ Stegmiller, Ignaz, "The Gravity Threshold under the ICC Statute...", *op.cit.*, pp. 562 – 565.

Si bien podemos entender e, incluso, compartir que un tribunal internacional se vea en la necesidad de limitar los casos objeto de investigación y enjuiciamiento, ¿acaso cabe llegar a la misma conclusión a nivel interno?

3. Los crímenes internacionales y las estrategias de selección de casos a nivel interno

3.1. El alcance de la obligación de investigar y enjuiciar en el Derecho Internacional y la selección de casos: ¿deber o necesidad?

En aquellos Estados que atraviesan procesos de transición, los enjuiciamientos son un mecanismo esencial a la hora de hacer frente a las violaciones masivas, graves y sistemáticas cometidas²⁴⁴ y, por ello, es fundamental que se impulsen a nivel interno las técnicas de capacitación necesarias para proceder con los oportunos procesamientos²⁴⁵. No obstante, ¿es posible enjuiciar en las jurisdicciones penales nacionales a todos los responsables que hayan podido cometer un crimen internacional?

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no parece limitar la obligación de los Estados de investigar, enjuiciar y sancionar las violaciones a los derechos humanos a aquellas personas que puedan ser consideradas los máximos responsables²⁴⁶ ni tampoco la jurisprudencia internacional parece haber sustentado esta posición²⁴⁷. Por otra parte, si nos centramos en aquellos instrumentos con un claro componente penal, podemos comprobar que en ningún momento se regula expresamente esta limitación. Así se desprende, por ejemplo, de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg²⁴⁸, el Proyecto de código de

²⁴⁴ Consúltense los siguientes documentos oficiales que resaltan la importancia que merecen los enjuiciamientos en contextos de transición: Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, March 2010; Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/18/23, de 4 de julio de 2011. Consejo de Derechos Humanos, 18º período de sesiones, Temas 2 y 3 de la agenda.

²⁴⁵ Resolución aprobada sin votación por el Consejo de Derechos Humanos, en su 37º sesión, el 27 de septiembre de 2012: Derechos Humanos y justicia de transición (A/HRC/RES/21/15), punto 4. Sobre la necesidad de crear confianza en las instituciones judiciales se ha pronunciado el Secretario General en: Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, de 12 de octubre de 2011, párrafos 33 – 40.

²⁴⁶ Dado que el conjunto de tratados internacionales ya ha sido objeto de análisis en el primer Capítulo del presente trabajo, nos remitimos al mismo.

²⁴⁷ Roht-Arriaza, Naomi, "After Amnesties are Gone: Latin American National Courts and the new Contours of the Fight Against Impunity", *op.cit.*, pp. 371 – 372.

²⁴⁸ Concretamente el primero de los principios que señala: "Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción".

crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad²⁴⁹, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad²⁵⁰, el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra²⁵¹, la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio²⁵², la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes²⁵³, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas²⁵⁴ o la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas²⁵⁵.

Sin embargo, como viene siendo habitual en el campo de la justicia transicional, la inexistencia de una obligación internacional no es impedimento para justificar aquello que se quiere lograr. Así, algunos autores, aun reconociendo la existencia de esta obligación de investigar, enjuiciar y sancionar a todos los responsables, añaden que, en contextos de justicia transicional, esta obligación tiene carácter de principio y que, por ende, “puede ser modulado cuando entra en tensión con otros deberes y finalidades del Estado”²⁵⁶. Otros, en cambio, directamente argumentan que del Derecho Internacional no se deriva una obligación que imponga a los Estados un deber de enjuiciar a *todos* los presuntos responsables²⁵⁷. Por último, en una posición intermedia se hallan aquellos especialistas que, reconociendo la existencia de la obligación, consideran que ésta no se vulneraría si se procediera a enjuiciar selectivamente a los presuntos responsables²⁵⁸.

²⁴⁹ El artículo segundo menciona la responsabilidad individual.

²⁵⁰ Artículo 2 de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

²⁵¹ Artículo 85.1 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra.

²⁵² Artículo 4 de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio.

²⁵³ Artículos 6.2 y 12 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

²⁵⁴ Artículo 6 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

²⁵⁵ Artículo 1b) de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.

²⁵⁶ Uprimny Yepes, Rodrigo, Sánchez Duque, Luz María y Sánchez León, Nelson Camilo, *Justicia para la paz...*, *op.cit.*, pp. 23 – 26.

²⁵⁷ Kritz, Neil J., "War Crimes and Truth Commissions: Some Thoughts on Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights", *USAID Conference, Promoting Democracy, Human Rights, and Reintegration in Post-Conflict Societies*, October 30 - 31, 1997, p. 7. A juicio del autor, con una serie de enjuiciamientos simbólicos se garantizaría el cumplimiento del Derecho Internacional.

²⁵⁸ Machado Ramírez, Sebastián, "Límites a la exoneración de responsabilidad en el derecho internacional: amnistías, selección y priorización de casos en la jurisdicción nacional", *ACDI*, Vol. 7, 2017, p. 24. Otros especialistas como Ambos añaden que “existe una limitación de la obligación de persecución *ratione personae*, es decir, con miras a las personas que se pretende perseguir y sancionar” (Ambos, Kai, *Temas de Derecho penal Internacional y Europeo. Derechos humanos. Fines de la pena. Ius puniendi. Responsabilidad individual. Crímenes más graves. Derecho penal y guerra. Proceso penal internacional y europeo. Inmunidades*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 29 – 30).

Sin embargo, por mucho que la “necesidad” o la lógica parezca prevalecer sobre el texto de la norma ya que, obviamente, nunca va a ser posible enjuiciar a todos los presuntos responsables²⁵⁹, lo cierto es que con el Derecho Internacional en mano no es posible defender la existencia de una obligación que imponga a los Estados el deber de enjuiciar solo a *ciertos* individuos o a cierta *categoría* de personas.

Sin embargo, hay quien realiza una lectura errónea, a nuestro juicio, del Estatuto de Roma con la finalidad de justificar la legalidad internacional de los enjuiciamientos selectivos. Y es que, en ocasiones se defiende que, en virtud del principio de complementariedad, la Corte se centrará únicamente en los máximos responsables y, por lo tanto, si a nivel interno los Estados enjuician también a esta categoría de personas, en principio, la Corte no declararía que el asunto es admisible²⁶⁰. Así, se acaba concluyendo que los Estados deben centrar sus investigaciones en esta categoría de personas y, de esta manera, pueden evitar la intervención de la Corte.

Si bien reconocemos que esta estrategia sí superaría, en teoría, el principio de complementariedad previsto en el Estatuto de Roma, no es menos cierto que supondría una vulneración del resto de obligaciones que se derivan del Derecho Internacional. Por ello, esta interpretación ha sido duramente criticada por el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición al declarar abiertamente que “resulta inquietante que, al parecer, las decisiones tomadas por la Corte para seleccionar causas hayan influido en las decisiones a nivel nacional respecto de la asignación de prioridad. Preocupa al Relator Especial que se utilice el principio de complementariedad como “licencia para el minimalismo” que aumenta, en lugar de reducir, la impunidad”²⁶¹.

Es más, incluso la Oficina de la Fiscalía se ha pronunciado sobre este extremo y ha declarado que su política de selección de casos, centrada en los máximos responsables, no debe equipararse con las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional y que imponen a los Estados unos deberes específicos que no se circunscriben a un nivel de responsabilidad penal concreto²⁶². Recuerda además que, en virtud del principio de

²⁵⁹ Por ello, consideramos que nos hallamos ante una situación que deja un amplio margen de discrecionalidad a los Estados a la hora de decidir a quién enjuiciar.

²⁶⁰ Uprimny Yepes, Rodrigo, Sánchez Duque, Luz María y Sánchez León, Nelson Camilo, *Justicia para la paz...*, *op.cit.*, p. 70.

²⁶¹ A/HRC/27/56, *op.cit.*, párrafo 58.

²⁶² ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, pp. 26 – 27, punto 103.

complementariedad positiva, aquellos casos que no sean enjuiciados por la Corte deberán ser investigados en las jurisdicciones internas²⁶³.

Sin embargo, y pese a las advertencias de la Fiscalía o del Relator Especial, lo cierto es que, a nivel interno, parece estar equiparándose la política de estas instancias internacionales con una presunta obligación internacional que conlleva que, en las jurisdicciones nacionales, únicamente se investiguen, enjuicien y sancionen a los máximos responsables. En definitiva, independientemente de las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional²⁶⁴, la práctica imposibilidad de enjuiciar a todos los responsables aboca a la selección de los casos a investigar²⁶⁵ mediante una decisión que, en ocasiones, tendrá un claro componente político²⁶⁶.

Precisamente, conscientes de esta realidad y de la necesidad de establecer criterios claros que guíen a los Estados a proceder con una correcta selección de casos, algunos especialistas se han centrado en analizar las mejores estrategias nacionales para la investigación y enjuiciamiento de las violaciones graves, masivas y sistemáticas a los derechos humanos²⁶⁷, al apreciar que si no se adopta una correcta estrategia de priorización a nivel interno, estrategia que requiere unas especiales capacidades a la hora de elaborarla²⁶⁸, es posible que quienes ostenten la máxima responsabilidad no sean enjuiciados²⁶⁹.

²⁶³ First report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 4 May 2011, punto 25.

²⁶⁴ A este respecto, conviene admitir que, independientemente del texto de la norma, únicamente una mínima parte de los responsables van a ser enjuiciados a nivel interno.

²⁶⁵ En la doctrina consúltense los siguientes trabajos que analizan las estrategias de selección de casos y de priorización a nivel interno: Uprimny Yepes, Rodrigo, Sánchez Duque, Luz María y Sánchez León, Nelson Camilo, *Justicia para la paz...*, *op.cit.*

²⁶⁶ Seils, Paul, "Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de Justicia y Paz en Colombia", ICTJ, marzo de 2012, p. 4.

²⁶⁷ De entre todos ellos, merece una atención especial el Informe anual que el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición dedicó a las "estrategias de priorización a nivel nacional": Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/27/56. A este respecto, resulta oportuno mencionar también la elaboración de iniciativas de cartografía que se describe en: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), pp. 5 – 12.

²⁶⁸ A juicio del Relator Especial, la elaboración de estrategias de priorización no está al alcance de todos los Estados ya que, añade, requiere una especial capacidad de la que, en la mayoría de ocasiones, se carece (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/27/56, punto 88).

²⁶⁹ *Ibid.*, párrafo 36c). Es más, enumera los siguientes riesgos que puede conllevar no adoptar una estrategia de priorización (*Ibid.*, párrafo 105).

Si bien son varios los posibles modelos que se pueden adoptar²⁷⁰, y partiendo de la base de que todas las partes deben ser enjuiciadas²⁷¹, en el apartado que sigue a continuación analizaremos hasta qué punto es jurídicamente viable que los Estados, siguiendo el ejemplo de los Tribunales Internacionales, adopten una estrategia de selección de casos centrada en aquellas personas que puedan ser consideradas las máximas responsables de haber cometido los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia la Corte Penal Internacional. A pesar de que, como indicábamos previamente, nos hallamos ante una estrategia común²⁷² que ha sido empleada en diversos procesos (como, por ejemplo²⁷³, en los casos de Guatemala, Argentina²⁷⁴, Chile, Perú o Bosnia-Herzegovina), hemos decidido centrar nuestra atención en el actual y más relevante caso de justicia transicional: la selección de casos que se producirá ante la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia.

3.2. Los intentos para limitar la responsabilidad penal de los individuos: el ejemplo de Colombia

3.2.1. LOS ANTECEDENTES PREVIOS AL ACUERDO FINAL DE PAZ

Antes de analizar el criterio empleado por el Estado colombiano en el reciente Acuerdo de paz, quisiéramos señalar que ésta no es la primera vez que se produce una selección de casos en un proceso de justicia transicional en Colombia. Y es que, en el año 2012, se

²⁷⁰ Para un excelente estudio de las diversas estrategias que se han seguido a lo largo de la historia acúdase al siguiente informe elaborado por el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición: A/HRC/27/56, *op.cit.* Concretamente en los párrafos 44 – 74 analiza la posibilidad de centrar las investigaciones en los casos más fáciles (estrategia que se siguió en los primeros años en Bosnia y Herzegovina), en los casos de mayor connotación, en los crímenes más graves, en los máximos responsables, los casos simbólicos o paradigmáticos y, finalmente, la posibilidad de priorizar los crímenes de sistema.

²⁷¹ Sobre la necesidad de enjuiciar a todas las partes que hayan podido cometer crímenes internacionales en contextos de conflictos armados, dictaduras u otras situaciones que deben lugar a la justicia de transición, véase: A/HRC/27/56, *op.cit.*, puntos 80 – 87. Una cita que nos parece realmente oportuna en este contexto es la siguiente: “83. Cuanto más se aparte el ministerio público, por factores relativos a la identidad, la política o la afiliación, de patrones delictivos corroborados por pruebas, mayor será la preocupación por la legitimidad de la labor. Las falsas simetrías o la tesis de que “la culpabilidad mutua” debe dar lugar a una disminución de la responsabilidad tienen como resultado este tipo de desviación que plantea problemas”.

²⁷² Para consultar un estudio relativo a las estrategias de enjuiciamiento que se han seguido en varios Estados, acúdase a: Ambos, Kai (Coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales: Un estudio comparado*, Bogotá, GmbH, 2011.

²⁷³ Estos casos se citan en: A/HRC/27/56, *op.cit.*, párrafo 60.

²⁷⁴ Precisamente, los procesos llevados en Argentina suelen ser examinados y citados reiteradamente en la doctrina: Roht-Arriaza, Naomi, “After Amnesties are Gone: Latin American National Courts and the new Contours of the Fight Against Impunity”, *op.cit.*, pp. 357 - 363.

modificó la Ley de Justicia y Paz²⁷⁵ para incorporar un nuevo artículo que facultaba al Fiscal General de la Nación a establecer “criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal” con la finalidad de, entre otras, centrarse en los máximos responsables²⁷⁶. Esa modificación era consistente con la aprobación, el 31 de julio de 2012, del Acto Legislativo No. 01, “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones” -comúnmente conocido como el “Marco jurídico para la paz”²⁷⁷- y con la Directiva 001 de 2012 que regulaba la “estrategia de priorización de la Fiscalía General de la Nación”.

A propósito del Marco jurídico para la paz, resulta llamativo que el artículo primero, que incorporaba el artículo transitorio 66 a la Constitución colombiana²⁷⁸, partiera de la base de que “tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional”²⁷⁹. Por ello, y pese a reconocer que existe un deber de investigar, enjuiciar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, bajo el discurso de la justicia transicional²⁸⁰, se limitaba el alcance de esta obligación a los máximos responsables²⁸¹ de ciertos crímenes internacionales y, en el resto de supuestos, se autorizaba, directamente, a renunciar a ejercer la acción penal²⁸².

²⁷⁵ Ley 1592 de 2012, por la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005. Esta Ley de Justicia y Paz ha sido considerada una pseudo-amnistía ya que, se defiende, ha garantizado la impunidad a los paramilitares, Easterday, Jennifer S., "Deciding the fate of complementarity: a Colombian case study", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 26, No. 1 2009, p. 96.

²⁷⁶ Artículo 16 A de la Ley 975 de 2005 modificada por la Ley 1292 de 2012.

²⁷⁷ Acto Legislativo No. 01 de 31 de julio de 2012 (Marco jurídico para la paz) "Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

²⁷⁸ Este artículo fue posteriormente modificado por el artículo 3 del Acto legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017 por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. Así mismo, este acto legislativo fue objeto de revisión de constitucionalidad por la Corte Constitucional de la República de Colombia en la Sentencia C-674 el 14 de noviembre de 2017.

²⁷⁹ Artículo 1 del Acto Legislativo No. 01 de 31 de julio de 2012 (Marco jurídico para la paz), *op.cit.*

²⁸⁰ Véase la crítica que realiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a esta forma de definir el alcance de la obligación internacional en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Verdad, justicia y reparación: cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013, punto 383.

²⁸¹ Véase cómo define la Corte Constitucional colombiana la figura de los “máximos responsables” en la Sentencia C- 579 de 2013, punto 8.2.3. Las conclusiones de la Corte Constitucional son las siguientes: “Dentro de este concepto se deben incluir entonces, no solamente líderes que hayan ordenado la comisión del delito, sino también conductas a través de las cuales este se haya financiado como el narcotráfico.” (*Ibidem.*).

²⁸² Artículo 1 del Acto Legislativo No. 01 de 31 de julio de 2012 (Marco jurídico para la paz), *op.cit.*

Si bien pudiera parecer que el Estado colombiano, mediante la promulgación del Acto Legislativo, estaba incumpliendo la normativa internacional²⁸³ -ya que, como acertadamente apuntó la Comisión Interamericana, “en contextos de justicia transicional, los Estados tienen el deber de investigar todos los casos de graves violaciones de derechos humanos ocurridos en el conflicto, y enjuiciar y sancionar a los responsables”²⁸⁴-, lo cierto es que esta estrategia de priorización fue avalada por la Corte Constitucional Colombiana²⁸⁵ e indirectamente aceptada, posteriormente, por la Corte Penal Internacional.

Por lo que a esta última respecta, en el marco del examen preliminar, la Corte procedió a examinar la estrategia de selección de casos que se estaba produciendo en el Estado

²⁸³ Precisamente, fue la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la que mostró su preocupación al apreciar que “el Marco Jurídico para la Paz contempla la posibilidad de renunciar a la investigación de los casos de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH que no sean seleccionados, circunstancia que llevaría a la impunidad. Tomando en consideración que el deber de investigar y juzgar casos de graves violaciones de derechos humanos es irrenunciable, la selección y ausencia de investigación de esos casos plantea incompatibilidades con las obligaciones internacionales del Estado”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Verdad, justicia y reparación: cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013, punto 354. Ahora bien, añadía que: “La Comisión considera que, en principio, la priorización de casos orientados a eficientizar la respuesta del sistema de justicia estatal no es incompatible con las obligaciones emanadas de la Convención Americana y, en ciertas circunstancias, puede constituir una vía idónea para esclarecer la verdad sobre graves violaciones ocurridas en el conflicto a través de una investigación diligente” (punto 382). Pero matizaba que: “En consecuencia, la Comisión advierte que la estrategia de priorización de casos como una estrategia para la investigación de las graves violaciones en el conflicto, no puede implicar la falta de actuación del Estado respecto de los casos que no sean priorizados” (*Ibid.*, punto 384). En un sentido similar: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2014, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II, 9 marzo 2015, punto 14.

²⁸⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2014, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II, 9 marzo 2015, punto 58. Esta misma condena la reiteró, un año después, en el siguiente informe anual: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2015, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II., 31 diciembre 2015, puntos 21, 87 y 113.

²⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia C- 577/14: demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) y el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2012 “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones” y Sentencia C- 579 de 2013. A grandes rasgos podemos señalar que la Corte Constitucional reconoce que es necesario establecer criterios de selección y de priorización de casos. Añade que, en todo caso, se deben cumplir una serie de condiciones (véase especialmente el punto 8.4 de la citada Sentencia). Entre las condiciones podemos destacar, por ejemplo, la necesidad de respetar los derechos de las víctimas, garantizar la transparencia en el proceso de selección de casos o el derecho a la reparación de las víctimas, exigir que se contribuya a esclarecer la verdad, etc. Ahora bien, el Tribunal también advirtió que “la posibilidad de utilizar los criterios de selección no implica una renuncia automática de los casos no seleccionados que constituyan crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, sino que la misma dependerá de criterios subjetivos y objetivos que deberán ser señalados por la Ley Estatutaria” (punto 8.4.3.). Finalmente, concluyó que la estrategia de priorización y de selección prevista respetaba la legalidad internacional (puntos 9.5 y 9.6). La interpretación de la Corte Constitucional se ha analizado de manera rigurosa en el estudio realizado en: Ambos, Kai (Coord.), *Justicia de transición y constitución: análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Temis, Bogotá, 2014.

latinoamericano. De entrada, recordó que la Fiscalía examinaba la complementariedad y la gravedad “en relación con los presuntos crímenes más graves y quienes parezcan ser sus máximos responsables”²⁸⁶. Así, precisó que cuando la Fiscal examinaba las actuaciones judiciales a nivel interno, lo hacía teniendo en mente los parámetros establecidos por el Estatuto de Roma y, por ello, lo que examinaba era si “existen, o han existido investigaciones nacionales pertinentes relacionadas con posibles casos de los que podría ocuparse la Fiscalía”²⁸⁷. Dado que esos casos se centraban en los “máximos responsables de los crímenes más graves”²⁸⁸, la Fiscal se limitaba a examinar si Colombia también daba “prioridad a los procedimientos emprendidos contra quienes parecen ser los máximos responsables de los crímenes más graves y de que dichos procedimientos son genuinos”²⁸⁹, extremo que, en el presente caso, parecía cumplirse adecuadamente²⁹⁰.

Si bien los enjuiciamientos contra los que pudieran ser considerados los “máximos responsables” podrían superar el examen de complementariedad de la Corte Penal Internacional, lo cierto es que no respetaban el alcance de la obligación en virtud del Derecho Internacional²⁹¹. Por esta razón, la Fiscalía le recordó al Estado que “la estrategia de persecución de la CPI no puede ser considerada autoritativa respecto de cómo los sistemas de justicia nacionales deberán determinar a quién investigar o enjuiciar”²⁹² y, por ello, concluía que la política seguida por la Corte no afectaba “a la obligación de las autoridades nacionales competentes de ejercer su jurisdicción penal sobre los responsables de crímenes de índole internacional poniendo en marcha, entre otras cosas,

²⁸⁶ Oficina del Fiscal de la CPI. Situación en Colombia: Reporte Intermedio. Noviembre 2012, punto 154.

²⁸⁷ *Ibid.*, punto 157.

²⁸⁸ *Ibid.*, punto 157.

²⁸⁹ *Ibid.*, punto 159.

²⁹⁰ A juicio de la Fiscalía, “Al examinar los distintos agentes contra los cuales se han iniciado actuaciones, parece que posibles casos contra las FARC and ELN y grupos paramilitares no serían admisibles ante la CPI, pues los líderes más importantes de dichos grupos han sido o están siendo procesados genuinamente por las autoridades nacionales competentes. La Fiscalía nota asimismo que las autoridades judiciales colombianas han ampliado sus investigaciones y procesamientos a varios políticos y funcionarios públicos por su presunta vinculación con paramilitares y otros grupos armados”, *Ibid.*, punto 198.

²⁹¹ Seils, Paul, "Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de Justicia y Paz en Colombia", ICTJ, marzo de 2012, p. 4. Y es que, como acertadamente se ha defendido, “mediante el enjuiciamiento de un puñado de individuos, el Estado colombiano quizá pueda satisfacer al Fiscal de la Corte Penal Internacional en el marco de la complementariedad; sin embargo es poco probable que sea reconocido por la legislación nacional, la opinión pública u organizaciones internacionales relevantes como un esfuerzo satisfactorio para cumplir con los deberes y compromisos de investigar y judicializar” (*Ibidem.*).

²⁹² Keynote speech by James Stewart, Deputy Prosecutor of the ICC: "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional". Conferencia organizada por: La Universidad del Rosario, El Tiempo, el Centro Cyrus R Vance para las Iniciativas de Justicia Internacional, la Fundación Hanns Seidel, las Naciones Unidas en Colombia, el Centro Internacional para la Justicia Transicional y la Coalición por la Corte Penal Internacional. Bogotá, Colombia, 13 de mayo de 2015, p. 16.

investigaciones penales y acciones judiciales contra otros presuntos autores”²⁹³. En definitiva, a juicio de la Fiscalía “la priorización de casos para determinar la admisibilidad ante la CPI no debe conllevar impunidad por otros crímenes”²⁹⁴.

De las declaraciones citadas podríamos concluir que, a juicio de la Oficina de la Fiscalía, no es suficiente con que los Estados adopten una política de selección de casos que se centre en los máximos responsables de los crímenes internacionales, sino que resulta imperativo que las investigaciones y correspondientes enjuiciamientos abarquen también a otros responsables menores. Sin embargo, una vez más podemos comprobar cómo las declaraciones genéricas de la Oficina de la Fiscalía no encuentran una verdadera plasmación práctica.

Y es que, en el transcurso del examen preliminar, la Fiscalía parece mantenerse como una mera espectadora más sin condenar, en ningún momento, esta estrategia interna de selección de casos. Así, por ejemplo, en el examen preliminar del año 2012, simplemente “toma nota”²⁹⁵ de la publicación de la Directiva 001 previamente citada. Es más, resulta curioso que en la versión inglesa se emplee la expresión “the Office *welcomes* the issuance of Directive...”²⁹⁶ que, a nuestro juicio, supone una valoración positiva de la norma. Por lo que respecta a la estrategia de selección de casos prevista en el Acto Legislativo, la Fiscal muestra una ambigüedad un tanto criticable, razón por la cual consideramos oportuno citar el fragmento de manera íntegra:

“aunque la Fiscalía celebra la adopción de una política nacional para dar prioridad a la investigación y el procesamiento de casos contra los máximos responsables de los crímenes más graves, vería con preocupación toda medida que pareciera diseñada para proteger u obstaculizar el establecimiento de la responsabilidad penal de personas por crímenes de competencia de la Corte. Incluso cuando se tratara de infractores de rango aparentemente menor, las actuaciones en torno a la presunta comisión de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad deben garantizar el máximo nivel de conocimientos posible sobre los crímenes específicos cometidos por cada acusado, ya que esa información podría resultar muy útil para reconstruir la conducta operacional de cada grupo, así como las líneas de mando interno. No examinar esa información podría afectar negativamente los esfuerzos de un Estado de llevar a cabo actuaciones auténticas respecto de los máximos responsables de los crímenes más graves.”²⁹⁷

²⁹³ Oficina del Fiscal de la CPI. Situación en Colombia: Reporte Intermedio. Noviembre 2012, punto 156.

²⁹⁴ *Ibid.*, punto 200.

²⁹⁵ *Ibid.*, punto 201.

²⁹⁶ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2012. November 2012, punto 111. Cursivas añadidas.

²⁹⁷ Oficina del Fiscal de la CPI. Situación en Colombia: Reporte Intermedio. Noviembre 2012, punto 205.

Obsérvese que se menciona la “prioridad”²⁹⁸ de casos y no la selección. Es decir, parece que la Fiscalía daría su consentimiento a una política de priorización de casos que se centrara, en primer lugar, en los máximos responsables para proceder, en un estadio posterior de la investigación, contra menores responsables. Por ello, podríamos interpretar que toda medida dirigida a excluir estos últimos casos podría hacer admisible, en teoría, la situación ante la Corte.

Sin perjuicio de estas advertencias realizadas por la Fiscalía, lo cierto es que, en los años siguientes, los exámenes preliminares no parecen condenar esta política de selección de casos²⁹⁹, lo que demuestra que la Corte acabó dando el visto bueno a esta estrategia de priorización. Por ello, consideramos que lo que el caso colombiano demuestra es que, en el fondo, son estos máximos responsables las personas que “verdaderamente importan” a la Corte. En definitiva, más allá de la influencia simbólica que puedan llegar a tener las declaraciones genéricas de los diversos órganos de la Corte, lo cierto es que será el Estado quien decida qué medidas adoptar (o no) contra el resto de personas que, no olvidemos, también podrían ser responsables de haber cometido un crimen internacional.

Si esta política de selección de casos pudiera ser condenable, lo cierto es que el nuevo Acuerdo de paz adoptado entre el Gobierno de Colombia y las FARC y la correspondiente legislación de desarrollo limita todavía más, si cabe, la responsabilidad penal de los individuos. Sin embargo, como comprobaremos en las líneas que siguen a continuación,

²⁹⁸ A este respecto, nos parecen ilustrativas las siguientes declaraciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “si bien es cierto que el concepto de priorización sería en principio consistente con la importancia y necesidad de lograr el establecimiento judicial de la responsabilidad de los líderes más importantes, no es menos acertado que el concepto de selectividad y la posibilidad contemplada de renunciar a la investigación y procesamiento de serias violaciones a los derechos humanos, sería en principio incompatible con las obligaciones del Estado”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2014, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II, 9 marzo 2015, punto 14.

²⁹⁹ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2013. November 2013. Por ejemplo, resulta llamativo que la Fiscalía no condene el alcance limitado de los enjuiciamientos y que simplemente se limite a señalar que “151. During the reporting period, the Colombian authorities took steps to prioritize investigations and prosecutions of those most responsible for ICC crimes, under both the JPL and ordinary systems. Under the JPL, charges against such persons were broadened to include conduct amounting to sexual violence and forced displacement within ICC jurisdiction, while investigations initiated by the Attorney General’s Office against other alleged perpetrators appear to have expanded to include such conduct. 152. During the coming year, the Office will continue to analyse the progress of these national proceedings – as well as those relating to the other areas of focus identified in the Interim Report – and will continue to analyse their relevance and genuineness in order to reach determinations on admissibility. The Office will also continue to analyse the implementation of the LFP and the MJR in order to assess their impact on the conduct of national proceedings relating to crimes under ICC jurisdiction. The Office will continue to consult closely with the Colombian authorities with a view to ensuring that genuine national proceedings are carried out against those most responsible for the most serious crimes” (*Ibidem.*).

esta nueva limitación tampoco ha recibido una respuesta firme y contundente por parte de la Oficina de la Fiscalía.

3.2.2. EL NUEVO CRITERIO PREVISTO EN EL ACUERDO FINAL DE PAZ: LA FÓRMULA DE LA “PARTICIPACIÓN DETERMINANTE EN LOS HECHOS”

Antes de analizar el nuevo criterio de selección de casos empleado, resulta oportuno recordar que el Acuerdo de paz crea el Sistema Integral de verdad, justicia, reparación y no repetición y que el componente de justicia se materializa en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)³⁰⁰. Pues bien, conviene añadir que la JEP³⁰¹ se define como una “una jurisdicción especial que ejerce funciones judiciales de manera autónoma y preferente sobre los asuntos de su competencia, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos”³⁰².

Ante la masividad de violaciones cometidas -que, no olvidemos, a juicio de la Corte Penal Internacional merecen la calificación de crímenes internacionales-, el Acuerdo de paz parecía reconocer que no iba a ser posible investigar, enjuiciar y sancionar a todos los presuntos responsables. Por ello, y con la finalidad de dar respuesta a esta compleja situación, preveía dos soluciones complementarias: por una parte, la posibilidad de otorgar amnistías a ciertas personas³⁰³ y, por otra parte, daba a entender que las diversas

³⁰⁰ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, firmado el 24 de noviembre de 2016, Punto V, párrafo 2.

³⁰¹ Véase también la Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”. Pueden consultarse las siguientes disposiciones internas de la JEP que han sido publicadas hasta la fecha: Acuerdo No. 001 de 9 de marzo de 2018, por el cual se adopta el Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz; - Acuerdo ASP No. 002 de 5 de junio de 2018, por el cual se modifica el artículo 42 del Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz; Acuerdo ASP No. 003 de 3 de septiembre de 2018 por el cual se modifica el artículo 29 del Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz. Dado que son muchas y muy variadas las disposiciones internas de la JEP que se han dictado por el órgano de gobierno, la Presidencia de la JEP, la Secretaría Ejecutiva, y las diferentes Salas y Secciones de la JEP, nos remitimos a la página web donde se puede encontrar el listado completo de normas que rigen el funcionamiento de la JEP. En especial, es de gran ayuda el “Normograma” que se puede descargar en la página web oficial de la JEP: <https://www.jep.gov.co/Paginas/Normativa/Normograma.aspx>

³⁰² Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, Punto V, párrafo 9. Véase también el párrafo 32 donde se enumeran el listado de sujetos sobre los que tiene competencia la JEP y el párrafo 45 donde se describen los dos procesos posibles ante la Jurisdicción, es decir, el proceso en casos de reconocimiento de verdad y de responsabilidad y el proceso en caso de ausencia de los mismos.

³⁰³ Medida ya analizada en el Capítulo segundo y, por lo tanto, a la que nos remitimos.

Salas de la JEP tendrían la capacidad de establecer ciertos criterios de selección de casos³⁰⁴, si bien no precisaba cuáles serían.

Esta ambigüedad comenzó a disiparse en la legislación de desarrollo. En un primer momento, la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016, “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”, al referirse a las competencias de la “Sala de definición de situaciones jurídicas” de la JEP, ya adelantaba que ésta tendría la facultad de establecer criterios de selección de casos³⁰⁵ y, para ello, la Sala tendría que evitar que “las conductas graves y representativas queden impunes”³⁰⁶. Si bien esta competencia, de entrada, puede parecer razonable, lo cierto es que el párrafo siguiente comenzaba a perfilar un criterio que era, cuanto menos, llamativo. Y es que, permitía que la Sala definiera la “situación jurídica de quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos”³⁰⁷, sobre quienes podría adoptar una resolución mediante la que renunciaba a ejercer “la acción penal u otro tipo de terminación anticipada al proceso”³⁰⁸.

No obstante lo anterior, conviene recordar que la ley de amnistía exceptúa de su ámbito de aplicación los crímenes internacionales que, por su especial gravedad, serán objeto de investigación y enjuiciamiento en la JEP. Por lo tanto, la primera consecuencia es obvia: la JEP no lidia con cualquier tipo de ilícito, sino que ejerce su competencia sobre los crímenes internacionales. Ahora bien, la Ley de amnistía limitaba aún más la competencia de la JEP al permitir que la Sala de definición de situaciones jurídicas renunciara a ejercer la acción penal sobre aquellas personas que, pese a haber cometido crímenes internacionales, no hubieran tenido una “participación determinante en los casos más graves y representativos”.

³⁰⁴ El Acuerdo mencionaba en determinadas ocasiones la expresión “casos más graves y representativos” como posible criterio a tomar en consideración. No obstante, tampoco cabía deducir, con certeza absoluta, que este requisito supusiera un límite o una condición a exigir en la selección de casos. Pueden consultarse, si se desea, los puntos 48 y siguientes del Acuerdo en el que se enumeran y detallan las competencias de las diversas salas que componen la Jurisdicción Especial para la Paz y que mencionan la posibilidad de priorizar ciertos casos. En todo caso, lo que no suscitaba duda alguna era que, a la hora de priorizar y seleccionar los casos, las víctimas deberán ser oídas. Véase Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, Punto V, párrafo 20.

³⁰⁵ Artículo 28.7 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016, “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”.

³⁰⁶ Artículo 28.7 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016.

³⁰⁷ Artículo 28.8 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016.

³⁰⁸ Artículo 28.8 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016. Ahora bien, para ello, estos sujetos deberían contribuir “de manera eficaz a las medidas del SIVJNR, en particular la contribución al esclarecimiento de la verdad en el marco de dicho Sistema” (*Ibidem.*).

Pues bien, lamentablemente, esta semilla ha acabado teniendo sus frutos en el conjunto de legislación de desarrollo posterior³⁰⁹ que, a su vez, ha sido avalada por la Corte Constitucional colombiana³¹⁰ y ha acabado plasmándose abiertamente en la Ley “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”³¹¹, declarada constitucional también por la Corte Constitucional³¹². Concretamente³¹³, en el artículo 19 -que por la relevancia que tiene este precepto para el análisis que pretendemos

³⁰⁹ Artículo transitorio 7º del Acto legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017, *op.cit.* Concretamente, el artículo 7 señala que las Salas de la JEP, “desarrollarán su trabajo conforme a criterios de priorización elaborados a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos”. Así mismo, véase el artículo 3 que modifica el artículo 66.4 de la Constitución Política que fue incorporado, recordemos, mediante el Acto Legislativo No. 1 de 2012. Véase también la Ley 1922 de 18 de julio de 2018 por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la paz. Consúltese, especialmente, el artículo 11 que enumera los objetivos de la investigación ante la JEP (entre los que se menciona “establecer los crímenes más graves y representativos”). Así mismo, léase el artículo 49 relativo a la renuncia a la persecución penal.

³¹⁰ El Acto Legislativo No. 1 de 2017 fue objeto de revisión de constitucionalidad por la Corte Constitucional de la República de Colombia en la Sentencia C-674 el 14 de noviembre de 2017. En ella, la Corte recordó que, en contextos de justicia transicional, es posible renunciar a ejercer la acción penal en ciertos casos y siempre que se contribuya al resto de mecanismos del Sistema Integral. Así, concluye que: “el sustrato del deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario consiste exclusivamente en la criminalización efectiva de los máximos responsables de los delitos más graves y representativos, tal cual prevé el Acto Legislativo 01 de 2017” (punto 5.5.1.4). Si bien admite que esta selección de casos supone un límite al alcance de las obligaciones internacional, añade que, en contextos como el colombiano, no resulta posible “replicar el modelo individual de atención a las víctimas de violaciones de derechos humanos” (punto 5.5.1.10). Es más, considera que “las renunciaciones en términos de justicia tienen como contrapartida una ganancia en términos de reconocimiento de la verdad y de reparación a las víctimas” (punto 5.5.1.10).

³¹¹ Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”. La polémica que ha girado en torno al Proyecto de Ley Estatutaria es digna de ser mencionada. Y es que, en un inicio, el Presidente Iván Duque objetó seis artículos del Proyecto, entre ellos, precisamente el artículo relativo a la selección de casos al argumentar que la renuncia a la acción penal prevista en el mismo produciría una situación de impunidad (véase <https://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/los-seis-articulos-de-la-ley-estatutaria-de-la-jep-objetados-por-el-gobierno-336138>).

Concretamente, el artículo de prensa recoge las siguientes declaraciones del Gobierno: “Esa renuncia a la acción penal es inconveniente porque constituiría impunidad -dice la objeción presidencial-(...) El Estado no puede renunciar a perseguir a los responsables de los delitos de lesa humanidad sin haber agotado todos sus esfuerzos para encontrar la Justicia y la Verdad”. (*Ibidem.*). Tras un polémico proceso de votación (puede consultarse el proceso que se siguió en el Congreso -dónde sí se rechazaron las objeciones- y las polémicas que se generaron en el proceso de votación en el Senado en: <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/objeciones-jep-la-novela-de-la-ley-que-regresa-a-manos-de-duque-369086>), el asunto fue remitido a la Corte Constitucional colombiana que, el 29 de mayo de 2019, falló que se había respetado el número de votos exigibles para rechazar las objeciones planteadas.

³¹² Conviene señalar que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-80 del 15 de agosto de 2018, declaró la constitucionalidad del Proyecto de Ley con dos salvedades: “exceptuando la expresión “entre otros” del encabezado del inciso segundo que se declara inconstitucional; así como la expresión “delitos no amnistiables” del parágrafo segundo, el cual se condicionará en el sentido de que se refiere exclusivamente a aquellos delitos no amnistiables que tengan la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, los cuales podrán ser atribuidos a los máximos responsables” (Sentencia de la Corte Constitucional C-80 de 15 de agosto de 2018, p. 391).

³¹³ Complétese este artículo con el 79 que regula las funciones de la Sala de Reconocimiento (puntos o y t), el artículo 80 y, finalmente, el artículo 84h) de la Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.

llevar a efecto, consideramos oportuno citarlo íntegramente-, bajo el título “Principio de selección” prevé que:

“La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP, aplicarán criterios para concentrar el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos. Con respecto a las personas y hechos que no sean objeto de selección, se podrá renunciar al ejercicio de la acción penal.

Constituyen criterios de selección³¹⁴: (...)

4) Características de los responsables: Participación activa o determinante en la comisión de los crímenes de competencia de esta jurisdicción y/o la prueba de su autoría y participación en los hechos concretos.

(...) PARÁGRAFO 1º. Con respecto a las personas y hechos que no sean objeto de selección, se podrá renunciar condicionadamente al ejercicio de la acción penal cuando:

1. Contribuyan de manera eficaz a las medidas del SIVJRNR, en particular la contribución al esclarecimiento de la verdad en el marco de dicho Sistema
2. Haya cumplido todas las demás condiciones impuestas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas o la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas
3. Haya suscrito acta de compromiso de no repetición y de abstenerse de cometer nuevos delitos.

PARÁGRAFO 2º. En ningún caso podrá renunciarse al ejercicio de la acción penal cuando se trate de delitos no amnistiados, según lo establecido en el párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016.”³¹⁵

Empezando por este segundo párrafo, debemos recordar que la mayoría de presuntos responsables se beneficiaran de la Ley de amnistía y, por ello, JEP ejercerá su competencia sobre aquellas personas sospechosas de haber cometido un crimen internacional. Por esta razón, no comprendemos la razón de ser del párrafo segundo cuando expresamente señala que “en ningún caso podrá renunciarse al ejercicio de la acción penal cuando se trate de delitos no amnistiados”. Es cierto que los delitos no

³¹⁴ La Ley menciona también los siguientes criterios de selección:

“1) Gravedad de los hechos: Grado de afectación de derechos fundamentales individuales y colectivos; modalidad de la comisión de los hechos en términos de violencia y sistematicidad.

2) Representatividad: Efectos de la investigación y judicialización de los hechos: capacidad de ilustración del modus operandi y/o prácticas o patrones criminales de los hechos.

3) Características diferenciales de las víctimas: Condiciones de vulnerabilidad y/o necesidad de adoptar medidas diferenciales de protección derivadas de patrones históricos, sociales y culturales de discriminación que se han identificado a partir de aspectos como: el origen étnico, el género, la edad, la condición de discapacidad, la orientación sexual y la identidad de género y/o rol social de la víctima. (...)

5) Disponibilidad probatoria: Calidad y cantidad de las pruebas disponibles, las requeridas para probar el hecho y su dificultad para conseguirlos”.

³¹⁵ Artículo 19 de la Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”. Esta Ley contiene un tercer párrafo que señala: “Las personas cuya competencia revierta a la jurisdicción ordinaria de conformidad con lo normado en el artículo 63 de esta ley, no podrán recibir ningún beneficio, amnistía, renuncia de la acción penal, mecanismo especial o prerrogativa producto del acuerdo y su implementación y en el evento de haberlo recibido, lo perderán, en los términos del artículo 20 de la presente ley”.

amnistiables deben ser investigados y enjuiciados en la JEP, pero si, acto seguido, el legislador faculta a esta Jurisdicción a seleccionar los casos objeto de enjuiciamiento en base a la “participación determinante”, obviamente, se producirá la renuncia a la acción penal de delitos no amnistiables.

Precisamente, estas incongruencias se reconocen también en la sentencia de la Corte Constitucional ya que, como correctamente se señala, “este párrafo hace inocua la facultad de selección”³¹⁶. Y, por ello, realiza la siguiente interpretación:

“es necesario condicionar la expresión “*delitos no amnistiables*” en el sentido de que hace referencia exclusivamente a aquellos delitos que tengan la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, los cuales podrán ser atribuidos a los máximos responsables. Así las cosas, en ningún caso podrá renunciarse al ejercicio de la acción penal cuando se trate de máximos responsables de delitos que tengan la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.”³¹⁷

Por lo que se refiere a la expresión “máximos responsables”, resulta oportuno señalar que este concepto no se menciona en el texto de la Ley³¹⁸, sino que se opta por una fórmula mucho más ambigua relativa a la “participación determinante en los hechos más graves y representativos”. Esta expresión, podría dar lugar a ciertas interpretaciones que, precisamente, impidan que las investigaciones se centren en los máximos responsables, máxime cuando, dentro de los criterios de selección³¹⁹, el punto 4, al definir las características de los responsables, parece limitar la capacidad de la JEP a aquellas personas que hayan tenido una participación activa o determinante y/o se pruebe su autoría y participación en los hechos. Es decir, parece regular exclusivamente un criterio

³¹⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-80 de 15 de agosto de 2018, p. 388.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 389.

³¹⁸ Sin embargo, hay que tomar en consideración también el ya citado y analizado artículo transitorio 66 de la Constitución colombiana que, recordemos, sí que menciona este concepto. Por ello, la Corte Constitucional colombiana cuando examinó el precepto, recordaba que la JEP tiene la facultad de “centrar sus esfuerzos en los máximos responsables y en quienes tuvieron una participación activa o determinante en los hechos más graves y representativos”, Sentencia de la Corte Constitucional C-80 de 15 de agosto de 2018, p. 379. Es más, a juicio de la Corte Constitucional colombiana este concepto “no se circunscribe a quien ideó o estructuró el plan criminal ni a quien ocupa la máxima posición en la organización delictiva, sino a todos aquellos que jugaron un rol esencial o determinante en la ejecución de los delitos, y este rol podría coincidir, incluso, con quien fue el perpetrador material. Desde esta perspectiva, es posible que quien vulneró directamente los derechos de las víctimas tenga también la calidad de “máximo responsable” en el escenario de la Jurisdicción Especial para la Paz, y que, por tanto, respecto del mismo no sea posible la renuncia a la persecución judicial”, Sentencia C-674 el 14 de noviembre de 2017, punto 5.5.1.19.

³¹⁹ A juicio de la Corte Constitucional “la JEP, dentro del ámbito de sus competencias, deberá ponderar los diferentes criterios para efectos de definir su selección, de manera que no puede fundar su decisión en uno solo de los criterios enumerados en el inciso primero del artículo 19”, Sentencia de la Corte Constitucional C-80 de 15 de agosto de 2018, p. 387.

“activo” de comisión de los crímenes. Cabe recordar, además, que el precepto faculta para renunciar a ejercer la acción penal³²⁰ sobre todos aquellos casos que no sean calificados como tal siempre y cuando cumplan las condiciones previstas³²¹.

Pues bien, cuando la Corte Constitucional examinó este precepto, reiteró que “la selección es un mecanismo constitucionalmente autorizado, necesario y esencial en el proceso de justicia transicional”³²². Ahora bien, matizó un aspecto que, a nuestro juicio, no debe pasar desapercibido. Y es que, recuerda que el artículo transitorio 66 de la Constitución, preveía la selección de los “máximos responsables”, entendiendo por tales “aquellos que tienen un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que hayan dirigido, teniendo el control o financiado la comisión de los delitos”³²³. Por ello, concluye que la selección de casos se centrará en:

“(i) quienes han tenido una participación *activa*, (ii) quienes han tenido una participación *determinante*, o (iii) los *máximos responsables* de los hechos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra cometidos de manera sistemática y genocidio. Aun cuando el artículo analizado no los incluya, por cuanto estos, incluso si no han tenido una participación *activa* o *determinante*, deben ser seleccionados de conformidad con la Constitución (art. transitorio 66 C.P.)”³²⁴

³²⁰ Por esta razón, nos parece muy oportuna la siguiente reflexión de Maculan: “Pese a que el mecanismo colombiano parezca inspirado en esas soluciones similares, en realidad constituye un *unicum* pues, mientras que la priorización de casos ante los TTPPII presupone que los crímenes no seleccionados sean perseguidos, al menos teóricamente, por la justicia nacional del país interesado, la misma técnica aplicada en ámbito nacional colombiano implica que los crímenes que no entren en la selección queden, al fin y al cabo, impunes”, Maculan, Elena, “El proceso transicional colombiano en perspectiva comparada” en Gil Gil, Alicia, Maculan, Elena y Ferreira, Susana (Eds.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado - UNED, Madrid, 2017, pp. 74 - 75.

³²¹ La Corte Constitucional colombiana insiste en que esta renuncia a la acción penal viene condicionada al cumplimiento del resto de requisitos o condiciones que forman parte del Sistema Integral: Sentencia de la Corte Constitucional C-80 de 15 de agosto de 2018, pp. 220 – 239. Así mismo, resulta llamativo que tras reconocer que “sobre estas conductas existe una obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar” añadida, simple y llanamente que “por consiguiente, se deben establecer los hechos con la *debida diligencia* y en un *plazo razonable* atribuir responsabilidad, estableciendo los casos en que procedería la *renuncia a la persecución penal*”, Sentencia de la Corte Constitucional C-80 de 15 de agosto de 2018, p. 380. Por ello, concluye que “conforme a las disposiciones constitucionales, es correcto afirmar que no está permitida la renuncia *incondicional* a la acción penal frente a violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. La renuncia incondicional *extingue* la acción penal, equiparándola a la amnistía. Pero, en tanto excepcional, y bajo la necesidad de acudir a estrategias que permitan efectivamente investigar y sancionar a los máximos responsables, en un contexto masivo de violaciones y con el fin de proteger los derechos de las víctimas y de la sociedad, es admisible aplicar renunciaciones *condicionadas* a delitos no amnistiables”, *Ibid.*, p. 389.

³²² *Ibid.*, p. 382. Por esta razón, añadió que “la Corte no encuentra en este numeral ninguna incompatibilidad con la Constitución y, por el contrario, estima razonable alentar la selección de aquellos casos que cuenten con suficiente material probatorio, en tanto su aplicación se hará en conjunto con los demás criterios y no en forma aislada y excluyente” (p. 386).

³²³ *Ibid.*, p. 385.

³²⁴ *Ibidem*.

Como cabe apreciar, la Corte Constitucional vuelve a traer al tablero de juego el concepto de los máximos responsables. Sin embargo, la Corte Constitucional emplea la locución “o”, es decir, no parece que se trate de criterios cumulativos, lo que podría conllevar que la JEP tuviera la capacidad de seleccionar los casos de los sujetos que “hayan tenido una participación activa o determinante” y, sin embargo, no sean máximos responsables.

Al margen de la Sentencia dictada por la Corte Constitucional que, en el fondo, trata de aumentar la garantía del cumplimiento del Derecho Internacional en los mecanismos de justicia transicional adoptados por el Estado colombiano³²⁵, no deja de ser llamativa la interpretación que de la selección de casos realizó la propia Sala de Reconocimiento de verdad, responsabilidad y de determinación de hechos y conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz³²⁶ en el documento “Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones”, publicado el 28 de junio de 2018³²⁷.

En él, tras insistir en que, ante la comisión de crímenes internacionales, no se puede aplicar una perspectiva “tradicional de administración de justicia”³²⁸, vuelve a reconocer que la selección de casos es inevitable -selección que recae, ni más ni menos, que en la propia Sala de Definición de Situaciones Jurídicas³²⁹. Por ello, añade que, a la hora de establecer los criterios de priorización, se atenderá a una serie de criterios entre las que se encuentran las características de los presuntos responsables³³⁰. Así, si atendemos a

³²⁵ En esta función de control no podíamos dejar de mencionar el papel que está desempeñando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, por lo que a este punto respecta, lo cierto es que hemos echado de menos una condena más firme de la misma ya que, en el informe publicado en el año 2017, no parece rechazar esta estrategia de selección de casos: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2017, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II., 31 diciembre 2017, punto 101. Condena que, sin embargo, sí que han realizado organizaciones como Human Rights Watch: HRW, Colombia debe corregir defectos de legislación de justicia transicional, 8 de octubre de 2017.

³²⁶ Resulta oportuno señalar que las diferentes Salas de la JEP tienen la capacidad y competencia para dictar resoluciones, protocolos, autos, etc que guían su funcionamiento. Si se desea consultar las mismas puede acudir a: <https://www.jep.gov.co/Paginas/Relatoria/Relator%C3%ADa.aspx>

³²⁷ JEP, Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas. Bogotá, 28 de junio de 2018. Estos criterios cuentan con un “Salvamento de Voto” dictado por la Magistrada Nadiezhda Henríquez Chacín, de 18 de julio de 2018. En todo caso, como explican en el propio documento, los criterios ahí adoptados son “una herramienta de gestión del trabajo de la SRVR que no crean nuevos derechos ni obligaciones para las víctimas o comparecientes” (p. 3).

³²⁸ JEP, Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la Sala de reconocimiento de verdad..., *op.cit.*, p. 2.

³²⁹ *Ibid.*, p. 7.

³³⁰ *Ibid.*, p. 10. Concretamente mencionan “dos dimensiones: impacto y disponibilidad de la información. La dimensión de impacto a su vez tiene dos componentes: subjetivo y objetivo. El componente subjetivo del impacto de los casos y situaciones se refiere a las características de las víctimas y de los presuntos responsables. El componente objetivo se refiere a los hechos”. Posteriormente, complementa estos criterios

cómo se describen las características de estas personas, comprobamos que, una vez más, se insiste en la “participación determinante de los presuntos responsables en los patrones de macrocriminalidad, planes y/o políticas”³³¹. Es más, en esta ocasión se aclara que “esta participación representativa no se determina por la pertenencia a la cúpula de una estructura armada, ni por pertenecer a la misma, sino que se deriva de un examen de la comisión de los hechos mismos”³³².

A nuestro juicio, resulta llamativo que se recalque con tanta insistencia que la participación determinante no implica necesariamente que los presuntos responsables deban pertenecer a la “cúpula” de la organización. Es más, el hecho de que se reitere la “comisión de los hechos”, pudiera llevar a pensar que, realmente, los que acabarán siendo enjuiciados serán quienes “cometieron” activa y directamente los crímenes internacionales. En definitiva, de optar por esta interpretación, consideramos que la mayoría de personas que podrían considerarse “máximas responsables”, es decir, aquellas que *simplemente* se limitaran a “ordenar” los crímenes, podrían verse liberadas de responder ante la justicia.

Ante esta situación que, sin ningún género de dudas, limita de manera considerable el alcance de la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales, incluso con respecto a los máximos responsables, puede que el defensor más optimista de la Corte Penal Internacional se halle a la espera de una condena enérgica por parte del Tribunal. Sin embargo, lamentablemente, la ambigüedad de ésta vuelve a mostrar la ingeniosa capacidad del órgano internacional para mirar hacia otro lado cuando, parece, no queda otra opción.

En efecto, ni cuando se dio a conocer el Acuerdo de paz³³³, ni cuando comenzó a precisarse el criterio de selección de casos de la JEP, la Oficina de la Fiscalía condenó ni

al señalar que se podrá tener en cuenta también si determinados hechos están siendo examinados ante la Corte Penal Internacional o en otras instancias internacionales (p. 15).

³³¹ *Ibid.*, p. 12.

³³² *Ibidem*. Puede consultarse también la tabla comparativa que se realiza en las páginas 18 – 19 y en la que se enumeran ciertos “elementos objetivos de medición”.

³³³ En un primer momento, cuando se dio a conocer el texto del Acuerdo final de paz, la Fiscalía parecía aceptar una estrategia de selección de casos que se centrara en los máximos responsables ya que no dudó en declarar, con cierto entusiasmo que “Se espera que la Jurisdicción Especial para la Paz que se establecerá en Colombia lleve a cabo esta función y que se centre en los máximos responsables de los crímenes más graves cometidos durante el conflicto armado. Esta promesa de rendición de cuentas debe volverse una realidad para asegurar que el pueblo de Colombia aproveche plenamente los beneficios de la paz”, Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the peace negotiations between the Government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia – People's Army. 1 September 2016.

rechazó la estrategia adoptada por el Estado colombiano. Si bien entendemos que en el examen preliminar del año 2015³³⁴ era pronto para pronunciarse sobre el asunto, un año después, en el 2016, la incógnita continuaba rodeando a la Oficina de la Fiscalía. Y es que, en aquella ocasión, se limitó a señalar que “la Fiscalía no ha adoptado una posición específica o final respecto de la Jurisdicción Especial para la Paz, la cual todavía no ha entrado en funcionamiento”³³⁵.

En el año 2017, sin embargo, la Oficina de la Fiscalía llamó la atención del Estado colombiano en cuatro puntos concretos del marco legislativo de la JEP³³⁶ y, entre ellos, se hallaba el concepto de la “participación activa o determinante en los crímenes”³³⁷. A su juicio:

“es importante clarificar los alcances de esta disposición para asegurar que la JEP investigue y enjuicie a las personas responsables por contribuciones importantes a crímenes graves. Las ambigüedades para determinar si una persona ha tenido una participación activa o determinante en la comisión de crímenes graves podría llevar a que se apliquen mecanismos de tratamiento especial, como la renuncia a la persecución penal, a individuos responsables por contribuciones importantes a crímenes graves, aun cuando ésta haya sido de manera indirecta o a través de una omisión culpable.”³³⁸

Ese mismo año, el 18 de octubre de 2017, la Fiscalía³³⁹ remitió un escrito de *amicus curiae* a la Corte Constitucional de Colombia en el que, entre otras, volvía a abordar esta polémica selección de casos³⁴⁰. En él, tras insistir que la política de selección de casos

³³⁴ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2015. 12 November 2015. Señalar que en este examen preliminar no hay ni una sola referencia a los posibles criterios de selección de casos que podrían adoptar las Salas de la JEP.

³³⁵ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2016. 14 November 2016, punto 257. Ahora bien, sí que matizó que “la Fiscalía también deberá tomar en consideración si existe alguna laguna sustantiva en las leyes aplicadas por las autoridades competentes de la Jurisdicción Especial para la Paz, como las relativas a la responsabilidad del superior, que podría socavar su capacidad para proceder de manera genuina en relación con los casos potenciales que podrían surgir de una investigación en la situación” (Ibid., punto 257).

³³⁶ La Oficina de la Fiscalía consideró que la definición de la responsabilidad de mando, la definición de los “graves” crímenes de guerra y la implementación de las sanciones restaurativas también podrían plantear problemas de compatibilidad con el Estatuto de Roma: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, punto 144.

³³⁷ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, punto 144.

³³⁸ Ibid., punto 147.

³³⁹ No obstante, la Fiscal no es la única que se ha pronunciado sobre este extremo. Si se desea, puede consultarse el discurso dado por el Fiscal Adjunto de la Corte que también aborda este tema en: Mr. James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: “El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia”, Conferencia organizada por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, la Universidad Externado en Bogotá y la Universidad EAFIT en Medellín. Bogotá y Medellín, Colombia, 30 - 31 de mayo de 2018.

³⁴⁰ Escrito de Amicus Curiae de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, de 18 de octubre de 2017.

empleada por la Corte no puede trasladarse a las instancias internas³⁴¹, reconocía que “es concebible que un Estado desarrolle una estrategia para investigar y enjuiciar atrocidades masivas que pueda incluir criterios justificados y proporcionados de selección y priorización de casos”³⁴². Ahora bien, mostraba su preocupación por la referencia a la “participación activa o determinante” contemplada en el Acto Legislativo No. 01 ya que, a su juicio, ello podría “conceder mecanismos de tratamiento especial, como la renuncia a la persecución penal, a individuos que pudieron haber tenido un rol decisivo en la comisión de crímenes graves”³⁴³.

Es más, no se mostraba de acuerdo con la definición que las autoridades colombianas daban a la “participación determinante”³⁴⁴. Por una parte, porque en virtud de dicho precepto, la “persona debió haber participado a través de una acción, y no de omisiones”³⁴⁵ lo que, añade, no es consistente con el Derecho Internacional³⁴⁶. Y, en segundo lugar, por lo que respecta al concepto “determinante” plantea las dudas acerca de la interpretación final que se le dé a la contribución que, según la norma, debe ser eficaz y decisiva³⁴⁷. Por todo ello, volvía a reiterar las conclusiones previamente señaladas³⁴⁸.

³⁴¹ *Ibid.*, punto 39.

³⁴² *Ibidem.*

³⁴³ *Ibid.*, punto 40. Es más, añadía que “una interpretación excesivamente amplia de los criterios, que fuera incompatible con el derecho internacional consuetudinario, podría llevar a una amnistía generalizada para los terceros responsables de crímenes de la CPI, incluyendo a individuos que podrían haber cumplido un rol decisivo por omisión” (*Ibid.*, punto 42).

³⁴⁴ *Ibid.*, punto 43.

³⁴⁵ *Ibid.*, punto 44.

³⁴⁶ Concretamente, explica que “en términos de la gravedad de la contribución, el derecho internacional consuetudinario ha equiparado desde hace mucho tiempo la responsabilidad por omisión y por comisión: determinar si la contribución es lo suficientemente grave para acarrear responsabilidad penal (y con arreglo a qué modo de participación) depende de los hechos en cuestión, con independencia de si se produjo en la forma de comisión u omisión. Puesto que las omisiones pueden ser igualmente graves, esta limitación parecería irrazonable, puesto que podría llevar a resultados no deseados, tales como el conceder beneficios especiales automáticos a personas que han realizado una contribución relevante a un crimen grave a través de una omisión”, (*Ibid.*, punto 44).

³⁴⁷ *Ibid.*, punto 45. Así mismo, añade que “Con arreglo al párrafo 2) del Artículo 16, no se concederán beneficios especiales cuando, en cambio, el tercero haya tenido una “participación activa”. El Artículo transitorio 16 no define esta expresión. Si bien el Código Penal colombiano (artículo 25) se refiere a los conceptos algo más convencionales de acción y omisión, a diferencia de contribución activa y pasiva, parecería razonable entender participación activa como intercambiable con contribución por comisión. Sin embargo, esta interpretación podría llevar a resultados no deseados e irrazonables, como excluir las medidas de tratamiento especial para todos los terceros que hubiesen contribuido a los crímenes a través de acciones positivas - con independencia de si fueron eficaces y decisivas. Existe un riesgo aparente de que se interprete el término “activa” como un requerimiento de que la participación sea física o directa. Esa interpretación sería incompatible con el derecho internacional consuetudinario”, (*Ibid.*, punto 46).

³⁴⁸ Concretamente señalaba que “es de crucial importancia que su interpretación sea consistente con el derecho internacional consuetudinario. Con arreglo al derecho internacional consuetudinario sobre la responsabilidad por complicidad, basta con que una persona brinde asistencia práctica, aliento o apoyo

Pese a esta clara condena, resulta llamativo que, en el examen preliminar del año 2018, la Fiscal no vuelva a abordar esta cuestión y, por el contrario, centre su atención, entre otras, en la incorrecta interpretación que el Acuerdo de paz y la legislación de desarrollo realiza de la responsabilidad de mando³⁴⁹. Ahora bien, advierte que seguirá de cerca la forma de seleccionar los casos sujetos a investigación y enjuiciamiento³⁵⁰. Este silencio, a nuestro juicio, podría implicar que la Corte ha acabado aceptando el modelo de selección de casos previsto en el modelo de justicia transicional colombiano³⁵¹.

Sea como fuere, y ante esta constante incertidumbre³⁵² en torno a los casos que, finalmente, serán investigados, lo cierto es que un número muy limitado y simbólico de

moral que tenga un efecto sustancial en la perpetración de los crímenes. En particular, la contribución del cómplice no necesita ser una *conditio sine qua non*, ni necesita estar dirigida específicamente a la comisión de los crímenes. (...) Para ser consistente con el derecho internacional consuetudinario, las expresiones activa, eficaz y decisiva deberán interpretarse en ese sentido. (...) 54. (...) Las ambigüedades para determinar si una persona ha tenido una participación activa o determinante en la comisión de crímenes graves podría llevar a que se apliquen mecanismos de tratamiento especial, como la renuncia a la persecución penal, a individuos responsables por contribuciones importantes a crímenes graves, aun cuando éstas hayan sido de manera indirecta o a través de una omisión culpable”, (*Ibid.*, punto 47).

³⁴⁹ OTP-ICC, Informe sobre las actividades de examen preliminar, 2018. Publicado el 5 de diciembre de 2018, puntos 153 y ss. Por lo que respecta a la responsabilidad de mando, consúltese el punto 156. Así mismo, sobre la responsabilidad de mando véase también: Escrito de Amicus Curiae de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, *op.cit.*, puntos 4 – 29; James Stewart: "El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia", *op.cit.*, puntos 96 – 122; Mr. James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: "El artículo 28 del Estatuto de Roma", Cámara de Comercio de Bogotá, 1 de noviembre de 2018; HRW, La promesa del acuerdo de paz en Colombia y sus graves defectos, 30 de septiembre de 2016; HRW, Amicus curiae sobre proyecto de ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz, 5 de junio de 2018; AI, Informe 2016/2017 de Amnistía Internacional: la situación de los derechos humanos en el mundo. En la doctrina puede acudir a: Olasolo, Héctor y Canosa, Jannluck, "La responsabilidad del superior en el Acuerdo de paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional", *Política criminal*, Vol. 13, N° 25, 2018, pp. 444 – 500.

³⁵⁰ OTP-ICC, Informe sobre las actividades de examen preliminar, 2018. Publicado el 5 de diciembre de 2018, punto 165.

³⁵¹ Aksenova, Marina, "The ICC involvement in Colombia: walking the fine line between peace and justice" en Bergsmo, Morten and Stahn, Carsten (Eds.), *Quality control in preliminary examination: Volume I*, TOAEP, Burssels, 2018, p. 276; Maculan, Elena, "El acuerdo de paz colombiano ante la obligación internacional de persecución penal y castigo", *Cuadernos de estrategia (Ministerio de Defensa)*, N° 189 dedicado a: El posconflicto colombiano: una perspectiva transversal, 2017, pp. 120 – 122. No obstante, la autora realiza una matización que nos parece relevante. Añade que: "La aceptación de estos mecanismos puede plantear más problemas, en cambio, para la Corte IDH. Dado que su jurisdicción se activa ante la solicitud de cualquier víctima individual que alegue la violación de uno de los derechos protegidos en la CADH, no resulta aventurado imaginar que la víctima de un delito no seleccionado para su enjuiciamiento ante la JEP pueda recurrir ante el Tribunal interamericano por la vulneración de su derecho de acceso a la justicia. Si se toma en cuenta solamente ese caso individual, evidentemente se llegará a concluir que hay responsabilidad del Estado colombiano por violación de ese derecho. No obstante, considero muy importante que la Corte IDH adopte, si se diera una situación parecida, una perspectiva más amplia, que tome en consideración no solamente el caso de la víctima individual, sino el contexto en su conjunto" (*Ibidem.*).

³⁵² Como correctamente ha señalado Zuluaga, "no se logra claridad sobre el marco de crímenes que se pretenden priorizar", Zuluaga, John, "Concepción y evolución de la justicia penal para la terminación del conflicto armado en Colombia" en Ambos, Kai, Cortés Rodas y Zuluaga, John (Coords.), *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios de Derecho

personas, y no siempre los máximos responsables, son las que van a responder ante la JEP³⁵³ o, en su caso, ante la Corte Penal Internacional. Por todo ello, y a la espera de que comiencen a seleccionarse los casos a investigar, solo una conclusión nos parece acertada: ante la comisión de crímenes internacionales, la justicia penal siempre va a ofrecer una respuesta limitada y, por ende, se hace necesario complementarla mediante el empleo de instrumentos adicionales que, en última instancia, se dirijan a proteger y garantizar los derechos de las víctimas reconocidos por el Derecho Internacional.

4. La selección de casos y el abismo de la impunidad: la necesidad de prever una respuesta más amplia ante los escasos enjuiciamientos centrados en los máximos responsables

Como hemos mostrado a lo largo de la presente Sección, la actuación de la Corte siempre va a ser limitada, tanto por lo que respecta a las situaciones que investiga como los casos que posteriormente enjuicia³⁵⁴. Es decir, hay que reconocer que la Corte no va a investigar todas las posibles situaciones en las que se hayan podido cometer presuntamente crímenes internacionales e, incluso, en aquellas situaciones seleccionadas,

Penal y Procesal Penal Latinoamericano (cedpal) de la Georg-August-Universität Göttingen, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, Bogotá, 2018, pp. 224 – 225.

³⁵³ Es más, como explicaremos en el Capítulo siguiente, en el caso de que la situación, finalmente, no sea admisible ante la Corte y los responsables sean enjuiciados ante la JEP, éstos pueden optar por acogerse a las benévolas sanciones restaurativas que se prevén en el Acuerdo de paz y en la legislación de desarrollo y que limitan el alcance retributivo de la sanción penal.

³⁵⁴ Por esta razón, la Corte Penal Internacional recuerda a los Estados su responsabilidad primaria en la investigación, enjuiciamiento y sanción de los crímenes internacionales sobre los que cada Estado puede ejercer su jurisdicción. Es más, la Corte precisa de la cooperación de éstos para poder llevar a efecto su mandato, tal y como se insiste en: Resolución aprobada por la Asamblea General: Resolución 72/3. Informe de la Corte Penal Internacional, A/RES/72/3, 6 de noviembre de 2017, pp. 1 – 2; Resolución ICC-ASP/5 Res.3. Aprobada por consenso en la séptima sesión plenaria el 1º de diciembre de 2006: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes, p. 8; Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional, quinto período de sesiones, La Haya, 23 de noviembre a 1º de diciembre de 2006: Plan Estratégico de la Corte Penal Internacional. ICC-ASP/5/6, de 4 de agosto de 2006, p. 5.

Por otra parte, resulta oportuno añadir que la Corte ha adoptado diversas estrategias con la finalidad de “maximizar” su impacto a escala global. Si se desea profundizar en esta cuestión acúdase a los siguientes documentos: The Office of the Prosecutor, Report on Prosecutorial Strategy, The Hague, 14 September 2006, p. 6; The Office of the Prosecutor, Prosecutorial Strategy 2009-2012, The Hague, 1 February 2010, p. 7; Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Duodécimo período de sesiones, La Haya, 20 a 28 de noviembre de 2013: Informe de la Corte sobre la complementariedad. Conclusión de las actividades de la Corte en un país de situación. ICC-ASP/12/32, de 15 de octubre de 2013, p. 6; ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003, pp. 4 - 5.

este Tribunal no tiene la capacidad ni los recursos necesarios para poder enjuiciar todos los posibles casos³⁵⁵.

Por ello, la Corte Penal Internacional parece centrar sus actuaciones en los máximos responsables de los crímenes internacionales que son de su competencia. Ahora bien, hemos señalado que la obligación que se deriva del Derecho Internacional no se limita a esta categoría de personas, sino que los Estados tienen la obligación de investigar el conjunto de violaciones a los derechos humanos que se hayan cometido en su territorio. Por esta razón, la conclusión, a primera vista, parece obvia: en aquellos casos en los que intervenga la Corte³⁵⁶, los Estados deberían completar sus actuaciones mediante las correspondientes investigaciones y enjuiciamientos nacionales³⁵⁷ -ya que, en caso contrario, se podría enviar el erróneo mensaje de que quienes no fueran considerados máximos responsables, “no tenían motivo para preocuparse por los tribunales internacionales”³⁵⁸.

³⁵⁵ Es más, hay que reconocer que la mayoría de responsables no serán enjuiciados (Alvarez, José E., "Alternatives to International Criminal justice" en Cassese, Antonio (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 25). Por esta razón, el autor concluye que los Estados seguirán acudiendo a los métodos alternativos.

³⁵⁶ Ahora bien, no sólo en los casos en los que intervenga la Corte sino que, con más razón, la inactividad del órgano internacional no debería implicar que no se iniciaran procesos judiciales a nivel interno. El ejemplo que ofrece el caso de Honduras nos da buena muestra de esta situación. Y es que, como hemos indicado previamente, la Fiscal decidió poner fin al examen preliminar en la situación en Honduras (The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2015. 12 November 2015, p. 18; Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination into the situation in Honduras. 28 October 2015; Situation in Honduras: Article 5 Report. 28 October 2015). Pues bien, conviene tener en cuenta que en los exámenes preliminares de la Fiscalía se reconoció que existía una situación de impunidad (The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2013. November 2013, p. 16). Por ello creemos que es oportuno reflexionar sobre las consecuencias que puede conllevar en la práctica el no inicio de una investigación ante la Corte: la persistencia de la impunidad ante la escasa voluntad de los Estados de proceder con los enjuiciamientos nacionales.

³⁵⁷ Si bien en las líneas que siguen a continuación nos centraremos en la Corte Penal Internacional, no debemos olvidar que estas conclusiones resultarían, en gran medida, aplicables a otros tribunales internacionales. Así, a modo de ejemplo, podemos apreciar cierto paralelismo entre la política de la Corte Penal Internacional y las estrategias de conclusión de los Tribunales Internacionales Penales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda. Sobre esta cuestión, léase la Resolución 1503 (2003) del Consejo de Seguridad, Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4817ª sesión, celebrada el 28 de agosto de 2003. S/RES/1503 (2003), de 28 de agosto de 2003. En la doctrina se ha analizado en detalle esta cuestión por: Tolbert, David and Kontic, Aleksandar, "The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: Transitional Justice, the Transfer of Cases to National Courts, and Lessons for the ICC", Stahn, Carsten and Sluiter, Gören (Eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden and Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 135 – 162.

³⁵⁸ Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, RC/911: Anexo V c): Balance sobre el principio de complementariedad: salvar la brecha de la impunidad, *op.cit.*

Precisamente, por esta razón, no han sido pocas las ocasiones en las que se ha reiterado que esta “brecha de la impunidad”³⁵⁹ debe superarse mediante el inicio de los correspondientes enjuiciamientos a nivel interno³⁶⁰. En efecto, que la Corte no investigue o enjuicie a una determinada persona no implica que se le pueda garantizar la impunidad³⁶¹. Precisamente, esta conclusión se volvió a reiterar en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, celebrada en Kampala en el año 2010, al recordar que la decisión del Fiscal de centrar sus investigaciones en determinados individuos no debía de “entenderse como un reconocimiento de impunidad para los perpetradores de menor cuantía”³⁶².

En definitiva, parece existir cierto consenso en torno a la necesidad de que se lleven a cabo procesos judiciales a nivel interno que completen la limitada respuesta que la Corte Penal Internacional puede llegar a ofrecer³⁶³. Ahora bien, debemos reconocer que, incluso

³⁵⁹ ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, p. 3; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), pp. 5 - 12.

³⁶⁰ ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, p. 3 y p.7; Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, RC/911: Anexo V c): Balance sobre el principio de complementariedad: salvar la brecha de la impunidad, *op.cit.*; Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, *op.cit.*, p. 17; The Office of the Prosecutor, Prosecutorial Strategy 2009-2012, The Hague, 1 February 2010, pp. 5 – 6; Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, pp. 4 – 5; Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Duodécimo período de sesiones, La Haya, 20 a 28 de noviembre de 2013: Informe de la Mesa sobre la complementariedad. ICC-ASP/12/31, de 15 de octubre de 2013, p. 4; ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003, pp. 3 - 4. Incluso, este documento parecía apostar por cierta división de labores al defender que “There may also be situations where the Office of the Prosecutor (OTP) and the State concerned agree that a consensual division of labour is in the best interests of justice; for example, where a conflict-torn State is unable to carry out effective proceedings against persons most responsible” (*Ibidem.*). En contra sin embargo se posicionó el Juez Pikis al argumentar que: “the Rome Statute makes no distinction between persons liable to the jurisdiction of the courts of States Parties and the International Criminal Court”, Situation in the Democratic Republic of Congo. Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58". ICC-01/04-169-US-Exp, 16 July 2006. Separate and partly dissenting opinion of Judge Georghios M. Pikis, punto 16.

³⁶¹ The Office of the Prosecutor, Report on Prosecutorial Strategy, The Hague, 14 September 2006, pp. 5 – 6.

³⁶² Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, *op.cit.*, p. 16, punto 12.

³⁶³ Precisamente, esta conclusión se ha reiterado en los casos que han sido (y están siendo) investigados y enjuiciados ante la Corte Penal Internacional. Véase cómo se alude a esta cuestión en el caso de Uganda (Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Corte sobre la complementariedad, ICC-ASP/10/23, *op.cit.*, pp. 8 – 10, punto 36 – 37) o en la República Democrática del Congo (*Ibid.*, pp. 8 – 10, punto 43). El caso de Kenia también es interesante ya que, en este Estado, se intentó establecer un tribunal especial cuya competencia, en teoría, se iba a limitar a: “against persons bearing the greatest responsibility for crimes against humanity relating to the 2007 General Elections” (Kenya State House Statement, Special Tribunal to be set up, 17 December 2008). Sin embargo, esta iniciativa no salió adelante. Posteriormente, cuando se modificó la Constitución, se intentó establecer el tribunal especial, pero, una vez más, la iniciativa no fue aprobada (The Constitution of Kenya (Amendment) Bill 2009, 28 January 2009. State House, “Parliament rejects a local Special Tribunal”, 12 February 2009). Ahora bien, a pesar de este intento frustrado, no deja de ser relevante el ejemplo que nos deja este caso. Y

cuando interviene este Tribunal, en ocasiones, el resultado no siempre será satisfactorio desde el punto de vista del cumplimiento íntegro de las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional³⁶⁴. Por ello, nos preguntamos si acaso no podríamos considerar otras posibles vías para que las víctimas obtuvieran esa justicia más completa a la que aludíamos al inicio de la presente investigación.

A este respecto conviene recordar que los procesos judiciales penales no son la única respuesta que se puede llegar a adoptar a nivel interno con la finalidad de completar los enjuiciamientos en la esfera internacional, en general, y en el ámbito de la Corte Penal Internacional, en particular. Y es que, como hemos señalado en reiteradas ocasiones, la mera respuesta penal no será suficiente³⁶⁵, aunque intervenga la propia Corte³⁶⁶. Por ello, llegados a este punto, resulta oportuno citar las conclusiones a las que llega Freeman que nos parecen realmente acertadas: “Yet if criminal trials were alone sufficient, the field of transitional justice would never have emerged”³⁶⁷.

es que, tal y como apreció la Corte: “On 26 August 2009, the Constitution of Kenya (Amendment) (No. 3) Bill 2009 aiming at the establishment of a special tribunal was gazetted, enabling the bill to be formally debated in Parliament. It was initiated by Gitobu Imanyara, Member of Parliament, and is based on the premise that those bearing the greatest responsibility for crimes committed during the post-election violence will be prosecuted by the ICC and the lower level perpetrators will be prosecuted at the Special Tribunal for Kenya.” (Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009, punto 17). Conviene añadir que la Fiscalía no condena este reparto y, por ello, podríamos interpretar que, realmente, lo está aprobado. Ahora bien, como señalábamos previamente, nos hallamos ante un intento frustrado ya que, recordemos, el Fiscal acabó concluyendo que el Estado no se estaban produciendo los pertinentes procesos judiciales internos y, por ello, decidió iniciar las correspondientes investigaciones. (Puede analizarse el proceso que se siguió en: Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009, pp. 9 – 10).

³⁶⁴ Es más, incluso en las investigaciones iniciadas por la propia Corte, muchas veces los resultados no serán satisfactorios. A este respecto podemos citar, por ejemplo, el caso previo de Kenia donde, a pesar de que las pruebas demostraban la comisión de ciertos crímenes internacionales, actualmente no existen actuaciones judiciales (únicamente siguen vigentes los procesos por los delitos contra la administración de justicia). Sin embargo, ¿podemos considerar que se ha hecho justicia en la situación de Kenia? Puede consultarse la situación actual en la que se encuentra este caso en: Informe de la Corte Penal Internacional sobre sus actividades en 2016/17 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Septuagésimo segundo período de sesiones, Tema 77 del programa provisional. A/72/349, de 17 de agosto de 2017, punto 57.

³⁶⁵ Gallen, James, "The International Criminal Court: In the interest of transitional justice?" en Lawther, Cheryl, Moffet Luke and Jacobs, Dov (Eds.), *Research Handbook on Transitional Justice*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 306; Sunga, Lyal S., "Ten Principles for Reconciling Truth Commissions and Criminal Prosecutions" en Doria, José, Gasser, Hans-Peter and Bassiouni, M. Cherif (Eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Leiden-Boston, Koninklijke Brill, 2009, p. 1094.

³⁶⁶ Y es que, como se ha señalado, la Corte “was not and never intended to be a panacea for all internationally criminal ills” (Goldstone, Richard J. and Fritz, Nicole, “In the Interest of Justice´ and Independent Referral: The ICC Prosecutor’s Unprecedented Powers”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 13, Issue 3, 2000, p.666).

³⁶⁷ Freeman, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 10. A lo que añade: “The fact is that other responses, beyond criminal justice, are required. Justice systems simply are not designed to remedy violations committed on the massive scale typical of transitional

Por ello, y como reconoció el Secretario General en su pionero Informe del año 2004, “tiene una importancia decisiva evaluar los medios que permitan el funcionamiento de mecanismos complementarios y de carácter menos oficial, especialmente de forma inmediata”³⁶⁸. Es más, la necesidad de establecer relaciones complementarias entre las diversas iniciativas de justicia ha sido considerado como un elemento clave para superar la “brecha de la impunidad”³⁶⁹ a la que nos hemos referido anteriormente e, incluso, la Oficina de la Fiscalía ha reconocido que “a broader effort is needed to help close the impunity gap for ICC crimes”³⁷⁰.

En efecto, en un plano teórico al menos, varios órganos de la propia Corte Penal Internacional han reconocido que su actuación podría llegar a ser completada mediante otras iniciativas no judiciales³⁷¹. Por ejemplo, y comenzando con la Oficina de la Fiscalía, ésta no ha dudado en señalar que “it fully endorses the role that can be played by truth seeking mechanisms, reparations programs, institutional reform and traditional justice mechanisms as part of a broader comprehensive strategy.”³⁷².

En el año 2010, el seno de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma también se hizo referencia a esta cuestión, al reconocerse la necesidad de completar la respuesta penal. Concretamente, se señaló que:

“25. En estas situaciones en las que la Corte está investigando y procesando a quienes tienen la mayor responsabilidad respecto de los crímenes más graves será necesario brindar apoyo a las jurisdicciones nacionales, con el fin de permitir que éstas se hagan cargo de otros perpetradores y víctimas, mediante el fortalecimiento de la capacidad del sistema judicial nacional, examinando opciones para brindarlo también a los tribunales híbridos y las comisiones de verdad y reconciliación, así como a formas de justicia tradicional, cuando proceda y según proceda.”³⁷³

contexts (...). Accordingly, the recourse of transitional governments to complementary nonjudicial mechanisms such as truth commissions is natural” (*Ibidem.*).

³⁶⁸ Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 36.

³⁶⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), pp. 5 - 12.

³⁷⁰ The Office of the Prosecutor, Strategic Plan 2016-2018, 15 November 2015, p. 33.

³⁷¹ ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, p. 3; Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, *op.cit.*, pp. 19 – 20; Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Corte sobre la complementariedad, ICC-ASP/10/23, *op.cit.*, pp. 8 – 10; Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Undécimo período de sesiones, La Haya, 14 a 22 de noviembre de 2012: Informe de la Mesa sobre la complementariedad. ICC-ASP/11/24, de 6 de noviembre de 2012, p. 3; Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, pp. 4 - 5.

³⁷² Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, punto 7.

³⁷³ Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, *op.cit.*, p. 19.

Posteriormente, en el 2012, en el seno de la Asamblea de Estados Partes esta estrategia parecía comenzar a consolidarse ya que, en esta ocasión, se mencionó expresamente la contribución que podría suponer “otras formas de actuaciones de justicia transicional para los cómplices con menor responsabilidad y otras personas involucradas en los crímenes”³⁷⁴.

Sin embargo, más allá de este marco teórico, ¿podríamos concluir que la Corte, realmente, ha tomado en consideración estos mecanismos alternativos en la práctica y los ha valorado dentro del examen de admisibilidad?³⁷⁵ Pues bien, para intentar responder a este interrogante, a continuación centraremos nuestra atención en la complementariedad que puede producirse entre la justicia internacional, los mecanismos transicionales de investigación y, finalmente, la justicia local o tradicional y analizaremos cuál ha sido la respuesta ofrecida por la Corte Penal Internacional.

SECCIÓN 3.^a. LOS MECANISMOS TRANSICIONALES Y EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN ANÁLISIS CENTRADO EN LAS COMISIONES DE LA VERDAD Y LA JUSTICIA LOCAL O TRADICIONAL

En la presente Sección llevaremos a cabo un análisis centrado en la posible aplicación del principio de complementariedad previsto en el Estatuto de Roma ante determinados mecanismos propios de la justicia transicional como lo son, por ejemplo, las comisiones de la verdad o ciertas modalidades de justicia local o tradicional. El objetivo fundamental consistirá en dilucidar el tratamiento que da la Corte Penal Internacional a la instauración de este tipo de mecanismos que se separan de las nociones clásicas de “procesos judiciales” con los que lidia a diario. No obstante, una vez hemos concluido que tanto la Corte como las propias jurisdicciones penales nacionales se limitarán, en la mayoría de ocasiones, a investigar y enjuiciar a los máximos responsables, resulta oportuno analizar si el resto de individuos podrían responder ante este tipo de instancias no judiciales.

³⁷⁴ Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Mesa sobre la complementariedad. ICC-ASP/11/24, *op.cit.*, punto 10.

³⁷⁵ El siguiente trabajo analiza la posible aplicación del principio de complementariedad ante los mecanismos alternativos a la justicia: Eberechi, Ifeonu, "Who Will Save These Endangered Species - Evaluating the Implications of the Principle of Complementarity on the Traditional African Conflict Resolution Mechanisms", *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 20, Issue 1, 2012, pp. 22 – 41.

Antes de adentrarnos en cuestiones más técnicas que se hallan relacionadas con la concreta aplicación del principio de complementariedad, consideramos oportuno analizar con mayor detalle uno de los derechos básicos que todo proceso de justicia transicional debe garantizar: el derecho a la verdad. Y es que, ha sido el reconocimiento internacional de este derecho el que ha dado lugar a uno de los mecanismos más conocidos de la justicia transicional sobre el que posteriormente realizaremos el reiterado examen: las comisiones de la verdad.

1. El derecho de las víctimas a la verdad y las vías para garantizarlo: el establecimiento de las comisiones de la verdad como complemento a los procesos judiciales penales

1.1. El derecho a la verdad, la obligación de investigar y el esclarecimiento de las responsabilidades penales ante un órgano judicial

Si bien existen ciertas discrepancias en torno al origen del derecho a la verdad³⁷⁶ ya que hay quien considera que surgió en ámbito del Derecho Internacional Humanitario³⁷⁷

³⁷⁶ En determinadas ocasiones se emplea el concepto “derecho a saber”: Study on best practices on the issue of missing persons, Interim report prepared by Mr. Latif Hüseyinov, Rapporteur of the Drafting Group of the Human Rights Council Advisory Committee (A/HRC/AC/4/CRP.2/Rev.1); Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad: Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005, Principio 4; Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, A/68/362, de 4 de septiembre de 2013, punto 14. Una crítica relativa a la confusión que genera esta situación ha sido realizada en: Groome, Dermot, "Principle 2. The inalienable right to the truth" en Haldemann, Frank and Unger, Thomas, *The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law Series, Oxford, 2018, p. 70 y 81 – 82. Relacionado con este tema se halla también la cuestión de la memoria histórica. Para profundizar sobre esta cuestión puede acudir a: Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed: Procesos de preservación de la memoria histórica, A/HRC/25/49, de 23 de enero de 2014; Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed: A/68/296, de 9 de agosto de 2013 (escritura y enseñanza de la historia).

³⁷⁷ Si bien los artículos que normalmente se suelen citar para justificar el origen del derecho a la verdad son los artículos 32 y 33 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, consideramos oportuno añadir también los artículos 15 y 16 del I Convenio de Ginebra, el artículo 18 del II Convenio de Ginebra y el artículo 8 del Protocolo Adicional II; la Resolution of the XXIVth International Conference of the Red Cross, Manila, 7 to 14 November 1981. Por otra parte, si se quiere consultar determinados estudios que apoyan la idea de que éste fue, precisamente, el origen del derecho a la verdad, acúdase a: Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006, puntos 5 – 7. En la doctrina, véase el extenso trabajo llevado a cabo por: Rodríguez Rodríguez, Jorge, "A propósito del 40 aniversario del Protocolo I a los Convenios de Ginebra: de la construcción del derecho a saber a la unidad para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto colombiano", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 24, 2017, pp. 1 - 28.

y otros, por el contrario, lo sitúan dentro de la evolución que se produjo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos³⁷⁸, lo que es innegable es que tiene su base en el seno del Derecho Internacional³⁷⁹.

A pesar de que el único tratado internacional que hace referencia expresa al derecho de las víctimas a la verdad es la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas³⁸⁰ -que establece que: “cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida”³⁸¹-,

³⁷⁸ A este respecto, es común destacar el pionero papel que ejercieron la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, punto 19). Por ello, suele situarse el origen del derecho a la verdad en la región latinoamericana tal y como se recuerda en el Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, A/68/362, *op.cit.*, punto 25). A juicio de la experta en comisiones de la verdad, Priscilla Hayner, la primera resolución judicial en la que se proclamó el derecho a la verdad fue en el caso de Velásquez Rodríguez vs Honduras, dictada por la Corte Interamericana en 1988 (Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, Barcelona, Bellaterra, 2014, p. 66). Ahora bien, tal y como aclara el Relator Especial, también la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han reconocido el derecho a la verdad (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, punto 19). A modo de ejemplo podemos citar las siguientes sentencias en las que se hace referencia al derecho que ahora nos ocupa: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Fondo, Reparaciones y Costas, punto 274; Case of El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia (Application No. 39630/09) Judgment Strasbourg 13 December 2012, punto 191. A propósito de esta última sentencia, recomendamos la lectura del voto concurrente de los jueces Tulken, Spielmann, Sicilianos y Keller (ya que se pronuncian directamente sobre el derecho a la verdad y consideran, en el punto 8, que el derecho a la verdad se haya reconocido tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en el Derecho Europeo). Para realizar una lectura doctrina sobre el reconocimiento del derecho a la verdad en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos, puede acudir a: Panepinto, Alice M., "The right to the truth in international law: The significance of Strasbourg's contributions", *Legal Studies*, Vol. 37, Issue 4, 2017, pp. 739 – 764.

³⁷⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Archivos, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2015 (HR/PUB/14/4), p. 6. Por otra parte, quisiéramos añadir que, en la doctrina, hay quien afirma que el derecho a la verdad ha adquirido estatus de derecho consuetudinario (Groome, Dermot, "Principle 2. The inalienable right to the truth" en Haldemann, Frank and Unger, Thomas, *The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law Series, Oxford, 2018, p. 63; Naqvi, Yasmin, "El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?", *International Review of the Red Cross*, N° 862 de la versión original, 2006, p. 27).

³⁸⁰ Preámbulo y artículo 24 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

³⁸¹ Artículo 24 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

podemos hablar de cierta consolidación³⁸² internacional³⁸³ de este derecho autónomo³⁸⁴, específico³⁸⁵, inalienable³⁸⁶ e imprescriptible³⁸⁷ de las víctimas (y de la sociedad³⁸⁸) de

³⁸² Y es que, son innumerables los estudios, informes e instrumentos internacionales que recogen el derecho de las víctimas a la verdad. A modo de ejemplo, podemos citar los siguientes: Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006; Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad; Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, March 2010; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Archivos, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2015 (HR/PUB/14/4), p. 6; Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson. Principios marco para garantizar la rendición de cuentas de los funcionarios públicos por las violaciones manifiestas o sistemáticas de los derechos humanos cometidas en el transcurso de iniciativas de lucha contra el terrorismo respaldadas por los Estados. A/HRC/22/52, de 17 de abril de 2013, puntos 24 – 26; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/1), pp. 1 – 2; Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principios 2 – 5; Informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, 2010. Documento A/HRC/16/48, p. 27.

³⁸³ Ahora bien, tal y como se ha corroborado, determinadas legislaciones internas y determinada jurisprudencia nacional también han hecho referencia a este derecho a la verdad (Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos": El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, de 7 de junio de 2007, punto 81). Véase más información sobre el impacto nacional del derecho a la verdad en: Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006, puntos 22 – 24.

³⁸⁴ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006, punto 42. Y es que, tal y como se aclara en el punto citado, si bien este derecho se relaciona íntimamente con otros derechos, éste "sigue siendo un derecho autónomo con su propia base jurídica". A este respecto, puede consultarse también el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos": El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, *op.cit.*, punto 85; Informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, 2010. Documento A/HRC/16/48, p. 28.

En determinadas ocasiones, se equipara el derecho a la información con el derecho a la verdad. Por ejemplo, los Principios y Directrices básicos enumeran dentro de los derechos de las víctimas el "acceso a la información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación" (Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Punto VII. Derecho de las víctimas a disponer de recursos). Si se desea profundizar en los vínculos entre el derecho a la información y el derecho a la verdad puede acudir al Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Sr. Frank La Rue, A/HRC/14/23, de 20 de abril de 2010; Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, A/68/362, de 4 de septiembre de 2013, *op.cit.*; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006, puntos 31 – 32; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos": El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, *op.cit.*, punto 39. Si se desea profundizar en un análisis doctrinal sobre el derecho a la información, acúdase a: Kavran, Olga, "International Criminal Courts and the Right to Information", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 2017, pp. 953 – 983.

Señalar que, en la doctrina, hay quien considera que no cabe atribuir la característica de derecho autónomo al derecho a la verdad. Por ejemplo, López Ulla argumenta que “el derecho a la verdad sólo se puede invocar subsumiéndolo en otros derechos” (López Ulla, Juan Manuel, *Derecho a la verdad y desapariciones forzadas*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 87). Véase también las dudas expresadas en: Méndez, Juan E. and Bariffi, Francisco J., "Truth, Right to, International Protection" en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press, 2012, p. 7.

³⁸⁵ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/68/362, *op.cit.*, punto 15.

³⁸⁶ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 2; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. E/CN.4/2006/91, *op.cit.*, punto 44. Precisamente, mediante la atribución de este adjetivo al derecho que ahora analizamos, se ha llegado a la conclusión de que éste no puede suspenderse en ninguna circunstancia (*Ibidem.*). En el mismo sentido se pronuncia también el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos": El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, *op.cit.*, punto 86; Informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, 2010. Documento A/HRC/16/48, pp. 30 – 31.

³⁸⁷ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 4.

³⁸⁸ A este respecto, resulta oportuno señalar que se ha defendido que el derecho a la verdad tiene una dimensión tanto individual como colectiva: Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad, elaborado por la Profesora Diane Orentlicher. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 27 de febrero de 2004 (E/CN.4/2004/88), puntos 14 – 18; Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principios 2 – 5; Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, *op.cit.*, punto 17; Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson. Principios marco para garantizar la rendición de cuentas de los funcionarios públicos por las violaciones manifiestas o sistemáticas de los derechos humanos cometidas en el transcurso de iniciativas de lucha contra el terrorismo respaldadas por los Estados. A/HRC/22/52, de 17 de abril de 2013, punto 23; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006, puntos 35 – 36; Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 21/7. El derecho a la verdad, A/HRC/RES/21/7, de 10 de octubre de 2012; Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/68/362, *op.cit.*, puntos 29 y 88; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos": El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, *op.cit.*, punto 83.

Sin embargo, en la doctrina, hasta hace relativamente pocos años se ponía en cuestión la existencia de un derecho colectivo a la verdad. A modo de ejemplo, puede acudirse a: Bonet Pérez, Jordi, "La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional" en Bonet Pérez, Jordi y Alija Fernández, Rosa Ana, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, p. 46; Chinchón Álvarez, Javier, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, *op.cit.*, p. 269. Si se desea profundizar en el estudio de los sujetos del derecho a la verdad acúdase al trabajo de: López Ulla, Juan Manuel, *Derecho a la verdad y desapariciones forzadas*, *op.cit.*, pp. 67 – 81.

violaciones masivas, graves y sistemáticas³⁸⁹ de los derechos humanos³⁹⁰. Buena muestra de esta consolidación lo proporciona la proclamación por la Asamblea General de la ONU del 24 de marzo como “Día Internacional para el Derecho a la Verdad en relación con las Violaciones Graves de los Derechos Humanos y para la Dignidad de las Víctimas”³⁹¹.

Desde una perspectiva jurídica podemos apreciar que la obligación del Estado de investigar no es sino la otra cara de la moneda del derecho de las víctimas a la verdad³⁹². Esta obligación forma parte de la reiterada definición de impunidad prevista en el

³⁸⁹ Tal y como se ha aclarado, en un inicio el derecho a la verdad se alegaba en casos de desaparición forzada de personas. No obstante, con el paso del tiempo, este derecho también debe garantizarse ante la comisión de cualquier violación grave de los derechos humanos (Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006, punto 8). Concretamente, en este Informe citado se concluye que “el derecho a la verdad se aplica a todas las violaciones manifiestas de los derechos humanos e infracciones graves del derecho internacional humanitario” (*Ibid.*, punto 34). En un sentido similar véase también el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el seminario de experiencias en materia de archivos como medio de garantizar el derecho a la verdad, A/HRC/17/21, de 14 de abril de 2011, punto 4.

³⁹⁰ Las características de este derecho a la verdad se describen, entre otros, en: Méndez, Juan E., "An Emerging 'Right to Truth': Latin-America Contributions" en Karstedt, Susanne (Ed.), *Legal Institutions and Collective Memories*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, pp. 39 - 60; Groome, Dermot, "The Right to Truth in the Fight against Impunity", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 29, Issue 1, 2011, pp. 175 - 199; Méndez, Juan E. and Bariffi, Francisco J., "Truth, Right to, International Protection", *op.cit.*, pp. 1 - 9; López Ulla, Juan Manuel, *Derecho a la verdad y desapariciones forzadas*, Aranzadi, Navarra, 2015; Crettol, Monique and La Rosa, Anne-Marie, "The missing and transitional justice: the right to know and the fight against impunity", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, Num. 682, 2006, pp. 355 - 362; Della Morte, Gabriele, "International Law between the Duty of Memory and the Right to Oblivion", *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, pp. 427 - 440; Naqvi, Yasmin, "El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?", *op.cit.*, pp. 1 - 33; Panepinto, Alice M., "The right to the truth in international law: The significance of Strasbourg's contributions", *op.cit.*, pp. 739 - 764; Rodríguez Rodríguez, Jorge, "A propósito del 40 aniversario del Protocolo I a los Convenios de Ginebra...", *op.cit.*, pp. 1 - 28; Stolk, Sofia, "The Victim, the International Criminal Court and the Search for Truth: On the Interdependence and Incompatibility of Truths about Mass Atrocity", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, 2015, pp. 973 - 994; Todorov, Tzvetan, "Memory as Remedy for Evil", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, 2009, pp. 447 - 462; Rincón, Tatiana, *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 53 - 61; Ibáñez Najar, Jorge Enrique, *Justicia Transicional y las Comisiones de la Verdad*, Biblioteca de Derechos Humanos, Instituto Berg, Bogotá - Otzenhausen - Madrid, 2014, pp. 190 - 244; Daly, Erin, "Truth (Truth Seeking and Truth Telling)" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 259 - 266.

³⁹¹ Resolución 65/196, aprobada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 2010, punto 1.

³⁹² Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos": El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, *op.cit.*, punto 23. Por otra parte, conviene añadir que, en determinadas ocasiones, se defiende que la obligación de investigar se deduce del derecho a un recurso efectivo, dentro del cual se subsume el derecho de las víctimas y de la sociedad a conocer la verdad (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/27/56, punto 28). Al margen de esta cuestión, y como acertadamente ha apuntado López Martín, “investigar no es sino conocer la verdad, y no se puede conocer la verdad sin una adecuada investigación” (López Martín, Ana Gemma, "Los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de Derechos Humanos en Derecho internacional", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Vol. XLVII, 2014, p. 147).

Conjunto de principios actualizados³⁹³ y nos permite concluir que, si se quiere poner fin a la impunidad con la que se cometen los crímenes internacionales, es imprescindible investigar los hechos y garantizar el derecho a la verdad de las víctimas³⁹⁴. Ahora bien, nos preguntamos cómo debe de ser la investigación para cumplir este objetivo y si el contenido del derecho de las víctimas a la verdad guarda cierta similitud con las características que deben de cumplir las investigaciones estatales.

Comenzando por los requisitos que deben cumplir las investigaciones, debemos señalar que un número considerable de tratados e instrumentos internacionales emplean adjetivos genéricos como la necesidad de que éstas sean eficaces³⁹⁵, rápidas³⁹⁶, completas³⁹⁷, imparciales³⁹⁸, efectivas³⁹⁹, minuciosas⁴⁰⁰, independientes⁴⁰¹ o, incluso, prontas⁴⁰². Así mismo, es frecuente la afirmación según la cual el Estado debe emplear la diligencia debida⁴⁰³ a la hora de proceder con las investigaciones ya que nos hallamos ante una obligación de comportamiento y no de resultado⁴⁰⁴.

³⁹³ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Definiciones, A. Impunidad.

³⁹⁴ A este respecto, cabe apreciar que se ha establecido un nexo claro entre el derecho de las víctimas a la verdad y la erradicación de la impunidad. A modo de ejemplo pueden consultarse: Resolución sobre el derecho a la verdad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2005/66, de 20 de abril de 2005, aprobada sin votación, 59º sesión; Resolución Núm. 68/165 aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013, [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/68/456/Add.2)], Sexagésimo octavo período de sesiones, Tema 69b) del programa, El derecho a la verdad, A/RES/68/165.

³⁹⁵ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Punto II. Alcance de la obligación.

³⁹⁶ *Ibidem.*; Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, principio 19.

³⁹⁷ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Punto II. Alcance de la obligación.

³⁹⁸ *Ibidem.*; Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, principio 19; Eradicating impunity for serious human rights violations. Guidelines adopted by the Committee of Ministers on 30 March 2011 at the 1110th meeting of the Ministers' Deputies and reference texts, punto VI (en el punto citado se describen las condiciones que deben cumplir las investigaciones para poder ser calificadas como efectivas); Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, artículo 12.

³⁹⁹ Eradicating impunity for serious human rights violations. Guidelines adopted by the Committee of Ministers on 30 March 2011, *op.cit.*, punto V. The duty to investigate, subpunto 1.

⁴⁰⁰ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, principio 19.

⁴⁰¹ *Ibidem.*

⁴⁰² Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, artículo 12. Véase también la Observación General N.º 3, del año 2012, relativa a la aplicación del artículo 14 por los Estados parte (especialmente los puntos 25 y 26).

⁴⁰³ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/68/362, *op.cit.*, punto 45.

⁴⁰⁴ Informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, 2010. Documento A/HRC/16/48, punto 5.

En todo caso, la pregunta crucial que nos ayudará a precisar los contornos de la admisibilidad de las situaciones y los casos ante la Corte Penal Internacional consiste en dilucidar si las investigaciones deben dirigirse o no al enjuiciamiento de los presuntos responsables. En este sentido cabe señalar que determinados instrumentos internacionales como, por ejemplo, los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones⁴⁰⁵ o el Conjunto de principios actualizados contra la impunidad⁴⁰⁶, vinculan expresamente la obligación de investigar o el derecho de las víctimas a un recurso efectivo con la adopción de medidas que vayan dirigidas a depurar las responsabilidades penales de los presuntos autores⁴⁰⁷.

De la misma manera, un número considerable de tratados internacionales no contemplan otra opción que no sea la realización de investigaciones con la finalidad de proceder, en el caso de que haya pruebas suficientes, al enjuiciamiento de los responsables. Este sería el caso, por ejemplo, del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio⁴⁰⁸, de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes⁴⁰⁹ o de la Convención internacional para la protección de todas

⁴⁰⁵ Véase el punto II. que lleva por título “Alcance de la obligación” de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, donde se señala la obligación de “investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho internacional”. Así mismo, consúltese el punto III.4.

⁴⁰⁶ El principio 19 bajo el título de “deberes de los Estados en materia de administración de la justicia”, señala que “los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente” (Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, principio 19).

⁴⁰⁷ Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, *op.cit.*, punto 26; Eradicating impunity for serious human rights violations. Guidelines adopted by the Committee of Ministers on 30 March 2011, *op.cit.*, punto VI. Es más, en ocasiones se ha señalado que “las demandas de justicia en el marco del estado de derecho se satisfacen por medio de enjuiciamientos” (Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: El derecho a la verdad, A/HRC/12/19, de 21 de agosto de 2009, punto 19).

⁴⁰⁸ El artículo VI establece que “las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente”.

⁴⁰⁹ El artículo 7 de la Convención prevé que, si el Estado no procede a la extradición, “someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”. Véase también la Observación General N.º 3, del año 2012, relativa a la aplicación del artículo 14 por los Estados parte (especialmente los puntos 25 y 26). A este respecto, conviene añadir que el Comité contra la tortura, en su Observación General N.º 2, señaló que “es esencial investigar y establecer la responsabilidad tanto de los integrantes de la cadena jerárquica como de los autores directos”, la Observación General N.º 2, titulada “Aplicación del artículo 2 por los

las personas contra las desapariciones forzadas⁴¹⁰. Por esta razón, no es de extrañar que se haya llegado incluso a afirmar que “para las víctimas de violaciones de los derechos humanos el conocimiento público de su sufrimiento y de la verdad acerca de los autores de esas violaciones, incluidos los cómplices, es un paso esencial hacia la rehabilitación y la reconciliación”⁴¹¹.

Si nos centramos en el contenido del derecho de las víctimas a la verdad, se ha defendido que éste “faculta a la víctima, a sus familiares, y al público en general a buscar y obtener toda la información pertinente relativa a la comisión de la presunta violación, la suerte y el paradero de la víctima y, cuando procede, el proceso mediante el cual se autorizó oficialmente dicha violación”⁴¹². Ahora bien, resulta oportuno añadir que este derecho también implica conocer “la identidad de los autores de los hechos que dieron lugar a las violaciones”⁴¹³, sin perjuicio de las dificultades que este extremo lleva

Estados Partes”, punto 9. Véase también la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, artículo 8.

⁴¹⁰ El artículo 3 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas establece que “los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar las conductas definidas en el artículo 2 (...) y para procesar a los responsables”. Véase también el artículo 6 de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas.

⁴¹¹ Resolución sobre impunidad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2003/72, de 25 de abril de 2003, aprobada sin votación, 62º sesión, punto 8. En un sentido similar véase también: Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 39.

⁴¹² Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013. Profundícese en el contenido del derecho a la verdad en: Informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, 2010. Documento A/HRC/16/48, pp. 30 – 35; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006, puntos 38 – 40; Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/68/362, *op.cit.*, punto 30. Véase también el artículo 24.2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

⁴¹³ Resolución sobre el derecho a la verdad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2005/66, de 20 de abril de 2005, *op.cit.*. En un sentido similar se ha defendido que “el derecho a la verdad entraña tener un conocimiento pleno y completo de los actos que se produjeron, las personas que participaron en ellos y las circunstancias específicas, en particular de las violaciones perpetradas y su motivación” (Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006, punto 3). Véase también la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 21/7. El derecho a la verdad, A/HRC/RES/21/7, de 10 de octubre de 2012; Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Principios marco para garantizar la rendición de cuentas de los funcionarios públicos por las violaciones manifiestas o sistemáticas de los derechos humanos cometidas en el transcurso de iniciativas de lucha contra el terrorismo respaldadas por los Estados. A/HRC/22/52, *op.cit.*, punto 23; Informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, 2010. Documento A/HRC/16/48, p. 30; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos": El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, *op.cit.*, punto 31.

aparejado⁴¹⁴. Por lo tanto, a grandes rasgos, cabe apreciar ciertos puntos en común entre la obligación de investigar y el derecho de las víctimas a la verdad ya que ambas exigen dilucidar las responsabilidades penales.

Ahora bien, la pregunta que cabe realizar es cómo garantizar este contenido del derecho a la verdad ya que “es muy poco realista esperar una información completa de todas las violaciones cuando la cifra de víctimas es muy elevada y los recursos estatales son muy limitados”⁴¹⁵. Es decir, ¿a través de qué mecanismos (judiciales o extrajudiciales) debe llevarse a cabo la investigación con la finalidad de que ésta respete las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional?

Pues bien, si nos centramos en el derecho de las víctimas a la justicia podemos apreciar que se ha defendido que, ante violaciones manifiestas y graves de los derechos humanos, éste debe garantizarse mediante el acceso a un recurso judicial⁴¹⁶. Por ello, podríamos concluir que mecanismos no judiciales como, por ejemplo, las comisiones de la verdad, supondrían una vulneración de este derecho fundamental de las víctimas.

Es más, no debemos olvidar que ciertos tratados internacionales⁴¹⁷ mencionan expresamente a los tribunales como únicos órganos donde pueden llevarse a cabo los procesos o donde se deben garantizar los derechos de toda persona acusada de haber cometido un delito. Este sería el caso, por ejemplo, del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio⁴¹⁸, de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas⁴¹⁹, del Pacto Internacional de

⁴¹⁴ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006, punto 39.

⁴¹⁵ Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, op.cit., pp. 67 - 68.

⁴¹⁶ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Punto VIII. Acceso a la justicia; Informe de la Sra. Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102, punto 58.

⁴¹⁷ Artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁴¹⁸ El artículo VI establece que “las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente”.

⁴¹⁹ El artículo 11 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas establece que “toda persona sometida a juicio por un delito de desaparición forzada gozará de las garantías judiciales ante una corte o un tribunal de justicia competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”. Su homóloga interamericana va incluso más allá y prevé que “los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar”, artículo 9 de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas.

derechos civiles y políticos⁴²⁰, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos⁴²¹, la Convención Americana de Derechos Humanos⁴²² o la Carta Africana de derechos del hombre y de los pueblos⁴²³. En definitiva, atendiendo al Derecho Internacional, podríamos concluir que, ante violaciones graves de los derechos humanos, las víctimas⁴²⁴ tienen derecho a que sea un tribunal quien oiga su caso.

⁴²⁰ Artículos 9 y 14 del del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos; Observación General N.º 2: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, 90º período de sesiones (2007), especialmente el punto 18 donde se describe la noción de tribunal.

⁴²¹ Artículo 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁴²² Artículos 8.1. y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁴²³ Artículo 7.1 de la Carta africana de derechos del hombre y de los pueblos.

⁴²⁴ Sin olvidar que, como hemos señalado previamente, desde la perspectiva de los derechos de los acusados, éstos tienen derecho a que sus derechos se garanticen a través de un tribunal.

Estas jurisdicciones nacionales o internacionales⁴²⁵ (dentro de la cual podríamos incluir también a la Corte Penal Internacional⁴²⁶) podrían garantizar, en parte⁴²⁷, el derecho a la verdad⁴²⁸ mediante el cumplimiento de la obligación de investigar. Ahora

⁴²⁵ Como señala Schabas, “the role of criminal tribunals as arbiters of historical truth has been contested since the first serious efforts of international justice, at Nuremberg and Tokyo” (Schabas, William, *Unimaginable Atrocities...*, *op.cit.*, p. 157). En épocas más recientes, y a propósito de los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda se ha defendido que “the most comprehensive archives in the world today about the conflicts which engulfed the former Yugoslavia in the 1990s, and Rwanda in 1994, and the human tragedies that resulted, are those held by the ICTY and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). Each now holds a gigantic quantity of digital data” (Gaynor, Fergal, “Uneasy Partners: Evidence, Truth and History in International Trials”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, p. 1263). Sin embargo, conviene estar atentos a la contundente crítica de Bassiouni cuando argumenta que: “although many expected that these trials would produce such a historical record, that expectation has not been fulfilled in practice. This approach produces only slices of history, leaving the larger story of the conflict untold. The ICTY and ICTR, for example, have prosecuted different perpetrators whose crimes were committed in the same context. However, there was no mechanism for establishing the facts that applied to a specific battle or campaign in order that such a record can be used in different cases involving different defendants whose conduct was related to the same set of events” (Bassiouni, M. Cherif, “Reflections on contemporary developments in international criminal justice” en Brown, Bartram S. (Ed.), *Research Handbook on International Criminal Law*, UK-USA, Edward Elgar, 2011, p. 411).

⁴²⁶ A este respecto, no debemos olvidar que el artículo 54.1 del Estatuto de Roma señala “a fin de establecer la veracidad de los hechos, ampliará la investigación...”. No obstante, ¿es viable deducir un derecho a la verdad del articulado del Estatuto? Si nos centramos en la práctica de la Corte, podemos comprobar que ésta no ha dudado en declarar que “while the Office’s mandate does not include production of comprehensive historical records for a given conflict, incidents are selected to provide a sample that is reflective of the gravest incidents and the main types of victimization” (The Office of the Prosecutor, Prosecutorial Strategy 2009-2012, The Hague, 1 February 2010, p. 6). Por otra parte, también hemos encontrado ciertas referencias a la verdad como objetivo que deben de lograr las investigaciones ante la Corte (The Office of the Prosecutor, Strategic Plan June 2012-2015, 11 October 2013, p. 9, p. 12 y p. 25; Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Decision on the Prosecutor’s request for authorization of an investigation. ICC-01/15-12, 27 January 2016, punto 63). No obstante, a nuestro juicio, el derecho de las víctimas a la verdad que analizamos en el presente apartado se verá muy limitadamente garantizado en el seno de la Corte. Sin embargo, ciertos sectores doctrinales sí que consideran que la Corte Penal Internacional puede contribuir a garantizar el derecho a la verdad de las víctimas. Por ejemplo, se ha defendido que “the ICC can contribute, for example, to the process of truth discovery by sharing and making information accessible to domestic actors” (Sarkin, Jeremy, “The Role of the International Criminal Court (ICC) in Reducing Massive Human Rights Violations Such as Enforced Disappearances in Africa: Towards Developing Transitional Justice Strategies”, *Studies in Ethnicity and Nationalism*, Vol. 11, No. 1, 2011, p. 132). En un sentido similar también se ha argumentado que de la lectura de ciertos artículos del Estatuto de Roma es posible derivar un derecho a la verdad (Stolk, Sofia, “The Victim, the International Criminal Court and the Search for Truth...”, *op.cit.*, p. 978. En un sentido similar véase también Klinkner, Melanie and Smith, Ellie, “The Right to Truth, Appropriate Forum and the International Criminal Court” en Szablewska, Natalia and Bachmann, Sascha - Dominik (Eds.), *Current Issues in Transitional Justice. Towards a More Holistic Approach*, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, pp. 3 – 29). Sin embargo, en el lado opuesto, se sitúan expertas como Hayner que no ven aconsejable que la Corte asuma la función de búsqueda de la verdad (Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, pp. 199 – 200). Por otra parte, es interesante comprobar que la verdad histórica y la verdad judicial, a juicio de determinados expertos, no se corresponde en la práctica de la Corte (Riccardi, Alice, *Sentencing at the International Criminal Court: From Nuremberg to The Hague*, *op.cit.*, p. 222).

⁴²⁷ A propósito de la verdad que se esclarece en los tribunales quisiéramos añadir que ésta se halla limitada por los criterios probatorios y los estándares de pruebas admisibles (Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, p. 197). Por ello, a juicio de la experta, “los juicios no documentan bien la verdad global sobre hechos históricos” (*Idem.*, pp. 198 – 199).

⁴²⁸ Y es que, se ha defendido que mediante los procesos judiciales también se puede “hacer valer el derecho a la verdad” (Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos

bien, cuando las violaciones son masivas y sistemáticas ¿es viable que todos los casos sean llevados ante la justicia? La respuesta, indudablemente, es negativa⁴²⁹.

Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006, punto 48). En un sentido similar: Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 39; Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, *op.cit.*, punto 28. Así mismo, se ha declarado que “el derecho de acceso a la justicia entraña en particular el derecho a un recurso disponible en virtud del derecho internacional y es uno de los medios de esclarecer la verdad” (Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada “Consejo de Derechos Humanos”: El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, *op.cit.*, punto 27).

El debate en torno a si los procesos penales pueden garantizar o no el derecho a la verdad no es novedoso. La verdad que se esclarece a través de los tribunales ha sido analizado en detalle en: Birkenkötter, Hannah, “Explaining Srebrenica: Establishing a Narrative Through Criminal Trials”, *Vereinte Nationen*, Vol. 88, 2013, pp. 177 - 205; Gaynor, Fergal, “Uneasy Partners: Evidence, Truth and History in International Trials”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 1257 - 1275; Rauxloh, Regina E., “Negotiated History: The Historical Record in International Criminal Law and Plea Bargaining”, *International Criminal Law Review*, Vol. 10, 2010, pp. 739 - 770; Clark, Theresa M., “Assessing the Special Court’s Contribution to Achieving Transitional Justice”, Jalloh, Charles Chernr (Ed.), *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: the impact for Africa and International Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 755 - 761; Wilson, Richard Ashby, “Judging history: the historical record of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, Issue 3, 2005, pp. 908 - 1146; Wilson, Richard Ashby, *Writing History in International Criminal Trials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011; López, Rachel, “Legalising Collective Remembrance after Mass Atrocities” en Bird, Elizabeth S. and Ottanelli, Fraser M. (Ed.), *The performance of memory as transitional justice*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015, pp. 23 - 41; Bárd, Károly, “The difficulties of writing the past through law - historical trials revisited at the European Court of Human Rights”, *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 81, 2010, pp. 27 - 45; Joyce, Daniel, “The Historical Function of International Criminal Trials: Re-thinking International Criminal Law”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 73, 2004, pp. 461 - 484; Kavran, Olga, “International Criminal Courts and the Right to Information”, *op.cit.*, pp. 953 - 983; Sander, Barrie, “Unveiling the Historical Function of International Criminal Courts: Between Adjudicative and Sociopolitical Justice”, *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 12, 2018, pp. 334 - 355. Sobre los juicios de la verdad en Argentina véase: Garibian, Sévane, “Ghosts Also Die: Resisting Disappearance through the ‘Right to the Truth’ and the *Juicios por la Verdad* in Argentina”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, 2014, pp. 515 - 538. En contra de buscar la verdad mediante el proceso penal: Pastor, Daniel R., *El poder penal internacional: Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier; Barcelona, 2006, p. 124. En un sentido similar, Tamarit Sumalla ha argumentado que “el derecho a la verdad puede en muchos casos verse realizado incluso mejor mediante un proceso no penal pero que tenga aspectos cuasi-judiciales en lo tocante a los poderes de investigación asignados al órgano correspondiente” (Tamarit Sumalla, Josep, “Justicia penal, justicia reparadora y comisiones de la verdad”, en Tamarit Sumalla, Josep (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 64).

⁴²⁹ Existen un número considerable de mecanismos que podrían satisfacer o, al menos, contribuir al esclarecimiento de los hechos y a la dilucidación de la verdad. Además de la verdad que se produce en los órganos judiciales o la proveniente de las comisiones de la verdad, es posible que se establezcan también mecanismos no oficiales de investigación, comisiones de investigación o de determinación de los hechos (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, punto 21). En los últimos años, han adquirido también una importancia cada vez mayor los proyectos históricos establecidos en determinados Estados (Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006, punto 54). Por otra parte, conviene señalar que, a la hora de elegir el mecanismo más adecuado, se ha defendido que éste debe basarse en “amplias consultas” (*Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, HR/PUB/06/1, *op.cit.*, p. 3).

Ahora bien, tal y como explicaremos más adelante, la elección de un mecanismo no judicial no puede sustituir, en ningún caso, a los correspondientes procesos penales (Resolución sobre el derecho a la verdad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2005/66, *op.cit.*, punto 2;

Por esta razón, y dado que en contextos de justicia transicional son este tipo de violaciones las que se cometen con reiterada frecuencia, los Estados han tenido que “adaptar” las investigaciones a estas particulares circunstancias dando, así, lugar a uno de los instrumentos principales de la justicia transicional: las comisiones de la verdad⁴³⁰.

Siendo éste el estado de la cuestión, el objetivo principal que nos proponemos en el punto que sigue a continuación consistirá en analizar hasta qué punto esta modalidad de “comisión de investigación”⁴³¹ satisface el derecho a la verdad de las víctimas y si, mediante su creación, los Estados cumplirían o no la obligación de investigar las violaciones de los derechos humanos cometidas. Una vez hayamos sentado este primer marco teórico, comprobaremos hasta qué punto estas comisiones superarían o no el principio de complementariedad previsto en el Estatuto de Roma y cuál ha sido la respuesta proporcionada por la Corte Penal Internacional con respecto a estos mecanismos.

Resolución Núm. 68/165 aprobada por la Asamblea General: El derecho a la verdad, *op.cit.*, punto 4; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos": El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, *op.cit.*, punto 45).

⁴³⁰ Precisamente, se ha defendido que “otro factor que tuvo una gran influencia en el establecimiento del derecho a la verdad fue la creación de las comisiones de la verdad” (Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006, punto 13). Ahora bien, no deben de pasar desapercibidas las críticas que se realizan a propósito de la verdad que se dilucida en las comisiones de la verdad. Véase, a modo de ejemplo: Walker, Margaret Urban, "Troubles with truth commissions: putting the moral aims of truth commissions to the fore" en Bird, Elizabeth S. and Ottanelli, Fraser M. (Ed.), *The performance of memory as transitional justice*, *op.cit.*, pp. 7 – 21.

⁴³¹ Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102, de 18 de febrero de 2005, punto 14.

1.2. Análisis de las comisiones de la verdad desde la perspectiva de su posible admisibilidad ante la Corte: los poderes de investigación y la identificación de los responsables

Las comisiones de la verdad⁴³², mecanismo habitual en la mayoría de procesos de justicia transicional⁴³³, pueden definirse⁴³⁴ como “órganos oficiales, temporales y de

⁴³² Es importante no confundir estos mecanismos básicos y fundamentales de la justicia transicional con las también conocidas comisiones de investigación. Pueden consultarse los siguientes recursos en los que se mencionan las diferencias entre ambas: Cassese, Antonio (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, op.cit., pp. 272 – 274; Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law...*, op.cit., pp. 942 – 943; Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, op.cit., 2014, pp. 55 – 56; Freeman, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, op.cit., pp. 40 – 69. Para conocer más de cerca el funcionamiento de las comisiones de investigación, acúdase a: Mariniello, Triestino, "The Impact of International Commissions of Inquiry on the Proceedings before the International Criminal Court" en Henderson, Christian (Ed.), *Commissions of Inquiry: Problems and Prospects*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, pp. 171 - 196; Alston, Philip, "The Darfur Commission as a Model for Future Responses to Crisis Situations", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 600 - 607; Bickford, Louis, "Unofficial Truth Projects", *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, 2007, pp. 994 - 1035; Frulli, Micaela, "Fact-Finding or Paving the Road to Criminal Justice: Some Reflections on United Nations Commissions of Inquiry", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 1323 - 1338; Kaufman, Zachary D., "The Prospects, Problems and Proliferation of Recent UN Investigations of International Law Violations", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 16, 2018, pp. 93 - 112; Schabas, William A., "Darfur and the 'Odious Scourge': The Commission of Inquiry's Findings on Genocide", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 18, 2005, pp. 871 - 885; Sunga, Lyal S., "How can UN human rights special procedures sharpen ICC fact-finding?" *International Journal of Human Rights*, Vol. 15, No. 2, 2011, pp. 187 – 205; Lawther, Cheryl, Moffet Luke and Jacobs, Dov (Eds.), *Research Handbook on Transitional Justice*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 401 – 423.

⁴³³ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, punto 27 (donde, como aclara el Relator Especial, “se han convertido en respuestas “normales”, y no solo en períodos de transición después de situaciones de autoritarismo y de conflictos”). Véase también *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, op.cit., (HR/PUB/06/1), p. 1; Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad, (E/CN.4/2004/88), op.cit., punto 22. Stahn, bajo el título de "La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional", analiza los diversos mecanismos que ofrece la justicia transicional para hacer frente a los crímenes cometidos y analiza las comisiones de la verdad, distinguiendo entre comisiones internacionales (cita, por ejemplo, El Salvador, Guatemala, Sierra Leona y Timor Oriental) y domésticas (por ejemplo, Chile, Argentina o Sudáfrica); investigación selectiva vs comprehensiva; investigación cuasi-judicial vs. esclarecimiento de la verdad; y, finalmente, investigación vs. Reinserción (Stahn, Carsten, "La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional" en Rettberg, Angelika (Comp.), *Entre el perdón y el perdón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005, pp. 81 – 142). Si se desea, consúltese también un análisis de las diferencias entre la Comisión de la verdad de Sudáfrica y las establecidas por varios Estados latinoamericanos en: Roth - Arriaza, Naomi, Schey, Peter A. and Shelton, Dinah, "Addressing Human Rights Abuses: Truth Commissions and the Value of Amnesty", *19 Whittier Law Review*, 325, 1997, pp. 325 – 344.

⁴³⁴ Otras definiciones autorizadas de estos órganos pueden consultarse en: Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, op.cit.; *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, op.cit. (HR/PUB/06/1), p. 1; Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, op.cit., punto 50. En la doctrina resulta especialmente interesante: Cassese, Antonio (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, op.cit., pp. 443 – 453. Las comisiones de la verdad han sido analizadas de manera minuciosa por: Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, op.cit., 2014; Freeman, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, op.cit.; Wiebelhaus-Brahm, Eric, *Truth commissions and*

constatación de hechos que no tienen carácter judicial y [que] se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años”⁴³⁵.

transitional societies: The impact on human rights and democracy, Routledge, London and New York, 2010; Rotberg, Robert I. and Thompson, Dennis (Eds.), *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2000; Jaudel, Étienne, *Justice sans châtiement: Les commissions Vérité-Réconciliation*, Odile Jacob, Paris, 2009; Ibáñez Najar, Jorge Enrique, *Justicia Transicional y las Comisiones de la Verdad*, Biblioteca de Derechos Humanos, Instituto Berg, Bogotá - Otzenhausen - Madrid, 2014; Martin, Arnaud (Dir.), *La mémoire et le pardon: Les commissions de la vérité et de la réconciliation en Amérique latine*, L'Harmattan, Paris, 2009; Schabas, William A., "Truth Commissions and memory" en Gómez Isa, Felipe and de Feyter, Koen (Eds.), *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 657 - 665; Buergenthal, Thomas, "Truth Commissions: Between Impunity and Prosecution", *Case Western Journal of International Law*, Vol. 38, 2006, pp. 217 - 223; Daly, Erin, "Truth Skepticism: An Inquiry into the Value of Truth in Times of Transition", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, 2008, pp. 23 - 41; Dyzenhaus, David, "Truth and Reconciliation" en Cane, Peter and Conaghan, Joanne (Eds.), *The New Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008 (online version); Lee, Margaret C., "Truth and Reconciliation Commission" en Krieger, Joel (Ed.), *The Oxford Companion to Politics of the World*, Oxford University Press, Oxford, 2004 (2 ed., online version); Lefranc, Sandrine, "Les commissions de vérité: une alternative au droit?", *Droit et cultures: Revue internationale interdisciplinaire*, Vol. 56, 2008, pp. 1 - 8; Olsen, Tricia D., Payne, Leigh A., Reiter, Andrew G. and Wiebelhaus-Brahm, Eric, "When Truth Commissions Improve Human Rights", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 4, 2010, pp. 457 - 476; Scharf, Michael P., "The case for a permanent international truth commission", *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 7, 1997, pp. 375 - 410; Wiebelhaus - Braham, Eric, "Truth commissions and other investigative bodies" en Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization and Post - Conflict Justice*, Vol. 1, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp. 477 - 574; Ibáñez Najar, Jorge Enrique, *Justicia Transicional y las Comisiones de la Verdad*, Biblioteca de Derechos Humanos, Instituto Berg, Bogotá - Otzenhausen - Madrid, 2014; Fijalkowski, Agata, "Truth and reconciliation commissions" en Simic, Olivera, *An Introduction to Transitional Justice*, Routledge, London and New York, 2017, pp. 91 - 112; Lawther, Cheryl, "Transitional justice and truth commissions" en Lawther, Cheryl, Moffet Luke and Jacobs, Dov (Eds.), *Research Handbook on Transitional Justice*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 342 - 357. Si bien en el presente trabajo no desarrollaremos esta cuestión, conviene dejar anotado que, relacionado con el tema del derecho de las víctimas a la verdad o la instauración de las comisiones de la verdad, se halla la cuestión de la memoria. Para conocer más de cerca este tipo de políticas: Wouters, Nico (Ed.), *Transitional Justice and Memory in Europe (1945 - 2013)*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2017; Bird, Elizabeth S. and Ottanelli, Fraser M. (Eds.), *The performance of memory as transitional justice*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015; Gómez Isa, Felipe (Dir.), *El derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

⁴³⁵ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Definiciones, D. Comisiones de la verdad.

Es decir, nos hallamos ante mecanismos oficiales creados por el Estado⁴³⁶, normalmente tras un período de consultas⁴³⁷, de naturaleza no judicial⁴³⁸ y que se establecen por un período determinado⁴³⁹ con el objetivo principal de investigar los hechos cometidos y dar “voz a las víctimas”⁴⁴⁰. Ahora bien, como señala Hayner, “la peculiaridad de las comisiones de la verdad es su intención de influir en la comprensión

⁴³⁶ Ahora bien, en ocasiones, ante la pasividad del Estado en esta cuestión, determinadas organizaciones no gubernamentales han tratado de suplir esta laguna. No obstante, dado que una de las características básicas de las comisiones de la verdad es su “oficialidad”, resulta dudoso que quepa considerar a estas comisiones creadas por organismos no oficiales como comisiones de la verdad. Si se desea profundizar en el trabajo que realizan estas Organizaciones No Gubernamentales, acúdase a: Bickford, Louis, "Unofficial Truth Projects", *op.cit.*, pp. 994 – 1035. Véase también el papel de las Naciones Unidas en la instauración de ciertas comisiones en: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, *op.cit.*, (HR/PUB/06/1), pp. 33 – 36.

⁴³⁷ Tal y como señala el Principio 6 del Conjunto de principios contra la impunidad, “las decisiones de establecer una comisión de la verdad, definir su mandato y determinar su composición deben basarse en amplias consultas públicas en las cuales deberá requerirse la opinión de las víctimas y los supervivientes” (Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 6. Establecimiento y función de las comisiones de la verdad).

⁴³⁸ Por esta razón, se suele subrayar su carácter restaurativo frente a la “retribución” propia de los tribunales.

⁴³⁹ A propósito del período de tiempo establecido para que una comisión de la verdad realice su función, quisiéramos señalar que nos hallamos ante un tema de importancia capital que puede repercutir, incluso, en el éxito de la propia comisión. Para conocer más de cerca la característica de la temporalidad que se le atribuye a una determinada comisión de la verdad: Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad, (E/CN.4/2004/88), *op.cit.*, punto h); Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, punto 33 y 63; *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, *op.cit.*, (HR/PUB/06/1), pp. 15 – 16. Por otra parte, nos parece interesante destacar que se ha propuesto la creación de una comisión de la verdad permanente (véase la iniciativa de: Scharf, Michael P., "The case for a permanent international truth commission", *op.cit.*, pp. 375 – 410). Consúltese especialmente el anexo del artículo en el que se propone el estatuto de la posible comisión de la verdad permanente.

⁴⁴⁰ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, punto 24. A este respecto, tal y como señala el Relator Especial, las comisiones de la verdad otorgan un papel central a las víctimas ya que éstas crean el entorno propicio para que las víctimas puedan acudir y relatar sus historias. En un sentido similar: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, punto 32; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/68/345, de 23 de agosto de 2013, punto 37; *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, *op.cit.*, (HR/PUB/06/1), pp. 18 – 19; Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 50.

Ahora bien, con la finalidad de garantizar que las víctimas acudan a las comisiones de la verdad a relatar sus historias, es imprescindible que se prevean ciertas medidas de protección (Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 10. Garantías relativas a las víctimas y a los testigos que declaren a su favor); Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el derecho a la verdad. A/HRC/15/33, de 28 de julio de 2010; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El derecho a la verdad. A/HRC/12/19, de 21 de agosto de 2009).

y aceptación social del pasado de un país, no solo resolver hechos concretos”⁴⁴¹. En efecto, más allá de las funciones de investigación, que puede considerarse la competencia más básica de una comisión⁴⁴², estos órganos no judiciales, pese a las numerosas dificultades a las que se enfrentan⁴⁴³, tienen la facultad de: “constatar hechos relacionados con infracciones de los derechos humanos en el pasado, fomentar la rendición de cuentas, preservar las pruebas, identificar a los autores y recomendar indemnizaciones y reformas institucionales. También pueden servir de plataforma pública para que las víctimas cuenten directamente al país sus historias personales y pueden facilitar el debate público sobre cómo aceptar el pasado”⁴⁴⁴. Precisamente, dado el considerable número de funciones⁴⁴⁵ que pueden llegar a realizar, no es de extrañar que su instauración haya sido

⁴⁴¹ Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, p. 48. Por esta razón, la experta enumera las siguientes características que, a su juicio, definen y diferencian a las comisiones de otros organismos: “Una comisión de la verdad 1) se centra en acontecimientos del pasado, en lugar de acontecimientos del presente; 2) investiga un patrón de abusos cometidos durante un periodo de tiempo; 3) colabora de forma directa y amplia con la población afectada, recopilando información de sus experiencias; 4) es un organismo temporal, cuya labor concluye con un informe público; y 5) está oficialmente autorizada o facultada por el Estado sometido a examen”. Sin embargo, véase la enumeración de características que propone otro autor que, al igual que Hayner, es buen conocedor de estos mecanismos transicionales: Freeman, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, *op.cit.*, p. 18.

⁴⁴² Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, punto 37.

⁴⁴³ Véanse las dificultades que se relatan en: *Ibid.*, punto 29 y que se resumen en los puntos 90 - 97; Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 51.

⁴⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁴⁵ Conviene aclarar que las funciones que las comisiones lleguen a desempeñar dependen, en gran medida, de los términos en los que se halle redactado su mandato. A este respecto, resulta oportuno añadir que éste no se halla regulado por el Derecho Internacional y, en consecuencia, las comisiones de la verdad difieren considerablemente entre ellas (*Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, *op.cit.*, (HR/PUB/06/1), p. 1). A este respecto, Tamarit Sumalla ha señalado que “la definición de un estatuto jurídico de las comisiones de la verdad en el Derecho internacional es una tarea que se encuentra en una fase embrionaria” (Tamarit Sumalla, Josep, “Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición”, *InDret*, Enero 2010, p. 7). Ahora bien, a pesar de que no existen normas concretas que determinen cómo deben ser las comisiones de la verdad, lo cierto es que en la doctrina no se duda en proponer las más variadas “guidelines”. Véanse, a modo de ejemplo: Dugard, John, “Dealing With Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 12, Issue 4, 1999, pp. 1012 – 1013; Goldstone, Richard J. and Fritz, Nicole, “‘In the Interest of Justice’ and Independent Referral...”, *op.cit.*, pp. 664 – 665; Ambos, Kai, “El marco jurídico de la justicia de transición” en Ambos, Malarino y Elsner (Eds.), *Justicia de transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 52 – 55. Por otra parte, para profundizar en las vicisitudes que se ven envueltas a la hora de establecer el mandato de las comisiones, así como la composición y selección de sus miembros, la independencia de la misma o la necesidad de prever adecuados recursos y facilidades para que desempeñen correctamente su mandato puede acudir a: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, Nueva *op.cit.*, (HR/PUB/06/1), p. 6 y 13 – 15; Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 51; Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 7. Garantías de independencia, imparcialidad y competencia y principio 11: Recursos adecuados para las

calificada como fundamental⁴⁴⁶ e, incluso, como “uno de los acontecimientos más importantes e impactantes de los muchos que surgen en el curso de una transición”⁴⁴⁷. Ahora bien, aunque muchas comisiones de la verdad se autodenominan “comisiones de la verdad y de la reconciliación”, estos mecanismos, por sí solos, no pueden lograr el objetivo de reconciliar a una sociedad enfrentada⁴⁴⁸.

Si nos centramos en la competencia más notoria de las comisiones, esto es, la investigación, resulta oportuno señalar que esta función ha sufrido una considerable evolución⁴⁴⁹. De hecho, como explica el Relator Especial para la justicia transicional:

“la determinación de los hechos ha dejado de ser una labor dirigida a esclarecer casos, el destino de las víctimas, y (cuando lo indica el mandato y resulta posible) la identidad de los responsables de esas violaciones, para constituir un compromiso de comprensión cabal de las causas profundas, las circunstancias, los factores, el contexto y los motivos de las situaciones de represión y/o violencia en todo el país.”⁴⁵⁰

Para llevar a cabo esta función de investigación, las comisiones se valen, principalmente, de “las declaraciones tomadas directamente a las víctimas, testigos y supervivientes de crímenes pasados, generalmente durante una reunión privada e individual con una persona de la comisión encargada de esta tarea”⁴⁵¹. También es frecuente el empleo de audiencias públicas que, además, “facilitan la participación ciudadana alentando la cobertura en la prensa de las cuestiones durante un período más largo y estimulando un debate nacional acerca del pasado”⁴⁵². Por otra parte, a la hora de referirnos a esta recogida de información, no debemos olvidarnos de la relevancia de los

comisiones; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, puntos 53 – 70.

Por otra parte, para conocer más de cerca las funciones llevadas a cabo por estos órganos no judiciales: Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, *op.cit.*; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, puntos 37 – 52.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, punto 31. Ahora bien, para poder ser instaurada, deben de producirse ciertas condiciones básicas en el propio Estado (*Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad, op.cit.*, (HR/PUB/06/1), p. 3 y 5).

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 37.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 2. En un sentido similar: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, punto 96 y 102d); Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad, op.cit.*, pp. 307 – 219.

⁴⁴⁹ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, punto 39.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, punto 40.

⁴⁵¹ *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad, Nueva op.cit.*, (HR/PUB/06/1), p. 17.

⁴⁵² *Ibid.* pp. 17 - 20.

archivos⁴⁵³. En efecto, en numerosas ocasiones, los diversos mecanismos de la justicia transicional y, en especial, las comisiones de la verdad, dependen de los archivos para poder llevar a cabo su mandato⁴⁵⁴. Por ello, es importante que los Estados garanticen el acceso a los mismos⁴⁵⁵, si bien este hecho, lamentablemente, no siempre se produce.

Centrándonos en los términos en los que se lleva a cabo la investigación, debemos señalar que, pese a que éstas deben abarcar los “delitos graves según el derecho internacional”⁴⁵⁶, lo cierto es que la investigación no va a alcanzar, ni mucho menos, a todas las violaciones de los derechos humanos cometidas⁴⁵⁷. Por el contrario, las comisiones de la verdad se ven abocadas a tener que seleccionar los casos a investigar y,

⁴⁵³ Una precisa definición de archivos en el marco de la justicia transicional se proporciona en: Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Definiciones, E. Archivos.

⁴⁵⁴ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El derecho a la verdad. A/HRC/12/19, de 21 de agosto de 2009, punto 4. Para profundizar en la relevancia que ejercen los archivos en los procesos de justicia transicional, acúdase a: Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102, de 18 de febrero de 2005, punto 3; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Archivos, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2015 (HR/PUB/14/4); Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el seminario de experiencias en materia de archivos como medio de garantizar el derecho a la verdad. A/HRC/17/21, de 14 de abril de 2011; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos": El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, *op.cit.*, punto D. Medidas destinadas a la preservación de los archivos sobre violaciones de los derechos humanos y al acceso a éstos/La cuestión de la memoria; Council of Europe. Committee of Ministers. Recommendation No. R (2000) 13 of the Committee of Ministers to member states on a European policy on access to archives (Adopted by the Committee of Ministers on 13 July 2000, at the 717 th meeting of the Ministers' Deputies); Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/30/42, de 7 de septiembre de 2015. Anexo: Set of general recommendations for truth commissions and archives.

⁴⁵⁵ En este punto, pueden consultarse las directrices establecidas en el Conjunto de Principios contra la impunidad en el Principio 14: medidas de preservación de los archivos; Principio 15: medidas para facilitar la consulta de los archivos; Principio 16: Cooperación de los servicios de archivo con los tribunales y las comisiones extrajudiciales de investigación; Principio 17: medidas específicas relativas a los archivos de carácter nominativo; Principio 18: medidas específicas relativas a los procesos de restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de transición hacia ellas (Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*).

⁴⁵⁶ Tal y como precisa el Principio 8 del Conjunto de Principios contra la impunidad, “las comisiones estarán facultadas para investigar todas las formas de violación de los derechos humanos y del derecho humanitario. Sus investigaciones se referirán prioritariamente a las que constituyan delitos graves según el derecho internacional, y en ellas se prestará especial atención a las violaciones de los derechos fundamentales de la mujer y de otros grupos vulnerables” (Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 8d) Delimitación del mandato de una comisión). Para ampliar la información relativa al tipo de violaciones que se han investigado en las diversas comisiones de la verdad creadas: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, puntos 35 – 36; *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, *op.cit.*, (HR/PUB/06/1), pp. 7 – 13.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 20.

por ello, normalmente, se acabarán centrando en los más notorios y representativos⁴⁵⁸. Por ello, sin perjuicio de la relevante función que están llamadas a desempeñar, no cabe sino reconocer que, a pesar de que “las normas internacionales que especifican el derecho a la verdad sugieren que se trate de una verdad individualizada, la mayoría de las comisiones de la verdad sólo pueden ofrecer una verdad global, una descripción de pautas, e investigar en profundidad e informar en detalle sobre algunos casos individuales representativos”⁴⁵⁹.

Por lo tanto, la instauración de una comisión de la verdad tiene la capacidad de proporcionar un relato⁴⁶⁰ detallado de las violaciones cometidas en un período de conflicto o de dictadura⁴⁶¹. No obstante, dado que no siempre se esclarecerá toda la verdad ni se dilucidarán todas las responsabilidades, no cabe sino concluir que una comisión de la verdad no puede establecerse nunca como *único* mecanismo en un proceso de justicia transicional ya que ello supondría una vulneración del conjunto de obligaciones que deben cumplir los Estados. Ahora bien, ello no implica que su actividad sea irrelevante.

Y es que, las comisiones “concluyen su labor con la presentación de un informe final sobre las conclusiones de su investigación y sus recomendaciones”⁴⁶². Este informe⁴⁶³ -

⁴⁵⁸ *Ibid.*, pp. 17 - 20.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 20. Por ello, se concluye que “a menudo, esto supondrá una decepción para las víctimas, que quizá hayan prestado declaración en la esperanza de que su propio caso sea resuelto. Así, el establecimiento de una comisión de la verdad no necesariamente completa la obligación del Estado de ofrecer toda la verdad a las víctimas de actos violentos de los cuales es responsable; la comisión puede, de hecho, recomendar un proceso de seguimiento para llevar a cabo nuevas investigaciones individualizadas”.

⁴⁶⁰ A propósito del relato se ha defendido que las comisiones contribuyen a que la sociedad comprenda “el alcance y las alcance y las pautas de las violaciones cometidas en el pasado, así como sus causas y consecuencias. La pregunta de por qué se permitió que sucedieran ciertas cosas puede ser tan importante como explicar con precisión qué sucedió. En última instancia, se espera que la labor de la comisión ayude a una sociedad a comprender y reconocer una historia que se niega o se pone en tela de juicio, y con ello dar a conocer públicamente los testimonios y las historias de las víctimas, que a menudo se han ocultado a la población” (*Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad, op.cit.*, (HR/PUB/06/1), p. 2).

⁴⁶¹ Tal y como ha defendido Hayner, “debido a las limitaciones de tiempo y de recursos, las comisiones de la verdad solo pueden investigar a fondo una pequeña cantidad de casos. Por tanto, para algunas víctimas y algunos supervivientes, una comisión de la verdad sirve, más que para contarles verdades nuevas, para reconocer y admitir oficialmente lo que antes se negaba” (Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad, op.cit.*, p. 62).

⁴⁶² Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 50. Para conocer más de cerca el impacto que ejerce el trabajo de las comisiones: Bakiner, Onur, “Truth commissions impact: an assessment of how commissions influence politics and society”, *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 8, 2014, pp. 6 – 30.

⁴⁶³ Sobre las vicisitudes de los informes de las comisiones de la verdad y las consecuencias posteriores que los mismos son capaces de generar en virtud de las recomendaciones formuladas: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad, op.cit.*, (HR/PUB/06/1), pp. 19 – 20 y p. 25; Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio

que deberá “hacerse público en su integridad y ser difundido lo más ampliamente posible”⁴⁶⁴- tiene el potencial de ser empleado como base de posteriores procesos judiciales⁴⁶⁵. Por ello defendemos que una relación *complementaria* entre las investigaciones que pueda llevar a cabo una comisión de la verdad y la posible remisión de su informe a un posterior tribunal⁴⁶⁶, puede agilizar⁴⁶⁷ el proceso de la justicia transicional y, sobre todo, contribuir de manera más satisfactoria a lograr el cumplimiento

13. Publicidad de los informes de las comisiones; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos": El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, *op.cit.*, puntos 42 – 44; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, puntos 71 – 79.

Ahora bien, conviene aclarar que estas recomendaciones no siempre son aplicadas por los Estados lo que, lamentablemente, oscurece el trabajo de estos órganos transicionales (Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, *op.cit.*, punto 24).

⁴⁶⁴ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 13, Publicidad de los informes de las comisiones.

⁴⁶⁵ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos": El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, *op.cit.*, punto 40; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, punto 45.

⁴⁶⁶ Conviene señalar que la relación que se pueda llegar a establecer entre una comisión de la verdad y un órgano judicial es una cuestión técnicamente compleja. Tenemos que tener en cuenta que las comisiones de la verdad se valen, en gran medida, de las declaraciones de las víctimas, la sociedad, pero también los presuntos autores de los crímenes cometidos para elaborar sus informes. Para ello, se proporcionan ciertos “incentivos” con la finalidad de que todas las partes tengan la oportunidad de relatar sus hechos y, así, tratar de lograr una verdad global en el que tengan cabida todos los puntos de vista. Por esta razón, se comprende fácilmente que el presunto perpetrador de un crimen internacional no estará dispuesto a “confesar” la verdad si es consciente de que esa información que proporcionará “gratuitamente” pueda ser empleada posteriormente en un posterior proceso penal. Véase cómo se describe ésta y otras tensiones que pueden producirse entre ambos mecanismos y determinadas propuestas para intentar solventar estas complejidades en: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), pp. 9 – 11.

Por otra parte, quisiéramos añadir que, a pesar de estas complejidades relatadas, un número considerable de expertos de reconocido prestigio consideran viable y positivo el posible funcionamiento conjunto de una comisión de la verdad y un proceso judicial o que, por lo menos, el trabajo de una comisión de la verdad pueda ser empleado posteriormente en un ulterior tribunal. Consúltese, entre otros: Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 944; Sadat, Leila Nadya, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, Ardsley-New York, Transnational Publishers, 2002, p. 53; López-Jacoiste Días, Eugenia, "Las comisiones de verdad y reconciliación como instrumentos para la justicia y consolidación de la paz: algunas consideraciones desde el derecho internacional" en Vale Pereira, María Da Assuncáo y Ponte Iglesias, María Teresa (Coords.), *Conflictos armados, gestión posconflicto y reconstrucción*, Andavira Editorial, Santiago de Compostela, 2011, p. 525; Méndez, Juan, "Reconciliación nacional, justicia transicional y el Tribunal Penal Internacional", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N°6, 2002, p. 477.

⁴⁶⁷ Y es que, el informe elaborado por la comisión puede dar buena muestra de los posibles crímenes perpetrados. Ahora bien, se ha defendido que esta información únicamente podría ser empleada a modo de “indicio de delito” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), pp. 6 – 7).

de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados lo que, en última instancia, se reflejará en una mayor garantía de los derechos de las víctimas⁴⁶⁸.

Resulta relevante añadir que, a diferencia de las comisiones de la verdad establecidas en los orígenes del campo de la justicia transicional⁴⁶⁹, actualmente, se halla asentada la idea, tanto en la doctrina como en los órganos internacionales⁴⁷⁰, que estos mecanismos

⁴⁶⁸ No obstante, conviene aclarar que las posibles relaciones no se producen única y exclusivamente entre el informe publicado por una comisión de la verdad y un posible proceso penal posterior. Recordemos que en la justicia transicional se deben implementar también medidas de reparación y garantías de no repetición. Pues bien, a este respecto conviene precisar que, en el informe publicado, las comisiones de la verdad suelen elaborar ciertas recomendaciones que puede ser empleadas a la hora de crear un programa administrativo de reparación o, incluso, a la hora de poner en marcha ciertas reformas institucionales u otras garantías de no repetición. Por esta razón, se ha defendido que “la verdad es la primera etapa para llegar al derecho a la justicia y luego al derecho a la reparación que son los derechos fundamentales de las víctimas” (Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Sr. Frank La Rue, A/HRC/14/23, de 20 de abril de 2010, punto 34).

Si se desea profundizar en las interesantes relaciones que se pueden producir entre el informe de una comisión de la verdad y los restantes mecanismos transicionales, puede acudir a: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, Nueva op.cit., (HR/PUB/06/1), pp. 19 – 20; Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/68/362, op.cit., puntos 5, 19, 36 y 40; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, punto 76; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, puntos 24 – 26; Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad, (E/CN.4/2004/88), op.cit., punto b); Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, op.cit., punto 25; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1), pp. 11 – 13 y pp. 35 – 36; Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2004: Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147), punto 22; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/68/345, de 23 de agosto de 2013, puntos 44 – 45; *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, op.cit., (HR/PUB/06/1), p. 29. En la doctrina puede acudir a: Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, op.cit., pp. 279 – 306 (a propósito de las relaciones con los programas de reparación) y a las pp. 319 – 324 (si se desea conocer los vínculos con las garantías de no repetición).

⁴⁶⁹ A este respecto, conviene recordar que, en los orígenes de la justicia transicional, no era infrecuente que los Estados aprobaran leyes de amnistía en el tránsito a la democracia o a la paz. Dado que estas leyes impedían el inicio de los correspondientes juicios, muchas veces se presentaban a las comisiones de la verdad como el único mecanismo que podía ofrecer cierta “justicia” a las víctimas. Si se desea conocer más de cerca las razones que llevaron a los Estados a instaurar estas comisiones de la verdad o las características de las mismas, acúdase a: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, punto 28; Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/68/362, op.cit., punto 25. Para un análisis detallado sobre la evolución experimentada por las comisiones de la verdad, véase: González Cueva, Eduardo, “¿Hacia dónde van las comisiones de la verdad?” en Reátegui, Félix (Ed.), *Justicia transicional: manual para América Latina*, Brasilia: Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia; Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011, pp. 341 – 357.

⁴⁷⁰ Véase, a modo de ejemplo, el siguiente fragmento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que se insiste en el carácter complementario de las comisiones de la verdad: Corte Interamericana de

deben *complementar*, pero nunca *sustituir* a los procesos judiciales penales cuando se han cometido crímenes internacionales⁴⁷¹. Es decir, cuando nos hallamos ante estos ilícitos,

Derechos Humanos, Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C, núm. 252, párr. 298.

⁴⁷¹ A modo ilustrativo, cabe citar los siguientes documentos internacionales que mencionan expresamente la función complementaria de las comisiones de la verdad: Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005, Principio 5; Resolución sobre impunidad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2003/72, *op.cit.*, punto 9; Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102, de 18 de febrero de 2005, punto 22; Resolución sobre el derecho a la verdad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2005/66, *op.cit.*, punto 2; Resolución Núm. 68/165 aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013: El derecho a la verdad, *op.cit.*, punto 4; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos": El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, *op.cit.*, punto 45; *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, *op.cit.*, (HR/PUB/06/1), p. 1; Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/18/23, *op.cit.*, punto 9; Derechos Humanos y justicia de transición (A/HRC/RES/21/15), *op.cit.*, punto 3; Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed: Procesos de preservación de la memoria histórica, A/HRC/25/49, *op.cit.*, punto 98.

En la doctrina los siguientes trabajos han abordado en profundidad esta cuestión: Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 944; Jallow, Hassan and Bensouda, Fatou, "International criminal law in an African context" en Du Plessis, Max (Ed.), *African Guide to International Criminal Justice*, South Africa, Institute for Security Studies, 2008, p. 33; Schabas, William A., (Chair), 'Truth Commissions, Accountability and the International Criminal Court, Commentary by Stephan Parmentier', en van Genugten, Willem J.M., Scharf, Michael P. and Radin, Sasha E., *Criminal Jurisdiction 100 Years After the 1907 Hague Peace Conference : proceedings of the eighth Hague Joint Conference held in The Hague, the Netherlands, 28-30 June 2007*, The Hague, TMC Asser, 2009, p. 119; Villa - Vicencio, Charles, "Why perpetrators should not always be prosecuted: where the International Criminal Court and truth commissions meet", *op.cit.*, pp. 217 – 218; Sadat, Leila Nadya, "Universal Jurisdiction, National Amnesties, and Truth Commissions: Reconciling the Irreconcilable" en Macedo, Stephen, *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2004, pp. 198 – 199; Stahn, Carsten, "La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional" en Rettberg, Angelika (Comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005, pp. 131 – 132; Bisset, Alison, "Rethinking the Powers of Truth Commissions in Light of the ICC Statute", *op.cit.*, p. 964; Bantekas, Ilias, *International Criminal Law*, UK, Hart Publishing, 2010, p. 468; Schabas, William A., "National amnesties, truth commissions and international criminal tribunals" en Brown, Bartram S. (Ed.), *Research handbook of International Criminal Law*, UK, Edward Elgar, 2011, pp. 385 – 386; Pampalk, Madalena, "Procedural aspects of the relationship between the International Criminal Court and future truth commissions. Lessons learned from the case of Sierra Leone and East Timor", en Quènavet, Noëlle and Shah-Davis, Shilan, *International Law and Armed Conflict: Challenges in the 21st Century*, The Hague, TMC Asser Press, 2010, pp. 380 – 397; Sunga, Lyal S., "Ten Principles for Reconciling Truth Commissions and Criminal Prosecutions", *op.cit.*, p. 1102; Chinchón Álvarez, Javier, "El Derecho penal internacional en contextos transicionales" en Gil Gil, Alicia y Macula, Elena (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 473; Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, pp. 173 – 174; Freeman, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, *op.cit.*, p. 83; López-Jacoiste Días, Eugenia, "Las comisiones de verdad y reconciliación como instrumentos para la justicia y consolidación de la paz: algunas consideraciones desde el derecho internacional", *op.cit.*, p. 524; López Ulla, Juan Manuel, *Derecho a la verdad y desapariciones forzadas*, *op.cit.*, p. 117; Alija Fernández, Rosa Ana, "La multidimensionalidad de la justicia transicional: un balance entre los límites jurídicos internacionales y los límites de lo jurídico" en Bonet Pérez, Jordi y Alija Fernández, Rosa Ana, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, p. 158; Olásolo Alonso, Héctor, *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 274 – 275; Ibáñez Najar, Jorge Enrique, *Justicia Transicional y las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*,

una comisión de la verdad nunca puede operar como mecanismo sustitutivo de un proceso judicial penal ya que debería tratar de “preservar las pruebas en interés de la justicia”⁴⁷². Por esta razón, nos mostramos de acuerdo con el Relator Especial para la justicia transicional cuando aclara que es “erróneo pensar que la mayoría de las comisiones de la verdad han sido creadas para reemplazar a la justicia penal y que están estrechamente relacionadas con las amnistías, ya sea como una de sus funciones típicas o como consecuencia indirecta. La mayoría de las comisiones no han tenido relación con amnistías”⁴⁷³. En efecto, en un relevante estudio publicado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se concluyó que la mayoría de comisiones de la verdad “recomiendan en su informe final que se emprenda una acción penal (o una investigación judicial que lleve a posibles procesamientos) por los hechos que han documentado, y a menudo entregarán las pruebas de que disponen a las autoridades judiciales”⁴⁷⁴.

La razón fundamental por la que resulta imperativo acudir a los órganos judiciales radica en que estas comisiones, si bien realizan minuciosas y relevantes investigaciones, no tienen la potestad de atribuir responsabilidades penales⁴⁷⁵ y recuérdese que, ante la comisión de crímenes internacionales, los Estados no sólo tienen la obligación de

pp. 42 – 43. Sin embargo, ciertos sectores doctrinales, alegando que no todos los crímenes internacionales sobre los que ejerce su jurisdicción la Corte Penal Internacional imponen una obligación de enjuiciar, alegan que, en dichos casos, una comisión de la verdad podría actuar como sustituto de un proceso penal. Véase a modo de ejemplo la explicación proporcionada en: Ludwin King, Elizabeth B., "Does justice always require prosecution? The International Criminal Court and transitional justice measures" en *The Geo. Wash. Int'l l. Rev.*, Vol. 45, 2013, pp. 88 – 89. En definitiva, conviene añadir que, todavía hoy, es posible leer estudios doctrinales que optan por considerar a las comisiones de la verdad como mecanismos sustitutivos de los procesos penales. Véase a modo de ejemplo: Kende, Mark S., "Truth commissions versus prosecutions: An African perspective", Ndulo, Muna (Ed.), *Security, Reconstruction, and Reconciliation: When the wars end, USA*, University College London Press, 2007, p. 133.

⁴⁷² Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 8. Delimitación del mandato de una comisión.

⁴⁷³ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, punto 46. En el mismo sentido: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, *op.cit.*, (HR/PUB/06/1), pp. 7 - 13. Consúltense las erróneas consideraciones sobre las comisiones de la verdad que explica Hayner en: Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, pp. 173 – 178.

⁴⁷⁴ *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, *op.cit.*, (HR/PUB/06/1), punto 7. Véase a modo de ejemplo el Informe de la Comisión de la Verdad: La voz más autorizada es la de las víctimas. Tegucigalpa, Honduras. Octubre, 2012, pp. 301 - 305.

⁴⁷⁵ Como precisa el Principio 8 del Conjunto de principios contra la impunidad, “únicamente los tribunales penales tienen competencia para determinar la responsabilidad penal individual a fin de pronunciarse, llegado el caso, sobre la culpabilidad y seguidamente sobre la pena” (Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 8. Delimitación del mandato de una comisión).

investigar los hechos, sino de enjuiciar y, en el caso de que se demuestre la culpabilidad, castigar a los responsables. Siendo éste el estadio actual en el que se encuentra el Derecho Internacional, es comprensible que un mecanismo dirigido única y exclusivamente a investigar los hechos, no garantiza el resto de obligaciones a cargo de los Estados. Por ello, como adelantábamos, es necesario *completar* estos instrumentos transicionales con otros que coadyuven al cumplimiento del conjunto de obligaciones a las que los Estados se han comprometido con la firma y ratificación de los más variados tratados internacionales.

Ahora bien, es importante matizar que determinadas comisiones sí que han nombrado en sus informes a los presuntos responsables⁴⁷⁶, en ocasiones alegando que el derecho de las víctimas a la verdad implica conocer el nombre de los responsables. No obstante, esta facultad de las comisiones genera no poca polémica y discusión⁴⁷⁷. Y es que, dado que no son órganos judiciales y que, en consecuencia, no se hallan sujetas a los mismos estándares de prueba⁴⁷⁸, debe emplearse una especial cautela con la finalidad de no vulnerar el derecho a la presunción de inocencia⁴⁷⁹ de las personas que son señaladas por

⁴⁷⁶ Éste es el caso, por ejemplo, de la Comisión de la Verdad de Honduras (Informe de la Comisión de la Verdad: La voz más autorizada es la de las víctimas, *op.cit.*, p. 21).

⁴⁷⁷ Como acertadamente se ha señalado, actualmente, “sigue existiendo controversia si debe revelarse el nombre de los autores como una consecuencia del derecho a conocer la verdad” (Informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, 2010. Documento A/HRC/16/48, pp. 33 – 34). En efecto, el tema relativo al nombramiento de los responsables en los informes de las comisiones de la verdad conlleva no pocas dificultades jurídicas. Y es que, si no se adoptan las pertinentes garantías, es posible y probable que se vulneren ciertos derechos fundamentales como, por ejemplo, el derecho a la presunción de inocencia. Los siguientes recursos doctrinales han analizado minuciosamente esta cuestión: Bisset, Alison, "Part II The Right to Know, B Commissions of Inquiry, Principle 9 Guarantees for Persons Implicated" en Haldemann, Frank and Unger, Thomas, *The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law Series, Oxford, 2018, pp. 123 – 128; Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, pp. 219 - 252; Cowley, Christopher, "Naming or Not Naming Perpetrators" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 218 – 224; Freeman, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, *op.cit.*, pp. 268 – 300; Tamarit Sumalla, Josep, "Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición", *op.cit.*, p. 23; Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 447 – 448; Ratner, Steven R., Abrams, Jason S. and Bischoff, James L., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 265.

⁴⁷⁸ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El derecho a la verdad. A/HRC/12/19, de 21 de agosto de 2009, punto 24. Tal y como se añade, estas comisiones “utilizan una variedad más amplia de datos que cualquier otra institución de la justicia de transición”.

⁴⁷⁹ Artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 7.1b) de la Carta africana de derechos del hombre y de los pueblos; artículo 16 de la Carta árabe de derechos humanos; artículo 6.2d) del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949. Es más, el derecho a la presunción de inocencia ha sido recogido en la totalidad de Estatutos de los tribunales internacionales o cortes híbridas creadas hasta la fecha. Véase el artículo 21.3 del Estatuto del TIPY; 20.3 del Estatuto del

la comisión. Y es que, pese a contemplar ciertas garantías básicas⁴⁸⁰, es muy probable que una comisión de la verdad pueda limitar un número considerable de derechos fundamentales como, por ejemplo, el derecho de una persona a no declarar contra sí misma ni a confesarse culpable⁴⁸¹.

Sin embargo, en el caso de que se adoptaran las pertinentes garantías⁴⁸² -entre otras medidas se ha propuesto que, como mínimo, se pueda responder frente a las acusaciones de la comisión⁴⁸³-, y pudieran superarse este tipo de obstáculos procesales, qué duda cabe que la identificación de los presuntos responsables en los informes que estas comisiones

TIPR; artículo 17.2 del Estatuto de la CESL; artículo 13 de las Salas Especiales del Tribunal de Camboya; artículo 66 del Estatuto de Roma.

⁴⁸⁰ Puede consultarse un análisis detallado sobre esta cuestión en: Freeman, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

⁴⁸¹ Artículo 14.3g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 8.2g) de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 16.6 de la Carta árabe de derechos humanos; artículo 6.2f) del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949. En este caso también, los diversos Estatutos de los tribunales internacionales o cortes híbridas creadas contemplan este derecho fundamental, véase: el artículo 21.4g) del Estatuto del TIPY; 20.4g) del Estatuto del TIPR; artículo 17.4g) del Estatuto de la CESL; artículo 55.1a), 55.2b) y 67.1g) del Estatuto de Roma. Para realizar una lectura interesante sobre el derecho de los acusados a no declararse culpable y su posible violación en los procesos seguidos ante la obligatoriedad de buscar la verdad, puede acudir a: Bisset, Alison, "The Privilege Against Self - Incrimination in Truth Commission-Administered Accountability Initiatives", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 33, 2017, pp. 155 – 176.

⁴⁸² A propósito de las garantías que deberían adoptar las comisiones de la verdad: Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 9. Garantías relativas a las personas acusadas; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006, punto 39; *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, *op.cit.*, (HR/PUB/06/1), pp. 7 – 13 (por ejemplo, en el punto 6 del Informe citado mencionan la posibilidad de otorgar inmunidad parcial a las personas que declaren ante una comisión, de manera que esa información no pueda ser empleada en un posterior proceso penal); Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad, (E/CN.4/2004/88), *op.cit.*, punto d); Informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, 2010. Documento A/HRC/16/48, pp. 33 – 34.

⁴⁸³ *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, *op.cit.*, (HR/PUB/06/1), pp. 21 – 22. Resulta interesante añadir que, en este mismo informe, también se defiende que el estándar de prueba para establecer las responsabilidades sea mayor o que se indique claramente que la atribución de responsabilidades no implica una condena penal. Y es que, no debemos olvidar que, en principio, toda persona se presume inocente a no ser que se pruebe su culpabilidad más allá de “toda duda razonable” (Observación General N.º 2: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, 90º período de sesiones (2007). En idénticos términos se pronuncia el artículo 66.3 del Estatuto de Roma que determina que “para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable”. Véase también el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 9. Garantías relativas a las personas acusadas; Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, *op.cit.*

publican al final de su mandato podría atribuir cierta responsabilidad “moral”, si bien no penal⁴⁸⁴, por los hechos cometidos.

Es más, debemos recordar que no todos los presuntos responsables van a ser enjuiciados en un proceso penal. Por ello, y dado que somos partidarios de una mayor integración del conjunto de mecanismos transicionales con la finalidad de ofrecer una respuesta más amplia ante los aberrantes crímenes internacionales cometidos, consideramos que una adecuada⁴⁸⁵ estrategia de combinación entre la responsabilidad moral atribuida en el seno de una comisión de la verdad y la posible renuncia a la acción penal de estos casos menores en posteriores procesos penales⁴⁸⁶, combinada con la investigación, enjuiciamiento y sanción de los máximos responsables ante órganos

⁴⁸⁴ Como matiza el Relator Especial, “diversas comisiones de la verdad han atribuido responsabilidad (que no es lo mismo que culpabilidad penal) por las violaciones de los derechos humanos” (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, Punto 25).

⁴⁸⁵ Conviene señalar que, en aquellos casos en los que han convivido una comisión de la verdad con un tribunal penal, han surgido ciertas tensiones que van en detrimento de la efectividad de ambos mecanismos. Para profundizar en estas tensiones, acúdase a: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), pp. 9 - 11.

⁴⁸⁶ En la doctrina es frecuente justificar la renuncia al ejercicio de la acción penal en estos casos acudiendo al previamente examinado concepto del “interés de la justicia”. Para conocer con mayor detalle esta interesante perspectiva acúdase a: Slye, Ronald, “Immunities and amnesties” en Du Plessis, Max (Ed.), *African Guide to International Criminal Justice*, South Africa, Institute for Security Studies, 2008, pp. 189 - 190; Keller, Linda M., “The False Dichotomy of Peace versus Justice and the International Criminal Court”, *Hague Justice Journal*, Vol. 3, Nº1, 2008, pp. 28; Ludwin King, Elizabeth B., “Does justice always require prosecution? The International Criminal Court and transitional justice measures” *op.cit.*, pp. 104 - 108; Alvarez, José E., “Alternatives to International Criminal justice”, *op.cit.*, p. 38; Ryngaert, Cedric, “The principle of complementarity: a means of ensuring effective international criminal justice” en Ryngaert, Cedric (Ed.), *The Effectiveness of International Criminal Justice*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009, p. 147; M’Boge, Yassin A., “In the interests of peace and the interests of justice’: Security Council deferrals as a constructive tool for conflict resolution” en Quènivet, Noëlle and Shah-Davis, Shilan, *International Law and Armed Conflict: Challenges in the 21st Century*, The Hague, TMC Asser Press, 2010, p. 368; Kirs, Eszter, “Possible Models for the Regulation of Simultaneous Functioning of Truth and Reconciliation Commissions and Criminal Courts” en Matheson, Michael J. and Momtaz, Djamchid, *Les règles et institutions du droit international humanitaire à l’épreuve des conflits armés récents*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 860 - 861; Opolot, Deogratius O., “The International Criminal Court Versus Peace Agreements: Juba Peace Talks between the LRA Rebels and the Government of Uganda”, *JAIL*, Vol. 2, Num. 2, 2009, p. 49 - 50; Seils, Paul and Wierda, Marieke, “The International Criminal Court and Conflict Mediation”, *International Center for Transitional Justice, Occasional Paper Series*, June 2005, pp. 13 - 14; Carter, Linda, Ellis, Mark S. and Jalloh, Charles Chernor, *The International Criminal Court in an Effective Global Justice System*, *op.cit.*, p. 196; Zakerhossein, Mohammad Hadi, *Situation Selection Regime at the International Criminal Court...*, *op.cit.*, pp. 336 - 337; Stegmiller, Ignaz, *The Pre-Investigation Stage of the ICC...*, *op.cit.*, p. 398; Cárdenas Aravena, Claudia, “Revisión crítica del criterio ‘interés de la justicia’ como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18 Nº 1, 2011, pp. 35 - 36; De Soueza Dias, Talita, “Interests of justice’: Defining the scope of Prosecutorial discretion in Article 53(I)(c) and (2)(c) of the Rome Statute of the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 30, 2017, p. 751.

judiciales⁴⁸⁷, podría contribuir a lograr esa justicia “integral” a las que hacíamos referencia al inicio del presente trabajo⁴⁸⁸.

Si bien, somos conscientes de que este planteamiento podría plantear ciertas inconsistencias con las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional, lo cierto es que no vemos viable otra forma de proceder ante la masividad de crímenes internacionales que se cometen en contextos de justicia transicional. Por ello, nos parece justo reconocer esta insostenible situación jurídica y, así, tratar de buscar una alternativa que, tomando en consideración estas obligaciones internacionales, trate de ofrecer una respuesta a este aparente callejón sin salida. Ahora bien, al margen de esta primera conclusión preliminar, es necesario estudiar si esta opción respetaría las obligaciones que se derivan del Estatuto de Roma y si, consecuentemente, la Corte Penal Internacional consideraría que la situación es inadmisibile.

2. Las comisiones de la verdad y el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional

2.1. Las investigaciones y los enjuiciamientos dirigidos a determinar las responsabilidades penales de los individuos en el Estatuto de Roma

La responsabilidad principal de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales, pese a la creación de la Corte Penal Internacional, recae en los propios sistemas judiciales nacionales. Por esta razón, el primer apartado del artículo 17 del Estatuto de Roma prevé los siguientes supuestos en los que procede declarar la inadmisibilidad del asunto:

- “a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se

⁴⁸⁷ Como hemos precisado previamente, ante los máximos responsables las comisiones de la verdad no pueden actuar nunca como mecanismos alternativos sino complementarios.

⁴⁸⁸ Esta opción, por ejemplo, es la defendida por Robinson, Darryl, "Serving the Interest of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, Vol. 14, No.3, 2003, pp. 499 – 501. Véase también cómo plantea esta posibilidad Orentlicher, Diane F., "Setting Accounts' Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007, pp. 16 – 21.

trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”⁴⁸⁹

Ambos apartados hacen referencia a la existencia de una “investigación”, lo que implica que un asunto sería inadmisibile ante la Corte si el Estado en cuestión, en el momento de plantear la cuestión de admisibilidad⁴⁹⁰, está llevando a cabo una investigación o si, habiéndola realizado previamente, ha decidido no proceder con el enjuiciamiento⁴⁹¹ (salvo que se produzcan determinadas excepciones a las que nos referiremos más adelante). Por ello, la Corte ha considerado que cuando no se ha producido investigación alguna, es decir, cuando el Estado permanece inactivo⁴⁹², el asunto es admisible⁴⁹³.

Por lo que respecta a la expresión “el asunto sea/haya sido objeto de una investigación”, la Corte ha precisado que es necesario que el Estado haya adoptado “tangible, concrete and progressive investigative steps to ascertain whether the person is responsible for the conduct alleged against him or her (...) these investigative steps may

⁴⁸⁹ Artículo 17.1 del Estatuto de Roma.

⁴⁹⁰ Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case. ICC-01/04-01/07-1497, 25 September 2009, punto 56. En la Decisión se menciona expresamente “at the time of the proceedings on the admissibility challenge”. Véase también Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case. ICC-01/04-01/07-1497, 25 September 2009, punto 56.

⁴⁹¹ Como ha aclarado la Corte, el objetivo de este apartado b) es que la Corte respete las decisiones genuinas de los Estados de no proceder con el enjuiciamiento en un caso determinado, protegiendo, así, la soberanía de los Estados (Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case. ICC-01/04-01/07-1497, 25 September 2009, punto 83).

⁴⁹² Para profundizar en el concepto de la inactividad, acúdase a: Robinson, Darryl, "The inaction controversy: Neglected words and new opportunities" en Stahn, Carsten and El Zeidy, Mohamed M. (Eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 460 - 502; Robinson, Darryl, "The mysterious mysteriousness of complementarity", *Criminal Law Forum*, Vol. 21, 2010, pp. 67 - 102.

⁴⁹³ Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case. ICC-01/04-01/07-1497, 25 September 2009, puntos 2 y 78; Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute. ICC-01/09-01/11, 30 May 2011, pp. 19 – 20; Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, punto 267; Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Corrected Version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 16 October 2015, ICC-01/15-4-Corr, 17 November 2015, punto 278. Como ha señalado Schabas, esta interpretación del artículo 17 del Estatuto permite englobar como causa de inactividad las auto-remisiones realizadas por algunos Estados en los comienzos de la actividad de la Corte (Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, *op.cit.*, pp. 174 – 175).

include interviewing witness or suspects, collecting documentary evidence, or carrying out forensic analyses”⁴⁹⁴. Es decir, “para evaluar si el Estado está realmente llevando a cabo investigaciones, lo que se pone en cuestión no es la autenticidad de la investigación, sino si se han realizado indagaciones concretas”⁴⁹⁵.

Así mismo, conviene añadir que el “asunto” engloba tanto al presunto responsable como la conducta que puede ser constitutiva de uno de los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia la Corte⁴⁹⁶. Por ello, es necesario, en primer lugar, que las investigaciones nacionales se centren en el mismo individuo que está siendo examinado por la Corte y, en segundo lugar, que se trate de “una conducta sustancialmente igual a las que son objeto del procedimiento ante la Corte”⁴⁹⁷. Es decir, resulta imprescindible que la conducta “sufficiently mirrors the one that is before the Court”⁴⁹⁸. Por esta razón

⁴⁹⁴ Situation in the Republic of Côte d’Ivoire in the Case of The Prosecutor v. Simone Gbagbo. Decision on Côte d’Ivoire’s challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo. ICC-02/11-01/12-47-Red, 11 December 2014, punto 30; Situation in the Republic of Côte d’Ivoire in the Case of The Prosecutor v. Simone Gbagbo. Judgment on the appeal of Côte d’Ivoire against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014 entitled “Decision on Côte d’Ivoire’s challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo”. ICC-02/11-01/12-75-Red, 27 May 2015, punto 28; Pre-Trial Chamber III: Situation in the Republic of Burundi. Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017. ICC-01/17-9-Red, 9 November 2017, punto 148; Situation in the Republic of Côte d’Ivoire in the Case of The Prosecutor v. Simone Gbagbo. Decision on Côte d’Ivoire’s challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo. ICC-02/11-01/12-47-Red, 11 December 2014, punto 65.

⁴⁹⁵ Situación en la República de Kenia en la Causa del Fiscal c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang. Sentencia relativa a la apelación de la República de Kenia contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II de 30 de mayo de 2011 titulada “Decisión relativa a la impugnación de la admisibilidad de la causa presentada por el Gobierno de Kenia con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto”. ICC-01/09-01/11 OA, de 30 de agosto de 2011, punto 41.

⁴⁹⁶ Situation in the Republic of Côte d’Ivoire in the Case of The Prosecutor v. Simone Gbagbo. Decision on Côte d’Ivoire’s challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo. ICC-02/11-01/12-47-Red, 11 December 2014, punto 33; Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi. ICC-01/11-01/11-344-Red, 31 May 2013, punto 61.

⁴⁹⁷ Situación en la República de Kenia en la Causa del Fiscal c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang. Sentencia relativa a la apelación de la República de Kenia contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II de 30 de mayo de 2011 titulada “Decisión relativa a la impugnación de la admisibilidad de la causa presentada por el Gobierno de Kenia con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto”. ICC-01/09-01/11 OA, de 30 de agosto de 2011, punto 1.

⁴⁹⁸ Pueden consultarse las siguientes referencias de este examen llevado a cabo por la Corte en: Situation in the Republic of Côte d’Ivoire in the Case of The Prosecutor v. Simone Gbagbo. Decision on Côte d’Ivoire’s challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo. ICC-02/11-01/12-47-Red, 11 December 2014, punto 32; Pre-Trial Chamber III: Situation in the Republic of Burundi. Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017. ICC-01/17-9-Red, 9 November 2017, punto 147; Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, punto 334; Situation in the Republic of Côte d’Ivoire in the Case of The Prosecutor v. Simone Gbagbo. Decision on Côte d’Ivoire’s challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo. ICC-02/11-01/12-47-Red, 11 December 2014, punto 32; Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Decision on the admissibility

se ha defendido que no cabe examinar únicamente la investigación de manera abstracta, ya que es imprescindible que el mismo asunto esté siendo investigado tanto por la Corte como por las jurisdicciones nacionales⁴⁹⁹.

En definitiva, resulta imprescindible que los procedimientos en el ámbito interno “abarquen a las mismas personas por la misma conducta que forma la base del

of the case against Saif Al-Islam Gaddafi. ICC-01/11-01/11-344-Red, 31 May 2013, puntos 61 – 137; Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi". ICC-01/11-01/11-547-Red, 21 May 2014, puntos 2, 59, 63; Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi. ICC-01/11-01/11-466-Red, 11 October 2013, punto 66; Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi". ICC-01/11-01/11-565, 24 July 2014, punto 73.

A propósito del término “sustancialmente”, debemos señalar que nos hallamos ante un concepto que se añadió con posterioridad. Como explica la Jueza Usacka, fue la Sala de Apelaciones la que añadió este adjetivo sin explicar las razones de la adición (Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka to the Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi". ICC-01/11-01/11-547-Red, 21 May 2014. ICC-01/11-01/11-547-Anx2, punto 37). A juicio de Schabas, este concepto otorga un mayor margen de discrecionalidad a los Estados al no requerir que los procesos nacionales sean idénticos a los que se siguen ante la Corte (Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, p. 452). Si se desea profundizar con mayor detalle en este tema, acúdase a: Rastan, Rod, "What is 'Substantially the Same Conduct'? Unpacking the ICC's 'First Limb' Complementarity Jurisprudence", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 2017, pp. 1 - 29.

Obsérvese cómo se hacía referencia al test de misma persona, misma conducta en los primeros casos ante la Corte en: Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest. Article 58, ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, 10 February 2006, punto 31; Situation in Sudan. Prosecutor's Application under Article 58(7). ICC-02/05-56, 27 February 2007, punto 267 (en esta ocasión, por ejemplo, simplemente se señalaba que el asunto no englobaba a las mismas personas por las mismas conductas, es decir, no se valoraba el término “sustancialmente”); Public Redacted Version of Document ICC-01/09-30-Conf-Exp. Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. ICC-01/09-30-Red2, 15 December 2010, punto 209; Public Redacted Version of document ICC-01/09-31-Conf-Exp. Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. ICC-01/09-31-Red2, 15 December 2010, punto 198; Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute. ICC-01/09-01/11, 30 May 2011, punto 56; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga. ICC-01/04-01/07-4, 6 July 2007, punto 20; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui. ICC-01/04-01/07-262, 6 July 2007, punto 21; Situation in Sudan. Prosecutor's Application under Article 58(7). ICC-02/05-56, 27 February 2007, punto 267; Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb"). Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute. ICC-02/05-01/07-1-Corr, 27 April 2007, punto 21.

⁴⁹⁹ Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the Case of The Prosecutor v. Simone Gbagbo. Judgment on the appeal of Côte d'Ivoire against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014 entitled "Decision on Côte d'Ivoire's challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo". ICC-02/11-01/12-75-Red, 27 May 2015, punto 31.

procedimiento ante la Corte”⁵⁰⁰, lo que comúnmente se conoce como el test de “misma persona, misma conducta”⁵⁰¹ y cuya atención doctrinal ha sido ingente⁵⁰². Sin embargo, conviene añadir que, en el seno de la Corte, a pesar de hallarnos ante una práctica ciertamente consolidada⁵⁰³, se han alzado voces que demandan revisar este estricto criterio⁵⁰⁴ (incluso en determinados escritos de las defensas se ha solicitado reinterpretar el concepto de la “conducta” de manera más flexible⁵⁰⁵).

Al margen de este debate, debemos añadir que, en el caso de que no nos hallemos ante una causa de inactividad y si las investigaciones en las jurisdicciones nacionales se centran en la misma persona por las mismas conductas que las que se imputan por el órgano internacional, la Corte debe continuar con el examen⁵⁰⁶ y, así, el siguiente paso consiste en examinar si los procesos nacionales son o no *genuinos*⁵⁰⁷. Para ello, se debe valorar la capacidad o la voluntad del Estado para proceder con los procesos nacionales.

⁵⁰⁰ ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, p. 13.

⁵⁰¹ Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, op.cit., p. 452.

⁵⁰² Véase la opinión de un experto de reconocido prestigio a este respecto en: Stahn, Carsten, "Admissibility Challenges before the ICC: From Quasi-Primacy to Qualified Deference?" en Stahn, Carsten (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 228 – 259.

⁵⁰³ Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi. ICC-01/11-01/11-344-Red, 31 May 2013, punto 74.

⁵⁰⁴ Véase la interesante opinión disidente de la Jueza Usacka en: Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber H of 30 May 2011 entitled "Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute". Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka. ICC-01/09-01/11 OA, 20 September 2011; Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka to the Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi". ICC-01/11-01/11-547-Red, 21 May 2014. ICC-01/11-01/11-547-Anx2; Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Separate Opinion of Judge Anita Usacka to the Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi". ICC-01/11-01/11-565, 24 July 2014. ICC-01/11-01/11-565-Anx2. Así mismo, puede consultarse la siguiente opinión en la que se reflexiona en torno a la interpretación dada al concepto “asunto”: Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Separate Opinion of Judge Sang-Hyun Song to the Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi". ICC-01/11-01/11-547-Red, 21 May 2014. ICC-01/11-01/11-547-Anx1. En fechas más recientes consúltese: OTP, Strategic Plan 2019-2021, 17 July 2019, p. 17.

⁵⁰⁵ Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. The Prosecutor v. Laurent Gbagbo. Decision on the "Requête relative à la recevabilité de l'affaire en vertu des Articles 19 et 17 du Statut. ICC-02/11-01/11-436-Red, 11 June 2013, punto 9.

⁵⁰⁶ Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute. ICC-01/09-01/11, 30 May 2011, pp. 19 - 20.

⁵⁰⁷ Como hemos señalado previamente, en la versión española no se menciona este concepto. Sin embargo, es un adjetivo que emplea la práctica de la Corte por lo que, a nuestro juicio, debe ser tomado en

Por lo que respecta a la voluntad, el segundo apartado del artículo 17⁵⁰⁸ prevé tres circunstancias en las, “teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional”⁵⁰⁹, la Corte debe valorar “si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado”⁵¹⁰. Como comprobaremos a continuación, a pesar de la enumeración que realiza el precepto, no resulta sencillo demostrar la falta de voluntad del Estado ya que, además de la propia dificultad técnica que conlleva este extremo, nos hallamos además ante una valoración políticamente sensible⁵¹¹.

Si atendemos a los supuestos que se prevén, cabe apreciar que el primero de ellos toma en consideración “que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”⁵¹². A pesar de la enumeración de ciertos indicadores publicados por la Oficina de la Fiscalía⁵¹³, juzgar si

consideración. Es más, como los estudios doctrinales demuestran, no es baladí el peso que este concepto adquirió tanto durante el proceso de elaboración del Estatuto como posteriormente. A modo de ejemplo, pueden consultarse los siguientes estudios que recalcan la relevancia del concepto “genuino”: Homes, John T., “Complementarity: National Courts *versus* the ICC” en Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary Vol. I*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2002, p. 674; ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003, puntos 21 – 23; Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions...*, *op.cit.* pp. 215 – 229. Por ello, como señala Maculan, “este término permite entender mejor que el objeto de la evaluación realizada por la Corte no es el resultado del procedimiento nacional, sino su seriedad, su adecuación a determinados estándares mínimos”, Maculan, Elena, “La Corte Penal Internacional” en Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 88.

⁵⁰⁸ Véase también la Regla 51 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

⁵⁰⁹ A este respecto, la Oficina de la Fiscalía ha aclarado que “el respeto de los principios del debido proceso puede evaluarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 67 del Estatuto, así como de los principios del debido proceso reconocidos por el derecho internacional, desarrollados en los instrumentos internacionales y el derecho consuetudinario internacional” (ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, punto 55). Por ello, se ha defendido que la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos podría ser de utilidad a la hora de valorar estos extremos (Fernandez, Julian and Pacreau, Xavier (Dirs.), *Statut de Rome de La Cour pénale internationale. Commentaire article par article, Vol. I, op.cit.*, p. 703). Ahora bien, conviene advertir, como señala Maculan, que la Corte podría convertirse “en una especie de tribunal de derechos humanos, con el riesgo de generar confusión acerca de su función”, Maculan, Elena, “La Corte Penal Internacional” en Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 95.

⁵¹⁰ Artículo 17.2 del Estatuto de Roma.

⁵¹¹ ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003, punto 44. A este respecto, resultan relevantes los “indicios” enumerados por el grupo de expertos en el Anexo cuarto del documento citado que lleva por título “list of indicia of unwillingness or inability to genuinely carry out proceedings”.

⁵¹² Artículo 17.2a) del Estatuto de Roma.

⁵¹³ Concretamente, la Oficina de la Fiscalía ha señalado que “La intención de sustraer a una persona de su responsabilidad penal puede evaluarse a la luz de indicadores tales como los siguientes: medidas manifiestamente insuficientes durante la investigación o el enjuiciamiento; desviaciones de las prácticas y procedimientos establecidos; pasar por alto pruebas o asignarles un peso insuficiente; intimidación de víctimas, de testigos o de personal judicial; incongruencia entre decisiones frente y la prueba presentada; insuficiencias manifiestas en la formulación de cargos y los modos de responsabilidad en relación con la gravedad de la conducta alegada y el rol atribuido al acusado; conclusiones judiciales equivocadas a causa

la intención del sistema nacional obedecía o no al “propósito de sustraer” a la persona de la acción de la justicia será una circunstancia difícil de valorar. En segundo lugar, es posible vislumbrar la escasa voluntad del Estado en el supuesto de “que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”⁵¹⁴. Y, finalmente, en el apartado c) se prevé “que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”⁵¹⁵.

Por lo que respecta a la capacidad, el tercer apartado del reiterado artículo 17 establece que, a la hora de valorar la capacidad del Estado para proceder con las investigaciones o los correspondientes enjuiciamientos en un asunto determinado, la Corte debe examinar si éste “debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”⁵¹⁶. Si atendemos a los aspectos que han de ser tomados en consideración a la hora de valorar la incapacidad del Estado para investigar o enjuiciar, podemos

de una identificación errónea, un examen forense defectuoso, fallas en la divulgación, pruebas fabricadas, declaraciones manipuladas o extraídas mediante coacción, o decisiones indebidas de admisión o no admisión de pruebas; falta de asignación de recursos al procedimiento de que se trata en comparación con la capacidad global, y negativa a dar información a la CPI o a cooperar con ella” (ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, punto 51).

⁵¹⁴ Artículo 17.2b) del Estatuto de Roma. Ciertos indicadores que pueden tomarse en consideración son los siguientes: “el ritmo de las medidas y procedimientos de investigación; si la demora en el procedimiento puede justificarse objetivamente a la luz de las circunstancias, y si hay pruebas de falta de intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia” (ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, punto 52).

⁵¹⁵ Artículo 17.2c) del Estatuto de Roma. En esta ocasión también, la Oficina de la Fiscalía ha señalado que: “la independencia en el procedimiento de que se trata puede evaluarse a la luz de indicadores tales como, entre otros, los siguientes: el supuesto involucramiento del aparato del Estado, incluyendo a personal del departamento encargado del orden público, en la comisión de los crímenes alegados; el papel y los poderes constitucionales de que están investidas las distintas instituciones del sistema de justicia penal; el grado de incidencia en el nombramiento y destitución de investigadores, fiscales y jueces sobre la regularidad del proceso en cuestión; el hecho de que presuntos autores pertenecientes a instituciones gubernamentales se beneficien de un régimen de inmunidad y privilegios jurisdiccionales; injerencia política en la investigación, la acusación o el juicio; recurso a instancias extrajudiciales, y corrupción de investigadores, fiscales y jueces. La imparcialidad en el procedimiento de que se trata puede evaluarse a la luz de indicadores tales como, entre otros, los siguientes: conexiones entre los sospechosos y las autoridades competentes a cargo de la investigación, el enjuiciamiento o la sentencia respecto de los crímenes, así como declaraciones públicas, premios, sanciones, promociones o descensos de categoría, asignación de destinos, destituciones o represalias en relación con el personal encargado de la investigación, personal de la fiscalía o personal judicial” (ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, puntos 53 – 54).

⁵¹⁶ Artículo 17.3 del Estatuto de Roma.

comprobar que, de entrada, parecen circunstancias más objetivas y, por ende, más sencillas de valorar que las cuestiones que giran en torno a la falta de voluntad⁵¹⁷.

En este punto, conviene llamar la atención sobre un aspecto fundamental: si tenemos en cuenta el contexto en el que se encuentran muchos de los Estados que atraviesan procesos de transición o que salen de un conflicto armado, que son los analizados en este trabajo, podemos concluir que, en no pocas ocasiones, podrían hallarse ante las circunstancias arriba enumeradas⁵¹⁸. Ahora bien, a pesar de que este precepto se insertó teniendo en mente este tipo de contextos⁵¹⁹, debemos añadir que la mera existencia de un conflicto armado, por ejemplo, no hace la situación automáticamente admisible ante la Corte⁵²⁰.

En definitiva, y una vez aclaradas cuáles son las circunstancias que deben ser valoradas por la Corte a la hora de pronunciarse sobre la admisibilidad de los asuntos, podemos concluir señalando que, pese a la ambigüedad de algunos conceptos, el precepto analizado otorga cierto margen de discreción al órgano de justicia con la finalidad de comprobar si los procesos que se siguen a escala nacional son o no genuinos. Es decir, independientemente de las mejoras que se podrían realizar, nos hallamos ante unos criterios ciertamente razonables que, de aplicarse correctamente, podrían conllevar un interesante escrutinio de los procesos seguidos a nivel interno. Sin embargo, el test de “misma persona por sustancialmente la misma conducta” puede desvirtuar el loable objetivo de poner fin a la impunidad con la que se comenten los crímenes internacionales. Y es que, si se sigue aplicando este criterio como hasta ahora, los Estados puede que únicamente tengan interés en centrarse en aquellos individuos señalados por la Corte con la finalidad de superar el examen de complementariedad⁵²¹. No obstante, ¿qué ocurre con

⁵¹⁷ ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003, punto 48.

⁵¹⁸ A modo de ejemplo, puede consultarse la situación de Libia en la que se concluyó que el Estado no era capaz de proceder con las investigaciones y enjuiciamientos a nivel interno: Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi. ICC-01/11-01/11-344-Red, 31 May 2013, puntos 204 – 220.

⁵¹⁹ Es más, como recuerda la Oficina de la Fiscalía, “this provision was inserted to take account of situations where there was a lack of central government, or a state of chaos due to the conflict or crisis, or public disorder leading to collapse of national systems which prevents the State from discharging its duties to investigate and prosecute crimes within the jurisdiction of the Court” (ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, p.4).

⁵²⁰ Este extremo se debatió en el proceso de elaboración del Estatuto y es una de las razones por las que se optó por incluir el término “colapso sustancial” de la administración de justicia (Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Vol. I, Oxford and New York, Oxford University Press, 2002, p. 677; Homes, John T., “Complementarity: National Courts versus the ICC”, *op.cit.*, p. 677).

⁵²¹ Situation in Libya in the case of the Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka to the Judgment on the appeal of Libya against the decision of

el resto de responsables de haber cometido los más graves crímenes internacionales que afectan a la comunidad internacional? A nuestro juicio, es necesario completar la limitada respuesta que estos escenarios pueden plantear y, para ello, resulta necesario valorar la contribución que a la lucha contra la impunidad pueden realizar los mecanismos *alternativos* a la justicia penal⁵²².

2.2. *Los mecanismos alternativos a la justicia y el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional: una relación escasamente estudiada*

El ingente número de trabajos doctrinales que analizan el principio de complementariedad⁵²³ dan buena muestra de la relevancia que ha adquirido este crucial

Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi". ICC-01/11-01/11-547-Red, 21 May 2014. ICC-01/11-01/11-547-Anx2, puntos 52 y 55.

⁵²² Quisiéramos matizar el término "alternativo" empleado ya que será utilizado a lo largo de toda la Sección. Como hemos concluido previamente, los mecanismos transicionales no judiciales o no penales, deben completar y no sustituir a los procesos judiciales penales. Ahora bien, en abstracto, estos mecanismos son, simple y llanamente, respuestas "alternativas" a los procesos penales. Es decir, nos hallamos ante mecanismos alternativos que deben completar y no sustituir a los procesos judiciales penales.

⁵²³ Este tema ha sido analizado de manera minuciosa en las siguientes monografías: Bergsmo, Morten (Ed.), *Active Complementarity: Legal Information Transfer*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2011; El Zeidy, Mohamed M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2008; Imoedemhe, Ovo Catherine, *The Complementarity Regime of the International Criminal Court: National Implementation in Africa*, Springer, United Kingdom, 2017; Kleffner, Jann K., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, Oxford, 2008; Nouwen, Sarah M.H., *Complementarity in the Line of Fire: The Catalysing Effect of the International Criminal Court in Uganda and Sudan*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013; Stahn, Carsten and El Zeidy, Mohamed M. (Eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014; Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2008; Cárdenas Aravena, Claudia y Fuentes Torrijo, Ximena (Coords.), *Corte penal internacional y jurisdicciones estatales: El principio de complementariedad*, Thomson Reuters, Chile, 2012; Kleffner, Jann K. and Kor, Gerben (Eds.), *Complementary views on complementarity: Proceeding of the International Roundtable on the Complementary Nature of the International Criminal Court, Amsterdam, 25/26 June 2004*, T.M.C. Asser press, The Hague, 2006; Razesberg, Florian, *The International Criminal Court: The Principle of Complementarity*, Peterlang, Germany, 2006; Seils, Paul, *Manual de complementariedad: Una introducción al papel de los tribunales nacionales y la de CPI en el enjuiciamiento de crímenes internacionales*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2018.

Por lo que respecta a los artículos académicos sobre el principio de complementariedad: Ambos, Kai, "El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma): Un análisis sistemático de la compleja relación entre jurisdicciones nacionales y la Corte Penal Internacional", *InDret*, Barcelona, Abril 2010, pp. 1 - 47; Burke-White, William W., "Implementing a policy of positive complementarity in the Rome system of justice", *Criminal Law Forum*, Vol. 18, 2008, pp. 59 - 85; Carnero Rojo, Enrique, "The Role of Fair Trial Considerations in the Complementarity Regime of the International Criminal Court: From 'No Peace without Justice' to 'No Peace with Victor's Justice'?", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 18, Issue 4, 2005, pp. 829 - 869; El Zeidy, Mohamed M., "The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 23, Issue 4, 2002, pp. 869 - 975; Heller, Kevin Jon, "The shadow side of complementarity: the effect of article 17 of the Rome Statute on national due process", *Criminal Law Forum*, Vol. 17, 2006, pp. 255 - 280; Nseroko, Daniel, "The ICC and Complementarity in Practice", *Leiden*

precepto⁵²⁴ en la aún incipiente práctica de la Corte. Sin embargo, son menores los estudios que integran este análisis con los mecanismos propios de la justicia transicional⁵²⁵.

Journal of International Law, Vol. 26, 2013, pp. 427 - 447; Piernas López, Juan Jorge, "La Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales a la luz del principio de complementariedad", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 31, 2015, pp. 115 - 154; Robinson, Darryl, "The mysterious mysteriousness of complementarity", *op.cit.*, pp. 67 - 102; Schabas, William A., "Complementarity in practice: Some uncomplimentary thoughts", *Criminal Law Forum*, Vol. 19, 2008, pp. 5 - 33; Stahn, Carsten, "Complementarity: A tale of two notions", *Criminal Law Forum*, Vol. 19, 2008, pp. 87 - 113; Van der Merwe, H.J., "The Show Must Not Go on: Complementarity, the Due Process Thesis and Overzealous Domestic Prosecutions", *International Criminal Law Review*, Vol. 15, 2015, pp. 40 - 75; Van der Wilt, Harmen and Lyngdorf, Sandra, "Procedural Obligations under the European Convention on Human Rights: Useful Guidelines for the Assessment of Unwillingness and Inability in the Context of the Complementarity Principle", *International Criminal Law Review*, Vol. 9, 2009, pp. 39 - 75; Chinchón Álvarez, Javier, "Viejos retos y nuevas amenazas para el sistema de justicia penal internacional: del sentido e importancia estructurales del principio de complementariedad y del deber de cooperar con la Corte Penal Internacional" en López Martín (Ed.) y Chinchón Álvarez, Javier (Coord.), *Nuevos retos y amenazas a la protección de los derechos humanos en la era de la globalización*, Tirant lo blanch, Valencia, 2016, pp. 211 - 234; Holmes, John T., "The Principle of Complementarity" en Lee, Roy S. (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999, pp. 41 - 78; Ryngaert, Cedric, "The principle of complementarity...", *op.cit.* pp. 145 - 172.

⁵²⁴ No sin razón, se ha calificado al principio de complementariedad como parte del ADN de la Corte (Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, p. 447); Stahn, Carsten, "Admissibility Challenges before the ICC...", *op.cit.*, pp. 228 - 259; Seils, Paul, "Putting Complementarity in its Place" en Stahn, Carsten (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 305 - 327.

⁵²⁵ La siguiente doctrina analiza los mecanismos alternativos de la justicia transicional tomando en consideración el marco jurídico establecido por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Alvarez, José E., "Alternatives to International Criminal justice", *op.cit.*, pp. 25 - 38; Ambos, Kai, "El marco jurídico de la justicia de transición", *op.cit.*, pp. 23 - 129; Dugard, John, "Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions" en Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary* (Vol. I and II), Oxford and New York, Oxford University Press, 2002, pp. 693-704; Gordon, Gregory S., "Complementarity and alternative forms of justice" en Stahn, Carsten and El Zeidy, Mohamed M (Eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 745 - 806; Lindenmann, Jürg, "Transitional justice and the International Criminal Court...", *op.cit.*, pp. 315 - 338; Olásolo Alonso, Héctor, "Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional", en Almqvist, Jessica y Espósito, Carlos (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 255 - 289; Ryngaert, Cedric, "The principle of complementarity...", *op.cit.*, pp. 145 - 172; Schabas, William A., "National amnesties, truth commissions and international criminal tribunals", *op.cit.*, pp. 373 - 390; Tamarit Sumalla, Josep, "Justicia penal, justicia reparadora y comisiones de la verdad", *op.cit.*, pp. 45 - 71; Bisset, Alison, "Rethinking the Powers of Truth Commissions in Light of the ICC Statute", *op.cit.*, pp. 963 - 982; Clark, Thomas Hethe, "The Prosecutor of the International Criminal Court, Amnesties, and the 'Interest of Justice': Striking a Delicate Balance", *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 4, Issue 2, 2005, pp. 389 - 414; Dukic, Dražan, "Transitional justice and the International Criminal Court - in 'the interests of justice'?", *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, Num. 867, September 2007, pp. 691 - 718; Goldstone, Richard J. and Fritz, Nicole, "In the Interest of Justice' and Independent Referral...", *op.cit.*, pp. 655-667; Keller, Linda M., "The False Dichotomy of Peace versus Justice...", *op.cit.*, pp. 12 - 47; Kritz, Neil J., "War Crimes and Truth Commissions: Some Thoughts on Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights", *op.cit.*; Ludwin King, Elizabeth B., "Does justice always require prosecution? The International Criminal Court and transitional justice measures", *op.cit.*, pp. 85 - 120; Meyer, Frank, "Complementing Complementarity", *International Criminal Law Review*, Vol. 6, 2006, pp. 549 - 583; Roche, Declan, "Truth commissions, amnesties and the International Criminal Court", *British Journal of Criminology*, 45, 2005, pp. 565 - 581; Robinson, Darryl, "Serving the Interest of Justice...",

Esta escasa atención nos parece un tanto criticable ya que el principio de complementariedad podría aplicarse de manera más “integradora” con la finalidad de dar cabida a iniciativas ajenas, en principio, a las meras investigaciones y enjuiciamientos penales. Pensemos, por ejemplo, en el escenario que planteábamos unas líneas más arriba: enjuiciamientos centrados en las personas que puedan ser consideradas los máximos responsables de haber cometido ciertos crímenes internacionales y la responsabilidad moral que cabe atribuir en mecanismos alternativos, como las reiteradas comisiones de la verdad, para los menores responsables⁵²⁶. Sin embargo, ¿permite esta interpretación la redacción actual⁵²⁷ del Estatuto de Roma?

Pues bien, no son pocos los sectores que, basándose, principalmente⁵²⁸, en el artículo 17 del Estatuto de Roma, consideran que los mecanismos alternativos a la justicia penal

op.cit., pp. 481 - 505; Roth - Arriaza, Naomi, Schey, Peter A. and Shelton, Dinah, "Addressing Human Rights Abuses: Truth Commissions and the Value of Amnesty", *op.cit.*, pp. 325 - 344; Sarkin, Jeremy, "Enhancing the legitimacy, status, and role of the International Criminal Court globally by using transitional justice and restorative justice strategies", *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 6, Issue 1, 2011 - 2012, pp. 83 - 101; Schabas, William A., (Chair), 'Truth Commissions, Accountability and the International Criminal Court', en van Genugten, Willem J.M., Scharf, Michael P. and Radin, Sasha E., *Criminal Jurisdiction 100 Years After the 1907 Hague Peace Conference : proceedings of the eighth Hague Joint Conference held in The Hague, the Netherlands, 28-30 June 2007*, The Hague, TMC Asser, 2009, pp. 112 - 137; Seibert-Fohr, Anja, "The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003, pp. 553 - 590; Stahn, Carsten, "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice...", *op.cit.*, pp. 695 - 720; Stahn, Carsten, "United Nations peace-building, amnesties and alternative forms of justice: A change in practice?", *IRRC*, Vol. 84, N° 845, March 2002, pp. 191 - 205; Tamarit Sumalla, Josep, "Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición", *op.cit.*, pp. 1 - 29; Totten, Christopher D., "The International Criminal Court and Truth Commissions: A Framework for Cross-Interaction in the Sudan and Beyond", *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 7, Issue 1, 2009, pp. 1 - 33; Villa - Vicencio, Charles, "Why perpetrators should not always be prosecuted: where the International Criminal Court and truth commissions meet", *op.cit.*, pp. 205 - 222; Cárdenas Aravena, Claudia, "The admissibility test before the International Criminal Court under special consideration of Amnesties and truth commissions" en Kleffner, Jann K. and Kor, Gerben (Eds.), *Complementary views on complementarity: Proceeding of the International Roundtable on the Complementary Nature of the International Criminal Court. Amsterdam, 25/26 June 2004*, The Hague, T.M.C. Asser press, 2006, pp. 115 - 139.

⁵²⁶ Esta opción, por ejemplo, es la defendida por Robinson, Darryl, "Serving the Interest of Justice...", *op.cit.*, pp. 499 - 501.

⁵²⁷ A este respecto, nos parece interesante señalar que, durante el proceso de elaboración del Estatuto, se valoraron otras posibilidades. Por ejemplo, nos parece llamativa la redacción del Informe del año 1996 del Comité preparatorio para el establecimiento de una corte penal internacional en la que se señala que: "153. It was observed that complementarity, as referred to in the third paragraph of the preamble to the draft statute, was to reflect the jurisdictional relationship between the International Criminal Court and national authorities, including national courts" (Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Volume I (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996), General Assembly Official Records · Fifty-first Session, Supplement No.22 (A/51/22), p. 36). Es decir, parece que hace una distinción entre las autoridades nacionales (sin explicar qué ha de entenderse por tales) y los tribunales nacionales.

⁵²⁸ A juicio de determinados expertos, el artículo 17 del Estatuto de Roma no es el precepto más adecuado para examinar las vicisitudes que acarrearán las comisiones de la verdad. Véase el debate que plantea Nouwen, Sarah M.H. and Werner, Wouter G., "Monopolizing global justice: International Criminal Law as challenge to human diversity", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, 2015, pp. 173 - 176. Por ello, es frecuente encontrar trabajos doctrinales que encuadran este análisis dentro del artículo 16 o del

también pueden hacer la situación inadmisibile ante la Corte. De entre todas las medidas que se suelen alegar, son las investigaciones que llevan a cabo las comisiones de la verdad las que mayor protagonismo y centralidad han alcanzado en este punto. Sin embargo, llamativamente, la mayoría de especialistas que analizan el examen de admisibilidad vinculan las investigaciones desarrolladas en el seno de las comisiones de la verdad con

53 del Estatuto de Roma: Carletti, Cristiana, "La responsabilité pénale international et l'institution de l'amnistie: complémentarité entre la Cour Pénale Internationale et le juge national" en Zanghi, Claudio et Achour, Rafaà Ben (Eds.), *Droits de l'homme et juridictions pénales internationales. Séminaires italo-tunisiens (Tunis-Rome) Mai - Novembre 2009*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2009, pp. 128 – 129; Scharf, Michael P., "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", *Cornell International Law Journal*, Vol. 32, Issue 3, 1999, pp. 524 – 525; Robinson, Darryl, "Serving the Interest of Justice...", *op.cit.*, pp. 488 – 498; Stahn, Carsten, "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice...", *op.cit.*, pp. 695 – 720; Goldstone, Richard J. and Fritz, Nicole, "'In the Interest of Justice' and Independent Referral...", *op.cit.*, pp. 661 – 662.

las medidas de amnistía⁵²⁹, a las que, en ocasiones, se les denomina “amnistías condicionadas”⁵³⁰.

⁵²⁹ Ahora bien, no todos los expertos que vamos a citar a continuación aceptan que este modelo sea válido y que, por ende, superaría el examen de complementariedad. Sin embargo, todos ellos vinculan las amnistías con las investigaciones llevadas a cabo ante una comisión de la verdad. Acúdase a los siguientes trabajos seleccionados para conocer cómo se plantea el debate y cuáles son los argumentos que se esgrimen en cada caso: Stahn, Carsten, "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice...", *op.cit.*, pp. 695 – 720; Cárdenas Aravena, Claudia, "The admissibility test before the International Criminal Court...", *op.cit.*, pp. 127-128; Broomhall, Bruce, "The International Criminal Court: A Checklist for National Implementation" en Association International de Droit Pénal, *ICC ratification and national implementing legislation*, Érès, 1999, p. 144; Seibert-Fohr, Anja, "The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions", *op.cit.*, pp. 564 – 567; Gavron, Jessica, "Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, January 2002, pp. 110 – 112; Dukic, Drazan, "Transitional justice and the International Criminal Court...", *op.cit.*, p. 695; Schabas, William A., "National amnesties, truth commissions and international criminal tribunals", *op.cit.*, p. 382; Clark, Thomas Hethe, "The Prosecutor of the International Criminal Court, Amnesties, and the "Interest of Justice"...", *op.cit.*, pp. 389 – 414; Keller, Linda M., "The False Dichotomy of Peace versus Justice...", *op.cit.*, pp. 22 – 26; Lindenmann, Jürg, "Transitional justice and the International Criminal Court...", *op.cit.*, p. 335; Olásolo Alonso, Héctor, "Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, pp. 268 – 296; Allan, Kate, "Prosecution and Peace: A Role for Amnesty before the ICC?", *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, Nº 39, 2011, pp. 250 – 258; Blummenson, Eric, "National Amnesties and International Justice", *Eyes on the ICC*, Vol.2, 2005, p.3; Torres Argüelles, Alfredo, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 116 – 117; Mallinder, Louise, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2008, pp. 168 – 170; Rodman, Kenneth A., "The ICC and Transitional Justice: Should the Prosecutor Exercise Discretion in the Interests of Peace?" en De Lange, Roel (Ed.), *Aspects of Transitional Justice and Human Rights: Proceedings of the 2006 Annual Conference of The Netherlands School of Human Rights Research*, The Netherlands, Wolf Legal Publishers, 2008, p. 7; Pinto Soares, Patricia, "Transitional justice in the DRC: The 2014 Amnesty Law and the principle of complementarity - *Quid Juris?*" en Mariniello, Triestino (Ed.), *The International Criminal Court in Search of its Purpose and Identity*, London and New York, Routledge, 2013, p. 180; Flory, Philippe, "International Criminal Justice and Truth Commissions: From Strangers to Partners?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, 2015, pp. 35 – 38; Llewellyn, Jennifer J., "A Comment on the Complementary Jurisdiction of the International Criminal Court: Adding Insult to Injury in Transitional Contexts", *Dalhousie L.J.* Vol. 24, 2001, pp. 202 – 207; Ratner, Steven R., Abrams, Jason S. and Bischoff, James L., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law...*, *op.cit.*, p. 267; Kayitana, Evode, Complementarity, State Sovereignty and Universal Jurisdiction: A South African Perspective, Galda Verlag, Glienicke, 2016, p. 191.

⁵³⁰ Ambos, Kai, "El marco jurídico de la justicia de transición", *op.cit.*, p. 54. Es más, a propósito de las medidas de amnistía no podemos sino mostrar nuestro más absoluto asombro ante ciertos trabajos doctrinales que, incluso, valoran las amnistías a efectos de “investigación” cuando, como es notoriamente conocido, una ley de amnistía impide todo mínimo esclarecimiento de los hechos. Si se desea leer algunos comentarios en torno al posible examen de admisibilidad con respecto a una medida de amnistía, puede acudir a: Razesberger, Florian, *The International Criminal Court...*, *op.cit.*, pp. 159 – 161; Djamchid Momtaz, Téhéran, « La compétence complémentaire de la Cour Pénale Internationale à l'épreuve des lois d'amnistie inconditionnelle », *Die Friedens-Warte*, Num. 78, Issue 1, 2003, pp. 53 – 62; Broomhall, Bruce, *International justice and the International Criminal Court: between sovereignty and the rule of law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 100 – 102; Slye, Ron, "Amnesties, international crimes and the ICC" en *Report from a symposium on The investigation and prosecution of 'core international crimes' and the role of the International Criminal Court in Africa*, *Zevenwacht*, Cape Town, 2-4 August 2006, Institute for Security Studies, 2007, p. 81; Morel, Sophie, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la Cour pénale internationale: le cas particulier des amnisties*, Lausanne, Collection quater, Vol.14, Editions bis et ter, 2005; Jacobs, Dov, "Puzzling over Amnesties: Defragmenting the Debate for International Criminal Tribunals" en Van den Herik, Larissa and Stahn, Carsten (Eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 340 – 342; Seibert-Fohr, Anja, "The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for

Sin ningún género de dudas, ha sido la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica⁵³¹ la que ha contribuido a dirigir el debate en esta dirección⁵³². No obstante, como ha señalado el propio Relator Especial para la justicia transicional, la mayoría de las comisiones de la verdad no han tenido competencia para dictar o recomendar amnistías⁵³³. Es más, como hemos comprobado, actualmente, el otorgamiento de una amnistía por presuntos crímenes internacionales sería una medida que iría en contra del Derecho Internacional⁵³⁴. Por esta razón, estamos de acuerdo con quienes defienden que,

Amnesties and Truth Commissions", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003, pp. 564 – 567; Cárdenas Aravena, Claudia, "The admissibility test before the International Criminal Court...", *op.cit.*, p. 128; Gropengiesser, Helmut and Meissner, Jörg, "Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court", *International Criminal Law Review*, Vol. 5, Issue 2, 2005, pp. 299 – 300; Dugard, John, "Dealing With Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?", *op.cit.*, p. 1014; Mbokani, Jacques B., "L' amnistie et la répression des crimes de droit international au regard de l' avènement de la Cour pénale internationale: le Statut de Rome à l' épreuve des impératifs de la justice transitionnelle", *Annales de Droit de Louvain*, Vol. 75, N° 2, 2015, p. 241; O'Brien, Roderick, "Amnesty and International Law", *Nordic J. Int'l L.*, Vol. 74, 2005, pp. 270 – 271 ; Mallinder, Loius, "Can Amnesties and International Justice be Reconciled?", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007, p. 212 ; Freeman, Mark, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 81 – 82 ; Vriezen, Vera, *Amnesty justified? The need for a case by case approach in the interests of human rights*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, p. 105; Sarooshi, Dan, "Prosecutorial Policy and the ICC: Prosecutor's *Proprio Motu* Action or Self-Denial?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, p. 943; El Zeidy, Mohamed M., "The Principle of Complementarity...", *op.cit.*, p. 942; Roht-Arriaza, Naomi, "Amnesty and the International Criminal Court" en Shelton, Dinah (Ed.), *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*, United States of America, Transnational Publishers, 2000, p. 80; Slye, Ronald, "Immunities and amnesties", *op.cit.*, pp. 193 – 194.

⁵³¹ Sobre la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica véase Cassese, Antonio (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, *op.cit.*, pp. 443 – 453. Bois-Pedain, Antje, *Transitional amnesty in South Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; Bubbenzer, Ole, *Post-TRC prosecutions in South Africa: Accountability for political crimes after the Truth and Reconciliation Commission's Amnesty Process*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2009; Du Bois, François and Du Bois-Pedain, Antje, *Justice and reconciliation in Post-Apartheid South Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008; Sarkin, Jeremy, *Carrots and sticks: the TRC and the South African amnesty process*, Intersentia, Anrwerp-Oxford, 2004; Villa Vicencio, Charles and Verwoerd, Willhelm, *Looking back reaching forward: reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, University of Cape Town Press, South Africa, 2000.

⁵³² Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, pp. 210 - 211.

⁵³³ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, punto 46. En el mismo sentido véase *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, *op.cit.*, (HR/PUB/06/1), pp. 7 – 13; Freeman, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, *op.cit.*, p. 3; Bakiner, Onur, "Truth commissions impact: an assessment of how commissions influence politics and society", *op.cit.*, p. 7; Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, Barcelona, Bellaterra, 2014, pp. 210 – 211; Kemp, Susan, "Alternative Justice Mechanisms, Compliance and Fragmentation of International Law" en Van den Herik, Larissa and Stahn, Carsten (Eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 260; Schabas, William A., "National amnesties, truth commissions and international criminal tribunals", *op.cit.*, p. 374.

⁵³⁴ *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, *op.cit.*, (HR/PUB/06/1), pp. 7 – 13; *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías*, *op.cit.*, (HR/PUB/09/1), pp. 33 - 34.

si la comisión de la verdad sudafricana⁵³⁵ se creara hoy en día⁵³⁶, difícilmente sería considerada válida atendiendo al Ordenamiento Jurídico Internacional⁵³⁷ y, especialmente, tomando como parámetro el Estatuto de Roma⁵³⁸.

Por esta razón, consideramos que un examen que tenga por objetivo estudiar si una comisión de la verdad con competencia para otorgar amnistías a los responsables de haber cometido un crimen internacional sobre los que ejerce su competencia la Corte Penal Internacional superaría o no el test de complementariedad es un ejercicio un tanto irrelevante. Y es que, a nuestro juicio, este análisis teórico no va a encontrar nunca una plasmación práctica por contradecir plenamente las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional. Ahora bien, otra cosa muy distinta es valorar si la investigación desarrollada por una comisión de la verdad podría ser considerada “investigación” a los efectos del Estatuto de Roma y, por ende, hacer la situación inadmisible ante la Corte.

2.3. La investigación de los crímenes internacionales ante las comisiones de la verdad y la decisión del Estado de no incoar la acción penal: una aproximación teórica

Si atenemos al texto del Estatuto de Roma parece deducirse que el análisis de la complementariedad debe aplicarse respecto de las "jurisdicciones penales nacionales". De hecho, no sólo el Preámbulo y el artículo primero del citado instrumento mencionan

⁵³⁵ Ahora bien, conviene señalar que la estela del modelo sudafricano continúa ejerciendo notable influencia hoy en día. Véase, a modo de ejemplo, el siguiente trabajo dónde se defiende la creación de una comisión de la verdad con competencia para otorgar amnistías para el conflicto de Siria: Fiddler, Grace, "Using a Conditional Amnesty and Truth and Reconciliation Commission as a Transitional Justice Mechanism in Syria", *Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, Vol. 47, 2015, pp. 893 – 918.

⁵³⁶ Léanse las curiosas declaraciones de Kofi Annan del año 2000 en: Kofi Annan, Speech at the Witwatersrand University Graduation Ceremony (September 1, 1998), citado en Villa - Vicencio, Charles, "Why perpetrators should not always be prosecuted: where the International Criminal Court and truth commissions meet", *op.cit.*, p. 222.

⁵³⁷ Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías (HR/PUB/09/1), pp. 33 – 34; Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, pp. 210 – 211; Schabas, William, "Transitional Justice and the Norms of International Law", for presentation to the Annual meeting of the Japanese Society of International Law, Kwansei Gakuin University, 8 October 2011, p. 12 y p. 14; Kemp, Susan, "Alternative Justice Mechanisms...", *op.cit.*, p. 260; Atwood, Emily R., "In Pursuit of Restorative Justice: The South African Truth and Reconciliation Commission in Light of the Rome Statute for the International Criminal Court" en Backer, Larry Catá (Ed.), *Harmonizing Law in an Era of Globalization: Convergence, Divergence, and Resistance*, USA, Carolina Academic Press, 2007, pp. 74 – 76; Bisset, Alison, *Truth Commissions and Criminal Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 84 – 85.

⁵³⁸ Schabas, William A., (Chair), 'Truth Commissions, Accountability and the International Criminal Court, Commentary by Marieke Wierda', en van Genugten, Willem J.M., Scharf, Michael P. and Radin, Sasha E., *Criminal Jurisdiction 100 Years After the 1907 Hague Peace Conference : proceedings of the eighth Hague Joint Conference held in The Hague, the Netherlands, 28-30 June 2007*, The Hague, TMC Asser, 2009, p. 123.

expresamente el término "jurisdicciones penales nacionales", sino que, incluso, el propio artículo 17 reitera, además de los básicos conceptos de "investigación o enjuiciamiento", los siguientes términos: "que el juicio ya haya estado o esté en marcha"⁵³⁹, "demora injustificada en el juicio"⁵⁴⁰, "el proceso"⁵⁴¹, "incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia"⁵⁴², "colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia"⁵⁴³ o "llevar a cabo el juicio"⁵⁴⁴.

Estos conceptos se vuelven a repetir en el artículo 18.2 del Estatuto que, al regular el proceso a seguir en las situaciones en las que se haya producido la inhibición de la competencia del Fiscal, menciona la posibilidad de pedir al Estado "que le informe periódicamente de la marcha de sus investigaciones y del juicio ulterior". Otro tanto ocurre en el artículo 20 que analizaremos posteriormente y que señala que "la Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal"⁵⁴⁵. Este término también se emplea en la Regla 51 de las Reglas de Procedimiento y Prueba al regular la información que se presenta en virtud del artículo 17⁵⁴⁶, así como en las resoluciones sobre complementariedad de la Asamblea de Estados Partes que parecen hacer referencia exclusivamente a las jurisdicciones nacionales de los Estados⁵⁴⁷.

En definitiva, de una interpretación coherente de estos apartados y sin olvidar, lógicamente, que la Corte es un tribunal internacional penal con competencia para "juzgar" a los presuntos responsables de haber cometido los crímenes internacionales enumerado en el artículo 5 del Estatuto, parece deducirse que sólo cuando las jurisdicciones penales nacionales, es decir, cuando los tribunales de los Estados, no quieran o no puedan investigar o enjuiciar, actuará la Corte.

⁵³⁹ Artículo 17.2a) del Estatuto de Roma.

⁵⁴⁰ Artículo 17.2b) del Estatuto de Roma.

⁵⁴¹ Artículo 17.2c) del Estatuto de Roma.

⁵⁴² *Ibid.*

⁵⁴³ Artículo 17.3 del Estatuto de Roma.

⁵⁴⁴ *Ibid.*

⁵⁴⁵ Artículo 20.3 del Estatuto de Roma.

⁵⁴⁶ Concretamente, la Regla 51 dispone que "la Corte, al examinar las cuestiones a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 17 y en el contexto de las circunstancias del caso, podrá tener en cuenta, entre otras cosas, la información que el Estado a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 17 ponga en su conocimiento mostrando que sus tribunales reúnen las normas y estándares internacionales reconocidos para el enjuiciamiento independiente e imparcial de una conducta similar o que el Estado ha confirmado por escrito al Fiscal que el caso se está investigando o ha dado lugar a un enjuiciamiento".

⁵⁴⁷ A modo de ejemplo, podemos citar la siguiente: "*Recordando también* que la aplicación de los artículos 17 y 19 del Estatuto de Roma relativos a la admisibilidad de las causas remitidas a la Corte es un asunto judicial que han de determinar los magistrados de la Corte" (Resolución ICC-ASP/12/Res.4 de la Asamblea de Estados Parte: Complementariedad. Aprobada por consenso en la duodécima sesión plenaria el 27 de noviembre de 2013, párrafo tercero).

Sin embargo, el Estatuto contiene un apartado concreto que podría convertirse en la puerta de entrada de los mecanismos alternativos a la justicia penal. Nos referimos al apartado b) del artículo 17.1⁵⁴⁸, que permite que la Corte declare la inadmisibilidad cuando "el asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar la acción penal contra la persona de que se trate"⁵⁴⁹. Ante estos términos que se recogen en el Estatuto cabe preguntarse lo siguiente: ¿es posible que un Estado lleve a cabo una investigación no penal mediante una comisión de la verdad u otro mecanismo alternativo y que, posteriormente, decida no iniciar proceso judicial alguno haciendo, por lo tanto, el asunto inadmisibile ante la Corte?

Pues bien, el Estatuto no especifica cómo debe ser la investigación⁵⁵⁰ y, en consecuencia, tampoco declara que ésta deba de ser única y exclusivamente penal⁵⁵¹. Ahora bien, señala expresamente que “el asunto” ha de ser objeto de investigación y recordemos que el “asunto” engloba, entre otros aspectos, también a los presuntos responsables sobre los que podría ejercer su jurisdicción la Corte Penal Internacional. Por lo tanto, no cabe sino concluir, siquiera preliminarmente, que dicha investigación debería de centrarse en los presuntos responsables por “sustancialmente las mismas conductas”⁵⁵².

⁵⁴⁸ Carter, Linda, Ellis, Mark S. and Jalloh, Charles Chernor, *The International Criminal Court in an Effective Global Justice System*, *op.cit.*, p. 158.

⁵⁴⁹ Artículo 17.1b) del Estatuto de Roma.

⁵⁵⁰ El Zeidy, Mohamed M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*, *op.cit.*, pp. 314 – 324. Ahora bien, como posteriormente aclara el experto, dado que el párrafo a) menciona el enjuiciamiento, “one gets the sense that Article 17(1) is concerned with ‘judicial proceedings’ as opposed to alternative mechanisms of justice”.

⁵⁵¹ Ambos, Kai, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho penal internacional: estudio de la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de ‘justicia y paz’ en Colombia*, Temis, Bogotá, 2010, pp. 176 – 179. Es más, a juicio de Stahn, si se defendiera que únicamente las investigaciones penales tienen cabida en el Estatuto de Roma, se estaría realizando una distinción que no prevé el texto del articulado (Stahn, Carsten, “Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice...”, *op.cit.*, pp. 709 – 716); en un sentido similar: Slye, Ronald, “Immunities and amnesties”, *op.cit.*, p. 188; Seibert-Fohr, Anja, “The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions”, *op.cit.*, pp. 568 – 569; Pinto Soares, Patricia, “Transitional justice in the DRC: The 2014 Amnesty Law and the principle of complementarity - *Quid Juris?*”, *op.cit.*, p. 178. Sin embargo, ciertos sectores doctrinales defienden que las investigaciones deben de ser penales: Van Der Wolf, Willem, *The Ad hoc tribunals and the International Criminal Court and International criminal law*, The Hague, International Courts Association, 2011, p. 57; Kemp, Susan, “Alternative Justice Mechanisms...”, *op.cit.*, pp. 249 – 251; Roht-Arriaza, Naomi, “Amnesty and the International Criminal Court”, *op.cit.*, p. 79; Majzub, Diba, “Peace or Justice - Amnesties and the International Criminal Court”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol.3, 2002, pp. 268 – 269.

⁵⁵² En el mismo sentido se posicionan Carter, Ellis y Jalloh cuando defienden que los estándares exigidos a los mecanismos judiciales también deben ser aplicados en los mecanismos no judiciales y, por ello, añaden que al valorar el término “asunto” debe procederse de idéntica manera. Véase la explicación más detallada

Precisamente, esta interpretación la podemos corroborar acudiendo a la segunda parte del texto del apartado citado ya que menciona expresamente que el Estado⁵⁵³ tiene que haber decidido “no incoar la acción penal”. Es decir, el fin último de la investigación tiene que ser “la persecución o la adjudicación penal”⁵⁵⁴. Por ello, y como aprecia Ambos, “tal decisión solo puede ser tomada si se ha realizado una investigación sustancial de los actos concretos y de los sospechosos individualizados. En otras palabras, una decisión de enjuiciar presupone una investigación criminal, o al menos, una investigación individualizada, que la preceda y la prepare”⁵⁵⁵. Así, podríamos concluir que lo que el Estatuto de Roma parece exigir es que cualquier investigación que se lleve a cabo tenga el potencial de depurar las responsabilidades penales de los individuos⁵⁵⁶. Es decir, no es suficiente con esclarecer la verdad⁵⁵⁷ o con realizar investigaciones genéricas⁵⁵⁸ y, por ello, el establecimiento de una comisión de la verdad dirigida a esclarecer el contexto o los patrones de un conflicto determinado haría la situación directamente admisible ante la Corte.

Ahora bien, esta conclusión podría diferir considerablemente si la investigación de una comisión pudiera desembocar en un posterior proceso penal⁵⁵⁹. Imaginémosnos que nos

en: Carter, Linda, Ellis, Mark S. and Jalloh, Charles Chernor, *The International Criminal Court in an Effective Global Justice System*, *op.cit.*, p. 164.

⁵⁵³ Por esta razón, a juicio de determinados expertos, la investigación debe realizarse mediante órganos estatales (Ambos, Kai, "El marco jurídico de la justicia de transición", *op.cit.*, pp. 87 – 93); Cárdenas Aravena, Claudia, "The admissibility test before the International Criminal Court...", *op.cit.*, pp. 134 – 139.

⁵⁵⁴ Ambos, Kai, "El marco jurídico de la justicia de transición", *op.cit.*, pp. 87 – 93; Nouwen, Sarah M.H., *Complementarity in the Line of Fire...*, *op.cit.*, pp. 59 – 61.

⁵⁵⁵ Ambos, Kai, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz...*, *op.cit.*, p. 179.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, pp. 176 – 179; Nouwen, Sarah, "Complementarity in Uganda: Domestic diversity or international imposition" en Stahn, Carsten and El Zeidy, Mohamed M. (Eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 1127 – 1128; Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions...*, *op.cit.*, 2008, p. 203; Schabas, William A. and El Zeidy, Mohamed, "Article 17: Issues of admissibility", *op.cit.*, pp. 807 – 810; Stahn, Carsten, "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice...", *op.cit.*, pp. 709 – 716; Robinson, Darryl, "Comments on chapter 4 of Claudia Cárdenas Aravena" en Kleffner, Jann K. and Kor, Gerben (Eds.), *Complementary views on complementarity: Proceeding of the International Roundtable on the Complementary Nature of the International Criminal Court. Amsterdam, 25/26 June 2004*, The Hague, T.M.C. Asser press, 2006, pp. 144 – 145; Pinto Soares, Patricia, "Transitional justice in the DRC: The 2014 Amnesty Law and the principle of complementarity - *Quid Juris?*", *op.cit.*, p. 178.

⁵⁵⁷ Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, p. 208; Stahn, Carsten, "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice...", *op.cit.*, pp. 709 – 716; Ambos, Kai, "El marco jurídico de la justicia de transición", *op.cit.*, pp. 87 – 93.

⁵⁵⁸ Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions...*, *op.cit.*, pp. 429 – 431; Slye, Ronald, "Immunities and amnesties", *op.cit.*, pp. 190 – 192.

⁵⁵⁹ Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, pp. 209 – 210; Stahn, Carsten, "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice...", *op.cit.*, pp. 709 – 716; Schabas, William A. and El Zeidy, Mohamed M., "Article 17", *op.cit.*, pp. 807 – 810; Robinson, Darryl, "Comments on chapter 4...", *op.cit.*, pp. 144 – 145; Razesberger, Florian, *The International Criminal Court...*, *op.cit.*, pp. 179 – 182; Kirs, Eszter, "Possible Models for the

hallamos ante una comisión de la verdad que se ha establecido de manera conjunta con otros instrumentos transicionales como, por ejemplo, un tribunal especial y en cuyo mandato se prevé la posible remisión de la información recopilada, incluso el envío de los nombres de las personas que se cree que, presuntamente, han podido cometer los crímenes internacionales, a dicho órgano judicial. Pues bien, esta opción parece obtener cierto apoyo doctrinal ya que hay quien no duda en defender que no es necesario que la investigación dé lugar siempre y en todo momento a un ulterior enjuiciamiento, es decir, “no se requiere el enjuiciamiento en sí, sino solo la ‘decisión’ de abrir un enjuiciamiento”⁵⁶⁰, requisito que, en un plano teórico, podrían cumplir ciertas comisiones de la verdad⁵⁶¹.

En definitiva, si aplicamos esta teoría a las investigaciones realizadas por las comisiones de la verdad, podríamos concluir, en primer lugar, que el Estatuto de Roma no impide que se creen estas comisiones u otros mecanismos alternativos⁵⁶². Y, en segundo lugar, en virtud de los argumentos arriba enumerados, cabría considerar que si la investigación desarrollada por una comisión es empleada o *pudiera* ser empleada en un posterior proceso judicial donde se diluciden las responsabilidades penales⁵⁶³, esta investigación podría ser considerada “investigación” a efectos de superar el test de admisibilidad de la Corte⁵⁶⁴. No obstante, como comprobaremos a continuación, a pesar

Regulation of Simultaneous Functioning of Truth and Reconciliation Commissions and Criminal Courts”, *op.cit.*, p. 859; Carter, Linda, Ellis, Mark S. and Jalloh, Charles Chernor, *The International Criminal Court in an Effective Global Justice System*, *op.cit.*, pp. 169 – 170.

⁵⁶⁰ Ambos, Kai, “El marco jurídico de la justicia de transición”, *op.cit.*, pp. 87 – 93. Por ello, como añade el experto “esto presupone que el órgano que tome esa decisión deba tener al menos dos opciones: abrir un enjuiciamiento o no hacerlo”.

⁵⁶¹ Sin embargo, no todos los autores comparten esta opinión. A modo de ejemplo, pueden consultarse las dudas que se ponen de manifiesto en: Nouwen, Sarah M.H., *Complementarity in the Line of Fire...*, *op.cit.*, pp. 59 – 61.

⁵⁶² Sadat, Leila Nadya, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law...*, *op.cit.*, p. 53; Pinto Soares, Patricia, “Positive complementarity...”, *op.cit.*, p. 190.

⁵⁶³ Ahora bien, conviene recordar que en el apartado relativo a las comisiones de la verdad nos pronunciábamos en torno a la posible sustitución de los procesos penales por estos mecanismos en el caso de hallarnos ante personas que ostentaran una responsabilidad menor. Pues bien, a la vista de los argumentos aquí esgrimidos, no podemos sino concluir que esta interpretación no superaría el principio de complementariedad ya que, como hemos señalado, la investigación ante la comisión no daría lugar a un ulterior proceso penal. No obstante, debemos recordar que la Corte, por regla general, únicamente se centrará en aquellas personas que puedan ser consideradas como los máximos responsables y, por ende, aunque, insistimos, la investigación haría la situación admisible ante la Corte, lo cierto es que, en la práctica, este hecho difícilmente se produciría.

⁵⁶⁴ Schabas, William A. and El Zeidy, Mohamed M., “Article 17”, *op.cit.*, pp. 807 – 810; Robinson, Darryl, “Comments on chapter 4 of Claudia Cárdenas Aravena” en Kleffner, Jann K. and Kor, Gerben (Eds.), *Complementary views on complementarity: Proceeding of the International Roundtable on the Complementary Nature of the International Criminal Court. Amsterdam, 25/26 June 2004*, The Hague, T.M.C. Asser press, 2006, pp. 144 – 145; Razesberger, Florian, *The International Criminal Court...*, *op.cit.*,

de que, a nuestro juicio, esta interpretación podría llegar a ser respetuosa con el Estatuto de Roma, ésta no es la opción por la que ha optado la Corte Penal Internacional.

2.4. La irrelevancia práctica de los mecanismos transicionales ante el estricto test de admisibilidad escogido por la Corte Penal Internacional

Antes de analizar cuál ha sido la vía por la que ha optado la Corte a la hora de examinar el encaje de estos mecanismos en el Estatuto de Roma, conviene recordar que, en abstracto, el órgano judicial parece valorar de manera positiva la instauración de ciertas comisiones de la verdad y otros mecanismos alternativos como complemento a los procesos judiciales penales que se lleven a cabo con respecto a las personas que puedan ser consideradas como los máximos responsables de los crímenes internacionales cometidos⁵⁶⁵.

Sin embargo, en la práctica, la atención prestada a los mismos ha sido escasa. Y ello a pesar de que determinados Estados cuyos nacionales están siendo investigados o enjuiciados ante la Corte Penal Internacional han creado comisiones de la verdad en sus respectivos territorios. Ésta sería, por ejemplo, la situación de Kenia⁵⁶⁶, Honduras⁵⁶⁷,

pp. 179 – 182; Carter, Linda, Ellis, Mark S. and Jalloh, Charles Chernor, *The International Criminal Court in an Effective Global Justice System*, *op.cit.*, pp. 169 – 170.

⁵⁶⁵ En los siguientes documentos se valora positivamente la creación de estos mecanismos complementarios: ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, p. 3; Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, *op.cit.*, pp. 19 – 20; Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Corte sobre la complementariedad, ICC-ASP/10/23, *op.cit.*, pp. 8 – 10; Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Mesa sobre la complementariedad. ICC-ASP/11/24, *op.cit.*, p. 3; Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, pp. 4 - 5.

⁵⁶⁶ Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009, p. 5. Véase más información en: <https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/kenya>

⁵⁶⁷ Situation in Honduras: Article 5 Report. 28 October 2015, p. 26. El informe publicado por la Comisión lleva por título: “Informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación: Para que los hechos no se repitan. Tomo III: Hallazgos y recomendaciones. Julio de 2011”.

Burundi⁵⁶⁸, Colombia⁵⁶⁹, República Centroafricana⁵⁷⁰, República Democrática del Congo⁵⁷¹ o Costa de Marfil⁵⁷². También en Uganda surgieron ciertas voces que demandaron el establecimiento de una comisión de la verdad⁵⁷³ y otro tanto parece ocurrir en el conflicto Israel/Palestina⁵⁷⁴. Es más, no deben pasar desapercibidas las positivas valoraciones de la Fiscal de la Corte Penal Internacional a propósito de la reciente comisión de la verdad creada en Gambia⁵⁷⁵.

⁵⁶⁸ No obstante, las polémicas que rodean a la comisión de la verdad de Burundi son numerosas ya que se ha defendido que el Estado parece tratar de favorecer a las iniciativas de perdón con la finalidad de evitar los consiguientes procesos penales (Consejo de Derechos Humanos. Informe de la investigación independiente sobre Burundi realizada en virtud de la resolución S-24/1 del Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/33/37, de 25 de octubre de 2016, puntos 106 – 107). Sin embargo, véase cómo se planteaban en un inicio las posibles relaciones entre la comisión y los enjuiciamientos en: UNSC, Letter dated 11 March 2005 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council. Report of the assessment mission on the establishment of an international judicial commission of inquiry for Burundi. S/2005/158, 11 March 2005 (especialmente en los puntos 55 – 56).

⁵⁶⁹ Conviene aclarar que la comisión de la verdad creada por el Estado latinoamericano será analizada en el Capítulo cuarto.

⁵⁷⁰ Hazan, Pierre, *Projet d'atelier des Nations Unies pour le renforcement des capacités des leaders communautaires et de la société civile en RCA sur la justice transitionnelle*, Centre pour le dialogue humanitaire, 12-13 décembre 2014. Disponible online en: <https://www.hdcentre.org/wp-content/uploads/2016/06/Une-Commission-V%C3%A9rit%C3%A9-et-Reconciliation-Ni-trop-t%C3%B4t-ni-trop-tard-D%C3%A9cembre-2014.pdf> Véase también: Totten, Christopher D., "The International Criminal Court and Truth Commissions: A Framework for Cross-Interaction in the Sudan and Beyond", *op.cit.*, p. 1, nota a pie de página 2.

⁵⁷¹ Más información de la comisión en: <https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/democratic-republic-congo-drc> Véase también: <https://www.usip.org/publications/2003/07/truth-commission-democratic-republic-congo>

⁵⁷² Véase la información sobre esta comisión disponible en: <https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/c%C3%B4te-divoire>

⁵⁷³ Rose, Cecily, "Looking beyond Amnesty and Traditional Justice and Reconciliation Mechanisms in Northern Uganda: A Proposal for Truth-Telling and Reparations", 28 *Boston College Third World Law Journal*, Vol. 28, 2008, pp. 345 – 399; Mutua, Makau, "Beyond Juba: Does Uganda need a national truth and reconciliation process?" *East African Journal of Peace and Human Rights*, Vol. 13, Issue 1, 2007, pp. 412 – 455.

⁵⁷⁴ Meyerstein, Ariel, "Transitional justice and post-conflict Israel/Palestine: assessing the applicability of the truth commission paradigm", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 38, Issue 2, 2006/2007, pp. 281 – 361.

⁵⁷⁵ ICC-OTP, Mrs Fatou Bensouda, Prosecutor of the International Criminal Court, "Launch of the Truth, Reconciliation and Reparations Commission of The Gambia", Banjul, The Gambia, 15 October 2018. Es más, son cuanto menos llamativas las siguientes declaraciones de la Fiscal que pueden incluso plantear un nuevo rumbo de cara a analizar futuras comisiones de la verdad, al señalar que: "When confronted with atrocity crimes that shock the conscience of humanity, however, there is no justifiable reason to look the other way, or to entertain immunities. Those most responsible for such serious criminality, if so identified through credible investigations, must face justice in a properly instituted court of law that abides by and applies the highest standards of judicial administration and due process guarantees. I understand that the Commission indeed envisages investigating in order to establish whether atrocity crimes have been committed and to identify those most responsible for the purposes of holding them accountable. This is an important feature of the significant project on which The Gambia is about to embark upon. My Office will be following the developments with the Commission with great interest and should it ever be seized, and its jurisdiction established, it will undertake its independent and impartial mandate under the Rome Statute with conviction and dedication as it does in all situations where we have jurisdiction, with full respect for the principle of complementarity" (*Ibidem.*).

La razón fundamental por la que la Corte parece ignorar estos mecanismos a la hora de analizar el principio de complementariedad radica en que, para superar el test previsto en el Estatuto de Roma, una investigación nacional⁵⁷⁶ (en la que, recordemos, debe demostrarse que se están produciendo “tangible, concrete and progressive investigative steps”⁵⁷⁷) no sólo debe recoger las pruebas, sino que tiene que ir dirigida a depurar las responsabilidades penales, es decir, al enjuiciamiento⁵⁷⁸. Por ello, en el transcurso de los exámenes preliminares -pese a darse casos en los que se han creado comisiones de la verdad⁵⁷⁹-, el análisis de la admisibilidad se ha centrado única y exclusivamente en los procesos judiciales penales, ignorando, así, las investigaciones desarrolladas en otras

⁵⁷⁶ Es más, en ocasiones incluso se ha llegado a afirmar que, no solo el enjuiciamiento, sino que la investigación también debe ser penal (Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, punto 268).

⁵⁷⁷ Situation in the Republic of Côte d’Ivoire in the Case of The Prosecutor v. Simone Gbagbo. Decision on Côte d’Ivoire’s challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo. ICC-02/11-01/12-47-Red, 11 December 2014, punto 65.

⁵⁷⁸ Pre-Trial Chamber III: Situation in Burundi. Public redacted version of "Request for authorization of an investigation pursuant to article 15", 6 September 2017, ICC-01/17-5-US-Exp. ICC-01/17-5-Red, 15 November 2017, punto 152; Separate opinion of Judge Péter Kovács to "Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Decision on the Prosecutor’s request for authorization of an investigation. ICC-01/15-12, 27 January 2016." ICC-01/15-12-Anx-Corr, 27 January 2016, p. 23.

⁵⁷⁹ Consúltese el caso de Kenia en: Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009.

instancias⁵⁸⁰. Es más, incluso en el caso de Afganistán se llegó a señalar que los procesos nacionales no judiciales resultarían admisibles en virtud del artículo 17 del Estatuto⁵⁸¹.

En todo caso, para ser justos, resulta oportuno añadir que, en ocasiones, la Corte sí que se ha pronunciado sobre algunas de las comisiones de *investigación*⁵⁸² que se han establecido en determinados Estados⁵⁸³, como fue el caso, por ejemplo, de Burundi⁵⁸⁴, que podría ser considerado un intento frustrado de aplicar el principio de complementariedad ya que, a pesar de que se entran a valorar las comisiones de investigación⁵⁸⁵, se acabó concluyendo que las autoridades del Estado permanecen

⁵⁸⁰ En ocasiones, en los informes y documentos de la Corte sí que se menciona la investigación desarrollada por las más variadas comisiones de investigación. No obstante, lo cierto es que, a efectos de admisibilidad, no son tomadas en consideración. Véase, por ejemplo, en la situación de Nigeria cómo se hace referencia a ciertas comisiones en: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, pp. 48 – 49; en el caso de Afganistán véase Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, pp. 132 – 133 y pp. 137 - 151 (véase especialmente el punto 268), The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2015. 12 November 2015, punto 129; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2016. 14 November 2016, punto 220; interesante también el caso de Burundi que puede consultarse en: Pre-Trial Chamber III: Situation in the Republic of Burundi. Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017. ICC-01/17-9-Red, 9 November 2017; sumamente relevante para el estudio que llevaremos posteriormente es el ya mencionado caso de Kenia que puede leerse en: Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009; en la situación de Costa de Marfil también se mencionan ciertas comisiones en: Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15. ICC-02/11-3, 23 June 2011, pp. 17 – 20; debemos recordar también el caso de Sudan que puede consultarse en: Third Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 14.06.2006, pp. 3 – 7; a propósito de la situación en Georgia véase The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2014. 2 December 2014, puntos 148 y 154 y The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2015. 12 November 2015, punto 256; consúltese el ejemplo que proporciona Mali en: ICC-OTP, Situation in Mali: Article 53 Report, 13 January 2013, punto 138; véase también el caso de la República Centroafricana II en: ICC-CPI, Situation in the Central African Republic II: Article 53(1) Report, 24 September 2014, punto 231; finalmente, en la situación de Myanmar acúdase a: Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of The Union of Myanmar, Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15, ICC-01/19-7, 4 July 2019, puntos 228 – 260.

⁵⁸¹ Pre-Trial Chamber II: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-33, 12 April 2019, punto 79.

⁵⁸² En este punto es importante insistir en que una comisión de investigación no es, ni mucho menos, una comisión de la verdad, ya que no comparte ni las mismas características ni realiza idénticas funciones.

⁵⁸³ Dado que los pronunciamientos de la Corte son relevantes para conocer la opinión que le merecen al órgano judicial las investigaciones desarrolladas al margen de los procesos judiciales, creemos oportuno su inclusión pese a que, insistimos, las diferencias con las comisiones de la verdad propias de la justicia transicional son notorias.

⁵⁸⁴ Resulta relevante añadir que, en este caso, algunas de las comisiones tenían la capacidad de remitir los casos a las autoridades judiciales (véase Pre-Trial Chamber III: Situation in the Republic of Burundi. Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017. ICC-01/17-9-Red, 9 November 2017, punto 153).

⁵⁸⁵ Sin embargo, Burundi también creó una comisión de la verdad que no se menciona, en ningún momento, en el examen de admisibilidad. Para conocer más de cerca el caso de Burundi y los instrumentos de justicia

inactivas con respecto a los casos potenciales sobre los que ejercería su competencia la Corte⁵⁸⁶. De hecho, se ha señalado que:

“152. (...) a national investigation merely aimed at the gathering of evidence does not lead, in principle, to the inadmissibility of any cases before the Court, considering that, for the purposes of complementarity, an investigation must be carried out with a view to conducting criminal prosecutions. According to article 1 of the Statute, the fundamental purpose of the Court is to prosecute those responsible for the most serious crimes of international concern in a manner complementary “to national criminal jurisdictions”. Therefore, on the basis of this wording, national investigations that are not designed to result in criminal prosecutions do not meet the admissibility requirements under article 17(1) of the Statute.”⁵⁸⁷

En términos muy similares se pronunciaron también los jueces de la Corte en la situación de Costa de Marfil en la que, a propósito de otra comisión de investigación creada, se concluyó que:

“To the knowledge of the Prosecution this commission has not conducted, and is not intended to conduct, criminal investigations against the persons bearing the greatest responsibility for the most serious crimes falling within the jurisdiction of the Court that were committed in the context of the post-election violence in Côte d’Ivoire.”⁵⁸⁸

En fechas más recientes, encontramos pronunciamientos muy similares en la situación de Myanmar⁵⁸⁹, en la que se reitera que son únicamente las investigaciones penales las que pueden hacer la situación inadmisibile ante la Corte⁵⁹⁰. Si bien, al igual que en el caso de Burundi, en esta situación también se procede a analizar las investigaciones desarrolladas por diversas comisiones de investigación⁵⁹¹ lo cierto es que se acaba concluyendo que en ninguna de ellas se produce una investigación efectiva que conlleve un posterior enjuiciamiento penal, circunstancia que provoca la admisibilidad del asunto⁵⁹².

transicional creados, acúdase al Informe elaborado por el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/30/42/Add.1, *op.cit.*

⁵⁸⁶ Pre-Trial Chamber III: Situation in the Republic of Burundi. Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017. ICC-01/17-9-Red, 9 November 2017, punto 181.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, punto 152.

⁵⁸⁸ Situation in the Republic of Côte d’Ivoire. Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15. ICC-02/11-3, 23 June 2011, punto 51.

⁵⁸⁹ Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of The Union of Myanmar, Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15, ICC-01/19-7, 4 July 2019.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, punto 233.

⁵⁹¹ *Ibid.*, punto 233.

⁵⁹² *Ibid.* puntos 235 – 236 y 247 – 260.

Si bien estas decisiones de la Corte se refieren a determinadas comisiones de investigación creadas por los Estados, a nuestro juicio, las conclusiones podrían resultar aplicables al examen de admisibilidad llevado a cabo ante *ciertas* comisiones de la verdad, a pesar de ser conscientes de las notables diferencias existentes entre ambos mecanismos. Y es que, consideramos que las siguientes declaraciones de la Oficina de la Fiscalía podrían corroborar, hasta cierto punto, esta posición que mantenemos: “si bien la Fiscalía de la CPI tiene presente la aplicación de otros componentes de la justicia transicional, como las comisiones de la verdad o los programas de reparaciones, su mandato obviamente se relaciona con el primer componente, a saber, los juicios penales”⁵⁹³. Por ello, ha concluido que “una situación de justicia transicional sólo activa el mandato de la Fiscalía de la CPI si las autoridades del Estado en cuestión no están realmente llevando a cabo procesos por tales crímenes”⁵⁹⁴. Precisamente, a propósito de los “procesos” ha aclarado que:

“el Estatuto de Roma hace referencia a procesos penales en el sentido tradicional, esto es, procesos que involucran un enjuiciamiento penal, una decisión acerca de la culpabilidad o inocencia de la persona imputada y, en caso de condena, la imposición de una sanción penal. Los procesos de naturaleza no penal, como los procesos para establecer reparaciones para las víctimas, podrían ser tomados en consideración a los efectos de analizar la seriedad de los esfuerzos nacionales, en el contexto de una evaluación holística, pero, en sí mismos, no tornarían un caso inadmisibles ante la CPI”⁵⁹⁵.

Admitiendo, por lo tanto, que actualmente las comisiones de la verdad no van a hacer el asunto inadmisibles ante la Corte, es posible mantener cierta esperanza y no convertir a estos mecanismos en un instrumento insignificante. Y es que, como comprobaremos a continuación, el trabajo que las comisiones desarrollan puede ser empleado en posteriores mecanismos transicionales. De hecho, incluso la Fiscalía ha admitido que: “esto no significa que los otros aspectos de un sistema de justicia transicional, como las comisiones de la verdad o las reparaciones, resulten irrelevantes para la CPI. Significa simplemente

⁵⁹³ Keynote speech by James Stewart: "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, p. 2. Esta misma idea la repitió unos años después en: James Stewart: "El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia", *op.cit.*, punto 46.

⁵⁹⁴ Keynote speech by James Stewart: "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, p. 2; James Stewart: "El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia", *op.cit.*, punto 49. Conviene añadir que el Fiscal Adjunto posteriormente aclara que “la evaluación de si una actuación es genuina necesariamente se refiere a los procesos nacionales específicos en casos puntuales, no a los mecanismos de justicia transicional o al sistema judicial nacional en su conjunto” (*Ibid.*, pp. 9 – 10).

⁵⁹⁵ *Ibid.*, puntos 53 y 54.

que estos mecanismos no constituyen el foco de atención principal de la Fiscalía en su análisis respecto de si un caso es admisible ante la CPI⁵⁹⁶.

Pues bien, siendo este el estado de la cuestión, en las líneas que siguen a continuación trataremos de demostrar que las comisiones de la verdad tienen un relevante papel que desempeñar a la hora de esclarecer los hechos que dieron lugar a la comisión de los crímenes internacionales. Y es que, teniendo en cuenta la minuciosa investigación que éstas llevan a efecto, qué duda cabe que el material recopilado tiene “cierto” potencial para ser empleado en futuros procesos penales y, por ende, también los que se desarrollan ante la Corte Penal Internacional.

3. La Corte Penal Internacional y los informes de las comisiones de la verdad

3.1 Antecedentes: la histórica relación entre las comisiones de la verdad y los procesos judiciales penales

La posible relación entre las comisiones de la verdad y los procesos judiciales penales no ha surgido a raíz de la creación de este órgano de justicia internacional permanente⁵⁹⁷. Si bien los casos más notorios de relación entre una comisión de la verdad y un posterior proceso penal fueron los que tuvieron lugar en Sierra Leona⁵⁹⁸ o Timor-Este, lo cierto es que han existido otros casos en los que también se han tratado de establecer vínculos entre estos dos órganos principales de la justicia transicional⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ *Ibid.* puntos 47 – 48.

⁵⁹⁷ También se debatió sobre la posible creación de una comisión de la verdad en Camboya (Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas...*, *op.cit.*, pp. 341 – 342; Dugard, John, "Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions", *op.cit.*, p. 694). A nivel meramente interno, debemos añadir que suelen destacarse los casos de Perú y El Salvador ya que, en ambos, se crearon comisiones con “capacidad” de remitir la información a los tribunales (si bien, con diversos resultados). Véase el siguiente estudio que analiza los Estados citados: Stahn, Carsten, "La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional" en Rettberg, Angelika (Comp.), *Entre el perdón y el perdón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005, pp. 91 – 92; Popkin, Margaret, "The Salvadoran Truth Commission and the Search for Justice", *Criminal Law Forum*, Vol. 15, 2004, pp. 105 – 124; González Cueva, Eduardo, "The contribution of the Peruvian Truth and Reconciliation Commission to Prosecutions", *Criminal Law Forum*, Vol. 15, 2004, pp. 55 – 66; Laplante, Lisa J. and Theidon, Kimberly, "Truth with Consequences: Justice and Reparations in Post-Truth Commission Peru", *Hum. Rts. Q.*, Vol. 29, 2007, pp. 228 – 250.

⁵⁹⁸ A este respecto conviene recordar que el Acuerdo de paz de Lomé preveía el establecimiento de una comisión de la verdad (artículo 26.1 del Acuerdo de paz de Lomé). Véase también el artículo 15 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona.

⁵⁹⁹ No obstante, son escasos los estudios que proceden a analizar cómo podrían ser las relaciones entre estos dos importantes mecanismos (véase como se califica esta omisión en: Dukalskis, Alexander, "Interactions in Transition: How Truth Commissions and Trials Complement or Constrain Each Other", *International Studies Review*, Vol. 13, 2011, pp.432 – 433). En definitiva, como concluye Hayner, “aún hay mucho que

Así, y pese a que se suele pasar por alto en la doctrina internacional penalista, conviene recordar que el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia tuvo que pronunciarse sobre la posible actuación paralela entre el Tribunal y una hipotética comisión de la verdad que pudiera llegar a establecerse en Bosnia-Herzegovina⁶⁰⁰. De hecho, como explica Stahn, cuando el TIPY comenzó su trabajo, se puso de manifiesto que únicamente podría lidiar con un número reducido de casos y, por ello, comenzaron a oírse ciertas propuestas a favor de una comisión de la verdad⁶⁰¹. Sin embargo, en el seno del Tribunal, se expresó preocupación ante la idea de un mecanismo paralelo y, por ello, en un inicio⁶⁰², determinadas autoridades⁶⁰³ mostraron su reticencia a que la comisión funcionara mientras el órgano judicial se hallara ejerciendo su jurisdicción⁶⁰⁴.

No obstante, en el año 2001, se publicó una conferencia del Presidente del Tribunal, el Sr. Claude Jorda, en la que, bajo el título “The ICTY and the Truth and Reconciliation Commission in Bosnia and Herzegovina”⁶⁰⁵, acabó mostrando su aceptación a una posible

analizar sobre cuál es y debe ser la relación entre estos dos procesos paralelos y a veces superpuestos para investigar crímenes a gran escala” (Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas...*, *op.cit.*, p. 177). Una de las razones que puede explicar esta aparente laguna radica en que, en realidad, en escasas ocasiones se han establecido estos dos mecanismos de manera conjunta (Bisset, Alison, *Truth Commissions and Criminal Courts*, *op.cit.*, p. 74).

⁶⁰⁰ Es importante precisar que no nos estamos refiriendo a la comisión de investigación que se creó con anterioridad a la creación del Tribunal y que investigó los crímenes internacionales que se estaban cometiendo. Sobre la misma véase Frulli, Micaela, "Fact-Finding or Paving the Road to Criminal Justice: Some Reflections on United Nations Commissions of Inquiry", *op.cit.*, pp. 1326 – 1327; Mariniello, Triestino, "The Impact of International Commissions of Inquiry on the Proceedings before the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 173 – 175.

⁶⁰¹ Stahn, Carsten, "La geometría de la justicia transicional...", *op.cit.*, pp. 117 – 119. Curiosamente, esta comisión tenía en mente el modelo sudafricano y, por ello, se propuso, ni más ni menos, que las personas que acudieran a la comisión pudieran solicitar una amnistía siempre y cuando no se tratara de uno de los crímenes sobre los que ejercía su jurisdicción el Tribunal *ad hoc* (*Ibidem*).

⁶⁰² Como aclara Hayner, “la perspectiva del TIPY cambió en los años siguientes y acabó suavizando su postura para aceptar que la comisión de la verdad podría desempeñar un papel” (Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas...*, *op.cit.*, p. 207).

⁶⁰³ Como explica Schabas, son llamativas las diferentes y contradictorias opiniones que se expresaron en el seno del propio Tribunal. Por ejemplo, como señala el autor, dos expertos conocedores del Derecho Internacional como Louse Arbour y Richard Goldston mantenían posiciones encontradas sobre esta cuestión lo que, como concluye el especialista, da buena muestra de la complejidad que suscita esta cuestión (Schabas, William A., (Chair), ‘Truth Commissions, Accountability and the International Criminal Court, Commentary by Stephan Parmentier’, en van Genugten, Willem J.M., Scharf, Michael P. and Radin, Sasha E., *Criminal Jurisdiction 100 Years After the 1907 Hague Peace Conference : proceedings of the eighth Hague Joint Conference held in The Hague, the Netherlands, 28-30 June 2007*, The Hague, TMC Asser, 2009, pp. 112 – 113).

⁶⁰⁴ Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas...*, *op.cit.*, p. 206. Véase también Stahn, Carsten, "La geometría de la justicia transicional...", *op.cit.*, pp. 117 – 119.

⁶⁰⁵ "The ICTY and the Truth and Reconciliation Commission in Bosnia and Herzegovina", President Claude Jorda's speech made on 12 May 2001 in Sarajevo. The Hague, 17 May 2001. JL/P.I.S./591-e. Disponible online en: <http://www.icty.org/en/press/icty-and-truth-and-reconciliation-commission-bosnia-and-herzegovina>.

función complementaria de la comisión con respecto al Tribunal que presidía⁶⁰⁶. En ella, tras aclarar que la creación de la comisión era una decisión que competía a las autoridades nacionales, matizaba que este órgano no podía desconocer el establecimiento previo del Tribunal Penal Internacional ni podía ir en contra de la propia misión del mismo⁶⁰⁷. Ahora bien, reconocía que la comisión podría completar los límites⁶⁰⁸ del órgano judicial contribuyendo, así, a su reforzamiento⁶⁰⁹. Es más, analizaba el posible reparto competencial entre los casos que recaerían dentro de la jurisdicción del Tribunal y los que podrían conocerse en el seno de la comisión y concluía que los perpetradores de menor rango podrían participar ante la segunda ya que, admitía, éstos no serían una prioridad para el órgano judicial internacional⁶¹⁰.

En el seno de las Naciones Unidas también parecía aceptarse esta visión más integradora entre los diversos mecanismos ya que, sin desconocer el apoyo que debía otorgarse a los Tribunales Internacionales Penales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda⁶¹¹, se propuso que se estudiara “la manera de apoyar otras iniciativas

⁶⁰⁶ *Ibidem*. Es más, reconocía expresamente los límites del órgano judicial y, por ello, concluía que, por esa razón, era partidario de la creación de una comisión de la verdad que complementara la labor del Tribunal.

⁶⁰⁷ *Ibidem*.

⁶⁰⁸ A este respecto, resulta sumamente interesante leer la declaración completa del Presidente del Tribunal ya que incide en muchos de los puntos que hemos ido apuntando a lo largo del presente trabajo. Concretamente, argumentó que: “The scope of the International Tribunal’s “peace-making” is nonetheless limited. It cannot try all the perpetrators of serious violations of humanitarian law committed during a conflict which lasted more than five years. As you can easily understand, doing so would be physically impossible and, more importantly, require far too much time. In the long term, this would risk undermining the reliability of the testimony and do damage to the credibility of the International Tribunal. Ideally, the Tribunal’s priority should be to try the highest ranking military and political leaders, that is, those who through the great responsibilities which were theirs and the seriousness of the crimes ascribed to them by the Prosecutor truly endangered international public order. Nor can the International Tribunal hear the tens of thousands of victims. Only those considered useful towards the establishment of the truth are invited to testify and even they cannot claim compensation for the harm they suffered. It is not the mission of the International Tribunal to analyse all of the historical, political, sociological and economic causes which converged to give rise to the war. Instead, it must review what happened only from the specific angle of the criminal responsibility of the perpetrators. Finally, the International Tribunal alone cannot accomplish all the work of memory required for the reconstruction of a national identity” (“The ICTY and the Truth and Reconciliation Commission in Bosnia and Herzegovina”, President Claude Jorda’s speech made on 12 May 2001 in Sarajevo, JL/P.I.S./591-e., *op.cit.*).

⁶⁰⁹ *Ibidem*.

⁶¹⁰ *Ibidem*. Ahora bien, en el caso de estas personas que no fueran consideradas máximos responsables, el Presidente del Tribunal no estaba dispuesto a admitir la exención de responsabilidad penal. Es más, rechazaba de pleno la posibilidad de que estas personas pudieran beneficiarse de una amnistía como ocurrió en el modelo sudafricano. Por ello, lo que proponía es que estos casos pudieran ser considerados como un atenuante a la hora de imponer la respectiva sentencia (*Ibidem*).

⁶¹¹ En el caso de Ruanda también se ha defendido la necesidad de crear una comisión de la verdad. Para profundizar en esta cuestión consúltese el estudio de: Sarkin Jeremy, “Preconditions and processes for establishing a Truth and Reconciliation Commission in Rwanda - the possible interim role of Gacaca community courts”, *Law, Democracy and Development*, Vol. 3, No.2, 1999, pp. 223 - 237. En todo caso, conviene distinguir los intentos o propósitos de crear una comisión de la verdad, de la comisión de investigación que se estableció para investigar los hechos que se estaban produciendo en Ruanda. Para profundizar en las vicisitudes de esta comisión de investigación: Frulli, Micaela, “Fact-Finding or Paving

encaminadas a establecer mecanismos judiciales, así como comisiones de la verdad y la reconciliación y otras comisiones de investigación que puedan contribuir a poner fin a la impunidad”⁶¹². No obstante, pese a este aparente apoyo internacional, y como el tiempo se ha encargado de demostrar, en ninguno de los dos casos se acabó estableciendo una comisión de la verdad que complementara el trabajo de los tribunales *ad hoc*.

Donde sí que se estableció cierto reparto competencial entre diversos mecanismos fue en el caso de Timor-Este, experiencia de la que podemos extraer interesantes lecciones⁶¹³. Y es que, en este Estado se empleó “una variante del modelo ‘amnistía a cambio de verdad’ que ha sido considerado aceptable a nivel tanto internacional como nacional”⁶¹⁴.

En esta ocasión, en un plano al menos teórico, las personas que hubieran cometido delitos graves, deberían de ser enjuiciadas en los Paneles Especiales para Crímenes Graves⁶¹⁵. Sin embargo, junto con los procesos penales, se creó una “Comisión para la Acogida, la Verdad y la Reconciliación”⁶¹⁶ con competencia para:

“anular la responsabilidad penal y civil en delitos no graves siempre que hubiera un reconocimiento o disculpa completos y se prestaran servicios comunitarios o un pago simbólico acordado a la víctima o a la comunidad. Todo ello se estructuró en torno a los procesos tradicionales de resolución de conflictos utilizados en las

the Road to Criminal Justice: Some Reflections on United Nations Commissions of Inquiry”, *op.cit.*, p. 1328; Mariniello, Triestino, “The Impact of International Commissions of Inquiry on the Proceedings before the International Criminal Court” en Henderson, Christian (Ed.), *Commissions of Inquiry: Problems and Prospects*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, p. 176.

⁶¹² Resolución sobre impunidad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2005/81, de 21 de abril de 2005, aprobada sin votación, 60ª sesión, punto 11. Ahora bien, tal y como se señala en la citada Resolución, la labor de estos mecanismos debería de ser “complementaria del papel esencial que desempeñan los mecanismos judiciales” (punto 14).

⁶¹³ Este caso concreto ha sido analizado en: Stahn, Carsten, “Accommodating Individual Criminal Responsibility and National Reconciliation: The UN Truth Commission for East Timor”, *American Journal of International Law*, Vol. 95, 2001, pp. 952 - 966. Consúltese también: Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, vol. 2, New York, Cambridge University Press, 2013, pp. 145 – 147. Véase más información en: <https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/timor-leste>

⁶¹⁴ *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, *op.cit.*, (HR/PUB/06/1), p. 13. Es más, ha sido calificado como “un modelo de justicia nuevo e integrado” (Stahn, Carsten, “La geometría de la justicia transicional...”, *op.cit.*, p. 94). A juicio del experto, este modelo sí que cumple con los estándares internacionales (Stahn, Carsten, “Accommodating Individual Criminal Responsibility and National Reconciliation: The UN Truth Commission for East Timor”, *op.cit.*, p. 965 – 966).

⁶¹⁵ A pesar de que ésta sea la verdadera razón de ser de los Paneles Especiales, lo cierto es que, como se ha señalado, en la mayoría de casos se condenó a “acusados de perfil relativamente bajo” (Centro Internacional para la Justicia Transicional, Paneles Especiales para Crímenes Graves en Dili (Timor Oriental), disponible online en: https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Factsheet-Timor-Oriental_0.pdf

⁶¹⁶ La Comisión comenzó a funcionar en el año 2002 y presentó su informe en el año 2005. Las normas que crean el mandato de la Comisión pueden consultarse en: <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/untaetR/Reg10e.pdf>

Así mismo, si se desea consultar el informe final publicado (cuya referencia es: Chega! , Final Report of the Commission for Reception, Truth and Reconciliation for East Timor, January 2006) acúdase a: <http://www.cavr-timorleste.org/en/chegaReport.htm>

comunidades de Timor-Leste e implantados localmente gracias a la incorporación de dirigentes comunitarios y la integración de las tradiciones”⁶¹⁷.

La diferencia fundamental con el caso de Sierra Leona que estudiaremos a continuación radica en que en Timor-Este se procedió a regular previamente la relación entre ambos mecanismos⁶¹⁸. De esta manera, desde el inicio quedó establecido que solo en los casos en los que se hubieran cometido delitos menos graves⁶¹⁹ se podía acudir al proceso ante la Comisión⁶²⁰ -donde, tras admitir los hechos cometidos y pedir disculpas, se imponía, entre otros⁶²¹, la obligación de prestar ciertos servicios en beneficio de la comunidad como sanción alternativa⁶²². Es decir, la Comisión no impidió que se llevaran a cabo los correspondientes procesos penales respecto de los delitos más graves⁶²³, sino que, incluso, contribuyó a aliviar la carga de trabajo del sistema judicial⁶²⁴. Ahora bien, tal y como recoge el propio informe de la Comisión, el resultado no siempre fue el esperado. Y es que, si bien muchos de los menores responsables acabaron dando cuenta de los delitos cometidos ante la Comisión, los que bien pudieran ser considerados como

⁶¹⁷*Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad, op.cit.*, (HR/PUB/06/1), p. 13. Tal y como se concluye, “dado que la exención penal depende de la prestación de servicios comunitarios o de un pago y es supervisada por un tribunal local, se parece más a una transacción negociada y no se considera una amnistía”. En un sentido similar: Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías, *op.cit.*, (HR/PUB/09/1), pp. 33 – 34.

⁶¹⁸ <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/untaetR/Reg10e.pdf> Para conocer más de cerca las relaciones entre ambos mecanismos, acúdase a: Burgess, Patrick, "Justice and reconciliation in East Timor. The relationship between the Commission for Reception, truth and reconciliation and the Courts", *Criminal Law Forum*, Vol. 15, 2004, pp. 135 – 158. En todo caso, las características básicas que conviene conocer es que ambos mecanismos funcionaron de manera simultánea y complementaria (Mallinder, Louise, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions...*, *op.cit.*, pp. 104 – 106).

⁶¹⁹ Para supervisar este extremo se procedía de la siguiente manera: “Las solicitudes de los perpetradores eran revisadas por la fiscalía de la Unidad de Delitos Graves, que tenía potestad para apartar a la persona del proceso de reconciliación comunitaria si existían pruebas de que había participado en la comisión de un delito grave” (Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas...*, *op.cit.*, pp. 92 – 96).

⁶²⁰ El proceso que se seguía ante la Comisión lo explica Hayner de la siguiente manera: “Basándose en el proceso indígena de adat de Timor Oriental, la comisión facilitó y supervisó directamente estos acuerdos, que se negociaron a través de paneles comunitarios organizados por miembros regionales con la participación de los dirigentes tradicionales, la comunidad afectada y las propias víctimas. Un tribunal aprobaba los acuerdos finales y el pleno cumplimiento del acuerdo se traducía en un descargo de las responsabilidades penales y civiles derivadas del delito” (Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas...*, *op.cit.*, pp. 92 – 96).

⁶²¹ Tal y como añade Hayner, las personas podían “acceder a prestar servicios a la comunidad, efectuar pagos simbólicos de reparación o disculparse públicamente para facilitar su regreso” (*Ibidem.*). Véase también Stahn, Carsten, "Accommodating Individual Criminal Responsibility and National Reconciliation: The UN Truth Commission for East Timor", *op.cit.*, pp. 963 – 965.

⁶²² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), p. 9; Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas, op.cit.*, pp. 92 – 96.

⁶²³ CAVR, *Chega!* The report, 2005, Part 9 Community Reconciliation, p.11. Disponible online en: <http://www.etan.org/etanpdf/2006/CAVR/09-Community-Reconciliation.pdf>

⁶²⁴ Stahn, Carsten, "La geometría de la justicia transicional...", *op.cit.*, p. 94.

máximos responsables escaparon tanto del ámbito de la Comisión como de los propios Paneles Especiales, algo difícilmente comprensible para la población local⁶²⁵. Es cierto que estos resultados ensombrecen, en gran medida, las interesantes relaciones que se establecieron entre mecanismos transicionales. Sin embargo, creemos que sirven para mostrar que es posible establecer una relación complementaria entre los diferentes mecanismos si se procede a regular previamente los cauces de coordinación, de cooperación y se prevé cierto reparto de competencias.

Una situación muy diferente es la que se produjo en Sierra Leona donde, como adelantábamos previamente, tuvo lugar una de las relaciones más notorias entre una comisión de la verdad y un órgano judicial penal⁶²⁶. En este sentido conviene recordar que, cuando se firmó el Acuerdo de paz de Lomé, en el año 1999, únicamente se contemplaba el establecimiento de una comisión de la verdad⁶²⁷ que, en teoría, iba a funcionar como una alternativa a cualquier tipo de proceso penal⁶²⁸. Sin embargo, en el año 2000, el Presidente de Sierra Leona solicitó a las Naciones Unidas ayuda para

⁶²⁵ CAVR, *Chega!* The report, 2005, *op.cit.*, Part 9 Community Reconciliation, punto 148.

⁶²⁶ Las relaciones en ocasiones conflictivas que se produjeron entre ambos mecanismos han sido estudiadas por: Schabas, William A., "Internationalized Courts and their Relationship with Alternative Accountability Mechanisms: The Case of Sierra Leone" en Romano, Nollikaemper and Kleffner (Eds.), *Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 157 – 180; Schabas, William A., "A synergistic relationship: the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone", *Criminal Law Forum*, Vol. 15, 2004, pp. 3 - 54; Schabas, William A., "Conjoined Twins of Transitional Justice - The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court", *J. Int'l Crim. Just.*, Vol. 2, 2004, pp. 1082 - 1099; Schabas, William A., "The Relationship between Truth Commissions and International Courts: The Case of Sierra Leone", *Hum. Rts. Q.*, Vol. 25, 2003, pp. 1035 - 1066; Evenson, Elizabeth M., "Truth and Justice in Sierra Leone: Coordination between Commission and Court", *Colum. L. Rev.*, Vol. 104, 2004, pp. 730 - 767; Tejan-Cole, Abdul, "The complementarity and conflict relationship between the Special Court for Sierra Leone and the Truth and Reconciliation Commission", *Yale Human Rights and Development Journal*, Vol. 6, 2014, pp. 139 - 159; Nkansah, Lydia A., "The dance of truth and justice in postconflict peacebuilding in Sierra Leone", *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 23, Issue, 2, 2015, pp. 199 – 225; Boister, Neil, "Failing to get to the Heart of the Matter in Sierra Leone? The Truth Commission is Denied Unrestricted Access to Chief Hinga Norman", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 1100 - 1117; Nesbitt, Michael, "Lessons from the Sam Hinga Norman Decision of the Special Court for Sierra Leone: How Trials and Truth Commissions Can Co-Exist", *German L.J.*, Vol. 8, 2007, pp. 977 - 1014; Sesay, Alpha, "To Compete or to Complement? Assessing the Relationship between the Sierra Leone Special Court and the Truth and Reconciliation Commission", *op.cit.*, pp. 481 – 502; James-Allen, Paul, Lahai, Seku B.S. and O'Connell, Jamie, *Sierra Leone's Truth and Reconciliation Commission and Special Court: A Citizen's Handbook*, 2003.

⁶²⁷ Puede consultarse un excelente resumen de este caso en: <https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/sierra-leone> Sobre la Comisión de la verdad véase: Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, vol. 3, *op.cit.*, p. 431.

⁶²⁸ Schabas, William A., "A synergistic relationship: the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone", *op.cit.*, pp. 3 – 6.

establecer una Corte Especial con competencia para enjuiciar a los máximos responsables⁶²⁹.

Como cabe apreciar, a pesar de que no se previó de antemano el establecimiento conjunto de la Comisión y la Corte Especial⁶³⁰, la actuación de ambos mecanismos coincidió en el mismo espacio temporal⁶³¹. Precisamente, esta escasa previsión conllevó que, más allá de reconocer la complementariedad entre ambos mecanismos⁶³² y la necesidad de “determinar claramente los vínculos y las posibles separaciones entre ellos”⁶³³, no hubiera “ninguna disposición que especificara cómo debían de ser las relaciones entre ambos”⁶³⁴.

En un inicio, una de las cuestiones que más preocupaba era que la Corte Especial pudiera obtener la información reunida por la propia Comisión⁶³⁵. No obstante, esta laguna jurídica se solventó de manera informal⁶³⁶ mediante declaraciones en las que se mostraba el compromiso de respetar la confidencialidad de la Comisión⁶³⁷. Así, tras este tácito compromiso, el reparto de competencias parecía claro: la Corte Especial para Sierra

⁶²⁹ <https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/sierra-leone>

⁶³⁰ Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, vol. 2, *op.cit.*, p. 427.

⁶³¹ Tanto la Comisión de la Verdad como la Corte Especial comenzaron a funcionar en el año 2002 (<https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/sierra-leone>).

⁶³² Véase, por ejemplo, cómo se alude a la relación complementaria que debería de producirse entre ambos en: Letter dated 12 January 2001 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council. S/2001/40, 12 January 2001, punto 9; Carta de fecha 6 de marzo de 2002 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General. S/2002/246, 8 de marzo de 2002, punto 53a). Junto con el carácter complementario, en los puntos b) y c) siguientes se mencionan la independencia de cada una de las instituciones y la necesidad de determinar ciertas prioridades (Comisión De Derechos Humanos, 58º período de sesiones, Tema 9 del programa provisional: Cuestión de la violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquier parte del mundo: Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, presentado de conformidad con la resolución 2001/20 de la Comisión de Derechos Humanos Situación de los derechos humanos en Sierra Leona. E/CN.4/2002/37, 18 de febrero de 2002, punto 70).

⁶³³ Carta de fecha 6 de marzo de 2002 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General. S/2002/246, *op.cit.*, punto 48.

⁶³⁴ Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas...*, *op.cit.*, p. 121. Si bien en no pocas ocasiones se critica, y con razón, el funcionamiento paralelo que se produjo en Sierra Leona entre el tribunal y la comisión, no tenemos que olvidar que su actividad simultánea no estaba prevista. Por esta razón, podríamos concluir argumentando que, de haberse creado directrices que regularan el funcionamiento conjunto de ambos mecanismos desde un inicio, muchas de los conflictos se podrían haber evitado y, tal vez, el resultado hubiera sido el opuesto.

⁶³⁵ Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas...*, *op.cit.*, pp. 120 – 124. Véase la propuesta que se realizó en: Carta de fecha 6 de marzo de 2002 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General. S/2002/246, 8 *op.cit.*, punto 55.

⁶³⁶ Precisamente, una de las lecciones que deja la experiencia es que la relación entre ambos mecanismos transicionales debería regularse con anterioridad al funcionamiento efectivo de los órganos (Bisset, Alison, *Truth Commissions and Criminal Courts*, *op.cit.*, p. 100).

⁶³⁷ Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas...*, *op.cit.*, pp. 120 – 124; Schabas, William A., "A synergistic relationship: the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone", *op.cit.*, pp. 3 - 54; Schabas, William A., "Conjoined Twins of Transitional Justice...", *op.cit.*, pp. 1082 – 1099.

Leona únicamente ejercería su jurisdicción respecto de los máximos responsables y el resto de supuestos, entre los que se encontraban los casos concernientes a los menores responsables⁶³⁸, serían competencia de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación. Sin embargo, surgieron ciertas tensiones cuando uno de los acusados mostró su intención de testificar ante la comisión de la verdad⁶³⁹.

Tal y como este caso puso de manifiesto, debemos reconocer que no son baladíes las posibles tensiones que pueden producirse entre los dos mecanismos de la justicia transicional cuando actúan en el mismo período temporal y conocen de los mismos hechos. Precisamente, los conflictos que se generaron ante la posibilidad de que la información recopilada por la comisión pudiera ser empleada en ulteriores procesos penales o que los acusados ante los segundos pudieran ofrecer sus testimonios ante la primera, ha provocado numerosas especulaciones acerca de cómo debería de ser la relación de cualquier tribunal con una posible comisión de la verdad⁶⁴⁰.

Así, por ejemplo, a juicio de determinados expertos, las comisiones de la verdad no deberían de verse obligadas a proporcionar la información de la que disponen a los órganos judiciales⁶⁴¹. Una de las razones que se suele alegar es que, si se procediera de esa manera, muchas personas no testificarían ante una comisión por el miedo a que su caso sea enviado a un tribunal lo que, añaden, sería un grave obstáculo para el esclarecimiento completo de la verdad⁶⁴².

⁶³⁸ Security Council says Sierra Leone war crimes court should target top leaders only, 28 Dec 2000. Disponible online en: <https://reliefweb.int/report/sierra-leone/security-council-says-sierra-leone-war-crimes-court-should-target-top-leaders>

⁶³⁹ Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, vol. 2, *op.cit.*, pp. 427 – 430. Lease de manera detallada este caso en: Schabas, William A., "A synergistic relationship: the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone", *op.cit.*, pp. 3 - 54; Schabas, William A., "Conjoined Twins of Transitional Justice...", *op.cit.*, pp. 1082 – 1099. Sobre esta cuestión, puede consultarse también: Practice Direction on the procedure following a request by a State, the Truth and Reconciliation Commission, or other legitimate authority to take a statement from a person in the custody of the Special Court for Sierra Leone. Adopted 9 September 2003. Amended 4 October 2003.

⁶⁴⁰ Conviene aclarar que, en el caso de Timor-Este, no se produjo esta tensión. Y ello a pesar de que la información recopilada por la Comisión sí que podía ser remitida al sistema judicial e, incluso, éste podía requerírsela: Totten, Christopher D., "The International Criminal Court and Truth Commissions: A Framework for Cross-Interaction in the Sudan and Beyond", *op.cit.*, p. 12; Burgess, Patrick, "Justice and reconciliation in East Timor...", *op.cit.*, pp. 135 – 158 (especialmente las páginas 153 – 155).

⁶⁴¹ Bisset, Alison, *Truth Commissions and Criminal Courts*, *op.cit.*, pp. 100 – 102. Y es que, a juicio de la autora, sería perjudicial que las comisiones fueran vistas como el brazo investigador de los órganos judiciales.

⁶⁴² *Ibid.*, p. 188; Schabas, William A., "Introduction" en Schabas, William A. and Darcy, Shane (Eds.), *Truth Commissions and Courts: The Tension Between Criminal Justice and the Search for Truth*, The Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 2004, p. 2.

Sin embargo, nuestra posición es mucho más abierta a la posible interrelación entre los mecanismos de la justicia transicional. Y es que, si se crearan de manera armoniosa y se regularan⁶⁴³ minuciosamente los posibles conflictos que pudieran llegar a surgir, así como las garantías mínimas que deberían de respetarse, creemos que podría lograrse esa justicia más completa que es, en última instancia, el objetivo principal de la justicia transicional. Es más, la información recopilada por la Comisión y el extenso informe que posteriormente se publica *puede* contribuir a lograr a una mayor celeridad en la preparación de los ulteriores procesos penales⁶⁴⁴. Ahora bien, debemos reconocer que este traspaso de información es una de las cuestiones que más polémica suele suscitar a la hora de valorar la relación entre ambos mecanismos⁶⁴⁵.

Dado que un desarrollo detallado de esta cuestión excede el objeto de estudio del presente trabajo⁶⁴⁶, en las líneas que siguen a continuación nos limitaremos a encuadrar

⁶⁴³ A propósito de la regulación, Stahn, por ejemplo, ha defendido que son necesarias “reglas organizacionales claras, con el fin de funcionar correctamente y evitar conflictos por cruce de competencias” (Stahn, Carsten, “La geometría de la justicia transicional...”, *op.cit.*, p. 126). Véanse también los siguientes principios que se enumeran en el siguiente trabajo con la finalidad de “reconciliar” a ambos mecanismos: Sunga, Lyal S., “Ten Principles for Reconciling Truth Commissions and Criminal Prosecutions”, *op.cit.*, pp. 1103 – 1104.

⁶⁴⁴ Ahora bien, esta opción por la que optamos no significa que el establecimiento de la comisión deba de ser, siempre y en todo momento, el primer mecanismo transicional que se cree en el Estado. Y es que, no consideramos que sea posible retrasar por un tiempo indeterminados los procesos judiciales (en tanto en cuanto se publique el informe de la comisión) ya que, desde el punto de vista del Derecho Internacional, este hecho podría implicar la vulneración de ciertas obligaciones jurídicas (véanse los interesantes argumentos que se esgrimen sobre estas dificultades jurídicas tomando como base el Estatuto de Roma, en: Bisset, Alison, *Truth Commissions and Criminal Courts*, *op.cit.*, pp. 65 – 71). Sin embargo, determinados expertos sí que consideran que se podrían establecer ciertas prelación en el momento de instaurar los mecanismos de la justicia transicional. Desde estas perspectivas, no es infrecuente que se acabe concluyendo que una comisión de la verdad debería de ser el primer instrumento a implementar: Roth - Arriaza, Naomi, Schey, Peter A. and Shelton, Dinah, “Addressing Human Rights Abuses: Truth Commissions and the Value of Amnesty”, *op.cit.*, p. 338; Kritz, Neil J., “War Crimes and Truth Commissions: Some Thoughts on Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights”, *op.cit.*, pp. 14 – 16; Torres Argüelles, Alfredo, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, *op.cit.*, pp. 114 - 115. Sin embargo, nos parecen muy interesantes los argumentos que van, precisamente, en dirección contraria. Es decir, aquéllos que defienden que la actuación que se lleva a cabo en el seno de un órgano judicial puede repercutir, también, en una ulterior comisión de la verdad (véase Schabas, William A., (Chair), ‘Truth Commissions, Accountability and the International Criminal Court, Commentary by Stephan Parmentier’, en van Genugten, Willem J.M., Scharf, Michael P. and Radin, Sasha E., *Criminal Jurisdiction 100 Years After the 1907 Hague Peace Conference : proceedings of the eighth Hague Joint Conference held in The Hague, the Netherlands, 28-30 June 2007*, The Hague, TMC Asser, 2009, pp. 116 – 117).

⁶⁴⁵ Por ejemplo, a juicio de Schabas la posible remisión de información a un órgano judicial es una de las mayores dificultades que puede conllevar la relación entre ambos órganos (Schabas, William A., “Introduction” en Schabas, William A. and Darcy, Shane (Eds.), *Truth Commissions and Courts...*, *op.cit.*, p. 2).

⁶⁴⁶ En el presente apartado únicamente nos centraremos en analizar ciertas relaciones que se llegaron a establecer entre comisiones de la verdad y procesos judiciales penales con la finalidad de comprender mejor la actitud de la Corte Penal Internacional cuando se le ha planteado un contexto semejante. No obstante, el campo de análisis de este ámbito es mucho mayor. Por ello, si se desea profundizar con mayor detenimiento entre las posibles dificultades que pueden surgir al tratar de establecer relaciones entre los mecanismos,

este análisis dentro del articulado del Estatuto de Roma y analizaremos cómo ha sido la actitud que la Corte Penal Internacional ha mantenido con respecto a la información recopilada por una comisión de la verdad⁶⁴⁷.

3.2. *El escaso valor otorgado por la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional a los informes de las comisiones de la verdad y las comisiones de investigación*

La experiencia demuestra que investigar los crímenes internacionales es una tarea ingente además de compleja⁶⁴⁸, en la que, como paso previo a dilucidar las concretas responsabilidades penales, resulta imperativo llevar a cabo un minucioso análisis de los crímenes que se han cometido⁶⁴⁹. Además, hay que tener en cuenta que la investigación

consúltese, entre otros: Bisset, Alison, *Truth Commissions and Criminal Courts*, *op.cit.*; Kirs, Eszter, "Possible Models for the Regulation of Simultaneous Functioning of Truth and Reconciliation Commissions and Criminal Courts", *op.cit.*, pp. 821 - 861; Llewellyn, Jennifer J., "Justice To The Extent Possible - The Relationship Between The International Criminal Court And Domestic Truth Commissions", en Dumont, Hélène et Boisvert, Anne-Maire (Eds.), *La voie vers la Cour Pénale Internationale: Tous les chemins mènent à Rome*, Québec, Éditions Thémis, 2004, pp. 327 - 335; Schabas, William A., "Internationalized Courts and their Relationship with Alternative Accountability Mechanisms: The Case of Sierra Leone", *op.cit.*, pp. 157 - 180; Pampalk, Madalena, "Procedural aspects of the relationship between the International Criminal Court and future truth commissions...", *op.cit.*, pp. 380 - 397; Flory, Philippe, "International Criminal Justice and Truth Commissions...", *op.cit.*, pp. 19 - 42.

⁶⁴⁷ Curiosamente, el Presidente del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, a raíz de la comisión de la verdad que se planteaba crear en Bosnia-Herzegovina, sí que declaró que el órgano judicial debería de tener la competencia para requerir la información que estimara oportuna a la comisión de la verdad ("The ICTY and the Truth and Reconciliation Commission in Bosnia and Herzegovina", President Claude Jorda's speech made on 12 May 2001 in Sarajevo, JL/P.I.S./591-e., *op.cit.*).

⁶⁴⁸ La siguiente doctrina seleccionada se refiere a aspectos relacionados con la complejidad que lleva aparejada la investigación o los enjuiciamientos de los crímenes internacionales: War Crimes Research Office, "Investigative management, strategies, and techniques of the International Criminal Court's Office of the Prosecutor", *International Criminal Court Legal Analysis and Education Project*, October 2012; Birn, Ruth Bettina, "How often Must We Re-Invent the Wheel? Reflections on the Most Efficient Structure of Prosecutions Offices in International Courts and Why It Is Not Generally Used", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 30, 2017, pp. 987 - 1002; Del Ponte, Carla, "Investigation and Prosecution of Large-scale Crimes at the International Level: The Experience of the ICTY", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006, pp. 539 - 558; Harmon, Mark B. and Gaynor, Fergal, "Prosecuting Massive Crimes with Primitive Tools: Three Difficulties Encountered by Prosecutors in International Criminal Proceedings", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 403 - 426. Consúltese un ejemplo concreto de las dificultades que se han producido en uno de los casos investigados en la Corte en: Agirre Aranburu, Xabier and Belli, Roberta, "The ICC and the Darfur Investigation: progress and challenges", Natarajan, Mangai (Ed.), *International Crime and Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 366 - 372.

⁶⁴⁹ Concretamente, tal y como se explica desde la Oficina de la Fiscalía, "In order to prove the responsibility of leaders, the investigation must put emphasis on a comprehensive analysis of crimes committed, in order to piece together patterns and chains of command, and to collect the type of evidence making it possible to establish the criminal responsibility of those who designed the plans, gave the orders or otherwise supervised or failed to prevent the commission of crimes, in accordance with the Statute" (ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, pp. 7 - 8). Véase también The Office of the Prosecutor, Strategic Plan 2016-2018, 15 November 2015, p. 15.

que llevan a cabo los órganos judiciales internacionales se enfrenta a mayores dificultades que las que se presentan a nivel interno ya que se disponen de menos herramientas y existe una manifiesta dependencia de la cooperación⁶⁵⁰ de las autoridades nacionales⁶⁵¹. Por ello, siendo éste el estadio actual de la cuestión, ¿no deberíamos dar la bienvenida a mecanismos como, por ejemplo, las comisiones de la verdad o de investigación⁶⁵² que puedan contribuir a facilitar este ingente trabajo?

Antes de responder a este interrogante, debemos recordar que la Fiscalía⁶⁵³, con el objetivo de “establecer la veracidad de los hechos”⁶⁵⁴ y, así, dilucidar las responsabilidades penales⁶⁵⁵, tiene la función de “recibir remisiones e información corroborada sobre crímenes de la competencia de la Corte para examinarlas y realizar investigaciones o ejercitar la acción penal ante la Corte”⁶⁵⁶. Ahora bien, este envío de información debe someterse al correspondiente escrutinio con la finalidad de determinar si hay fundamento para proceder⁶⁵⁷.

⁶⁵⁰ No obstante, no debemos olvidar que, en teoría, los Estados Parte se hallan obligados a cooperar con la Corte (artículo 86 y 93 del Estatuto de Roma). Si se desea ampliar la información relativa a la cooperación dirigida a lograr una investigación efectiva consúltese: Annex to the "Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor": Referrals and Communications, pp. 4 - 5.

⁶⁵¹ The Office of the Prosecutor, Strategic Plan June 2012-2015, 11 October 2013, p. 13.

⁶⁵² A propósito de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta prevista en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, por ejemplo, sí que se ha reconocido la contribución que ésta “podría aportar al esclarecimiento de los hechos relacionados con supuestas violaciones del derecho internacional humanitario y a la facilitación, según proceda, del enjuiciamiento de los crímenes de guerra, tanto en el plano nacional como ante la Corte” (Resolución ICC-ASP/15/Res.5: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes, *op.cit.*, p. 43).

⁶⁵³ Consúltese las diferentes divisiones de la Oficina en las que se llevan a cabo las diversas tareas en: Regulations of the Office of the Prosecutor. ICC-BD/05-01-09, Date of entry into force: 23th April 2009. Regulation 7: Jurisdiction, Complementarity and Cooperation Division; Regulation 8: The Investigation Division; Regulation 9: The Prosecution Division.

⁶⁵⁴ Artículo 54 del Estatuto de Roma.

⁶⁵⁵ *Ibid.*

⁶⁵⁶ Artículo 42.1 del Estatuto de Roma. Recordemos también que el artículo 15.1 preveía que: “El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte”. Sobre la diferente forma de proceder en función de si se ha producido una remisión o se ha recibido una comunicación: Annex to the "Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor": Referrals and Communications, pp. 1 – 2.

⁶⁵⁷ Artículo 53.1a) del Estatuto de Roma; Regla 29 del Reglamento de la Fiscalía; Regla 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba; Annex to the "Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor": Referrals and Communications, p. 1. A propósito del examen de la información en el transcurso del examen preliminar, consúltese también la Regla 27 del Reglamento de la Fiscalía. Para profundizar con mayor detalle en la primera fase del examen preliminar, que tiene por objeto examinar la información recibida: ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, pp. 20 – 21. Por lo que respecta a la expresión “base razonable”, se ha considerado que: “The term ‘reasonable basis’ requires satisfaction that there exists a sensible or reasonable justification for a belief that a crime falling within the jurisdiction of the Court ‘has been or is being committed. A finding on whether there is a sensible justification should be made bearing in mind the specific purpose underlying this procedure” (Situation in the Republic of Côte d’Ivoire. Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15. ICC-02/11-3, 23 June 2011, punto 37). En un sentido similar: Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into

En el caso de las remisiones, recordemos que éstas pueden provenir de todo Estado Parte y del Consejo de Seguridad. Pues bien, a propósito de las primeras, el Estatuto de Roma establece que deberán especificar “las circunstancias pertinentes y se adjuntará la documentación justificativa de que disponga el Estado denunciante”⁶⁵⁸.

Por lo que respecta a la información recibida (que ha adquirido el nombre de “comunicaciones”⁶⁵⁹) tenemos que tener en cuenta que el Fiscal, al iniciar de oficio una investigación, deberá basar sus actuaciones en las más variadas fuentes⁶⁶⁰. Por ello, el apartado segundo del artículo 15 del Estatuto de Roma señala que:

“El Fiscal analizará la veracidad de la información recibida. Con tal fin, podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte”⁶⁶¹.

Si atendemos a las fuentes “fidedignas” que se acaban de enumerar podemos comprobar que éstas pueden ser muy variadas y que, en todo caso, no suponen un *numerus clausus*⁶⁶². Y es que, tras enumerar la información proveniente de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no

the Situation in the Republic of Kenya. ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010, pp. 13 – 17; The Office of the Prosecutor, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia. Article 53(1) Report. 6 November 2014, p. 10.

⁶⁵⁸ Artículo 14.2 del Estatuto de Roma.

⁶⁵⁹ Annex to the “Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor”: Referrals and Communications, p.1; ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, p. 19. El número de comunicaciones que se envían anualmente a la Oficina de la Fiscalía no deja de ir en aumento. Y es que, por ejemplo, para finales de junio de 2006 se había recibido 1918 comunicaciones (The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006), The Hague, 12 September 2006, p. 9). Sin embargo, en el informe de exámenes preliminares del año 2017 esta cifra aumentó hasta las 12.590 comunicaciones (este cómputo empezó a realizarse en julio de 2002) (The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities, 4 December 2017, p.6).

⁶⁶⁰ Así, tal y como señala la Regla 25 del Reglamento de la Fiscalía: “1. The preliminary examination and evaluation of a situation by the Office may be initiated on the basis of: (a) any information on crimes, including information sent by individuals or groups, States, intergovernmental or non-governmental organisations” (Regulation 25. Initiation of preliminary examination del Reglamento de la Fiscalía).

⁶⁶¹ Artículo 15.2 del Estatuto de Roma. En términos muy similares se pronuncia la Regla 104 de las Reglas de procedimiento y prueba y el artículo 18 del Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas.

⁶⁶² Llegados a este punto, pueden resultar de interés el tipo de fuentes que se recogen en: ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003, pp. 12 - 13.

gubernamentales⁶⁶³, el artículo deja la puerta abierta a "otras fuentes" entre las que podríamos incluir las comisiones de la verdad o de investigación⁶⁶⁴.

Atendiendo a la práctica seguida en el seno de la Corte, podemos comprobar que, efectivamente, han sido muchas y muy variadas las fuentes empleadas⁶⁶⁵. Dejando para un momento posterior de la investigación la información proveniente de las comisiones de la verdad y de investigación, resulta interesante comprobar que el órgano de justicia ha citado, por ejemplo, sentencias de la Corte Internacional de Justicia⁶⁶⁶, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁶⁷, informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶⁶⁸, de la Comisión y de la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos⁶⁶⁹, sentencias de los tribunales internos⁶⁷⁰, trabajos realizados por determinadas

⁶⁶³ La Corte ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre los informes provenientes de las ONG y ha confirmado que "they can be considered (i) "prima facie reliable, provided that they offer sufficient guarantees of impartiality"; and (ii) admissible "for the limited purpose that the information contained therein may serve to corroborate other pieces of evidence" (Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3343, 21 March 2016, punto 270).

⁶⁶⁴ Estas comisiones se recogen también en: ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003, pp. 12 - 13. Los expertos añaden las comisiones de derechos humanos o los informes del Defensor del Pueblo.

⁶⁶⁵ En todo caso, sea cual sea la fuente empleada, el proceso que se sigue siempre es el siguiente: "The Prosecution has evaluated sources and their information following a consistent methodology based on criteria such as relevance (usefulness of the information to determine the commission of crimes within the jurisdiction of the Court), reliability (trustworthiness of the provider of the information as such), credibility (quality of the information in itself, to be evaluated by criteria of immediacy, internal consistency and external verification), and completeness (the extent of the source's knowledge or coverage vis-à-vis the whole scope of relevant facts). It has endeavoured to corroborate the information provided with information available from reliable open and other sources" (Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, punto 29).

⁶⁶⁶ Situation in the Democratic Republic of Congo, Judgment pursuant to article 74 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3436-tENG, 7 March 2014, punto 429; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, punto 114.

⁶⁶⁷ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2016. 14 November 2016, punto 103; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, punto 201; Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Corrected Version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 16 October 2015, ICC-01/15-4-Corr, 17 November 2015, p. 138.

⁶⁶⁸ The Office of the Prosecutor, OTP response to communications received concerning Venezuela, The Hague, 9 February 2006, p. 3; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2015. 12 November 2015, p. 16 (en la situación de Honduras).

⁶⁶⁹ Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 2 November 2011, punto 37.

⁶⁷⁰ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2015. 12 November 2015, p. 10; Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, p. 150; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2015. 12 November 2015, p. 59.

Organizaciones No Gubernamentales⁶⁷¹, comisiones de derechos humanos⁶⁷², informes del propio Consejo de Derechos Humanos⁶⁷³, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁶⁷⁴ o, incluso, informes elaborados por determinadas misiones de la ONU⁶⁷⁵. Sin perjuicio de la relevancia que puedan tener estas fuentes citadas, nos centraremos, como adelantábamos previamente, en los informes provenientes tanto de las comisiones de la verdad como de las comisiones de investigación⁶⁷⁶.

Pues bien, si examinamos el tratamiento que han obtenido las comisiones de investigación, la conclusión que cabe extraer es que éstas han constituido una importante fuente de información para la Corte⁶⁷⁷. Y es que, especialmente en el transcurso de los exámenes preliminares⁶⁷⁸, no se ha dudado en acudir a los informes publicados por las mismas con la finalidad de conocer el contexto en el que tuvieron lugar los crímenes

⁶⁷¹ OTP response to communications received concerning Iraq, 9 February 2006, p. 2; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2016. 14 November 2016, pp. 22 – 23; Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, p. 149; Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009, p. 3.

⁶⁷² The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2012. November 2012, p. 8.

⁶⁷³ Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, p. 148.

⁶⁷⁴ Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009, p. 3.

⁶⁷⁵ Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, pp. 18 - 22.

⁶⁷⁶ A este respecto, quisiéramos aclarar que nuestra intención era analizar de manera exclusiva los aportes que pudieran obtenerse de los informes publicados por las comisiones de la verdad. No obstante, lamentablemente, la práctica a este respecto es más bien escasa. Por ello, y con la finalidad de obtener conclusiones más sólidas sobre el valor que merecen los informes provenientes de este tipo de fuentes, y siendo plenamente conscientes de las diferencias que separan a las comisiones de la verdad de las comisiones de investigación, hemos considerado oportuno analizar también estas segundas.

⁶⁷⁷ Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Duodécimo período de sesiones. La Haya, 20 a 28 de noviembre de 2013: Informe de la Corte sobre la situación de la cooperación en curso entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, incluso sobre el terreno. ICC-ASP/12/42, de 14 de octubre de 2013, punto 26; Informe de la Corte Penal Internacional sobre su labor realizada en el período 2014/15 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Septuagésimo período de sesiones, tema 79 del programa provisional. A/70/350, de 28 de agosto de 2015, p. 17.

⁶⁷⁸ La razón por la que, en esta fase, tienen una importancia capital estas fuentes de información se detalla en: The Office of the Prosecutor, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia. Article 53(1) Report. 6 November 2014, punto 4.

cometidos⁶⁷⁹. Incluso, en ocasiones, estas comisiones han sido las que han recomendado el envío de la situación a la Corte Penal Internacional⁶⁸⁰.

Es más, ciertas comisiones como las creadas en Guinea o en Kenia, lejos de detenerse en un mero análisis contextual de los hechos, han tenido la competencia para señalar a las personas que, en base a las pruebas obtenidas, podrían ser consideradas responsables de haber perpetrado ciertos crímenes internacionales⁶⁸¹. Además, tal y como ocurrió en

⁶⁷⁹ Véase cómo se hace alusión a las diversas comisiones creadas en: la República de Corea (The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination activities. 13 December 2011, p. 11); Unión de Comoras (Referral under Articles 14 and 12(2)(a) of the Rome Statute arising from the 31 May 2010, Gaza Freedom Flotilla situation, 14 May 2013, p. 14; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2013. November 2013, p. 22 – 24); Guinea (The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination activities. 13 December 2011, pp. 22 – 23); Nigeria (The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2012. November 2012, p. 22; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, p. 50); Palestina (The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2016. 14 November 2016, p. 26); Burundi (The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2016. 14 November 2016, p. 9 y 12; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, p. 65; Pre-Trial Chamber III: Situation in Burundi. Public redacted version of "Request for authorization of an investigation pursuant to article 15", 6 September 2017, ICC-01/17-5-US-Exp. ICC-01/17-5-Red, 15 November 2017, pp. 69 – 78); Costa de Marfil (Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15. ICC-02/11-3, 23 June 2011, pp. 7 – 14); República Centroafricana (ICC-CPI, Situation in the Central African Republic II: Article 53(1) Report, 24 September 2014, punto 42 y 231); Sudan (Situation in Sudan. Prosecutor's Application under Article 58(7). ICC-02/05-56, 27 February 2007, puntos 7 – 15); Libia (First report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 4 May 2011, punto 29; Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 2 November 2011, puntos 34 – 37; Third report of the prosecutor of the international criminal court to the un security council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 16 May 2012, puntos 7 – 9; Fourth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1970 (2011), 7 November 2012, punto 10); Kenia (Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009, pp. 10 – 13).

⁶⁸⁰ Esta situación se produjo en Guinea (Carta de fecha 18 de diciembre de 2009 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General. Anexo: Informe de la Comisión internacional de investigación encargada de determinar los hechos y las circunstancias de los acontecimientos del 28 de septiembre de 2009 en Guinea. S/2009/693, de 18 de diciembre de 2009, pp. 1 – 2 y puntos 266 y 278); Sudan (Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad, de 18 de septiembre de 2004, punto 569 y puntos 571 – 582). En el caso de Palestina se recordó que se debía de apoyar el trabajo de la Corte (Human Rights Council, Report of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1. A/HRC/29/52, 24 June 2015, punto 83).

⁶⁸¹ Véase cómo se mencionan los nombres de los presuntos responsables en el caso de Guinea en: Carta de fecha 18 de diciembre de 2009 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General. Anexo: Informe de la Comisión internacional de investigación encargada de determinar los hechos y las circunstancias de los acontecimientos del 28 de septiembre de 2009 en Guinea. S/2009/693, de 18 de diciembre de 2009, p. 49; véase cómo se justifica esta competencia en el Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad, de 18 de septiembre de 2004, puntos 8, 10, 525 – 529; consúltese también Informe de la Comisión Internacional de Investigación encargada de investigar todas las presuntas violaciones de las normas internacionales de derechos humanos en la Jamahiriya Árabe Libia. A/HRC/17/44, 12 de enero de 2012, punto 3; Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Libia. A/HRC/19/68, 28 de enero de 2014, punto 95; finalmente, en la situación en Kenia, acúdase también a: Informe final de la Commission of Inquiry into Post-Election Violence (CIPEV), pp. 15 – 18.

Sudán o en Kenia, este listado de nombres de los presuntos responsables ha sido enviado a la propia Oficina de la Fiscalía⁶⁸². Ahora bien, tal y como ésta se ha apresurado a confirmar, este listado no es vinculante⁶⁸³.

Estas incipientes relaciones que se han creado entre las comisiones de investigación y la Corte Penal Internacional⁶⁸⁴ nos permiten comprobar que es posible y viable que órganos de investigación contribuyan a agilizar la carga de trabajo de la Corte⁶⁸⁵. Es cierto que, tal y como se ha declarado por el propio órgano judicial, esta información no prejuzga las propias conclusiones a las que se llegue en el seno del Tribunal, ya que la Oficina de la Fiscalía lleva a cabo sus propias investigaciones con total independencia⁶⁸⁶ y autonomía⁶⁸⁷. Ahora bien, defendemos que puede suponer un importante punto de partida ya que la facilitación de información sobre las presuntas personas que podrían estar implicadas en la comisión de los crímenes descritos no deja de ser un relevante indicio⁶⁸⁸ que debería de ser atentamente examinado. Ahora bien, en ningún caso estas relaciones bidireccionales que pudieran llegar a establecerse podrían ir en detrimento de

⁶⁸² Esta situación se produjo en Sudan. Véase: el Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad, de 18 de septiembre de 2004, puntos 525 – 529; The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006), The Hague, 12 September 2006, p. 18. Si se quiere profundizar sobre el mandato de esta comisión, puede acudirse a: Alston, Philip, "The Darfur Commission as a Model for Future Responses to Crisis Situations", *op.cit.*, pp. 600 – 607; Schabas, William A., "Darfur and the 'Odious Scourge': The Commission of Inquiry's Findings on Genocide", *op.cit.*, pp. 871 – 885. La comisión de investigación creada en Kenia también remitió el listado de los nombres de los presuntos responsables a la Oficina de la Fiscalía, véase: ICC-OPT, ICC Prosecutor receives materials on post-election violence in Kenya. ICC-OTP-20090716-PR438, 16 July 2009.

⁶⁸³ En la situación de Sudan consúltese: The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006), The Hague, 12 September 2006, p. 18; First Report of the Prosecutor of the ICC to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 29.06.2005, p. 2; Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court Mr. Luis Moreno Ocampo, to the Security Council pursuant to UNSC 1593. 13.12.2005, p. 3; Third Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 14.06.2006, p. 2; Address by Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the International Criminal Court. Address to the United Nations Security Council, New York, 13 December 2005. Disponible online en: http://iccnow.org/documents/LMO_ProsStatementSC_13Dec05_Eng.pdf Por lo que respecta a Kenia, véase: ICC-OPT, ICC Prosecutor receives materials on post-election violence in Kenya. ICC-OTP-20090716-PR438, 16 July 2009.

⁶⁸⁴ Para realizar un análisis más detallado entre ambos, acúdase a: Sunga, Lyal S., "How can UN human rights special procedures sharpen ICC fact-finding?" *op.cit.*, pp. 187 - 205.

⁶⁸⁵ Ahora bien, ello no implica que no deba completarse y corroborarse estos documentos con otras pruebas y, así, poder dilucidar la responsabilidad penal individual de los presuntos autores. Y es que, no debemos olvidar que no es suficiente con realizar una investigación general de los hechos, sino que la investigación debe dirigirse al enjuiciamiento de los responsables.

⁶⁸⁶ Situation in Sudan. Prosecutor's Application under Article 58(7). ICC-02/05-56, 27 February 2007, punto 14.

⁶⁸⁷ The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006), The Hague, 12 September 2006, p. 18.

⁶⁸⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), pp. 6 – 7.

los derechos de los acusados previstos ni en el Derecho Internacional, en general, ni en el Estatuto de Roma⁶⁸⁹, en particular.

Sin embargo, ¿podríamos extraer las mismas conclusiones si aplicamos este análisis a una investigación desarrollada por una comisión de la verdad? Pues bien, a pesar de que se han creado comisiones de la verdad en determinados Estados cuyos nacionales están siendo investigados o enjuiciados por la Corte Penal Internacional, las consideraciones de ésta al respecto han sido prácticamente inexistentes. Por ejemplo, en la situación de Honduras, el informe de la Oficina de la Fiscalía simplemente se limita a citar a la comisión⁶⁹⁰ o a señalar que ha tomado en consideración, entre otros, el informe elaborado por la misma⁶⁹¹. No obstante, no realiza valoración jurídica adicional alguna.

Sin embargo, y siendo plenamente conscientes de las diferencias entre ambas, defendemos que podrían llegar a resultar aplicables las conclusiones que hemos ido realizando a lo largo de la presente Sección a propósito de las comisiones de investigación. Así, si una comisión de la verdad tuviera competencia para remitir la documentación a la Fiscalía en la que, incluso, mencionara a los presuntos responsables que hubieran podido perpetrar los crímenes internacionales, esta información podría ser considerada como un indicio de que se ha cometido un crimen internacional⁶⁹². Es más,

⁶⁸⁹ Recuérdese que, entre otros, el artículo 69.7 del Estatuto de Roma señala que “no serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando: a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él”. Consúltense también los artículos 54, 55, 66 y 67 del Estatuto de Roma que se refieren a los derechos de los acusados. Finalmente, debemos recordar que, en virtud del artículo 74.2 del Estatuto “la Corte podrá fundamentar su fallo únicamente en las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio”.

Interesante también el tema de la información confidencial (aspecto sobre el que se ha pronunciado la Corte en el caso de la República Democrática del Congo, pero en el que, sin embargo, no nos es posible profundizar). Si se desea conocer más de cerca esta cuestión, acúdase a la Regla 46 y 82 de las Reglas de Procedimiento y Prueba; artículo 20 del Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas. Si se desea conocer la opinión de expertos en la materia puede acudir también a: Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, *op.cit.*, pp. 38 – 40; Ambos, Kai, “Investigaciones confidenciales (art. 53(3)(e), Estatuto CPI) vs obligaciones de divulgación - el caso *Lubanga* y el Derecho nacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 3, 2010, pp. 179 – 208; Stahn, Carsten and van den Herik, Larissa, “‘Fragmentation’, Diversification and ‘3D’ Legal Pluralism: International Criminal Law as the Jack-in-the-Box?” en Van den Herik, Larissa and Stahn, Carsten (Eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 44 – 47; Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas...*, *op.cit.*, pp. 212 – 215.

⁶⁹⁰ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination activities. 13 December 2011, puntos 35 y 40; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2013. November 2013, pp. 15 – 16; Situation in Honduras: Article 5 Report. 28 October 2015, p. 26.

⁶⁹¹ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination activities. 13 December 2011, punto 42; The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2012. November 2012, puntos 61 – 62; Situation in Honduras: Article 5 Report. 28 October 2015, punto 40.

⁶⁹² Véase la explicación que proporciona Schabas a propósito del traslado de la información en: Schabas, William A., (Chair), ‘Truth Commissions, Accountability and the International Criminal Court,

podría suponer un importante punto de partida de la investigación que posteriormente llevaría a cabo el Fiscal contribuyendo, así, a acelerar el proceso judicial⁶⁹³. Por ello, defendemos que este tipo de relaciones de cooperación entre ambas instancias deberían reforzarse. Y es que, más allá de la posible “reducción” de la carga de trabajo de la Corte, consideramos que este tipo de relaciones bidireccionales podrían generar otras interesantes consecuencias. Por ejemplo, como en el caso de Kenia se pone de manifiesto, podría contribuir a que, incluso, dentro del propio Estado se propicien los correspondientes procesos judiciales penales.

A este respecto conviene precisar que, en este Estado, se crearon varias comisiones: “(1) the Commission of Inquiry on Post-Election Violence; (2) the Truth, Justice and Reconciliation Commission; and (3) the Independent Review Commission on the General Elections held in Kenya on 27 December 2007”⁶⁹⁴. La primera de ellas, comúnmente conocida como la Comisión Waki⁶⁹⁵, además de realizar las correspondientes investigaciones, tenía competencia para identificar a los presuntos responsables. Por ello, al finalizar su mandato, además de realizar un informe y recomendar la creación de un tribunal especial y de una comisión de la verdad⁶⁹⁶, elaboró una lista de personas que

Commentary by Stephan Parmentier’, en van Genugten, Willem J.M., Scharf, Michael P. and Radin, Sasha E., *Criminal Jurisdiction 100 Years After the 1907 Hague Peace Conference : proceedings of the eighth Hague Joint Conference held in The Hague, the Netherlands, 28-30 June 2007*, The Hague, TMC Asser, 2009, p. 116. Si se desea profundizar en este tema, acúdase también a: Bisset, Alison, "Rethinking the Powers of Truth Commissions in Light of the ICC Statute", *op.cit.*, pp. 963 – 982. Simplemente añadir que esta idea la desarrolla la autora con mayor detalle en su libro cuya referencia es la siguiente: Bisset, Alison, *Truth Commissions and Criminal Courts*, *op.cit.* Finalmente, puede consultarse también el siguiente trabajo que consideramos especialmente interesante: Pampalk, Madalena, "Procedural aspects of the relationship between the International Criminal Court and future truth commissions...", *op.cit.*, pp. 380 – 397.

⁶⁹³ Pampalk, Madalena, "Procedural aspects of the relationship between the International Criminal Court and future truth commissions...", *op.cit.*, p. 397. Y es que, como añade Hayner, “la descripción del informe de una comisión del patrón general de los crímenes podría ayudar a centrar las investigaciones de la Corte (...) podrían ayudar al fiscal a identificar a los testigos y las pruebas. Por último, la minuciosa evaluación de una comisión de la fortaleza e independencia de la judicatura podría ayudar a la Corte a determinar si un Estado no quiere o no puede investigar y juzgar un caso” (Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas...*, *op.cit.*, pp. 207 – 208).

⁶⁹⁴ Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009, punto 6. Si se desea profundizar en las particularidades de la comisión de la verdad, acúdase a: Slye, Ronald C., "Putting the J into the TRC: Kenya’s Truth Justice and Reconciliation Commission" en Swart, Mia and Van Marle, Karin (Eds.), *The limits of transition: the South African Truth and Reconciliation Commission 20 Years on*, Brill Nijhoff, Leiden and Boston, 2017, pp. 282 – 307.

⁶⁹⁵ ICC-OPT, ICC Prosecutor receives materials on post-election violence in Kenya. ICC-OTP-20090716-PR438, 16 July 2009; Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009, punto 9.

⁶⁹⁶ *Ibidem*.

consideraba responsables de los crímenes cometidos y la envió, en un sobre cerrado, al Panel de Eminent Personalidades Africanas presidido por Kofi Annan⁶⁹⁷.

La condición establecida por la Comisión era clara: si no se iniciaban los correspondientes procesos judiciales en Kenia, esa información debería ser enviada al Fiscal de la Corte Penal Internacional⁶⁹⁸. Precisamente, ante el incumplimiento de los términos acordados⁶⁹⁹, Kofi Annan envió el sobre a la Fiscalía⁷⁰⁰, junto con la documentación recopilada por la propia Comisión⁷⁰¹. A este respecto, la Fiscal, a pesar de mostrarse agradecida por el envío de la información, no dudó en reiterar que ese listado no era vinculante⁷⁰² y que procedería con su propia investigación⁷⁰³, circunstancia que nos parece comprensible y razonable.

A nuestro juicio, este caso es un claro ejemplo de la relación complementaria que es posible establecer entre diferentes mecanismos y cuyos vínculos, en caso de reforzarse, contribuirían a garantizar el objetivo fundamental tanto de la Corte Penal Internacional como de la justicia transicional: poner fin a la impunidad con la que se cometen los

⁶⁹⁷ *Ibidem*.

⁶⁹⁸ *Ibidem*.

⁶⁹⁹ Y ello pese a que se mostró el firme compromiso de llevar a efecto las recomendaciones exigidas por la Comisión: Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009, puntos 10 – 14. Es curioso que, ante un intento desesperado de paralizar la posible actuación inminente de la Corte, incluso se propusiera crear la comisión de la verdad como alternativa al tribunal especial, pero, finalmente, esta proposición no salió adelante (Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas...*, *op.cit.*, pp. 143 – 145; Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, vol. 3, *op.cit.*, 2013, p. 64). Para conocer más de cerca el proceso que se siguió en este caso, véase también: Wameyo, Amboko, "Transitional Justice, a Two-Prong Approach: Reconciliation and Criminal Responsibility for Kenya Post 2007 Elections Violence", *Afr. Y.B. Int'l L.*, Vol. 17, 2009, pp. 429 – 431.

⁷⁰⁰ Statement issued by the African Union Panel of Eminent African Personalities, 31 July 2009. Disponible online en: <http://www.kofiannanfoundation.org/news-releases/statement-issued-by-the-african-union-panel-of-eminent-african-personalities/>

⁷⁰¹ Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009, punto 15.

⁷⁰² ICC-OPT, ICC Prosecutor receives materials on post-election violence in Kenya. ICC-OTP-20090716-PR438, 16 July 2009. Sin embargo, léase el siguiente artículo donde se demuestra la coincidencia plena entre los nombres enviados y la posterior investigación que se siguió ante la Corte: Ankumah, Evelyn A. (Ed.), *The International Criminal Court and Africa: One Decade On*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2017, pp. 21 – 24. En un sentido muy similar véase: Mariniello, Triestino, "The Impact of International Commissions of Inquiry on the Proceedings before the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 186 – 187.

⁷⁰³ ICC-OPT, ICC Prosecutor receives materials on post-election violence in Kenya. ICC-OTP-20090716-PR438, 16 July 2009. Como es conocido, finalmente, la Fiscalía solicitó el inicio de la pertinente investigación en la situación en Kenia: Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009. Por otra parte, quisiéramos dejar anotado que la Sala de Cuestiones Preliminares, a la hora de analizar el inicio de la investigación, en ningún momento valora el trabajo realizado por las comisiones. Simplemente se centra en comprobar si han existido o no procesos judiciales penales: Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010.

crímenes internacionales. A pesar de que, finalmente, el resultado no fue el esperado, no podemos obviar las diversas estructuras que se podrían haber creado en este Estado y que, de haberse aplicado de manera complementaria, hubieran ofrecido esa justicia más amplia a la que reiteradamente estamos aludiendo. Es más, en un inicio, incluso el antiguo Fiscal de la Corte mostró su apoyo a lo que denominó “three-pronged approach to justice in Kenya”⁷⁰⁴ y que se traducía en un trabajo conjunto entre la Corte centrada en los máximos responsables, los procesos internos que se seguirían en Kenia y, finalmente, el apoyo complementario de otras medidas como las comisiones de la verdad que contribuirían a dilucidar los hechos cometidos en el pasado y a evitar que se repitieran en el futuro⁷⁰⁵. Por esta razón, no debe pasar desapercibido que se declarara que “Kenya will be a world example on managing violence”⁷⁰⁶.

Llamativamente, este tipo de declaraciones se han realizado con relativa frecuencia. De hecho, han sido varias las ocasiones en las que, desde la Corte Penal Internacional, se ha dado el visto bueno a un posible reparto competencial⁷⁰⁷ entre los enjuiciamientos centrados en los máximos responsables en el seno del Tribunal y el apoyo a otros mecanismos alternativos respecto de otras personas⁷⁰⁸.

Sin embargo, después del análisis realizado, ¿podemos considerar que la Corte, realmente, ha apoyado estas iniciativas complementarias? Es más, ¿la propuesta de un reparto competencial entre los diversos mecanismos de la justicia transicional y la

⁷⁰⁴ ICC-OTP, ICC Prosecutor Supports Three-Pronged Approach to Justice in Kenya. ICC-OTP-20090930-PR456, 30 September 2009. Disponible online: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr456&ln=en>

⁷⁰⁵ *Ibidem*.

⁷⁰⁶ *Ibidem*.

⁷⁰⁷ Las implicaciones que conlleva el reparto competencia se ha estudiado en: Frohlich, Anita, "Reconciling Peace with Justice: A Cooperative Division of Labor", *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 30, 2007, pp. 271 – 315.

⁷⁰⁸ Los siguientes documentos de la Corte parecen apoyar este reparto competencial: ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, p. 3; Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, *op.cit.*, pp. 19 – 20; Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Corte sobre la complementariedad, ICC-ASP/10/23, *op.cit.*, pp. 8 – 10; Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Mesa sobre la complementariedad. ICC-ASP/11/24, *op.cit.*, p. 3; Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, pp. 4 – 5. En la doctrina, las posiciones se hallan encontradas. Y es que, mientras que a juicio de determinados expertos este reparto competencial no debería de promoverse en el seno de la Corte (Hayner, Priscilla B., *Verdades silenciadas...*, *op.cit.*, p. 204; Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, pp. 229 – 230; Flory, Philippe, "International Criminal Justice and Truth Commissions...", *op.cit.*, p. 35), otros se muestran favorables a dicha opción (Zakerhossein, Mohammad Hadi, *Situation Selection Regime at the International Criminal Court...*, *op.cit.*, pp. 336 – 337; Jessberger, Florian and Geneuss, Julia, "The Many Faces of the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 1088 – 1089; Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions...*, *op.cit.*, p. 464).

actuación de la Corte Penal Internacional respetaría el principio de complementariedad?⁷⁰⁹ Reflexionaremos sobre esta cuestión en el punto que sigue a continuación acudiendo, para ello, al ejemplo que nos ofrece la justicia tradicional o local.

4. La justicia local o tradicional, la Corte Penal Internacional y el principio de complementariedad

4.1. La justicia internacional, las comunidades locales y el Estatuto de Roma

Si atendemos al Estatuto de Roma, el propio Preámbulo reconoce que “todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común”. Es decir, existe, como no podía ser de otra forma, un respeto hacia la diversidad de los sistemas legales, tradiciones y las diversas culturas⁷¹⁰ de la humanidad⁷¹¹. Por esta razón, la Corte toma en consideración el contexto concreto en el que actúa, por ejemplo, “aplicando políticas acordes con los diferentes contextos culturales”⁷¹², mediante la formación de intérpretes⁷¹³, incluyendo en cada grupo de investigación de la Fiscalía a miembros nacionales del país con la finalidad de obtener una mejor comprensión de la sociedad en la que va a actuar⁷¹⁴ y, especialmente, intentando garantizar una efectiva comunicación con las sociedades afectadas⁷¹⁵.

No obstante, la Corte no solo toma en consideración el contexto cultural y local en el que actúa, sino que, además, parece mostrar una posición favorable a que la justicia que imparte se complete con la justicia tradicional de las sociedades en las que se halla

⁷⁰⁹ Tal y como se ha señalado “from a legal perspective, the division of labor may be a relatively rare occurrence because the ICC is unable to act where national governments prosecute themselves” (Burke-White, William W., “Implementing a policy of positive complementarity in the Rome system of justice”, *op.cit.*, p. 81).

⁷¹⁰ Profundícese sobre esta materia en: Raimondo, Fabián O., “For Further Research on the Relationship between Cultural Diversity and International Criminal Law”, *International Criminal Law Review*, Vol. 11, 2011, pp. 299 - 317; Almqvist, Jessica, “The Impact of Cultural Diversity on International Criminal Proceedings”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006, pp. 745 – 764; Bohlander, Michael, “Language, Culture, Legal Traditions, and International Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, 2014, pp. 491 – 513.

⁷¹¹ ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, p. 5.

⁷¹² Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional, Plan Estratégico de la Corte Penal Internacional. ICC-ASP/5/6, *op.cit.*, p. 7.

⁷¹³ Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Undécimo período de sesiones, La Haya, 14 a 22 de noviembre de 2012: Informe de la Corte sobre la complementariedad. ICC-ASP/11/39, de 16 de octubre de 2012, p. 11.

⁷¹⁴ ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, p. 9.

⁷¹⁵ Bensouda, Fatou, “Challenges Related to Investigation...”, *op.cit.*, p. 139.

ejerciendo su jurisdicción. Así, a título ilustrativo podemos señalar que la propia Oficina de la Fiscalía ha argumentado que la cooperación internacional dirigida a resolver los conflictos y poner fin a la impunidad, también puede conllevar la promoción de procesos nacionales, mecanismos tradicionales u otro tipo de herramientas⁷¹⁶. Es más, se ha señalado que en las sesiones de capacitación se deben “incluir debates sobre la articulación entre la justicia penal internacional y las formas de justicia locales y tradicionales para resolver los conflictos”⁷¹⁷. En definitiva, la Corte no sustituye a estas otras formas de justicia local o tradicional, sino que ambas pueden aplicarse y reforzarse conjuntamente.

Sin embargo, y pese a este reconocimiento a las diversas culturas o justicia tradicional, lo cierto es que la Corte tiene su sede en La Haya, Países Bajos⁷¹⁸, es decir, en un país, en principio, alejado de las sociedades locales en las que han ocurrido los crímenes que investiga⁷¹⁹. Tal y como la propia Fiscalía de la Corte ha declarado, esta circunstancia no solo ocasiona dificultades adicionales a la hora de llevar a cabo las investigaciones y enjuiciamientos⁷²⁰, sino que, además, puede influir en las percepciones de las víctimas al considerar que no se está haciendo justicia⁷²¹. Por esta razón, la Fiscalía otorga especial relevancia a las comunicaciones efectivas y a la divulgación de su trabajo⁷²².

⁷¹⁶ The Office of the Prosecutor, Report on Prosecutorial Strategy, The Hague, 14 September 2006, p. 9.

⁷¹⁷ Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Quinto período de sesiones. La Haya, 23 de noviembre a 1º de diciembre de 2006: Plan Estratégico de Proyección Exterior de la Corte Penal Internacional. ICC-ASP/5/12, de 29 de septiembre de 2006, p. 13. En un sentido similar véase también Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Corte sobre la complementariedad. ICC-ASP/11/39, *op.cit.*, p. 8.

⁷¹⁸ Artículo 3.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Este país recibe el nombre de "el Estado anfitrión" y su relación con la Corte se halla regulado en el Headquarters Agreement between the International Criminal Court and the Host State, ICC-BD/04-01-08 (entrada en vigor: 1 de marzo de 2008).

⁷¹⁹ Para profundizar sobre las dificultades que acarrea esta situación, acúdase a los estudios de: Ford, Stuart, "The International Criminal Court and Proximity to the Scene of the Crime: Does the Rome Statute Permit All of the ICC's Trials to Take Place at Local or Regional Chambers", *John Marshall Law Review*, Vol. 43, 2010, pp. 715 – 752; Ullrich, Leila, "Beyond the `Global-Local Divide: Local Intermediaries, Victims and the Justice Contestation of the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, 2016, pp. 543 – 568 (trabajo en el que la autora examina una figura poco estudiada hasta el momento: los “intermediarios locales” que hacen de unión entre la Corte y las sociedades afectadas. El estudio es interesante porque muestra que, en ocasiones, estas partes difieren sobre el sentido de la justicia que se debe impartir).

⁷²⁰ Bensouda, Fatou, "Challenges Related to Investigation...", *op.cit.*, pp. 138 - 139.

⁷²¹ *Ibidem*. Es más, tenemos que tener en cuenta que este problema no afecta única y exclusivamente a la Corte Penal Internacional. Y es que, en el caso del Tribunal Internacional Penal para Ruanda también se defendió que la opinión pública ruandesa no fue capaz de apreciar que se estaba haciendo justicia, precisamente, porque no “veían” que se estaba impartiendo la misma. Por ello, se ha señalado que éste fue uno de los problemas del tribunal *ad hoc* (Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, *op.cit.*, p. 1682).

⁷²² Bensouda, Fatou, "Challenges Related to Investigation...", *op.cit.*, pp. 138 - 139.

Es más, el Estatuto, consciente de esta situación, prevé ciertas fórmulas para superar estas dificultades. Por ejemplo, faculta a la Corte para “celebrar sesiones en otro lugar cuando lo considere conveniente, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto”⁷²³. Para ello, contempla la posibilidad de “concertar un acuerdo con el Estado de que se trate respecto de la concesión de las facilidades adecuadas para el ejercicio de sus funciones”⁷²⁴, si bien el artículo 62, al regular el lugar del juicio, viene a matizar esta discrecionalidad absoluta al establecer que “a menos que se decida otra cosa, el juicio se celebrará en la sede de la Corte”⁷²⁵.

Lo llamativo a este respecto es que han sido varios los expertos que han defendido que, en contextos de justicia transicional, podría llegar a estar justificada la necesidad de celebrar las actuaciones en el Estado sobre cuyos nacionales la Corte estuviera ejerciendo su jurisdicción⁷²⁶. Sin embargo, lo cierto es que esta posibilidad, si bien ha sido examinada⁷²⁷, ha sido hasta ahora descartada por la propia Corte⁷²⁸ esgrimiendo para ello argumentos basados en la seguridad o en la posibilidad de avivar ciertas tensiones en las zonas afectadas⁷²⁹, argumentos que recuerdan a las razones aducidas por los Tribunales penales internacionales *ad hoc* cuando establecieron su sede fuera de los países afectados e, incluso, a los argumentos esgrimidos para juzgar a Charles Taylor en La Haya y no en Sierra Leona, donde tiene su sede el Tribunal Especial para Sierra Leona. Es más, este tipo de argumentos se emplearon también por la Comisión Internacional de Investigación

⁷²³ Artículo 3.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁷²⁴ Artículo 12 del Acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte Penal Internacional. Naciones Unidas, 2002.

⁷²⁵ Artículo 62 del Estatuto de Roma. Véase también la Regla 100 de las Reglas de procedimiento y prueba y la Norma 48 del Reglamento de la Secretaría.

⁷²⁶ Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, *op.cit.*, pp. 1559-1562; Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, p. 951.

⁷²⁷ Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Séptimo período de sesiones. La Haya, 12 a 22 de noviembre de 2008: Informe de la Mesa sobre el proceso de planificación estratégica de la Corte Penal Internacional. ICC-ASP/7/29, de 6 de noviembre de 2008, pp. 7 - 9.

⁷²⁸ Si bien las actuaciones se siguen desarrollando en La Haya, hay que reconocer los cada vez mayores esfuerzos en la creación de oficinas sobre el terreno, los programas de *outreach* o, en definitiva, las mejoras en los canales de comunicación. Léase cómo describen estas actuaciones en: Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Corte sobre la complementariedad, ICC-ASP/10/23, *op.cit.*, p. 16.

⁷²⁹ Situation in Uganda in the case of The Prosecutor v. Dominic Ongwen. Decision on the recommendation to the Presidency to hold the confirmation of charges hearing in the Republic of Uganda. ICC-02/04-01/15-330, 28 October 2015; Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the Case of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé. Decision on the Gbagbo Defence Request to hold opening statements in Abidjan or Arusha. ICC-02/11-01/15-316, 26 October 2015; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute). ICC-01/04-01/07-1213-tENG, 16 June 2009.

para Darfur al justificar la remisión de la situación por parte del Consejo de Seguridad a la Corte Penal Internacional⁷³⁰.

En definitiva, cabe concluir que el propio Estatuto de Roma contiene ciertos guiños a las comunidades locales que, no debemos olvidar, serán quienes se puedan ver beneficiadas, pero también perjudicadas, por el proceder el órgano de justicia internacional. Ahora bien, cuando son éstas las que emplean los mecanismos de justicia local o tradicional propios de sus tradiciones o culturas para responder ante los crímenes internacionales que se hayan podido cometer en sus territorios, ¿considera la Corte Penal Internacional que su instauración es respetuosa con las obligaciones que se derivan del Estatuto de Roma o, por el contrario, defiende que este hecho implicaría la admisibilidad del asunto?

4.2. El reparto competencial entre diferentes instancias como vía hacia una justicia más integral

4.2.1. EL CASO DE RUANDA: UN EJEMPLO QUE MUESTRA LA COMPLEMENTARIEDAD QUE PUEDE PRODUCIRSE ENTRE LA JUSTICIA INTERNACIONAL, NACIONAL Y LOCAL

Como paso previo a analizar el posible reparto competencial que puede llegar a producirse entre la Corte Penal Internacional y otras modalidades nacionales o locales de justicia, conviene hacer referencia al icónico caso de Ruanda⁷³¹ ya que, precisamente, una solución de estas características, calificada como pragmática⁷³², fue la opción

⁷³⁰ Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad, de 18 de septiembre de 2004. S/2005/60, 7 de febrero de 2005, punto 572.

⁷³¹ A propósito de este caso, no debemos olvidar que en Ruanda también se debatió cuál podría ser el mejor mecanismo de justicia transicional para hacer frente a los crímenes cometidos durante el genocidio (Clark Phil, "Gacaca Courts" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 33). Es más, es interesante destacar que, precisamente, se descartó la versión inicial de gacaca (que se empleaba para infracciones comunes) al considerarla insuficiente ante la magnitud de los crímenes cometidos, así como la amnistía o simplemente replicar el modelo de la comisión de la verdad de Sudáfrica (*ibidem*). En efecto, Ruanda rechazó adoptar un modelo de comisión de la verdad al estilo sudafricano (Fierens, Jacques, "Gacaca Courts: Between Fantasy and Reality", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, p. 898).

⁷³² Kritz, Neil J., "War Crimes and Truth Commissions: Some Thoughts on Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights", *op.cit.*, pp. 7 - 8.

adoptada por este Estado⁷³³, en el que la determinación por hacer justicia⁷³⁴ se vio sobrepasada por el ingente número de casos que debían ser investigados tras el genocidio⁷³⁵.

Recordemos que, en esta ocasión, se previeron tres estructuras complementarias⁷³⁶ con la finalidad de enjuiciar a aquellas personas que hubieran tenido alguna participación en los hechos –personas que eran clasificadas en cuatro grupos en base al grado de responsabilidad de los crímenes cometidos⁷³⁷: en primer lugar, contábamos con la actuación del Tribunal Internacional Penal para Ruanda que, como hemos visto, acabó centrando sus investigaciones en aquellas personas que pudieran ser consideradas como las máximas responsables; en segundo lugar, se iniciaron procesos a nivel nacional; y, en tercer y último lugar, se modificó la regulación⁷³⁸ de las conocidas como jurisdicciones “gacaca”⁷³⁹ con la finalidad de que éstas también pudieran conocer de casos relacionados con el genocidio.

⁷³³ A pesar de que el caso ruandés es el ejemplo más conocido, debemos recordar que se han creado otra serie de jurisdicciones locales o tradicionales que han tratado de dar una respuesta “local” a los crímenes que se han cometido: Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, pp. 219 – 221; Akhavan, Payam, "Is Grassroots Justice a Viable Alternative to Impunity? The Case of the Iran People's Tribunal", *Human Rights Quarterly*, Vol. 39, 2017, pp. 73 – 103; Nyberg, Tove, "International Commission against Impunity in Guatemala: A Non-Traditional Transitional Justice Effort", *Revue Québécoise de Droit International*, Vol. 28, 2015, pp. 157 – 184; Parmentier, Stephan and Weitekamp, Elmar, "Punishing Perpetrators or Seeking Trust for Victims: Serbian Opinions on Dealing with War Crimes", *International Criminal Law Review*, Vol. 13, 2013, pp. 43 – 62; Williams, Sarah, "The Extraordinary African Chambers in the Senegalese Courts: An African Solution to an African Problem?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, 2013, pp. 1139 – 1160.

⁷³⁴ Schabas, William A., "Genocide Trials and Gacaca Courts", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, p. 882. Y es que, como señala Schabas, el caso de Ruanda se caracterizó por la voluntad de investigar y enjuiciar a todos los responsables de haber participado en el genocidio.

⁷³⁵ Como se recoge en el estudio realizado por Stahn (en el que cita un documento publicado en la página web del Gobierno de Ruanda al que no hemos podido acceder), “el gobierno estimó que tomaría por lo menos doscientos años para completar los juicios de aquellos detenidos relacionados con el genocidio si el país se regía por su sistema penal convencional” (Stahn, Carsten, "La geometría de la justicia transicional...", *op.cit.*, pp. 119 – 121).

⁷³⁶ Determinados expertos añaden a esta estructura los juicios llevados a cabo en terceros Estados en base al principio de justicia universal (Capella I Roig, Margalida, "Jurisdicciones Gacaca: Una Solución Local al Genocidio Ruandés", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 56, 2004, p. 765).

⁷³⁷ Consúltese la clasificación que organizaba estas categorías de personas en: Mallinder, Louise, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions...*, *op.cit.*, pp. 107 – 109.

⁷³⁸ Originalmente, las jurisdicciones *gacaca* únicamente eran competentes para conocer de delitos menores (Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, pp. 219 – 221; Smeulers, Alette and Grünfeld, Fred, *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations: A Multi- and Interdisciplinary Textbook*, Leiden - Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 486).

⁷³⁹ Para conocer más detalladamente las vicisitudes que plantearon estas jurisdicciones *gacaca*: Capella I Roig, Margalida, "Jurisdicciones Gacaca: Una Solución Local al Genocidio Ruandés", *op.cit.*, pp. 765 – 776; De Brouwer, Anne-Marie and Ruwebana, Etienne, "The Legacy of the Gacaca Courts in Rwanda: Survivors' Views", *International Criminal Law Review*, Vol. 13, 2013, pp. 937 – 976; Fierens, Jacques, "Gacaca Courts: Between Fantasy and Reality", *op.cit.*, pp. 896 – 919; Lahiri, Karan, "Rwanda's 'Gacaca' Courts A Possible model for local Justice in International Crime?", *International Criminal Law Review*,

Dado que se han realizado un considerable número de estudios acerca de este sistema, no nos detendremos en las vicisitudes particulares del mismo, pero consideramos oportuno poner de manifiesto que es posible y viable establecer estructuras complementarias entre las instancias internacionales, internas y locales con la finalidad de dar una respuesta más amplia a los crímenes internacionales cometidos. En definitiva, creemos que una estrategia global⁷⁴⁰ que vaya dirigida a completar los límites intrínsecos a estos procesos penales tiene la capacidad, en el plano teórico al menos, de ofrecer una respuesta más amplia a las miles de víctimas de estos atroces hechos.

En todo caso, somos conscientes de las críticas que se han vertido a propósito de las jurisdicciones gacaca, así como a otros modelos tradicionales de justicia, por no respetar ciertos derechos básicos de los acusados como, por ejemplo, el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial o el derecho a un juicio justo⁷⁴¹. Por ello, determinados sectores doctrinales han recomendado modificar estas prácticas tradicionales con la finalidad de adecuarlas a los estándares internacionales⁷⁴², solución que, en ocasiones, ha sido duramente criticada al argumentar que iría en contra de la tradición local y desnaturalizaría la verdadera razón de ser de estos sistemas alternativos⁷⁴³.

A nuestro juicio, los sistemas tradicionales o locales de resolución de conflictos son necesarios e, incluso, imprescindibles. No solo porque el sistema judicial carece de los medios necesarios para investigar, enjuiciar y sancionar *a todos* los presuntos responsables- recuérdese que, ante la comisión de crímenes internacionales, los

Vol. 9, 2009, pp. 321 – 332; Schabas, William A., "Genocide Trials and Gacaca Courts", *op.cit.*, pp. 879 – 895; Clark Phil, "Gacaca Courts", *op.cit.*, pp. 33 – 37; Scanlon, Helen and Motlafi, Nompumelelo, "Indigenous justice or political instrument? The modern Gacaca courts of Rwanda" en Sriram, Chandra Lekha and Pillay Suren (Eds.), *Peace versus justice? The dilemma of transitional justice in Africa*, James Currey, UK-US, 2010, pp. 301 – 314.

⁷⁴⁰ Sharp, Dustin N, "Transitional justice and 'local' justice" en Lawther, Cheryl, Moffet Luke and Jacobs, Dov (Eds.), *Research Handbook on Transitional Justice*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 154 – 157.

⁷⁴¹ Stahn, Carsten, "La geometría de la justicia transicional...", *op.cit.*, pp. 119 – 121.

⁷⁴² Nagy, Rosemary, "Centralizing legal pluralism? Traditional justice in transitional contexts" en Sriram, Chandra Lekha, García-Godos, Herman, Johanna and Martin-Ortega, Olga (Eds.), *Transitional justice and peacebuilding on the ground: Victims and ex-combatants*, Routledge, London and New York, 2013, p. 85.

⁷⁴³ Eberechi, Ifeonu, "Who Will Save These Endangered Species...", *op.cit.*, pp. 22 – 41.

enjuiciamientos penales, si bien son necesarios⁷⁴⁴, no son suficientes⁷⁴⁵, sino que, en ciertas ocasiones, la población afectada se podría ver mejor reflejada con la forma de impartir justicia de estos modelos⁷⁴⁶. Ahora bien, a la hora de valorar la “legalidad” de estas alternativas, máxime tomando en consideración el Estatuto de Roma, no cabe sino concluir que resulta imprescindible que se respeten ciertas garantías básicas durante el proceso y, fundamentalmente, que no se produzca una vulneración de los derechos y libertades básicas de las personas que participen ante los mismos⁷⁴⁷. Solo de esta manera consideramos que un tribunal internacional -como sería el caso, por ejemplo, de la Corte Penal Internacional- *podría* dar el visto bueno⁷⁴⁸ a un mecanismo alternativo y que se centrara en personas que no ostentaran la condición de “máximo responsables”⁷⁴⁹.

⁷⁴⁴ Y es que, como se ha defendido, “la escasez de enjuiciamientos puede poner en entredicho otras iniciativas de la justicia de transición” (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/27/56, párrafo 104). Véanse los ejemplos de Liberia y Sudáfrica citados por el Relator en: *Ibid.*, párrafo 38.

⁷⁴⁵ Uprimny Yepes, Rodrigo, Sánchez Duque, Luz María y Sánchez León, Nelson Camilo, *Justicia para la paz...*, *op.cit.*, p. 81.

⁷⁴⁶ Sharp, Dustin N, "Transitional justice and 'local' justice", *op.cit.*, p. 145.

⁷⁴⁷ Para profundizar con mayor detalle en los dilemas que se presentan ante este tipo de justicia tradicional desde el punto de vista de las garantías procesales, acúdase a: Bennett, Tom, "Access to justice and human rights in the traditional courts of sub-Saharan Africa" en Bennett, Brems, Corradi, Nijzink and Schotsmans (Eds.), *African perspectives on tradition and justice*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, pp. 19 – 45. Sin embargo, véase cómo se intenta regular esta situación en la siguiente Directiva aprobada por la Comisión Africana de Derechos Humanos (consúltese especialmente el punto q. dónde se hace referencia a los tribunales tradicionales): African Commission on Human and People's Rights, Principles and guidelines on the right to a fair trial and legal assistance in Africa, 2003 (disponible online en: <http://www.achpr.org/instruments/principles-guidelines-right-fair-trial/>)

⁷⁴⁸ Majinge, Charles, "The International Criminal Court and the question of alternative justice system in Africa: a case of be careful of what you wish for?", *Verfassung und Techt in Übersee*, Vol 42, 2009, p. 155. A juicio del autor, el Estatuto de Roma reconoce los métodos alternativos a la justicia siempre y cuando respeten los estándares internacionales aplicables.

⁷⁴⁹ Existe un interesante debate en torno a si la Corte Penal Internacional debería de valorar si los procesos judiciales llevados a cabo por los Estados cumplen o no con los estándares internacionales. Y es que, tal y como prevé el artículo 17.2 del Estatuto de Roma, "A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso (...):c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia". Dado que la Corte es un tribunal penal, no un tribunal de derechos humanos, se ha defendido que “its role is not to ensure perfect procedures and compliance with all international standards”. (ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003, punto 49). Esta cuestión fue examinada con cierto detalle en la situación de Sudan: Situation in Libya in the Case of the Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi". ICC-01/11-01/11-565, 24 July 2014, puntos 213 – 232. Véase también: Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute). ICC-01/04-01/07-1213-tENG, 16 June 2009, punto 85.

Este debate ha sido analizado con mayor detalle en los siguientes trabajos doctrinales: Van Der Wilt, Harmen, "States' obligations to investigate and prosecute perpetrators of international crimes: The perspective of the European Court of Human Rights" en Stahn, Carsten and El Zeidy, Mohamed M. (Eds.),

Precisamente, y a propósito de la condición de los máximos responsables, no debemos olvidar que el ejemplo ruandés también se caracterizó por la notoria discrepancia que se produjo entre las instancias internas y las internacionales con respecto al grado de la severidad de las condenas. Y es que, tal y como ha quedado documentado, los casos sometidos al Tribunal Internacional Penal para Ruanda que, no olvidemos, se centraron en los máximos responsables, obtuvieron una pena menor que las severas sanciones impuestas en ocasiones en las jurisdicciones gacaca aplicables a responsables menores⁷⁵⁰.

Por ello, y con la finalidad de evitar estas incongruencias, es imprescindible una adecuada cooperación, integración y coordinación entre el conjunto de mecanismos que formarían parte de una estrategia integral de justicia transicional con la finalidad de evitar situaciones tan paradójicas como las que el ejemplo de Ruanda puso de manifiesto⁷⁵¹. Es más, lo que se debe producir es una complementariedad entre las diferentes instancias y modelos de justicia y nunca una alternancia entre ellas⁷⁵².

The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 685 – 706; El Zeidy, Mohamed M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*, *op.cit.*, pp. 207 – 211; Van der Wilt, Harmen and Lyngdorf, Sandra, "Procedural Obligations under the European Convention on Human Rights...", *op.cit.*, pp. 39 – 75; Davidson, Alex, "Human Rights Protection before the International Criminal Court: Assessing the Scope and Application of Article 21(3) of the Rome Statute", *International Community Law Review*, Vol. 18, 2016, pp. 72 - 101; Croquet, Nicolas A.J., "The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights: A Mirror of the European Court of Human Rights' Jurisprudence", *Human Rights Law Review*, Vol. 11, Issue 1, 2011, pp. 91 - 131; Deprez Christophe, "Extent of Applicability of Human Rights Standards to Proceedings before the International Criminal Court: On Possible Reductive Factors", *International Criminal Law Review*, Vol. 12, 2012, pp. 721 - 741; Ellis, Mark, "Beyond a Flawed Trial: ICC Failures to Ensure International Standards of Fairness in the Trails of Former Libyan Regime Members", *American University International Law Review*, Vol. 33, 2017, pp. 75 - 145; Jones, Annika, "Insights Into an Emerging Relationship: Use of Human Rights Jurisprudence at the International Criminal Court", *Human Rights Law Review*, Vol. 16, 2016, pp. 701 - 729; Sheppard, Daniel, "International Criminal Court and Internationally Recognized Human Rights: Understanding Article 21(3) of the Rome Statute", *International Criminal Law Review*, Vol. 10, 2010, pp. 43 - 71; De Frouville, Olivier, "The Influenc of the European Court of Human Rights' Case Law on International Criminal Law of Toture and Inhuman or Degrading Treatment", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, pp. 633 - 649; Schabas, William A., "Synergy or Fragmentation? International Criminal Law and the European Convention on Human Rights", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, pp. 609 – 632; Schabas, William A. and El Zeidy, Mohamed, "Article 17: Issues of admissibility", *op.cit.*, pp. 817 – 819; Pons, Niccolo and Dukic, Drazan, "Perspectives on the Interplay between the Inter-American Court of Human Rights and the International Criminal Court", *Inter-american and European Human Rights Journal*, Vol. 7, 2014, pp. 159 – 173; Nouwen, Sarah M.H., *Complementarity in the Line of Fire...*, *op.cit.*, pp. 67 – 70; Carnero Rojo, Enrique, "The Role of Fair Trial Considerations in the Complementarity Regime of the International Criminal Court...", *op.cit.*, pp. 829 - 869; Heller, Kevin Jon, "The shadow side of complementarity...", *op.cit.*, pp. 255 - 280; Van der Merwe, H.J., "The Show Must Not Go on...", *op.cit.*, pp. 40 - 75; Fry, Elinor, "Between show trials and sham prosecutions: the Rome Statute's potential effect on domestic due process protections", *Criminal Law Forum*, Vol. 23, 2012, pp. 35 – 62.

⁷⁵⁰ Stahn, Carsten, "La geometría de la justicia transicional...", *op.cit.*, p. 121.

⁷⁵¹ Véanse los puntos de fricción que se citan en: Sharp, Dustin N, "Transitional justice and 'local' justice", *op.cit.*, pp. 154 – 157.

⁷⁵² Léanse las referencias a la complementariedad que debería de producirse entre las diversas instancias en: Kemp, Susan, "Alternative Justice Mechanisms...", *op.cit.*, pp. 261 – 263; Manirakiza, Pacifique,

En definitiva, independientemente de los beneficios que puedan aportar este tipo de fórmulas alternativas, como señala Stahn, “local mechanisms should not be romanticized”⁷⁵³. En efecto, al igual que ocurre con las jurisdicciones internacionales, estos métodos tradicionales y locales muestran importantes deficiencias y límites⁷⁵⁴. Por ello defendemos que una integración adecuada de estas fórmulas de justicia local junto con otros mecanismos de justicia transicional (entre los que incluimos a los procesos judiciales penales) *tal vez* permita proporcionar una respuesta más amplia ante los limitados enjuiciamientos que los tribunales internacionales pueden ofrecer⁷⁵⁵.

4.2.2. LA ACTUACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL ANTE LAS INICIATIVAS DE JUSTICIA LOCAL O TRADICIONAL: LOS CASOS DE SUDAN Y UGANDA

Con la finalidad de analizar si, en un plano práctico, la Corte Penal Internacional ha tomado en consideración los mecanismos tradicionales o locales de justicia nos centraremos en las líneas que siguen a continuación en los dos casos africanos⁷⁵⁶ que han planteado, principalmente, esta cuestión: nos referimos a los casos de Sudán y Uganda.

En el caso de Sudán⁷⁵⁷, desde un inicio se intentó implementar una estrategia complementaria⁷⁵⁸ entre la actuación de la Corte y otra serie de fórmulas alternativas de

"Customary African Approaches to the Development of International Criminal Law" en Levitt, Jeremy I. (Ed.), *Africa: Mapping New Boundaries in International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008, p. 55; Bennett, Brems, Corradi, Nijzink and Schotsmans (Eds.), *African perspectives on tradition and justice*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, pp. 116 – 117.

⁷⁵³ Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, pp. 219 – 221.

⁷⁵⁴ Manirakiza, Pacifique, "Customary African Approaches to the Development of International Criminal Law", *op.cit.*, p. 49.

⁷⁵⁵ Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, pp. 219 – 221.

⁷⁵⁶ Y es que, como se ha defendido “Africa, more than any other region, provides an opportunity to develop an international criminal law jurisprudence of alternative justice mechanisms, and thus an opportunity to develop globally our conception of justice in the context of gross atrocities” (Slye, Ronald, “Immunities and amnesties”, *op.cit.*, p. 188).

⁷⁵⁷ Para completar la información que proporcionaremos en el presente apartado, puede acudirse a: Sullo, Pietro, "Justice for Darfur: the ICC and domestic justice initiatives eleven years after the UN Security Council referral", *International Criminal Law Review*, Vol. 16, 2016, pp. 885 – 912; Fouladvand, Shahrzad, "Complementarity and cultural sensitivity: decision-making by the International Criminal Court Prosecutor in the Darfur situation", *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, pp. 1028 - 1066.

⁷⁵⁸ A juicio de la Corte, lo que se debe producir es una complementariedad y no una alternancia entre estas fórmulas de justicia (Eleventh Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 17 June 2010, punto 53). En la doctrina, véase la posición favorable una respuesta global en este caso en: Totten, Christopher D. and Tyler, Nicholas, "Arguing for an Integrated Approach to Resolving the Crisis in Darfur: the Challenges of Complementarity, Enforcement, and Related Issues in the International Criminal Court", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98, Issue 3, 2008, pp. 1069 – 1118; Sullo, Pietro, "Justice for Darfur: the ICC and domestic justice initiatives eleven years after the UN Security Council referral", *op.cit.*, pp. 885 – 912.

justicia⁷⁵⁹. Incluso la Fiscalía consideró que era necesaria una “solución global”⁷⁶⁰, ya que su Oficina se centraría en investigar y enjuiciar a los máximos responsables de los crímenes cometidos en Darfur y, por ello, concluyó que:

“Additional international and national efforts will be required to bring to justice other offenders and to promote the rule of law and reconciliation through traditional and other mechanisms. This has particular significance in the context of Darfur where, as in other areas of Africa, tribal and traditional systems exist for the promotion of dispute resolutions. The ICC will cooperate with and support such efforts, the combination of which will mark a comprehensive response to the need for peace, justice and reconciliation”⁷⁶¹.

Si bien a la hora de analizar la admisibilidad de la situación la Fiscalía parecía dispuesta a tomar en consideración los mecanismos alternativos a la justicia penal -como, por ejemplo, los sistemas tradicionales de justicia⁷⁶²-, lo cierto es que, finalmente, si atendemos a la práctica, solo cabe concluir que éstos han sido excluidos de todo examen de admisibilidad posible.

Es cierto que la Corte se refirió a los mecanismos tradicionales dentro de su examen de admisibilidad, pero simple y llanamente para concluir que: “These processes are not criminal proceedings as such for purposes of assessing the admissibility of cases before

⁷⁵⁹ Ya en la resolución del Consejo de Seguridad por la que se remitía la situación a la Corte se subrayaba “la necesidad de promover la recuperación y la reconciliación y alienta a este respecto la creación, con la intervención de todos los sectores de la sociedad sudanesa, de instituciones como las comisiones de verdad o de reconciliación, para complementar los procesos judiciales y fortalecer así las medidas encaminadas a restablecer una paz duradera, con el apoyo de la Unión Africana y de la comunidad internacional en caso necesario”, Resolución 1593 (2005), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5158ª sesión, celebrada el 31 de marzo de 2005.

⁷⁶⁰ Fifth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 7 June 2007, p. 2; Sixth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). Report: 05.12.2007, p. 2; Ninth Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). Report: 05.06.2009, pp. 12 – 13; Tenth Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). Report 4 December 2009, pp. 5 – 9; Eleventh Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 17 June 2010, pp. 7 – 9; Twelfth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005), 10 December 2010, pp. 14 – 16; Eighteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSC 1593 (2005), 11 December 2013, p. 3.

⁷⁶¹ First Report of the Prosecutor of the ICC to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 29.06.2005, p. 10.

⁷⁶² A modo de ejemplo, cabe citar los siguientes argumentos de la Fiscalía: “Even in cases referred by the Security Council the admissibility test must be performed and the Office must respect the principle of complementarity. The Office therefore spent two months conducting a thorough analysis of the judicial activities in the Sudan based on information provided by the Government of the Sudan relating to the Sudanese justice system, the administration of criminal justice in various parts of Darfur and traditional systems for alternative dispute resolution” (The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006), The Hague, 12 September 2006, punto 40).

the ICC, but they are an important part of the fabric of reconciliation for Darfur⁷⁶³. Es decir, sin desconocer la relevancia de los mecanismos tradicionales de cara a lograr la reconciliación en Darfur⁷⁶⁴, la Fiscalía no parece tomarlos en consideración a la hora de analizar la admisibilidad por no ser procesos penales⁷⁶⁵ en sentido estricto⁷⁶⁶. A nuestro juicio, la ausencia de un mayor análisis y precisión a este respecto resulta criticable. Y es que, ante la relevancia cada vez mayor que parecen estar adquiriendo los mecanismos complementarios a la justicia penal, es plausible que, en un futuro, la Corte tenga que acabar incorporando estos elementos adicionales dentro del examen de admisibilidad⁷⁶⁷. No obstante, como cabe deducir también del caso de Uganda -Estado con una amplia práctica en materia de mecanismos tradicionales⁷⁶⁸ y donde conviven diversas

⁷⁶³ Third Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 14.06.2006, p.6. Véase también Declaraciones del Fiscal Moreno-Ocampo en: Consejo de Seguridad, Sexagésimo primer año 5459^a sesión, miércoles 14 de junio de 2006, a las 15.00 horas, Nueva York, Informes del Secretario General sobre el Sudán, S/PV.5459, p. 3.

⁷⁶⁴ La siguiente cita pone de manifiesto que, por lo menos, se conoce la existencia de los mismos: "The Government of the Sudan has provided the OTP with a significant amount of information relating to the conduct of traditional reconciliation mechanisms in Darfur as a way of resolving conflicts between tribes. Various tribal meetings are reported to have taken place in Darfur, including Mellit, Shearia and Abata. Such processes are also given a formal role in the context of the Darfur Peace Agreement, with the establishment of a Tribal Reconciliation Committee and the proposed Darfur-Darfur Dialogue" (Third Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 14.06.2006, p. 6).

⁷⁶⁵ Sin embargo, a nuestro juicio, el motivo bien podría ser también otro. Dado que los sistemas tradicionales se centrarían en personas con un grado de responsabilidad menor en los crímenes cometidos, no abarcarían a la misma persona por sustancialmente la misma conducta que los casos sobre los que la Corte ejercería su jurisdicción (que, insistimos, se centra en los máximos responsables). Pese a que esta razón puede ser plausible, lo cierto es que echamos de menos una explicación más detallada de la Corte en torno a este tipo de mecanismos tradicionales que, sin ningún género de dudas, podrían completar la respuesta limitada del órgano de justicia internacional. Y es que, ¿cómo explicar sino que, en un inicio, parezca valorar la información que les proporcionan estos mecanismos alternativos y, posteriormente, simple y llanamente afirme que, al no ser procesos penales, no deben ser valorados de cara a la admisibilidad? De optar por esta segunda opción, ¿por qué no declaró desde un inicio que no los tendría en cuenta bajo ningún concepto?

⁷⁶⁶ Situation in Sudan. Prosecutor's Application under Article 58(7). ICC-02/05-56, 27 February 2007 (véase, por ejemplo, el punto 254 donde se alude a los mecanismos tribales como factor que, en principio, parece tomarse consideración y, por otra parte, léase el punto 267 donde se concluye que el asunto resultaría admisible dado que los procesos nacionales no se centran en la misma persona por la misma conducta). En un sentido similar: Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb"). Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute. ICC-02/05-01/07-1-Corr, 27 April 2007.

⁷⁶⁷ Situation in Libya in the case of the Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka to the Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi". ICC-01/11-01/11-547-Red, 21 May 2014. ICC-01/11-01/11-547-Anx2, punto 59.

⁷⁶⁸ Quinn, Joanna R., "Social reconstruction in Uganda: the role of customary mechanisms in transitional justice", *Human Rights Review*, Vol. 8, 2007, p. 398. Es más, a juicio de la autora, estas prácticas tienen una autoridad semejante a los modelos occidentales (p. 401).

modalidades locales de resolución de conflictos⁷⁶⁹-, no parece que la Corte, por ahora, esté dispuesta a ello.

A este respecto conviene recordar que, tal y como señalábamos en el Capítulo segundo, cuando el Estado ugandés se hallaba negociando la paz con el LRA, la Corte dictó las órdenes de detención contra algunos de los líderes de la organización, órdenes que Uganda “exigió” que se retiraran. Como hemos comprobado, este extremo no se produjo y ello provocó que, en el transcurso de las negociaciones de paz, se produjeran interesantes acontecimientos que se hallan relacionados con la justicia local que aquí examinamos⁷⁷⁰.

Y es que, los líderes del LRA, ante la frustración de no poder paralizar las órdenes de detención, negociaron un Acuerdo de paz⁷⁷¹ con el Gobierno ugandés en el que se contemplaban mecanismos tradicionales de resolución de conflictos⁷⁷². Así, del texto del Acuerdo parece deducirse que aquellas personas que hubieran cometido serias violaciones de los derechos humanos, entre los que se citaban los crímenes

⁷⁶⁹ Para conocer más detalladamente los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos acúdase a: Anyeko, Baines, Komakech, Ojok, Ogora and Victor, "The cooling of hearts': community truth - telling in Northern Uganda", *Human Rights Review*, Vol. 13, 2012, pp. 107 – 124; Baines, Erin K., "The haunting of Alice: local approaches to justice and reconciliation in Northern Uganda", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007, pp. 91 – 114; Quinn, Joanna R., "Social reconstruction in Uganda: the role of customary mechanisms in transitional justice", *op.cit.*, pp. 389 - 407.

⁷⁷⁰ Para conocer las vicisitudes del proceso de paz, así como las órdenes de arresto dictadas, acúdase al Capítulo II del presente trabajo.

⁷⁷¹ Agreement on Accountability and Reconciliation between the Government of the Republic of Uganda and the Lord's Resistance Army/Movement. Juba, Sudan.

⁷⁷² El acuerdo de paz precisaba que “Traditional justice mechanisms, such as Culo Kwor, Mato Oput, Kayo Cuk, Ailuc and Tonu ci Koka and others as practiced in the communities affected by the conflict, shall be promoted, with necessary modifications, as a central part of the framework for accountability and reconciliation” (Agreement on Accountability and Reconciliation between the Government of the Republic of Uganda and the Lord's Resistance Army/Movement. Juba, Sudan, punto 3.1.). Precisamente, la doctrina subraya especialmente este punto como razón de ser de los mecanismos alternativos. Es decir, ante la imposibilidad de paralizar las actuaciones de la Corte, se pensó que el establecimiento de ciertos sistemas de justicia tradicional podría implicar la inadmisibilidad del caso ante la Corte Penal Internacional. Véase cómo se describe esta posibilidad en los siguientes estudios que han seguido de cerca este caso: Mendes, Errol P., *Peace and Justice at the International Criminal Court: A court of Last Resort*, UK-USA, Edward Elgar, 2010, p. 110; Burke-White, William and Kaplan, Scott, "Shaping the contours of domestic justice: The International Criminal Court and an admissibility challenge in the Uganda situation" en Stahn, Carsten and Sluiter, Göran (Eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, pp. 80 – 84; Allan, Kate, "Prosecution and Peace: A Role for Amnesty before the ICC?", *op.cit.*, pp. 277 – 280; Keller, Linda M., "Achieving Peace with Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice Mechanisms", *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 23, 2008, p. 217; Apuuli, Kasija Philip, "The ICC's Possible Deferral of the LRA Case to Uganda", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, 2008, pp. 801 – 813; Gissel, Line Engbo, "Justice Tides: How and When Levels of ICC Involvement Affect Peace Processes", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, 2015, pp. 436 – 439. Ahora bien, como señala Hayner, gracias a la intervención de la Corte Penal Internacional, se puso el acento en medidas de justicia que, en ausencia del Tribunal, no se hubieran puesto sobre la mesa (Hayner, Priscilla, "Negotiating justice: Guidance for mediators", *HD Centre for Humanitarian Dialogue*, February 2009 report., p. 17).

internacionales⁷⁷³, responderían ante órganos de justicia penal⁷⁷⁴. Es decir, lejos de una alternancia entre mecanismos, parecía reconocerse la necesidad de combinar el sistema judicial formal con mecanismos de justicia alternativa⁷⁷⁵.

Sin embargo, con posterioridad, las partes negociaron un Anexo al Acuerdo de paz⁷⁷⁶ en el que se precisaba cómo debían de implementarse las medidas de exigencia de responsabilidad y de reconciliación previstas en el Acuerdo principal⁷⁷⁷ que, a juicio de las partes negociadoras, tomaba en consideración el principio de complementariedad del Estatuto de Roma⁷⁷⁸.

Pues bien, en dicho Anexo, entre otras medidas, se precisaba⁷⁷⁹ la competencia de la División Especial de la Corte Suprema de Uganda⁷⁸⁰, que ejercería su jurisdicción sobre “individuals alleged to have planned or carried out widespread, systematic, or serious attacks directed against civilians or who are alleged to have committed grave breaches of the Geneva Conventions”⁷⁸¹. Es decir, de entrada, podría deducirse que quienes fueran considerados máximos responsables de haber cometido crímenes internacionales, serían enjuiciados ante un tribunal. Sin embargo, si atendemos a cómo se regulaban los mecanismos tradicionales⁷⁸² esta conclusión podría cuestionarse. Y es que, obsérvese la ambigua enumeración que se recogía en el Anexo y que permitía interpretar que los máximos responsables también podrían llegar a responder ante mecanismos alternativos a la justicia:

"Subject to clause 4.1 of the principal agreement, the Government shall ensure that serious crimes committed during the conflict are addressed by the special Division of the High Court; traditional justice mechanisms; and any other alternative justice

⁷⁷³ Agreement on Accountability and Reconciliation between the Government of the Republic of Uganda and the Lord's Resistance Army/Movement. Juba, Sudan, punto 6.1.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, punto 4.1. Eso sí, se preveía expresamente que se aplicarían sanciones alternativas incluso en los casos en los que se hubieran cometido graves crímenes y violaciones a los derechos humanos en el transcurso del conflicto (*Ibid.*, punto 6.3.).

⁷⁷⁵ *Ibid.*, punto 5.2.

⁷⁷⁶ Annexure to the Agreement on Accountability and Reconciliation signed between the Government of the Republic of Uganda and the Lord's Resistance Army/Movement, on 29th June 2007.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, punto 1.

⁷⁷⁸ Véase cómo se hace alusión a este principio en el Preámbulo, *Ibid.*

⁷⁷⁹ Sin embargo, esta División Especial se crearía tras la firma del Acuerdo de paz y el Anexo (Request for Information from the Republic of Uganda on the Status of Execution of the Warrants of Arrest. ICC-02/04-01/05-286-Anx2 28-03-2008, punto A).

⁷⁸⁰ Traducción libre, en el original se denomina: “Special division of the High Court of Uganda” (Annexure to the Agreement on Accountability and Reconciliation signed between the Government of the Republic of Uganda and the Lord's Resistance Army/Movement, on 29th June 2007, punto 7).

⁷⁸¹ Annexure to the Agreement on Accountability and Reconciliation signed between the Government of the Republic of Uganda and the Lord's Resistance Army/Movement, on 29th June 2007, punto 14.

⁷⁸² *Ibid.*, puntos 19 – 22.

mechanism established under the principal agreement, but not the military courts."⁷⁸³

Desde un inicio, el antiguo Fiscal de la Corte Penal Internacional⁷⁸⁴ se mantuvo en contacto con los líderes tradicionales y religiosos con la finalidad de conocer más de cerca el contexto y los intereses de las víctimas⁷⁸⁵. Al parecer, esas reuniones⁷⁸⁶ permitieron crear cierto consenso en torno a la cuestión de los mecanismos de justicia tradicionales y a comprender mejor el objetivo de la Corte de enjuiciar a los máximos responsables⁷⁸⁷. Concretamente, el propio Fiscal afirmó conocer los procesos de justicia tradicional existentes y recordó su intención de centrarse en los máximos responsables⁷⁸⁸. Por ello, se acordó que, para poner fin a la violencia, “all parties agreed to continue to integrate the dialogue for peace, the ICC and traditional justice and reconciliation processes”⁷⁸⁹.

Si bien, a juicio del Fiscal⁷⁹⁰, no era sencillo integrar estas modalidades de justicia local con el mandato de la Corte Penal Internacional, podemos deducir que los mecanismos alternativos no podrían ser empleados para “investigar” a los máximos responsables de haber cometido los crímenes internacionales sobre los que la Corte ejerce su competencia. Por ello, cabe entender que se podría llegar a adoptar cierto reparto competencial entre

⁷⁸³ *Ibid.*, punto 23.

⁷⁸⁴ Resulta relevante no olvidar que la Corte Penal Internacional (y, especialmente, el principio de complementariedad que guía su actuación) estuvo presente a lo largo de las negociaciones. Por esta razón, y en tanto en cuanto no retiraba las órdenes de detención, las partes mostraron cierto interés en conocer las “intenciones” del órgano internacional. Sin embargo, éste parecía mutuo ya que la Fiscalía también mostró cierta curiosidad por estos métodos tradicionales.

⁷⁸⁵ The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006), The Hague, 12 September 2006, punto 34.

⁷⁸⁶ ICC - Statements by ICC Chief Prosecutor and the visiting Delegation of Acholi leaders from northern Uganda ICC-OTP-20050318-95; ICC - Joint Statement by ICC Chief Prosecutor and the visiting Delegation of Lango, Acholi, Iteso and Madi Community Leaders from Northern Uganda, ICC-OTP-20050416-99.

⁷⁸⁷ The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006), The Hague, 12 September 2006, punto 35; ICC - Statements by ICC Chief Prosecutor and the visiting Delegation of Acholi leaders from northern Uganda ICC-OTP-20050318-95.

⁷⁸⁸ ICC - Statements by ICC Chief Prosecutor and the visiting Delegation of Acholi leaders from northern Uganda ICC-OTP-20050318-95.

⁷⁸⁹ *Ibidem*.

⁷⁹⁰ Y es que, ese mismo año, planteaba el siguiente interrogante: “The issue for me is how to integrate these different elements. In other words, how do we integrate the activity of the Court to prosecute the leaders with other initiatives, such as local mechanisms, because we cannot prosecute every single perpetrator. What is the right standard? We must understand this dynamic between legal scholars and practitioners and develop standards for those implementing peace and those pursuing prosecutions” (Moreno Ocampo, Luis, “Keynote Address: Integrating the Work of the ICC into Local Justice Initiatives”, *American University International Law Review*, Vol. 21, Issue 4, 2005, pp. 500 – 501).

los enjuiciamientos centrados en los máximos responsables y los mecanismos alternativos con respecto al resto⁷⁹¹.

Sin embargo, y lamentablemente, el desarrollo final del caso de Uganda no nos permite corroborar esta teoría. Y es que, era tal la ambigüedad⁷⁹² de este presunto reparto competencial tanto en el Acuerdo como en el Anexo que la Corte Penal Internacional solicitó a Uganda que aclarara esta cuestión⁷⁹³. El Estado contestó a este requerimiento a través de un documento que envió a la Corte⁷⁹⁴ y donde “aclaró” que si bien todavía debía precisarse cómo sería la implementación del Acuerdo y del Anexo, ya que, entre otras cuestiones, todavía no se sabía a ciencia cierta cuál sería la competencia material o personal de la División Especial⁷⁹⁵, se garantizó que no habría ni impunidad ni inmunidad⁷⁹⁶. Es más, añadía que “it is the understanding and intention of the Government of Uganda that traditional justice systems will be applicable to minor offences whereas the special division of the High Court shall try individuals responsible for the "most serious crimes" in accordance with international standards.”⁷⁹⁷

⁷⁹¹ Un número considerable de estudios tratan de ofrecer una respuesta a esta cuestión: Burke-White, William and Kaplan, Scott, "Shaping the contours of domestic justice...", *op.cit.*, pp. 79 – 114; Nouwen, Sarah M.H., *Complementarity in the Line of Fire...*, *op.cit.*; Pinto Soares, Patrícia, "Positive complementarity...", *op.cit.*, pp. 187 – 208; Greenawalt, Alexander K.A., "Complementarity in Crisis: Uganda, Alternative Justice, and the International Criminal Court", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, Issue 1, 2009, pp. 107 – 162; Schotsmans, Martien, "Official complementarity: a case study of Northern Uganda" en Brems, Corradi and Schotsmans (Eds.), *International actors and traditional justice in Sub-Saharan Africa: Policies and Interventions in Transitional Justice and Justice Sector Aid*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015, pp. 71 – 83; Keller, Linda M., "Achieving Peace with Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice Mechanisms", *op.cit.*, pp. 209 – 279; Ssenyonjo, Manisuli, "The International Criminal Court and the Lord's Resistance Army Leaders: Prosecution or Amnesty", *International Criminal Law Review*, Vol. 7, 2007, pp. 361 – 389; Saether, Gjermund, "The complementarity of ICC and other instruments in transitional justice - The case of Northern Uganda", *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, Vol. 27, 2009, pp. 467 – 486; Roach, Steven C., "Multilayered Justice in Northern Uganda: ICC Intervention and Local Procedures of Accountability", Rothe, Dawn L., Meernik, James and Ingadóttir, Pórdís, *The Realities of International Criminal Justice*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 249 – 268.

⁷⁹² Esta escasa claridad ha sido denuncia en reiteradas ocasiones en la doctrina más especializada. Véase a modo de ejemplo: Mendes, Errol P., *Peace and Justice at the International Criminal Court: A court of Last Resort*, UK-USA, Edward Elgar, 2010, p. 111; Keller, Linda M., "Achieving Peace with Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice Mechanisms", *op.cit.*, pp. 219 – 220.

⁷⁹³ Situation in Uganda in the case of the Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute. ICC-02/04-01/05-377, 10 March 2009, punto 44.

⁷⁹⁴ Request for Information from the Republic of Uganda on the Status of Execution of the Warrants of Arrest. ICC-02/04-01/05-286-Anx2 28-03-2008.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, punto B.

⁷⁹⁶ *Ibidem.*

⁷⁹⁷ *Ibid.*, punto C. Es más, posteriormente matizaba que: “The special division of the High Court is not meant to supplant the work of the International Criminal Court and accordingly, those individuals who were indicted by the International Criminal Court will have to be brought before the special division of the High Court for trial” (*Ibidem.*). Interesante también la siguiente advertencia de Uganda que se añade al fragmento citado: “As indicated in our submission to the Pre-Trial Chamber in December 2007, the Government of

Es decir, si realizamos una interpretación coherente de todos los puntos señalados, podríamos concluir que, efectivamente, aquellas personas que fueran consideradas presuntamente como máximas responsables de haber cometido ciertos crímenes internacionales, entre ellos, las personas sobre las que pesaban las órdenes de arresto dictadas por la Corte Penal Internacional, deberían responder ante la justicia penal. Sin embargo, ciertas declaraciones de las autoridades ugandesas apuntaban en dirección contraria⁷⁹⁸.

En definitiva, y lamentablemente, el caso de Uganda no permitió ofrecer una respuesta mínimamente satisfactoria a este crucial interrogante en torno al posible reparto competencial ya que, finalmente, y como es conocido, no se firmó el Acuerdo de paz⁷⁹⁹. Por lo tanto, las conclusiones que podemos extraer no pueden sino basarse en meras hipótesis de lo que pudiera haber sido y no fue.

En todo caso, lo que parece innegable es que los mecanismos alternativos previstos en el Acuerdo de paz y en el Anexo no fueron sino una condición exigida por los líderes del LRA y apoyada, así mismo, por ciertos líderes tradicionales⁸⁰⁰, como requisito para firmar la paz ante la imposibilidad de retirar las órdenes de arresto dictadas por la Corte⁸⁰¹. Sin

Uganda referred the situation in northern Uganda to the International Criminal Court because the leadership of the Lord's Resistance Army was beyond the borders of Uganda and the international community was not being helpful. Uganda's inability to have the LRA leadership tried was due to this challenge rather than due to reasons related to the competence of its courts to handle cases connected with the situation. It is expected that once the peace agreement is signed and the Lord's Resistance Army submits to Ugandan jurisdiction as required, the perpetrators of the atrocities in northern, the indictees inclusive, shall be subjected to the full force of the law. As to the execution of the warrants, the Government of Uganda remains committed to executing them should the LRA leadership fail to subject themselves to the process of justice in Uganda, The Government further remains committed and prepared to meet its obligations under the Rome Statute and under the bilateral agreements it has concluded with the International Criminal Court" (*Ibidem.*). Consúltese la respuesta de la Corte en: Situation in Uganda in the case of the Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute. ICC-02/04-01/05-377, 10 March 2009, punto 45.

⁷⁹⁸ Y es que, no son pocos los autores que recogen ciertos testimonios en los que se parece garantizar a los miembros del LRA la posibilidad de ser "investigados" ante instancias de justicia tradicional: Mendes, Errol P., *Peace and Justice at the International Criminal Court...*, *op.cit.* p. 109; Apuuli, Kasija Philip, "The ICC's Possible Deferral of the LRA Case to Uganda", *op.cit.*, pp. 801 – 813.

⁷⁹⁹ Situation in Uganda in the case of the Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Amicus Curiae submitted pursuant to the Pre-Trial Chamber II "Decision on application for leave to submit observations under Rule 103" dated 5 November 2008. ICC-02/04-01/05-353, 18 November 2008, punto 9. Así mismo, se puso de manifiesto la situación de impunidad que existía en el Estado (*Ibid.*, puntos 33 – 54).

⁸⁰⁰ Mendes, Errol P., *Peace and Justice at the International Criminal Court...*, *op.cit.*, p. 104; Keller, Linda M., "Achieving Peace with Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice Mechanisms", *op.cit.*, p. 225.

⁸⁰¹ Mendes, Errol P., *Peace and Justice at the International Criminal Court...*, *op.cit.*, p. 110; Burke-White, William and Kaplan, Scott, "Shaping the contours of domestic justice...", *op.cit.*, pp. 80 – 84; Allan, Kate, "Prosecution and Peace: A Role for Amnesty before the ICC?", *op.cit.*, pp. 277 – 280; Keller, Linda M., "Achieving Peace with Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice

embargo, el problema radicaba en que estas órdenes afectaban a los líderes del LRA -que, como cabe concluir, presuntamente pueden ser considerados como los máximos responsables de los crímenes internacionales cometidos- cuyos integrantes, al mismo tiempo, eran quienes se hallaban negociando los términos del futuro acuerdo de paz. Pero, ¿es posible defender jurídicamente que los máximos responsables de haber cometido ciertos crímenes internacionales puedan responder única y exclusivamente ante métodos tradicionales de justicia?

Pues bien, como declaró Daniel Nsereko -juez de la Corte Penal Internacional de nacionalidad ugandesa-, los mecanismos de justicia tradicionales como los *mato-oput* no pueden aplicarse respecto de personas sospechosas de haber cometido crímenes contra la humanidad⁸⁰². Ahora bien, ¿hubiera sido otro el resultado si éste se hubiera firmado y se hubiera previsto la justicia tradicional como complemento, y no alternativa, de los procesos judiciales penales centrados en los máximos responsables?

Si bien es cierto que en el transcurso del análisis de la admisibilidad⁸⁰³ no se hace ni una sola mención a los mecanismos tradicionales previstos en el Acuerdo de paz⁸⁰⁴, lo que permite reafirmar que la Corte, a la hora de llevar a cabo este examen, únicamente toma en consideración los procesos judiciales penales, consideramos que si éstos se hubieran centrado en personas que no fueran máximos responsables este reparto competencial hubiera podido recibir el visto bueno del Fiscal. Y es que, obsérvese que el primer Fiscal de la Corte solo parecía insistir en los enjuiciamientos centrados en los máximos responsables lo que, a nuestro juicio, permite dejar la puerta abierta al reconocimiento de mecanismos alternativos que complementen los procesos judiciales penales iniciados contra esta categoría de personas. Ahora bien, como señalábamos

Mechanisms", *op.cit.*, p. 217; Apuuli, Kasija Philip, "The ICC's Possible Deferral of the LRA Case to Uganda", *op.cit.*, pp. 801 – 813; Gissel, Line Engbo, "Justice Tides: How and When Levels of ICC Involvement Affect Peace Processes", *op.cit.*, pp. 436 – 439.

⁸⁰² Maseruka, Josephine, 'Traditional Justice not Applicable to War Suspects', *New Vision*, 30 June 2009. Disponible online en: https://www.newvision.co.ug/new_vision/news/1210379/traditional-justice-applicable-war-suspects. Es más, concluía que "You cannot expect someone who caused the death of 100 people to be tried in a traditional court if you are looking for justice to be done" (*Ibidem.*).

⁸⁰³ La situación se califica como "inacción" (Situation in Uganda in the case of the Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute. ICC-02/04-01/05-377, 10 March 2009, punto 52).

⁸⁰⁴ Véase cómo se valora el análisis de la admisibilidad en la presente situación en: Situation in Uganda in the Case of the Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute. ICC-02/04-01/05-377, 10 March 2009 (especialmente los puntos 47 – 48). Situación en Uganda en el Caso del Fiscal c. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Sentencia relativa a la apelación de la Defensa contra la decisión de 10 de marzo de 2009 relativa a la admisibilidad del caso con arreglo al párrafo 1 del artículo 19 del Estatuto. ICC-02/04-01/05-408-tSPA, 16 septiembre 2009.

previamente, éstas no son sino meras hipótesis de un interrogante que, estamos convencidos, volverá a plantearse en un futuro.

4.3. Valoración preliminar sobre la relación complementaria entre los diversos mecanismos de justicia transicional y la actitud de la Corte Penal Internacional

A lo largo de la presente Sección hemos podido comprobar que la Corte Penal Internacional⁸⁰⁵ no toma en consideración las comisiones de la verdad u otros mecanismos alternativos a la justicia a la hora de realizar el análisis exigido en virtud del principio de complementariedad, y ello pese a reconocer que, en un proceso de justicia transicional, el análisis que se lleve a cabo debería ser “holístico”⁸⁰⁶. En definitiva, por ahora, el órgano internacional ha zanjado el debate doctrinal afirmando que los procesos internos que, recuérdese, deben ser procesos penales, deben ir dirigidos al enjuiciamiento de los presuntos responsables.

A nuestro juicio, la Corte ha optado por una visión un tanto limitada del principio de complementariedad que no toma en consideración el complejo escenario propio de la justicia transicional⁸⁰⁷. Como a lo largo de la investigación hemos tratado de mostrar, ante la comisión de ciertos crímenes internacionales, la respuesta de la Corte Penal Internacional, centrada en los máximos responsables, siempre va a ser limitada y, por ello, si lo que deseamos es lograr una justicia más integral o más completa que trate de reparar

⁸⁰⁵ No obstante, es posible que en un futuro estos criterios cambien. Y es que, como ha argumentado una de las juezas de la Corte, “I do not doubt that future cases on admissibility will raise new issues that will require the jurisprudence of the Court to develop further, and possibly add more confined and new elements to the test relevant to the first limb of article 17 (1) (a) of the Statute, such as the persons at issue, the range of the sentence/s and alternative forms of justice.” (Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka to the Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled “Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi”. ICC-01/11-01/11-547-Red, 21 May 2014. ICC-01/11-01/11-547-Anx2, punto 59). Consúltense también los argumentos esgrimidos por la misma jueza a propósito del test de misma persona misma conducta en: Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Separate Opinion of Judge Anita Usacka to the Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled “Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi”. ICC-01/11-01/11-565, 24 July 2014. ICC-01/11-01/11-565-Anx2, puntos 55 y 59.

⁸⁰⁶ James Stewart: “El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia”, *op.cit.*, punto 51. Es decir, “los aspectos de justicia penal del sistema podrán ser considerados en el contexto más amplio de otros mecanismos relevantes de justicia transicional”.

⁸⁰⁷ Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, pp. 229 – 230. En dicho estudio, concluye el experto que “The idea of complementarity as a broader principle, i.e. in the sense of complementarity of justice responses, is still in its infancy. It requires more flexibility than the formal ICC vision of complementarity enshrined in the ICC Statute. It is necessary to rely on different justice models in a given atrocity crime context (...). Accountability may require tailor-made hybrid mechanisms, domestic justice and alternative forms of justice”.

a un número mayor de víctimas, no cabe sino optar por estrategias complementarias, no necesariamente penales, que abarquen también a los menores responsables⁸⁰⁸.

El principio de complementariedad, en abstracto, es un test objetivo y razonable que tiene el potencial de permitir que la Corte examine si, realmente, el Estado está tratando de poner fin a la impunidad con la que se cometen, lamentablemente, los crímenes internacionales. No obstante, nos parece reprochable el estricto test empleado cuyo propósito final se reduce a comprobar si las autoridades internas están llevando a cabo investigaciones y enjuiciamientos con respecto a las “mismas personas por sustancialmente las mismas conductas” que las que conocería el órgano internacional. Como señalábamos en los apartados previos, este enfoque tan limitado de la complementariedad puede propiciar que los Estados únicamente se centren en las personas que han sido señaladas por la Corte. Pero, ¿qué ocurre con el resto? Como concluíamos previamente, esta solución no garantiza, ni mucho menos, que se logre erradicar la impunidad.

Por esta razón, y siendo plenamente conscientes de los límites y debilidades de los mecanismos alternativos a la justicia, consideramos que se podría optar por una visión mucho más integradora a la hora de valorar la capacidad y voluntad del Estado para poner fin a la impunidad y su voluntad real de impartir justicia. Y es que, como se ha señalado, “the Court does not operate in a vacuum, but in the wider transitional justice context, and

⁸⁰⁸ Esta opinión, lejos de ser una visión aislada, es compartida por un número considerable de especialistas: Sarkin, Jeremy, "Enhancing the legitimacy, status, and role of the International Criminal Court globally by using transitional justice and restorative justice strategies", *op.cit.*, p. 97; Ryngaert, Cedric, "The principle of complementarity: a means of ensuring effective international criminal justice" en Ryngaert, Cedric (Ed.), *The Effectiveness of International Criminal Justice*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009, p. 167; Majinge, Charles, "The International Criminal Court and the question of alternative justice system in Africa...", *op.cit.*, p. 153; Bergsmo, Morten y Saffon, María Paula, "Enfrentando una fila de atrocidades pasadas...", *op.cit.*, p. 30; Roht-Arriaza, Naomi, "Human Rights and Strategic Peacebuilding: The Roles of Local, National, and International Actors" en Philpott, Daniel and Powers, Gerard F. (Eds.), *Strategies of Peace: Transforming Conflict in a Violent World*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 244; Robinson, Darryl, "Serving the Interest of Justice...", *op.cit.*, p. 494; Stahn, Carsten, "La geometría de la justicia transicional...", *op.cit.*, pp. 126 – 127; Totten, Christopher D., "The International Criminal Court and Truth Commissions: A Framework for Cross-Interaction in the Sudan and Beyond", *op.cit.*, p. 22; Mallinder, Loïse, "Can Amnesties and International Justice be Reconciled?", *op.cit.*, p. 223; Philippe, Xavier, "Les solutions alternatives et complémentaires à la justice pénale internationale: la justice transitionnelle exercée à travers les commissions vérité et réconciliation" en Institut de Sciences Pénales et Criminologie (ISPEC) et Centre de Recherche en Matière Pénale Fernand Boulan (CRMP), *L'actualité de la justice pénale internationale*, Colloque organisé par le Centre de recherche en matière pénale F. Boulan (CRMP) - Faculté de droit (Aix-en-Provence, 12 mai 2007). Sous la direction de Monsieur le Professeur Xavier Philippe et de Madame le Professeur Dominique Viriot-Barrial. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 140; Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 146 – 147.

has a duty to consider how its proceedings can contribute to and be coordinated with wider goals and other mechanisms.”⁸⁰⁹

Así, y dentro de este análisis holístico que la Oficina de la Fiscalía parece apoyar en abstracto, consideramos que los mecanismos alternativos -como, por ejemplo, las comisiones de la verdad o la justicia local aquí examinadas-, deberían de integrarse en el análisis de admisibilidad que lleva a cabo el órgano de justicia internacional o, al menos, valorar la información que los mismos pueden proporcionar de cara a agilizar el proceso ante la Corte. Es cierto, como defiende Schabas, que esta relación es muy compleja, pero también prometedora⁸¹⁰. Y es que, si se reforzaran las vías de cooperación entre estos instrumentos, tal vez podría garantizarse de manera más significativa el objetivo principal del Derecho Internacional Penal: erradicar la impunidad.

En efecto, si los enjuiciamientos únicamente se van a centrar en un número reducido de responsables, ¿por qué no permitir que el resto, al menos, respondan ante un mecanismo alternativo? ¿por qué negar u obviar la existencia de estas comisiones cuando, como la práctica demuestra, en muchas ocasiones serán una de las vías fundamentales para que las víctimas puedan ver satisfecho su derecho a la verdad? En definitiva, ante los límites del Derecho Internacional Penal (y también de las propias comisiones de la verdad y de las iniciativas locales o tradicionales de justicia), somos partidarios de una mayor integración entre los mecanismos disponibles.

En todo caso, resulta imprescindible insistir en que toda persona que pueda ser considerada como máxima responsable de haber cometido un crimen internacional no puede ser “investigada” única y exclusivamente ante un mecanismo no judicial. En estos casos, sin ningún género de dudas, debe llevarse a cabo una investigación, un enjuiciamiento y, en el caso de que se demuestre su participación en el crimen cometido, la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de los hechos cometidos. Si, por el contrario, nos hallamos ante una persona que no merece la condición de máxima responsable, no consideramos inapropiado que ésta responda ante un mecanismo

⁸⁰⁹ Bisset, Alison, *Truth Commissions and Criminal Courts*, *op.cit.*, pp. 188 – 199.

⁸¹⁰ Schabas, William A., (Chair), ‘Truth Commissions, Accountability and the International Criminal Court, Commentary by Stephan Parmentier’, en van Genugten, Willem J.M., Scharf, Michael P. and Radin, Sasha E., *Criminal Jurisdiction 100 Years After the 1907 Hague Peace Conference : proceedings of the eighth Hague Joint Conference held in The Hague, the Netherlands, 28-30 June 2007*, The Hague, TMC Asser, 2009, p. 113. A favor de una mayor relación entre las comisiones de la verdad y la Corte Penal Internacional véase también Pampalk, Madalena, “Procedural aspects of the relationship between the International Criminal Court and future truth commissions...”, *op.cit.*, pp. 380 – 397.

alternativo y que este hecho provoque que el asunto sea declarado inadmisibile ante la Corte Penal Internacional⁸¹¹. Pero, para poder llegar a esta conclusión, es necesario que la Corte tome en consideración las investigaciones desarrolladas por estos mecanismos alternativos dentro del examen de admisibilidad.

⁸¹¹ Ahora bien, esta interpretación realizada a los meros efectos de valorar el principio de complementariedad no significa que sea respetuosa con otras obligaciones que se derivan del Derecho Internacional. En efecto, hay un problema con esta interpretación y es que la obligación del Estado de investigar y enjuiciar a los responsables no se limita a los máximos responsables. Por lo tanto, ¿cómo actuar ante ese reparto de funciones entre los mecanismos de justicia transicional? Podemos entender que no se respetaría el Derecho internacional si una comisión de la verdad o un tribunal interno investiga a los responsables, pero únicamente inicia los enjuiciamientos respecto de los máximos responsables. Sin embargo, como la Corte únicamente se centra en estos "máximos responsables" podemos entender que este hecho no haría la situación admisible ante la Corte. Siendo plenamente conscientes de la legalidad internacional, cuando los responsables son miles, parece que esta interpretación puede ser una de las escasas opciones viables. Por ello, no podemos sino preguntarnos si es la justicia transicional y el reparto de funciones entre los diversos mecanismos la única solución ante los límites que se derivan de una aplicación literal del Derecho Internacional.

Capítulo IV. Las sanciones por crímenes internacionales en procesos de justicia transicional y el Estatuto de Roma: atención especial al principio de “non bis in idem”

SECCIÓN 1.^a. LA CULMINACIÓN DEL PROCESO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL: LA SANCIÓN DE LOS RESPONSABLES

Comenzábamos la presente investigación señalando que, en los orígenes de la justicia transicional, prevalecía la impunidad. Sin embargo, a medida que el Derecho Internacional Penal iba avanzando y, especialmente, tras la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, existía cierta esperanza de que esta situación comenzara a revertirse y que la impunidad para los máximos responsables de haber cometido un crimen internacional ya no fuera tolerable. Por ello, el hecho de que, actualmente, algunos de estos responsables se encuentren cumpliendo penas privativas de libertad podría ser uno de los signos más visibles del avance que se ha producido en este campo¹.

Es más, no debemos olvidar que las amnistías han visto reducido considerablemente su ámbito de actuación y que éstas ya no son una opción para los máximos responsables de haber cometido un crimen internacional. Sin embargo, como aprecia Roht-Arriaza es posible que estas medidas estén siendo sustituidas por nuevas fórmulas como, por ejemplo, sentencias reducidas o “suspendidas”, condiciones de encarcelamiento indulgentes u otro tipo de penas alternativas que, en el fondo, podrían llevar a un resultado similar². Por ello, y tomando como punto de partida estas oportunas reflexiones, en el presente Capítulo estudiaremos si es en el ámbito de la sanción dónde más se ha retrocedido y donde residen las más sutiles fórmulas de impunidad bajo nuevas denominaciones como, por ejemplo, las “sanciones restaurativas”.

¹ Bernaz, Nadia, "Sentencing and penalties" en Schabas, William A. and Bernaz, Nadia (Eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, London and New York, Routledge, 2011, p. 289.

² Roht-Arriaza, Naomi, "After Amnesties are Gone: Latin American National Courts and the new Contours of the Fight Against Impunity", *Human Rights Quarterly*, Vol. 37, 2015, p. 344. Similar la conclusión a la que se llega en: Savini, Lucía E., "Avoiding amnesty in the age of accountability: Colombia's proposal for alternative sentencing", *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos/Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights*, University of Deusto, No. 13, 2015, pp. 125-158.

Si reparamos en la importancia de la sanción ya que, no olvidemos, “la condena, tal vez más que ningún otro elemento del proceso judicial, tendrá efectos en la percepción del juicio por parte del público”³, lo cierto es que ni en los estudios doctrinales ni en la práctica internacional se ha prestado suficiente atención a este relevante tema⁴. La única excepción podría hallarse en los fines de la pena que, a efectos comparativos, sí que ha obtenido una mayor atención doctrinal.

En efecto, han sido varios los especialistas que han reflexionado sobre los fines de la pena en el ámbito del Derecho Internacional Penal⁵ y en el más específico de la justicia transicional⁶. Si bien no existe un consenso doctrinal absoluto⁷, ya que sigue siendo “un

³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), pp. 29 – 30; D’Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law. The UN ad hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Oxford and Portland, Oregon, Hart, 2011, p. 287. Precisamente, por esta razón la autora concluye que las sanciones deben ser justas, proporcionales y consistentes. Véase también: Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 302 – 303.

⁴ Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. xi.

⁵ Olásolo Alonso, Héctor, *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 199 – 223; Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 382 – 386; Ambos, Kai y Steiner, Christian, "Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional" en Ambos, Kai, *Temas de Derecho penal Internacional y Europeo. Derechos humanos. Fines de la pena. Ius puniendi. Responsabilidad individual. Crímenes más graves. Derecho penal y guerra. Proceso penal internacional y europeo. Inmunidades*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 59 - 77; Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, pp. 149 - 180; Sloane, Robert D., "The expressive capacity of international punishment: the limits of the national law analogy and the potential of international criminal law", *Stanford Journal of International Law*, Num. 43, 2007, pp. 69 - 88.; Boas, Gideon, Bischoff, James L., Reid, Natalie L. and Taylor III, B. Don, *International Criminal Law Practitioner Library: International Criminal Procedure Vol. III*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 393 - 394; Schabas, William A., "Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach", *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 7, 1997, pp. 498 - 505; Henham, Ralph, "Some issues for sentencing in the International Criminal Court", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, January 2013, pp. 85 - 92; Henham, Ralph, "The Philosophical Foundations of International Sentencing", *Journal of International Criminal Justice*, 1, 2003, pp. 64 - 85; D’Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, pp. 32 - 39; Riccardi, Alice, *Sentencing at the International Criminal Court: From Nuremberg to the Hague*, eleven, Den Haag, 2016, pp. 1 - 33. Eiroa, Pablo D., *Políticas del castigo y derecho internacional: Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Ad-hoc, Argentina, 2009 (concretamente, es el capítulo segundo el que reflexiona sobre el objetivo de la pena).

⁶ Aukerman, Miriam J., "Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 15, 2002, pp. 39 – 97; Reyes Alvarado, Yesid, "Víctimas, fin y necesidad de la pena en el derecho penal y en la llamada justicia transicional" en Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 187 – 205; Maculan, Elena, "Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición" en Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 207 – 240; Ambos, Kai y Steiner, Christian, "Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional", *op.cit.*, pp. 75 - 76.

⁷ Como ha señalado Olásolo Alonso, “la determinación de los fines a los que se dirige el DIP no es ni mucho menos una cuestión pacífica, lo que sin duda se convierte en uno de los principales dilemas que enfrenta hoy el DIP”, Olásolo Alonso, Héctor, *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales...*, *op.cit.*, pp. 222-223. Véase también en un sentido similar: Schabas, William A.,

tema todavía abierto y sobre el que quizás falte una reflexión más profunda y detallada”⁸, suele ser común defender que la retribución⁹ y la prevención¹⁰ son los objetivos principales¹¹ que han guiado a los tribunales internacionales a la hora de imponer las

"International Sentencing: From Leipzig (1923) to Arusha (1996)" en Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *International Criminal Law. Third Edition. Volume III. International Enforcement*, The Netherlands, Koninklijke Brill NV, 2008, p. 613. Puede leerse una crítica a esta imprecisión que caracteriza a los fines de la pena en Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, pp. 44 – 45. Y es que, a juicio de Drumbl, "The international community is prosecuting extraordinary international crimes without first having developed a thorough criminology of mass violence, a suitable penology for perpetrators, or a thoughtful victimology for those aggrieved".

⁸ Maculan, Elena, "El sistema de penas" en Gil Gil, Alicia y Macula, Elena (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 330; Ambos, Kai y Steiner, Christian, "Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional", *op.cit.*, p. 73; Sullo, Pietro, "Punishing mass atrocities. Penological Developments in the Aftermath of the Rwandan Genocide" en Fijalkowski, Agata and Grosescu, Raluca (Eds.), *Transitional Criminal Justice in Post - Dictatorial and Post - Conflict Societies*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2015, p. 210.

⁹ Consideramos oportuno precisar que por retribución no debe entenderse la mera venganza sino "as an objective, reasoned and measured determination of an appropriate punishment which properly reflects the culpability of the offender, having regard to the international risk-taking of the offender, the consequential harm caused by the offender, and the normative character of the offender's conduct", Tochilovsky, Vladimir, *The law and jurisprudence of the International Criminal Tribunals and Courts: Procedure and Human Rights Aspects*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2014 (2ªed.), p. 1059. A este respecto, conviene señalar que hay autores que defienden que el único propósito que debería guiar la imposición de penas en el ámbito del Derecho Internacional Penal es el de la mera retribución: Ohlin, Jens David, "Towards a unique theory of international criminal sentencing" en Sluiter, Göran and Vasiliev, Sergey (Eds.), *International Criminal Procedure: Towards a coherent body of law*, UK, Cameron May, 2009, pp. 391 – 396. Si se desea profundizar en el tema de la retribución acúdase a: Szoke-Burke, Sam, "Avoiding Belittlement of Human Suffering. A Retributive Critique of ICTR Sentencing Practices", *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, pp. 561 – 580.

¹⁰ Sobre el objetivo concreto de la prevención se han pronunciado, entre otros: Grono, Nick and de Courcy Wheeler, Anna, "The Deterrent Effect of the ICC on the Commission of International Crimes by Government Leaders" en Stahn, Carsten (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 1225 – 1244; Steinberg, Richard H. (Ed.), *Contemporary Issues Facing the International Criminal Court*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2016, pp. 184 – 227; Schense, Jennifer and Carter, Linda (Ed.), *Two Steps Forward, One Step Back: The Deterrent Effect of International Criminal Tribunals*, TOAEP, Brussels, 2017; Méndez, Juan, "Justice and prevention" en Stahn, Carsten and El Zeidy, Mohamed M. (Eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 33 – 51. Si bien es cierto que son numerosos los expertos que dudan de la capacidad de prevención del Derecho Internacional Penal, estamos de acuerdo con Méndez cuando afirma que "we may not have empirical proof that prosecution of international crimes prevents their recurrence in the future, but we do know that a climate of impunity is an invitation to perpetrators to commit new abuses and perhaps even to escalate existing conflicts", Méndez, Juan E. and Kelley, Jeremy, "Peace making, justice and the ICC" en De Vos, Christian, Kendall, Sara and Stahn, Carsten (Eds.), *Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 481.

¹¹ A este respecto, han sido varios los expertos que han reflexionado sobre el fin de la rehabilitación en el contexto del Derecho Internacional Penal (por ejemplo, véase Roht-Arriaza, "Punishment, Redress and Pardon: Theoretical and Psychological Approaches" en Roht-Arriaza, Naomi (Ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, New York - Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 15; Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, p. 8; Ohlin, Jens David, "Towards a unique theory of international criminal sentencing", *op.cit.*, pp. 391 – 393; D'Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 138; Kelder, Jessica M., Holá, Barbora and van Wijk, Joris, "Rehabilitation and Early Release of Perpetrators of International Crimes: A Case Study of the ICTY and ICTR", *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, pp. 1177 – 1203). Se ha analizado también la capacidad del Derecho Internacional Penal para mantener la paz internacional (Bonafe, Beatrice I., "Sentencing Practice and the Contribution of International Criminal Tribunals to the Maintenance of Peace", *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol. 11, 2017, pp. 101 – 113) o, incluso, se ha cuestionado la capacidad de la sanción para

sanciones¹². Por lo que al Estatuto de Roma¹³ respecta, éste no menciona expresamente cuáles son los objetivos que deben guiar la imposición de sanciones en la Corte Penal Internacional¹⁴, lo que ha sido duramente criticado desde distintos sectores doctrinales¹⁵. Es más, cuando se condenó a Lubanga y Katanga, se reprochó que la Corte no procediera a detallar los objetivos de la sanción¹⁶. Sin embargo, con el paso de los años¹⁷, el órgano

poner fin a un conflicto armado (Gil Gil, Alicia, "El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano. La problemática jurídica en el marco de la dicotomía paz-justicia" en Gil Gil, Alicia, Maculan, Elena y Ferreira, Susana (Eds.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado - UNED, Madrid, 2017, p. 38).

¹² Schabas, William A., *The UN International Criminal Tribunals. The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 554 – 561; Boas, Gideon, Bischoff, James L., Reid, Natalie L. and Taylor III, B. Don, *International Criminal Law Practitioner Library: International Criminal Procedure Vol. III*, *op.cit.*, pp. 393 – 394; D'Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 135, p. 137 y p. 140. Ahora bien, esta práctica no ha sido uniforme ya que, como ha apreciado Bernaz, "On the whole, no consensus has emerged on the purpose of sentencing within the different institutions of international criminal justice, and even from one trial Chamber to another", Bernaz, Nadia, "Sentencing and penalties", *op.cit.*, p. 299.

¹³ Los objetivos de la sanción en el Estatuto de Roma han sido analizados en: D'Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, pp. 271 – 273 ; Damien, "Le sens de la peine dans la première condamnation par la Cour pénale internationale", *Revue Études internationales*, volume XLV, n°1, 2014, pp. 67 – 83.

¹⁴ Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, punto 66.

¹⁵ Henham, Ralph, "Some issues for sentencing in the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 87.

¹⁶ De Guzman, Margaret M., "Proportionate Sentencing at the ICC" en Stahn, Carsten (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 932 – 933; Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, *op.cit.*, pp. 285 – 286. A juicio de determinados expertos, si no se precisan los objetivos de la sanción, la práctica del "sentencing" ante la Corte está condenada a ser incoherente (De Guzman, Margaret M., "Proportionate Sentencing at the ICC", *op.cit.*, pp. 932 – 933). Por ejemplo, a juicio de Ambos, la mera referencia al objetivo de poner fin a la impunidad no explica la razón por la que es conveniente la condena de Lubanga en catorce años (Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, *op.cit.*, pp. 285 – 286).

¹⁷ Véase la parquedad con la que se hacía referencia a los objetivos del castigo en los primeros pronunciamientos de la Corte en: Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012, punto 16.

judicial ha tenido la ocasión de pronunciarse y ha sido contundente en declarar que los objetivos principales¹⁸ de la condena son la retribución y la prevención¹⁹.

A propósito de la retribución, ha aclarado que, más allá de ser considerada como mera venganza, ésta puede ser definida como la expresión de la condena de la comunidad internacional para con unos crímenes que son considerados los más graves que afectan a la humanidad en su conjunto²⁰. Ahora bien, ha defendido que, pese a la gravedad de estos hechos, lo importante no es la severidad de la sanción, sino que éstas sean consideradas como un aspecto inevitable²¹. Por otra parte, no ha dudado en señalar que, a través de la misma, se reconoce el daño causado a las víctimas²² y es posible promover la paz y la reconciliación²³. Finalmente, ha concluido que, ante la comisión de los crímenes

¹⁸ Un párrafo que resume inmejorablemente los objetivos que deben guiar a la Corte es el siguiente, razón por el que consideramos oportuno citar íntegramente: “With regard to retribution, the Chamber clarifies that it is not to be understood as fulfilling a desire for revenge, but as an expression of the international community’s condemnation of the crimes, which, by way of imposition of a proportionate sentence, also acknowledges the harm to the victims and promotes the restoration of peace and reconciliation. In respect of deterrence, the Chamber considers that a sentence should be adequate to discourage a convicted person from recidivism (specific deterrence), as well as to ensure that those who would consider committing similar crimes will be dissuaded from doing so (general deterrence). Lastly, the extent to which the sentence reflects the culpability of the convicted person addresses the desire to ease that person’s reintegration into society, although, in particular in the case of international criminal law, this goal cannot be considered to be primordial and should therefore not be given any undue weight” (Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, punto 67. En un sentido similar: Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399, 21 June 2016, punto 11).

¹⁹ Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, punto 66; Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399, 21 June 2016, punto 10.

²⁰ Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, punto 67.

²¹ The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, 23 May 2014, punto 38. La versión original en inglés señala que “it is not so much the severity of the sentence that should prevail as its inevitability”. Sin embargo, en ocasiones es posible leer que lo que se exige son condenas que sean severas y ejemplares. A este respecto, y a modo ilustrativo, puede consultarse las observaciones de las víctimas en el caso de Al Mahdi: Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, punto 106.

²² Es posible apreciar que, a la hora de imponer la pena, la Corte ha tomado en consideración la posición de las víctimas. Y es que, por ejemplo, no ha dudado en reconocer que: “When determining the sentence, the Chamber must also respond to the legitimate need for truth and justice voiced by the victims and their family members (...) When determining the sentence, the Chamber must further ensure that, pursuant to rule 145(1)(a) of the Rules, the sentence reflects the degree of culpability while contributing to the restoration of peace and reconciliation in the communities concerned” (The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, 23 May 2014, punto 38).

²³ Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, punto 67. Véase también Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399, 21 June 2016, punto 11.

internacionales, el objetivo de promover la reintegración de los acusados no es la finalidad principal de la pena²⁴.

A pesar de estos importantes objetivos que se le atribuyen a la sanción, lo cierto es que, como ha señalado Schabas, “the sanction imposed often appears to be little more than an afterthought. Indeed, the authorities almost seem to suggest that the sanction is really of secondary importance in the overall scheme of international justice”²⁵. No obstante, desconocer la relevancia de la sanción no hace sino menospreciar su valor y verdadero significado²⁶. Y es que, debemos recordar que la mera realización de procesos judiciales no es suficiente para promover la justicia ya que, cuando se han cometido violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos, es imprescindible que el proceso culmine con la imposición de una sanción²⁷ en el caso de que se demuestre la culpabilidad de los responsables²⁸.

Sin embargo, en esta etapa reside, precisamente, otro de los debates actuales de la justicia transicional. De hecho, como comprobaremos a lo largo del Capítulo, no son infrecuentes las posturas doctrinales que consideran que, en un proceso transicional, es posible eludir la imposición de una sanción²⁹ o que determinados factores que se producen en este campo de estudio “conllevan una modificación, al menos parcial, de los fines y del alcance de la justicia penal”³⁰.

²⁴ Es más, se ha añadido que “the extent to which the sentence reflects the culpability of the convicted person addresses the desire to ease that person’s reintegration into society, although, in particular in the case of international criminal law, this goal cannot be considered to be primordial as the sentence on its own cannot ensure the social reintegration of the convicted person”, *The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr*, 23 May 2014, punto 38.

²⁵ Schabas, William A., “International Sentencing...”, *op.cit.*, p. 613.

²⁶ Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, p. 11.

²⁷ A este respecto, debemos señalar que la obligación de sancionar a los presuntos responsables no es una demanda reciente. Y es que, ya en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada el 25 de junio de 1993, se reiteraba la necesidad de castigar a los responsables de haber cometido violaciones masivas a los derechos humanos (Declaración y programa de acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993).

²⁸ Este matiz es relevante ya que como se ha señalado, no existe un derecho que garantice que los procesos deban culminar en la imposición de un castigo, pero cuando existen pruebas sobre la implicación de una determinada persona en la comisión de un hecho ilícito, es necesario adoptar las medidas necesarias para llevar a los responsables ante la justicia (Eradicating impunity for serious human rights violations. Guidelines adopted by the Committee of Ministers on 30 March 2011 at the 1110th meeting of the Ministers’ Deputies and reference texts, VIII. Prosecutions. Véanse también los comentarios anexos a las Guidelines, especialmente las páginas 60 – 62).

²⁹ Véase, por ejemplo, cómo se plantea esta posibilidad en: Reyes Alvarado, Yesid, “Víctimas, fin y necesidad de la pena en el derecho penal y en la llamada justicia transicional”, *op.cit.*, pp. 187 - 205. Véase especialmente las páginas 203-204.

³⁰ Maculan, Elena, “Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición”, *op.cit.*, p. 208. Concretamente, a juicio de la autora, en estos contextos, resulta necesario repensar “los fines, el alcance y

A nuestro juicio, y teniendo en cuenta el estado actual del Derecho Internacional, no es posible eludir la imposición de una sanción que sea adecuada al ilícito cometido. Si bien analizaremos las obligaciones internacionales a continuación, en estos momentos consideramos oportuno destacar la definición de impunidad que se proporciona en el Conjunto de principios actualizados para la lucha contra la impunidad, al enunciar que:

“Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en el caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.”³¹

Como cabe apreciar, la impunidad también se puede producir por no imponer una pena apropiada, lo que nos permite concluir que, en la justicia transicional, es necesario culminar el proceso mediante la imposición de una sanción. Es decir, no es suficiente con investigar los hechos, reparar a las víctimas o adoptar ciertas medidas dirigidas a garantizar la no repetición de las violaciones cometidas. Por esta razón, estamos de acuerdo con Bonet cuando defiende que la impunidad “puede verse inducida en cualquier instante: desde que se dan las condiciones para abrir una investigación de los hechos hasta la efectiva ejecución de la sentencia definitiva pueden existir disposiciones vigentes que coadyuven a la impunidad de derecho y es factible que se den las condiciones necesarias para la impunidad de hecho”³².

los límites de la pena y del proceso penal” (*Ibid.*, p. 212). En un sentido similar, se ha defendido que “la pregunta por responder tiene que ver no sólo con la relación entre la pena y el delito, sino también con la finalidad del castigo en relación con otros objetivos contrapuestos, en particular el fin del conflicto”, Seils, Pail, “La cuadratura del círculo en Colombia: los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz”, ICTJ, junio de 2015.

³¹ Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad: Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005, Definiciones.

³² Bonet Pérez, Jordi, “La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional” en Bonet Pérez, Jordi y Alija Fernández, Rosa Ana, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, p. 18. El experto incluso defiende que “la impunidad puede afectar no solo a la falta de sanción penal -incluidas las penas accesorias como, por ejemplo, la inhabilitación para cargo público-, sino que podría abarcar también a otras sanciones administrativas o disciplinarias, alternativas o complementarias, que, conforme a las exigencias jurídicas internacionales, pudieran completar el alcance retributivo de la acción pública por tales delitos -por ejemplo, la remoción como funcionario público-, en el supuesto de la incompetencia legal de la justicia penal para adoptar esas medidas, de modo general o en un supuesto particular. La impunidad, asimismo, se puede vincular a la falta de satisfacción de las indemnizaciones por los daños causados a las víctimas” (*Ibidem.*).

Sin embargo, y como adelantábamos previamente, es en la fase de la sanción donde comienzan a apreciarse los más sutiles intentos por eludir el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional y, en consecuencia, es en este punto dónde se centran los esfuerzos con el objetivo de lograr cierta impunidad. Por ejemplo, y como el caso de Colombia al que posteriormente haremos referencia muestra, bajo el discurso de la justicia transicional comienza a cuestionarse que el "castigo" que cabe imponer a los responsables de haber cometido crímenes internacionales tenga que ser necesariamente la pena privativa de libertad. En el fondo lo que este tipo de posturas defienden es, simplemente, la "flexibilización" de las obligaciones internacionales a las que aludíamos en el Capítulo primero si bien, esta vez, aplicadas al ámbito de la sanción y, por ello, como muy pertinentemente se ha señalado, "if that is the starting position, then flexible punishment logically runs the risk of becoming simply the latest incarnation of impunity"³³. No obstante, antes de adelantarnos a los acontecimientos, conviene analizar cómo se halla regulada la obligación de sancionar los crímenes internacionales en el Derecho Internacional, en general, y en el Estatuto de Roma, en particular.

SECCIÓN 2.^a. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS SANCIONES POR CRÍMENES INTERNACIONALES: EL MARCO NORMATIVO APLICABLE EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL

1. La imprecisa regulación de la sanción en el Derecho Internacional

Partiendo de la base de que existe una obligación de sancionar los crímenes internacionales³⁴, ya sea porque determinados tratados internacionales mencionan

³³ Roht-Arriaza, Naomi, "After Amnesties are Gone: Latin American National Courts and the new Contours of the Fight Against Impunity", *op.cit.*, p. 382. Una apreciación muy similar es la que se realiza en: Lessa, Francesca, Olsen, Tricia D., Payne, Leigh A., Pereira, Gabriel and Reiter, Andrew G., "Persistent or Eroding Impunity? The Divergent Effects of Legal Challenges to Amnesty Laws for Past Human Rights Violations", *Israel Law Review*, Vol. 47, Issue 1, 2014, p. 128. Y es que, como concluyen los autores, "in many cases, these trials involve very lenient sentences, country-club style prisons, or the sentences are stalled, shelved or reversed on appeal (as in Chile, Uruguay and Peru). Indeed, it is entirely possible that countries begin to realise that they can avoid international pressure by holding strategic trials and offset the greater demand for justice in international, regional or foreign courts. This might be termed the 'South African pathway'".

³⁴ Actualmente, existe un interesante debate dirigido a dilucidar si es posible deducir de esta obligación un derecho de las víctimas a la sanción de los responsables. Y es que, ya en 1997, cuando Joinet elaboró el Informe sobre la impunidad, determinó que el derecho a un recurso equitativo y efectivo implicaba que "toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso equitativo y efectivo, sobre todo para lograr que su opresor sea juzgado y obtener reparación" (Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y

expresamente esta obligación³⁵, ya sea porque los órganos de supervisión o de control han reiterado en numerosas ocasiones que existe una obligación de castigar los ilícitos cometidos³⁶ -ya que, como ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos la

políticos) preparado por el Sr. L. Joinet, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, *op.cit.*, punto 26). Es más, añadía que “el derecho a la justicia impone obligaciones al Estado: la de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si se establece su culpabilidad, hacer que sean sancionados” (*Ibid.*, punto 27).

Por otra parte, y centrándonos en el derecho de las víctimas a la reparación, Theo van Boven, en calidad de Relator Especial, declaraba que “la reparación de determinadas violaciones flagrantes de los derechos humanos que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional incluye el deber de enjuiciar y castigar a los autores” (Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1993/8, de 2 de julio de 1993). Es decir, en virtud de estas declaraciones, podríamos concluir que el derecho de las víctimas a la reparación va ligado también al derecho a que los responsables sean enjuiciados y castigados.

Lejos de ser una posición aislada, resulta llamativo que los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones contemplen como medida de satisfacción la “aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones” (Artículo 22.f) de la Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005: Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147). Es más, el Conjunto de Principios actualizados contra la impunidad reitera que: “toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor” (Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 31: Derechos y deberes dimanantes de la obligación de reparar). Finalmente, el Relator Especial sobre la justicia transicional se ha pronunciado en términos similares al declarar que “una reparación propiamente dicha implica un reconocimiento de responsabilidad” (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014). En un sentido similar: Resolución sobre impunidad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2003/72, de 25 de abril de 2003, aprobada sin votación, 62ª sesión, que reconoce que “la responsabilidad de los autores, incluidos los cómplices, de violaciones graves de los derechos humanos es uno de los elementos esenciales de toda reparación eficaz para las víctimas de violaciones de los derechos humanos y un factor clave para conseguir un sistema de justicia justo y equitativo y, en definitiva, la reconciliación y la estabilidad en un Estado”.

Para profundizar en este interesante tema, y conocer otras opiniones, consúltese la siguiente doctrina: Gil Gil, Alicia, “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, *InDret*, 4/2016, pp. 1 – 39; Silva Sánchez, Jesús María, “Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29, Núm. 86 - 87, 2008, pp. 149 – 171; Glickman, Steven, “Victims’ Justice: Legitimizing the Sentencing Regime of the International Criminal Court”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 43, 2004, pp. 229 – 268.

³⁵ Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio (arts. 1,4 y5); la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 4); la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 7); la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (art. 1); la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas (art. 1b). Una conclusión similar puede extraerse de una lectura en conjunto de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad ya que el propósito de la misma radica en prohibir la prescripción de dichos crímenes por impedir, como señala en el Preámbulo, “el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes”.

³⁶ Véase, entre otros, en el ámbito del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Observación General N.º 31: La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, punto 8; Observación General N.º 6, punto 3 (a propósito de castigar los actos que impliquen una privación de la vida); Observación General N.º 20: Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o

impunidad puede definirse como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”³⁷-, una de las mayores dificultades que plantea

degradantes (artículo 7), punto 8 (relativa al castigo de los actos de tortura). En el caso de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, por su parte, véase la Observación General N.º 2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, punto 8 (que, entre otras, menciona que “los Estados Partes deben tipificar y castigar el delito de tortura en su legislación penal”).

³⁷ Corte IDH. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, Párrafo 173; Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, Párrafo 111; Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, Párrafo 199; Corte IDH. Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, Párrafo 82; Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, Párrafo 175; Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, Párrafo 125 y 126; Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, Párrafo 172; Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48, Párrafo 64; Corte IDH. Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, Párrafo 82; Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, Párrafo 170.

Como cabe apreciar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos vincula la impunidad con la ausencia de sanción. Sin embargo, éste no es el único legado que nos deja el tribunal interamericano en materia de sanción. Y es que, sin ánimo de exhaustividad, quisiéramos añadir que, en ocasiones, ha englobado esta obligación de sancionar dentro del deber que tienen los Estados de garantizar los derechos humanos. Así, por ejemplo, ha argumentado que “para que el Estado satisfaga el deber de garantizar adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, entre ellos el derecho de acceso a la justicia y el conocimiento y acceso a la verdad, es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos” (Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, Párrafo 193. Véase la pionera sentencia de la Corte Interamericana de 1988 en la que ya se vinculaba la sanción con el deber de garantía: Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 166).

Es más, a propósito de la investigación, la Corte ha defendido que “la investigación debe procurar la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales” (Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, Párrafo 152. Consúltense también las siguientes decisiones de la Corte que insisten en la condena como parte integrante de la investigación efectiva: Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, Párrafo 111; Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292, Párrafo 349; Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292, Párrafo 421 y 422; Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, Párrafo 153; Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C No. 259, Párrafo 157; Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, Párrafo 143; Corte IDH. Caso Gutiérrez y Familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, Párrafo 99; Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250; párrafo 192; Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 166; Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C

el tema de la imposición de sanciones cuando se han cometido violaciones masivas, graves y sistemáticas de los derechos humanos radica en que los instrumentos internacionales³⁸ que tipifican las conductas no mencionan las sanciones *concretas* que merecen los ilícitos cometidos³⁹. Ahora bien, pese a esta escasa regulación, lo cierto es que podemos extraer conclusiones relevantes de estos tratados y, especialmente, de la jurisprudencia de los tribunales internacionales⁴⁰ que nos ayudan a precisar qué tipo de sanciones se hallan permitidas por el Derecho Internacional.

No. 270, Párrafo 440; Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, Párrafo 296).

En definitiva, “la obligación de investigar abarca la investigación, identificación, procesamiento, juicio y, en su caso, la sanción de los responsables. Aún cuando es una obligación de medio, ello no significa que no abarque el cumplimiento de la eventual sentencia, en los términos en que sea decretada” (Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, Párrafo 460). Incluso, en determinadas ocasiones, ha insistido en que la obligación implica la necesidad de investigar y sancionar todas las violaciones: “Si bien existen algunas investigaciones y condenas, subsiste la impunidad en el presente caso, en la medida en que no ha sido determinada toda la verdad de los hechos ni la totalidad de las responsabilidades por los mismos” (Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, Párrafo 178).

³⁸ Más específico fue Bassiouni al concretar que “Penalties are not contained in the 267 international criminal law conventions applicable to the 28 international crimes discussed in volume one. The reason is that these international conventions were elaborated with a view to being applied through the “indirect enforcement system”, Bassiouni, M. Cherif, "Penalties and Sentences" en Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *International Criminal Law. Third Edition. Volume III. International Enforcement*, The Netherlands, Koninklijke Brill NV, 2008, p. 603.

³⁹ Tal y como explica Ambos, la razón radica en que estos tratados adoptan un modelo de ejecución indirecta en la que dejan a los Estados el deber de su implementación. Es más, tal y como añade el experto, hay que tomar en consideración la amplia divergencia en las sanciones que existe entre los diversos Estados lo que hace que sea prácticamente imposible que se pongan de acuerdo en unas sanciones comunes: Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, *op.cit.*, pp. 272 - 273. Véase también en un sentido similar Huesa Vinaixa, Rosario, "El `Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia´ y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", Ponencia realizada en los *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz*, 1994, p. 168 y 185. Disponible online en: <https://www.ehu.es/es/web/cursosderechointernacionalvitoria/-/el-tribunal-internacional-para-juzgar-los-crimenes-cometidos-en-la-ex-yugoeslavia-y-la-sancion-internacional-de-los-crimenes-contra-la-paz-y-la-seguri>

⁴⁰ Por esta razón, no estamos de acuerdo con quienes defienden que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no resulta de ayuda a la hora de determinar las sanciones aplicables debido a que este sector del ordenamiento jurídico “has no impact on the determination of sentences at the domestic level, which remains a symbolic attribute of state sovereignty”, Bernaz, Nadia, "Sentencing and penalties" , *op.cit.*, p. 298. Véase una opinión contraria en: D`Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 3.

Por ejemplo, y comenzando con las referencias a la condena a muerte⁴¹, podemos apreciar cómo tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴², el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴³ o la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁴ han limitado la imposición de la pena capital. Por lo que a los trabajos forzados respecta, podemos comprobar que no tienen tal consideración aquellos que “se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional”⁴⁵.

Así mismo, y como no podía ser de otra forma, se prohíbe la imposición de “penas crueles, infamantes o inusitadas”⁴⁶. En esta misma línea, determinados tratados internacionales garantizan que las personas privadas de libertad sean tratadas humanamente y con dignidad⁴⁷. Por otra parte, no debemos olvidar que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”⁴⁸ y, por esta razón, “ningún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la

⁴¹ A propósito de la pena de muerte, véase la Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2007: Moratoria del uso de la pena de muerte, A/RES/62/149, de 26 de febrero de 2008. Y es que, la Organización de las Naciones Unidas ha declarado que no participará en ningún tribunal que, entre las penas, prevea la pena de muerte (Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, punto 64d). La pena capital ha sido estudiada en detalle en: Hodgkinson, Peter and Schabas, William A. (Eds.), *Capital Punishment: Strategies for Abolition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004; Schabas, William A., *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009 (3ª ed.); Futamura, Madoka and Bernaz, Nadia (Eds.), *The Politics of the Death Penalty in Countries in Transition*, Routledge, London-New York, 2014. Finalmente, si se desea profundizar en un notorio caso, recomendamos acudir a: Scholem, Gershom, "On Sentencing Eichmann to Death", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006, pp. 859 - 861. Interesante también el caso de Ruanda que puede consultarse en: Price, Melynda J., "Balancing Lives: Individual Accountability and the Death Penalty as Punishment for Genocide (Lessons from Rwanda)", *Emory International Law Review*, Vol. 21, 2007, pp. 563 - 600.

⁴² Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Observación General N.º 6, en especial, los puntos 6 - 7; Segundo Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte.

⁴³ Artículo 2.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; Protocolo N.º 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte; Protocolo N.º 13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia.

⁴⁴ Artículo 4.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte.

⁴⁵ Artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En un sentido similar véase también el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 6.3a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴⁶ Artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos Humanos.

⁴⁷ Artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴⁸ Artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase también el artículo 20.3 de la Carta Árabe de Derechos Humanos; artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

reforma y la readaptación social del preso”⁴⁹. Finalmente, debemos ser conscientes de que, a la hora de castigar las violaciones cometidas, deben respetarse determinadas garantías mínimas⁵⁰ como, por ejemplo, que no se ponga una “pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”⁵¹ o la máxima de “no hay pena sin ley”⁵².

Como cabe apreciar, no son sólidas las conclusiones que podemos extraer de las citas arriba señaladas. Sin embargo, ello no implica que cualquier tipo de sanción que cumpla las garantías mínimas descritas o que eluda la pena capital, por ejemplo, sea respetuosa con el Derecho Internacional. Y es que, como prevé el Conjunto de principios actualizados contra la impunidad al que tantas veces estamos aludiendo, los Estados “adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente”⁵³. Obsérvese que no sólo se prevé la sanción de los presuntos responsables, sino que éstos deben ser condenados “debidamente”, expresión que ha sido empleada también por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y que nos permite deducir que no cualquier tipo de sanción va a ser admisible⁵⁴.

Es más, determinados tratados internacionales, a pesar de que no especifiquen la sanción concreta que merecen los ilícitos que regulan, sí que describen cómo deberían de ser las mismas. Por ejemplo, en el caso del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio, se menciona que las sanciones “penales” deben ser “eficaces”⁵⁵; la

⁴⁹ Observación General N.º 21: Trato humano de las personas privadas de libertad (artículo 10), punto 10.

⁵⁰ Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 7 de la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos; el artículo 75 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra.

⁵¹ Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁵² Artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 7 de la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos; el artículo 75 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra.

⁵³ Principio 19. Deberes de los Estados en materia de administración de la justicia del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*

⁵⁴ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/18/23, de 4 de julio de 2011. Consejo de Derechos Humanos, 18º período de sesiones, Temas 2 y 3 de la agenda, punto 20; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), pp. 29 – 30, que prevé que las condenas han de ser coherentes.

⁵⁵ Artículo V del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio.

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes señala que “todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad”⁵⁶; los Convenios de Ginebra indican que “las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que han de aplicar”⁵⁷; la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas prevé que “los Estados Partes considerarán el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad”⁵⁸; la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura va más allá y determina que los Estados deberán establecer “sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad”⁵⁹ y, finalmente, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas señala que los Estados se comprometen a imponer “una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad”⁶⁰.

No obstante, ¿qué es una sanción adecuada o de qué hablamos cuando nos referimos a condenas severas⁶¹ o incluso largas condenas⁶² en el caso de crímenes internacionales?⁶³ Tal y como ha defendido Stahn, es innegable que determinar las sanciones apropiadas en

⁵⁶ Artículo 4 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

⁵⁷ Artículo 49 del I Convenio de Ginebra, artículo 50 del II Convenio de Ginebra, artículo 129 del III Convenio de Ginebra, artículo 146 del IV Convenio de Ginebra y, finalmente, el artículo 85.1 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. A propósito de la regulación de las diligencias penales, véase también el artículo 6 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra.

⁵⁸ Artículo 7.1 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

⁵⁹ Artículo 6 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

⁶⁰ Artículo 3 de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.

⁶¹ Schabas realizó una reflexión que nos parece realmente oportuna. Y es que, como correctamente señaló, muchas veces, la severidad de la sanción no se halla únicamente relacionada con la duración de la condena, sino con las condiciones en las que debe cumplirse la misma. De esta manera, como añadió, una pena privativa de libertad en las cárceles ruandesas (en las que el hacinamiento era una constante y en la que se denunció que no se respetaban los estándares internacionales), era una pena mucho más severa que el cumplimiento de una condena en una institución escandinava (Schabas, William A., "Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach", *op.cit.*, p. 478).

⁶² Véase un excelente estudio sobre la duración de las condenas en: Scalia, Damien, "Long - Term Sentences in International Criminal Law. Do They Meet the Standards Set Out by the European Court of Human Rights?", *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, pp. 669 – 670. A juicio del autor, la privación de libertad por un período superior a los 10-12 años genera efectos irreversibles en el condenado por lo que, añade, cualquier condena superior a dicha duración se podría considerar una pena larga. Es más, concluye que el Derecho Internacional Penal aplicado en los tribunales internacionales penales *ad hoc* y el previsto en el Estatuto de Roma vulnera los estándares de derechos humanos previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (p. 687).

⁶³ Precisamente, De Guzman ha denunciado que no existe un consenso entre los especialistas en torno a qué se considera una sanción adecuada ante la comisión de crímenes internacionales (De Guzman, Margaret M., "Harsh Justice for International Crimes?", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 39:1, 2014, p. 14).

el caso de crímenes internacionales⁶⁴ encierra no pocas paradojas y es que, entre otras, el daño causado es de tal magnitud que supera las clásicas consideraciones que se realizan a propósito de la proporcionalidad⁶⁵. Sin embargo, como comprobaremos a continuación, un análisis de la práctica que se ha seguido en los tribunales internacionales penales creados hasta el momento -y atendiendo, cómo no, al texto del Estatuto de Roma- nos permitirá concluir que, cuando se han cometido crímenes internacionales, la pena privativa de libertad *parecía* ser la única condena “apropiada”.

2. La obligación de sancionar en los Estatutos de los tribunales internacionales penales: la pena privativa de libertad como condena ineludible

Desde que se crearan los Tribunales de Nuremberg y Tokio⁶⁶, el tema de la sanción por la comisión de crímenes internacionales ha sufrido una evolución considerable⁶⁷ pero

⁶⁴ Otros autores, por el contrario, ponen el foco de atención en la distinción entre las situaciones de paz y las situaciones de conflicto. Así, concluyen que el principio de proporcionalidad resulta todavía más complicado de cumplir en escenarios de conflicto y post-conflicto (Philippe, Xavier, "Breaching the principle of proportionality between the gravity of the crime and the weight of the sanction in international justice systems" en Beruto, Gian Luca (Ed.), *Justice and reconciliation: an integrated approach, Current Problems of International Humanitarian Law*. Sanremo, 7-9 September 2006, International Institute of Humanitarian Law, p. 77). Por esta razón, el autor se pregunta hasta qué punto es viable limitar el alcance del principio de proporcionalidad en estas situaciones (pp. 77 – 78).

⁶⁵ Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, p. 381. Si se desea profundizar en el tema de la proporcionalidad en el caso de los crímenes internacionales, puede acudir a: Philippe, Xavier, "Breaching the principle of proportionality between the gravity of the crime and the weight of the sanction in international justice systems", *op.cit.*, pp. 74 – 80; Herzog, Felix, "How to Find the Proportionate Criminal Sentence for Crimes against Humanity", *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 12, 2001, pp. 269 – 279. Así mismo, para un análisis centrado en la proporcionalidad en el Estatuto de Roma véase: De Guzman, Margaret M., "Proportionate Sentencing at the ICC", *op.cit.*, pp. 932 – 962.

⁶⁶ Tanto el Estatuto del Tribunal de Nuremberg como el de Tokio preveían condena a muerte o “la que estime conveniente y justa”. Sin embargo, y como criticó Bassiouni, ninguno de los dos Estatutos establecía ningún tipo de directriz que permitiera dilucidar cuándo los jueces debían condenar o no a muerte, (Bassiouni, M. Cherif, "Penalties and Sentences", *op.cit.*, pp. 604 – 605). Véase también el artículo 27 del Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg o el artículo 16 del Estatuto del Tribunal Internacional de Tokio (en todo caso, a propósito de este último, se ha defendido que su actuación fue más caótica que la de Nuremberg: Bernaz, Nadia, "Sentencing and penalties", *op.cit.*, pp. 295 – 296). Como cabe apreciar, la referencia a la que se estimase conveniente y justa no merece sino la más severa crítica teniendo en cuenta los principios que rigen el Derecho penal (Bernaz, Nadia, "Sentencing and penalties", *op.cit.*, pp. 295 – 296). Por otra parte, conviene añadir que los Estatutos también preveían la posibilidad de obtener de los acusados de los bienes que hubieran robado (artículo 28 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg). Precisamente, ante la parquedad de estas disposiciones, se ha defendido que los jueces tenían una discrecionalidad absoluta a la hora de decidir qué condenas imponer (Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, pp. 46 - 50). Finalmente, resulta oportuno añadir que, en dicho trabajo, el autor señala que estos tribunales no establecieron directrices en materia de sanción.

⁶⁷ Como destaca Ambos, “the history of sentencing rules in the law of the international criminal tribunals since Nuremberg is the history of a constant improvement of these rules in terms of their precision and foreseeability”, Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, *op.cit.*, p. 277.

no tan acuciante como la producida en otros ámbitos del Derecho Internacional Penal⁶⁸. A pesar de que, ya en 1950, los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg afirmaron que “toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción”⁶⁹, lo cierto es que, todavía hoy, las referencias a las penas en los Estatutos de los tribunales penales, las reglas que determinan la concreta imposición de la misma o las circunstancias atenuantes o agravantes, entre otros, si bien se hallan más precisadas que en épocas previas, no dejan de ser un tanto genéricas. Por esta razón, parece adecuado defender que “international criminal law has rarely accorded more than summary consideration to the issue of sentencing”⁷⁰.

Ahora bien, si hay un extremo que es indiscutible es que todos y cada uno de los Estatutos de los tribunales internacionales penales creados hasta el momento no contemplan otra pena principal⁷¹ que no sea la privación de la libertad⁷². Por lo tanto, ante

⁶⁸ Si se desea profundizar en el tema de la sanción en el ámbito del Derecho Internacional Penal acúdase a: Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; Plénet, Evelise, *Vers la création d'une prison internationale: L'exécution des peines prononcées par les juridictions pénales internationales*, L'Harmattan, Paris, 2010 ; Ambos, Kai y Steiner, Christian, "Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional", *op.cit.*, pp. 59 – 77; Bassiouni, M. Cherif, "Penalties and Sentences", *op.cit.*, pp. 603 – 611; Sullo, Pietro, "Punishing mass atrocities...", *op.cit.*, pp. 209 – 229; De Sanctis, Francesco, "Reconciling Justice and Legality. A Quest for Fair Punishment in Cases on Bosnian Atrocity Crimes", *Journal of International Criminal Justice*, 12, 2014, pp. 847 – 870; La Rosa, Anne-Marie, "Sanctions as a means of obtaining greater respect for humanitarian law: a review of their effectiveness", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, Num. 870, June 2008, pp. 221 – 247; Sloane, Robert D., "The expressive capacity of international punishment: the limits of the national law analogy and the potential of international criminal law", *op.cit.*, pp. 39 – 94; Book, Jan Philipp, *Appeal and Sentence in International Criminal Law*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Wien, 2011.

⁶⁹ Principio I de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg. A lo que el Principio II añadía: “el hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido”. Expresión que volvió a emplearse en el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 (concretamente, véase el artículo 1.2).

⁷⁰ Schabas, William A., "International Sentencing...", *op.cit.*, p. 613.

⁷¹ De manera adicional, en ocasiones se preveía la devolución de los bienes o de los ingresos ilícitamente adquiridos: artículo 24.3 del TIPY y el 23.3 del TIPR; Regla 105 relativa a la Restitución de la propiedad y la Regla 106 sobre la compensación de las víctimas de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TIPR. En un sentido similar se pronuncia el artículo 19.3 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona; el artículo 24 del Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990.

⁷² Los dos tribunales internacionales penales *ad hoc*, tras establecer que las Salas dictaran fallos e impondrán sentencias y penas a las personas que finalmente fueran condenadas (artículo 23 del Estatuto del TIPY y el artículo 22 del Estatuto del TIPR), preveían la pena de prisión como la única posible (artículo 24 del Estatuto del TIPY y el artículo 23 del TIPR). Pena que debía cumplirse en el Estado designado por el Tribunal (artículo 27 del TIPY y artículo 26 TIPR). Véase también el artículo 10 de la Regulation No. 2000/15 on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences; el artículo 19 de Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona; el artículo 38 del Agreement Between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution Under Cambodian Law of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea; artículo 24 del Estatuto del Tribunal

los más graves crímenes que afectan a la comunidad internacional, *parece* haberse llegado a la implícita conclusión de que la pena privativa de libertad está llamada a ocupar una posición central. Esta sanción parece razonable ya que, como bien preveía el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad “the punishment shall be commensurate with the character and gravity of the crime”⁷³.

Así, y sin ánimo de exhaustividad, consideramos oportuno recordar que los Estatutos de los tribunales *ad hoc*, a la hora de determinar los términos de la privación de libertad que, incluso, podría llegar a la cadena perpetua⁷⁴, se remitían a la legislación y a la práctica interna de cada uno de los Estados⁷⁵, si bien, de modo genérico, contemplaban la gravedad del crimen y las circunstancias individuales de los condenados como elementos a tomar en consideración a la hora de valorar la concreta sanción a imponer⁷⁶.

En términos similares, los Paneles de Timor Este, tras mencionar expresamente el principio de que no hay pena sin ley⁷⁷, añadían que la pena privativa de libertad⁷⁸ no podía ser superior a los 25 años de prisión⁷⁹ y, a la hora de valorar la misma, también tomaban en consideración la gravedad del crimen y las circunstancias individuales de los condenados⁸⁰. En el caso de Camboya, tras señalar que las penas se limitaban a la privación de libertad, el Acuerdo añadía que ésta podía oscilar entre 5 años y la cadena

Especial para el Líbano; artículo 24 del Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990.

⁷³ Artículo 3 del Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind.

⁷⁴ Regla 101 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto del TIPR.

⁷⁵ Artículo 24.1 del TIPY y el 23.1 del TIPR. Sin embargo, apenas se le prestó atención a la práctica interna. Véase a modo de ejemplo los argumentos que se esgrimen en International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, The Prosecutor V. Drazen Erdemovic, Sentencing Judgement, Case No. IT-96-22-T, 29 november 1996, párrafo 37. En la doctrina, puede consultarse también Doherty, Joseph W. and Steinberg, Richard H., "Punishment and Policy in International Criminal Sentencing: An Empirical Study", *American Journal of International Law*, Vol. 49, 2016, pp. 21 – 24. Sobre el recurso a la práctica interna de los Estados véase también Bernaz, Nadia, "Sentencing and penalties", *op.cit.*, pp. 297 – 298; D'Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 142.

⁷⁶ Artículo 24.2 del TIPY y el 23.2 del TIPR. Consúltense también las Reglas de Procedimiento y Prueba, especialmente la Regla 102 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TIPR.

⁷⁷ Section 13 of the Regulation No. 2000/15 on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences.

⁷⁸ Es oportuno señalar que, a propósito de los Paneles Especiales, se ha defendido que la pena privativa de libertad no era el tipo de sanción con el que los nacionales de este Estado se veían identificados. Y es que, a juicio de Drumbl, “although traditional East Timorese understandings of justice emphasize compensation, restoration, and ritual, the East Timor Special Panels extensively imposed incarceration as a sanction. They did so despite the fact that East Timorese view incarceration as an alien form of punishment and do not seek to avoid it with quite the same urgency as Western defendants”, Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, p. 129.

⁷⁹ Section 10 of the Regulation No. 2000/15 on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences.

⁸⁰ *Ibid.*, Section 10.2.

perpetua⁸¹. Por lo que respecta al Líbano⁸², la sanción podía consistir en la cadena perpetua o en la prisión por un número determinado de años⁸³ y, una vez más, los factores que debían ser tomados en consideración eran los relativos a la gravedad de los crímenes y las circunstancias individuales del condenado⁸⁴. Finalmente, conviene hacer referencia también al “Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990”⁸⁵, ya que incorporaba como penas principales⁸⁶ aplicables la pena privativa de libertad por un máximo de 30 años o, cuando la gravedad de los crímenes y las circunstancias individuales del condenado lo justificaran, la cadena perpetua⁸⁷.

Sin embargo, si debemos destacar un Estatuto es el de la Corte Especial para Sierra Leona⁸⁸ ya que, al regular la jurisdicción los menores, preveía que aquéllos que, en el momento de la comisión de los hechos, tuvieran entre 15 y 18 años de edad, deberían ser tratados con dignidad y debería promoverse su rehabilitación y reintegración en la sociedad⁸⁹. Por esta razón, lejos de prever la pena privativa de libertad⁹⁰, la Corte Especial “shall order any of the following: care guidance and supervision orders, community service orders, counselling, foster care, correctional, educational and vocational training

⁸¹ Agreement Between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution Under Cambodian Law of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea, artículo 39.

⁸² Concretamente, la pena se cumplirá en el Estado designado por el Presidente del Tribunal en virtud del artículo 29 del Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano.

⁸³ Artículo 29 del Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano. El citado artículo añade que “In determining the terms of imprisonment for the crimes provided for in this Statute, the Trial Chamber shall, as appropriate, have recourse to international practice regarding prison sentences and to the practice of the national courts of Lebanon”.

⁸⁴ Artículo 29 del Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano.

⁸⁵ En virtud del artículo 26, la pena privativa de libertad deberá cumplirse en las cárceles de Senegal.

⁸⁶ Así mismo, contemplaba como posibles penas accesorias: “a) A fine under the criteria provided for in Senegalese law; b) A forfeiture of proceeds, property and assets derived directly or indirectly from the crime, without prejudice to the rights of third parties acting in good faith”, artículo 24 del Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990.

⁸⁷ Artículo 24 del Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990.

⁸⁸ Este caso concreto ha sido analizado con detalle en: De Guzman, Margaret M., “The Sentencing Legacy of the Special Court for Sierra Leone” en Jalloh, Charles Chernor (Ed.), *The Sierra Leone Special Court and its Legacy. The Impact for Africa and International Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 373 – 384; Heller, Kevin Jon, “The Taylor Sentencing Judgment: A Critical Analysis”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, 2013, pp. 835 – 855. A este respecto nos parece oportuno añadir que, en este último trabajo, se critica la desproporción entre la pena impuesta a Taylor y la que se impuso al resto de condenados.

⁸⁹ Artículo 7 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona.

⁹⁰ Es más, el artículo 15.5 añadía que “In the prosecution of juvenile offenders, the Prosecutor shall ensure that the child-rehabilitation programme is not placed at risk and that, where appropriate, resort should be had to alternative truth and reconciliation mechanisms, to the extent of their availability” (Artículo 15.5 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona).

programmes, approved schools and, as appropriate, any programmes of disarmament, demobilization and reintegration or programmes of child protection agencies.”⁹¹ Ahora bien, para el resto de condenados, la única pena que se contemplaba era la pena privativa de libertad por un “número determinado de años”⁹² que se valoraría tomando en consideración, entre otros⁹³, “la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado”⁹⁴ y que, en principio, debería cumplirse en Sierra Leona⁹⁵.

En definitiva, y exceptuando este último caso que contempla diferentes tipologías de sanciones en función de la edad de los condenados, podemos concluir que las únicas penas que los Estatutos de los tribunales internacionales o internacionalizados parecen aceptar es la pena privativa de libertad. Ahora bien, este consenso en torno a la pena de cárcel como única pena posible respecto de los crímenes internacionales no implica que existiera un acuerdo sobre el número concreto de años que los condenados deberían de cumplir. Y es que, debemos señalar que la práctica de los tribunales en torno al proceso de

⁹¹ Artículo 7 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona.

⁹² Artículo 19.1 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona. El artículo citado añade que “para determinar las condiciones en que se habrá de cumplir, la Sala de Primera Instancia recurrirá, según proceda, a la práctica del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y los tribunales nacionales de Sierra Leona con respecto a las penas de prisión”. Debido a los términos empleados, se ha defendido que el Estatuto no prevé la cadena perpetua (Schabas, William A., *The UN International Criminal Tribunals...*, *op.cit.*, p. 549).

⁹³ Véase también la Regla 101 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Especial para Sierra Leona.

⁹⁴ Artículo 19.3 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona.

⁹⁵ Artículo 22 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona.

determinación de la condena dista mucho de ser homogénea⁹⁶. Por esta razón, no extraña que se haya considerado que "sentencing is as much an art as a science."⁹⁷

⁹⁶ El proceso de imposición de sanciones en los tribunales internacionales creados hasta el momento ha sido analizado por la doctrina más especializada. A este respecto, creemos oportuno citar la siguiente doctrina seleccionada que analiza el proceso de "sentencing" desde los más variados ángulos: D'Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*; Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, *op.cit.*, pp. 267 – 307; Mulgrew, Róisín, *Towards the Development of the International Penal System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013; Schabas, William A., "International Sentencing...", *op.cit.*, pp. 613 – 633; Bernaz, Nadia, "Sentencing and penalties", *op.cit.*, pp. 289 – 303; Dana, Shahram, "Genocide, Reconciliation and Sentencing in the Jurisprudence of the ICTY" en Henham, Ralph and Behrens, Paul (Eds.), *The Criminal Law of Genocide. International, Comparative and Contextual Aspects*, England, Ashgate, 2007, pp. 259 – 274; Henham, Ralph, "The Normative Context of Sentencing for Genocide" en Henham, Ralph and Behrens, Paul (Eds.), *The Criminal Law of Genocide. International, Comparative and Contextual Aspects*, England, Ashgate, 2007, pp. 246 – 258; Ohlin, Jens David, "Towards a unique theory of international criminal sentencing", *op.cit.*, pp. 381 – 413; Chifflet, Pascale and Boas, Gideon, "Sentencing coherence in international criminal law: the cases of Biljana Plavsic and Miroslaw Bralo", *Criminal law forum*, 23, 2012, pp. 135 – 159; D'Ascoli, Silvia, "Sentencing Contempt of Court in International Criminal Justice: An Unforeseen Problem Concerning Sentencing and Penalties", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 735 – 756; Henham, Ralph, "Developing Contextualized Rationales for Sentencing in International Criminal Trials. A Plea for Empirical Research", *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 767 – 778; Henham, Ralph, "Some issues for sentencing in the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 81 – 114; Henham, Ralph, "The Philosophical Foundations of International Sentencing", *op.cit.*, pp. 64 – 85; Holá, Barbora, "Sentencing of International Crimes at the ICTY and ICTR", *Amsterdam law Forum*, Vol 4:4, 2012, pp. 1 – 24; Holá, Barbora, Smeulers, Alette, and Bijleveld, Catrien, "International Sentencing Facts and Figures. Sentencing Practice at the ICTY and ICTR", *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, pp. 411 – 439; Holá, Barbora, Smeulers, Alette, and Bijleveld, Catrien, "Is ICTY Sentencing Predictable? An Empirical Analysis of ICTY Sentencing Practice", *Leiden Journal of International Law*, 22, 2009, pp. 79 – 97; Schabas, William A., "Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach", *op.cit.*, pp. 461 – 517; Scholem, Gershom, "On Sentencing Eichmann to Death", *op.cit.*, pp. 859 – 861; De Guzman, Margaret M., "The Sentencing Legacy of the Special Court for Sierra Leone", *op.cit.*, pp. 373 – 384; Sloane, Robert D., "Sentencing for the 'Crime of Crimes'. The Evolving 'Common Law' of Sentencing of the International Criminal Tribunal for Rwanda", *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 713 – 734; Szoke-Burke, Sam, "Avoiding Belittlement of Human Suffering. A Retributive Critique of ICTR Sentencing Practices", *op.cit.*, pp. 561 – 580; Riccardi, Alice, *Sentencing at the International Criminal Court: From Nuremberg to the Hague*, eleven, Den Haag, 2016; Longworth, Sally Alexandra, "Sentencing at the International Criminal Court" en Hiéramente, Mayeul and Schneider, Patricia, *The Defence in International Criminal Trials*, Nomos, Germany, 2016, pp. 200 – 226; Bagaric, Mirko and Morss, John, "International Sentencing Law: In Search of a Justification and Coherent Framework", *International Criminal Law Review*, Vol. 6, 2006, pp. 191 – 255; Bishai, Christine, "Superior Responsibility, Inferior Sentencing: Sentencing Practice at the International Criminal Tribunals", *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 11, Issue 3, 2013, pp. 83 – 108; Bonafe, Beatrice I., "Sentencing Practice and the Contribution of International Criminal Tribunals to the Maintenance of Peace", *op.cit.*, pp. 101 – 113; Carcano, Andrea, "Sentencing and the Gravity of the Offence in International Criminal Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, 2002, pp. 583 – 609; Doherty, Joseph W. and Steinberg, Richard H., "Punishment and Policy in International Criminal Sentencing: An Empirical Study", *op.cit.*, pp. 1 – 40; Ewald, Uwe, "Predictably Irrational - International Sentencing and its Discourse against the Backdrop of Preliminary Empirical Findings on ICTY Sentencing Practices", *International Criminal Law Review*, Vol. 10, 2010, pp. 365 – 402; Heller, Kevin Jon, "The Taylor Sentencing Judgment: A Critical Analysis", *op.cit.*, pp. 835 – 855; Henham, Ralph, "International Sentencing in the Context of Collective Violence", *International Criminal Law Review*, Vol. 7, 2007, pp. 449 – 468; Holá, Barbora, Bijleveld, Catrien and Smeulers, Alette, "Punishment for Genocide - Exploratory Analysis of ICTR Sentencing", *op.cit.*, pp. 745 – 773; Kelder, Jessica M., Holá, Barbora and van Wijk, Joris, "Rehabilitation and Early Release of Perpetrators of International Crimes: A Case Study of the ICTY and ICTR", *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, pp. 1177 – 1203; Leindwand, Jessica, "Punishing Horrific Crime: Reconciling International Prosecution with national Sentencing Practices", *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 40, 2009, pp. 799 – 852; Weinberg De Roca, Ines Monia and

En efecto, tal y como se ha apreciado, ni se ha desarrollado una práctica uniforme en torno al “sentencing” ni se le ha prestado la atención que merece⁹⁸. Es más, se ha defendido que “the broad discretion afforded trial chambers has generated an unpredictability that makes sentencing one of the most criticised areas of international criminal law”⁹⁹. A pesar de ello, es posible extraer algunas conclusiones generales que pasaremos a enumerar muy sucintamente.

Por una parte, a la hora de valorar la extensión de la condena parece ser común tomar en consideración la posición en la jerarquía de mando del presunto responsable¹⁰⁰, si bien hay quien considera que este factor no siempre ha sido determinante¹⁰¹ y, por ello, también se suele defender que el aspecto más relevante ha sido la gravedad del crimen cometido¹⁰². Así mismo, se ha observado que el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia ha castigado con mayor severidad a quienes planearon, instigaron u ordenaron la comisión de los crímenes¹⁰³ y, por ello, existe cierta uniformidad a la hora de valorar el cumplimiento de las órdenes de los superiores como circunstancia atenuante¹⁰⁴. Además, en el caso de los tribunales *ad hoc*, ambos han empleado similares

Rassi, Christopher M., "Sentencing and Incarceration in the Ad Hoc Tribunals", *Stanford Journal of International Law*, Vol. 44, 2008, pp. 1 – 62.

⁹⁷ Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Munich-Oxford-Baden-Baden, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2016, p. 1891.

⁹⁸ Sloane, Robert D., "The expressive capacity of international punishment: the limits of the national law analogy and the potential of international criminal law", *op.cit.*, pp. 39 – 40; Schabas, William A., "Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach", *op.cit.*, pp. 515 – 516; Boas, Gideon, Bischoff, James L., Reid, Natalie L. and Taylor III, B. Don, *International Criminal Law Practitioner Library: International Criminal Procedure Vol. II*, *op.cit.*, pp. 356 – 359. En todo caso, hay quien considera que el Tribunal Internacional penal para Ruanda ha cumplido mejor su trabajo en este aspecto (Boas, Gideon, Bischoff, James L., Reid, Natalie L. and Taylor III, B. Don, *International Criminal Law Practitioner Library: International Criminal Procedure Vol. II*, *op.cit.*, pp. 356 – 359). En definitiva, parece común defender que nos hallamos ante una materia en construcción (D'Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, pp. 1 – 2) y, por ello, se concluye que, ante la ausencia de normas precisas en este campo, es imprescindible elaborar una política coherente de “sentencing” (*Ibid.*, pp. 1 – 2).

⁹⁹ Boas, Gideon, Bischoff, James L., Reid, Natalie L. and Taylor III, B. Don, *International Criminal Law Practitioner Library: International Criminal Procedure Vol. II*, *op.cit.*, p. 392.

¹⁰⁰ Doherty, Joseph W. and Steinberg, Richard H., "Punishment and Policy in International Criminal Sentencing: An Empirical Study", *op.cit.*, pp. 21 – 24; D'Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, pp. 203 – 261.

¹⁰¹ Holá, Barbora, Smeulers, Alette, and Bijleveld, Catrien, "International Sentencing Facts and Figures. Sentencing Practice at the ICTY and ICTR", *op.cit.*, pp. 417 – 419.

¹⁰² D'Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 185.

¹⁰³ Holá, Barbora, Smeulers, Alette, and Bijleveld, Catrien, "International Sentencing Facts and Figures. Sentencing Practice at the ICTY and ICTR", *op.cit.*, pp. 429 – 430. Sin embargo, consideran los autores que no cabe extraer las mismas conclusiones en el caso del TIPR.

¹⁰⁴ Esta circunstancia ya se hallaba prevista en el artículo 5 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996. Así mismo, es posible apreciar estas mismas circunstancias atenuantes en el Artículo 7.4 del Estatuto del TIPY; Section 21 of the Regulation No. 2000/15 on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences; artículo 6.4 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona.

circunstancias atenuantes y agravantes¹⁰⁵ y se ha corroborado que, cuanto mayor ha sido el número de víctimas, mayor ha sido la severidad de la sanción¹⁰⁶.

También parece existir cierto consenso a la hora de apreciar que las sentencias del Tribunal Internacional Penal para Ruanda han sido, por lo general, más duras¹⁰⁷ y ha condenado a un mayor número de personas a la cadena perpetua¹⁰⁸. Una de las razones que podría explicar esta mayor severidad se halla relacionado con el tipo de crímenes por los que se ha condenado a los responsables. Y es que, si bien los propios tribunales han defendido que no existe una jerarquía entre los crímenes internacionales¹⁰⁹, lo cierto es que los datos muestran que el genocidio ha sido castigado con las penas más severas¹¹⁰.

Tras este escueto repaso a las características más sobresalientes del proceso de imposición de sentencias en los tribunales internacionales, en las líneas que siguen a continuación analizaremos con mayor detalle el sistema creado por el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Así, trataremos de comprobar si la Corte ha empleado criterios similares que nos permitan concluir que empieza a consolidarse cierta práctica uniforme en torno al castigo que merecen los responsables de haber cometido los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional¹¹¹.

¹⁰⁵ Holá, Barbora, Smeulers, Alette, and Bijleveld, Catrien, "International Sentencing Facts and Figures. Sentencing Practice at the ICTY and ICTR", *op.cit.*, pp. 436 – 439.

¹⁰⁶ Doherty, Joseph W. and Steinberg, Richard H., "Punishment and Policy in International Criminal Sentencing: An Empirical Study", *op.cit.*, pp. 21 – 24; D'Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, pp. 203 – 261.

¹⁰⁷ Holá, Barbora, Smeulers, Alette, and Bijleveld, Catrien, "International Sentencing Facts and Figures. Sentencing Practice at the ICTY and ICTR", *op.cit.*, pp. 420 – 421. Ahora bien, explican los autores que son varias las razones que justifican esta mayor severidad como, por ejemplo, que el TIPY al inicio no se dirigió contra los máximos responsables o que el TIPR lidió con el crimen de genocidio. Véase también las razones aducidas en: Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, p. 57; D'Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, pp. 203 – 261. Por otra parte, véase una contundente crítica al proceso de imposición de sentencias en el caso del TIPR en: Szoke-Burke, Sam, "Avoiding Belittlement of Human Suffering. A Retributive Critique of ICTR Sentencing Practices", *op.cit.*, pp. 561 – 580.

¹⁰⁸ Schabas, William A., *The UN International Criminal Tribunals...*, *op.cit.*, p. 549.

¹⁰⁹ Esta cuestión ha sido analizada en detalle en: Boas, Gideon, Bischoff, James L., Reid, Natalie L. and Taylor III, B. Don, *International Criminal Law Practitioner Library: International Criminal Procedure Vol. II*, *op.cit.*, pp. 363 - 367; D'Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, pp. 35 - 42. A este respecto, hay quien ha defendido que los crímenes contra la humanidad merecen una sanción superior a los crímenes de guerra (Olusanya, Olaoluwa Abiola, "Do crimes against humanity deserve a higher sentence than war crimes?", *International Criminal Law Review*, Vol. 4, 2004, pp. 431 – 473).

¹¹⁰ Holá, Barbora, Smeulers, Alette, and Bijleveld, Catrien, "International Sentencing Facts and Figures. Sentencing Practice at the ICTY and ICTR", *op.cit.*, pp. 436 – 439; Doherty, Joseph W. and Steinberg, Richard H., "Punishment and Policy in International Criminal Sentencing: An Empirical Study", *op.cit.*, pp. 21 – 24; D'Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, pp. 203 – 261; Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 (5ªed.), p. 82; Holá, Barbora, Bijleveld, Catrien and Smeulers, Alette, "Punishment for Genocide - Exploratory Analysis of ICTR Sentencing", *op.cit.*, pp. 745 – 773.

¹¹¹ A juicio de la Corte Penal Internacional, no debería prestársele excesiva atención a la comparación entre los diversos casos sentenciados (Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad

3. Las sanciones previstas en el Estatuto de Roma y las obligaciones que se derivan para los Estados

3.1. La reclusión como única pena principal en el Estatuto de Roma: la Corte Penal Internacional y la búsqueda de la proporcionalidad

El Estatuto de Roma, desde el mismo Preámbulo, muestra la determinación de los Estados Partes para que los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia la Corte Penal Internacional no queden sin castigo¹¹². Es más, este objetivo ha sido confirmado por la Corte al insistir que, cuando se han cometido crímenes internacionales, “there must, therefore, be punishment”¹¹³.

El artículo 23 del Estatuto de Roma, que recoge el clásico principio de “nulla poena sine lege”¹¹⁴, prevé que “quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”¹¹⁵. Así, el Estatuto¹¹⁶, tras establecer

Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, punto 107; Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399, 21 June 2016, punto 92; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment on the appeals of the Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyilo against the “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”. ICC-01/04-01/06-3122, 1 December 2014, puntos 76 – 77). En la doctrina se muestra favorable a esta decisión de no otorgar excesiva relevancia a la práctica de otros tribunales Tochilovsky, Vladimir, *The law and jurisprudence of the International Criminal Tribunals and Courts...*, *op.cit.*, p. 1058. En contra véase: Book, Jan Philipp, *Appeal and Sentence in International Criminal Law*, *op.cit.*, pp. 288 – 289), autor que defiende que la práctica previa de los tribunales *ad hoc* es sumamente relevante para la futura actuación de la Corte.

¹¹² El Preámbulo del Estatuto de Roma es contundente al afirmar que: “los crímenes más graves de transcendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia” (cuarto apartado del Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

¹¹³ The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, 23 May 2014, punto 37.

¹¹⁴ El principio de *nulla poena sine lege* en el ámbito del Derecho Internacional Penal ha sido analizado en detalle por: Ambos, Kai, “*Nulla poena sine lege* in International Criminal Law”, en Haveman, Roelof and Olusanya Olaoluwa (Ed.), *Sentencing and sanctioning in supranational criminal law*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2006, pp. 17 – 35; Álvarez García, Francisco Javier, “Sobre algunos problemas relativos a la falta de taxatividad en las normas del Estatuto del Tribunal Penal Internacional” en Cuerda Riezu, Antonio y Jiménez García, Francisco (Eds.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional: terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 205 – 236. Así mismo, si se desean consultar los debates que se produjeron en el seno del proceso de adopción del Estatuto de Roma en torno a la concreta taxatividad que debería exigirse, véase Schabas, William A., “International Sentencing...”, *op.cit.*, p. 618. En todo caso, como señala Ambos, es improbable que surja en el ámbito internacional sanciones precisas que respeten el citado principio tal y como lo entendemos en los ordenamientos jurídicos internos (Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, *op.cit.*, pp. 272 – 273).

¹¹⁵ Artículo 23 del Estatuto de Roma.

¹¹⁶ Si comparamos el sistema de imposición de penas del Estatuto de Roma con las previsiones de los tribunales *ad hoc*, es evidente que se ha producido, como ha señalado Ambos, una ligera mejoría, si bien, tal y como añade, el sistema de la Corte Penal Internacional continúa siendo un tanto general y ambiguo

que será la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional la que fijará la pena que deba imponerse¹¹⁷ (en ocasiones, en una nueva audiencia¹¹⁸), establece como únicas penas principales¹¹⁹ aplicables las siguientes: “a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.”¹²⁰

(Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, *op.cit.*, pp. 281 – 283). Por esta razón, el autor considera que es necesario “a more structure approach to sentencing” (*Ibid.*, p. 302).

¹¹⁷ Artículo 76.1 del Estatuto de Roma.

¹¹⁸ Artículo 76.2 y 76.3 del Estatuto de Roma. Véase también la Regla 143 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

¹¹⁹ Junto con la pena principal, en ocasiones, la Corte podrá imponer una multa o “el decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe” (artículo 77.2 del Estatuto de Roma). Véanse también la Regla 146 sobre la imposición de multas, la Regla 147 relativa a las órdenes de decomiso, así como la Regla 148 que regula la orden de transferencia de las multas o decomiso al Fondo Fiduciario. En las Sentencias dictadas hasta el momento, la Corte no ha considerado conveniente imponer las penas accesorias (Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012, puntos 105 – 106; The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, 23 May 2014, punto 169). Y ello a pesar de que se ha defendido que “las multas y decomisos son penas especialmente adecuadas para las violaciones de Derecho Internacional Humanitario, ya que éstas van frecuentemente acompañadas de privación a los civiles de sus propiedades, pero suscitan el problema de que son penas de ejecución directa por los tribunales penales internacionales, de modo que es conveniente que sean los Estados los que las ejecuten” (Quesada Alcalá, Carmen, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 494).

Por otra parte, resulta oportuno añadir que el Estatuto, en el artículo 70, contempla los delitos contra la administración de justicia en los que es posible que se imponga al condenado la pena de prisión no superior a cinco años y/o una multa. Puede consultarse la situación en Kenia en la que se ha iniciado un proceso por presuntos delitos contra la administración de justicia (The Prosecutor v. Walter Osapiri Barasa, ICC-01/09-01/13; The Prosecutor v. Paul Gicheru and Philip Kipkoech Bett, ICC-01/09-01/15). Así mismo, en fechas más recientes, ha ocurrido lo mismo en la República Centro Africana I (Decision Re-sentencing Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba and Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, ICC-01/05-01/13-2312, 17 September 2018). Si se desea profundizar en los delitos contra la administración de justicia puede acudir a: D’Ascoli, Silvia, “Sentencing Contempt of Court in International Criminal Justice...”, *op.cit.*, pp. 735 – 756. Finalmente, quisiéramos añadir que el artículo 71 hace referencia a las sanciones por faltas de conducta ante la Corte en las que es posible que ésta imponga sanciones administrativas, multas u otras medidas similares.

¹²⁰ Artículo 77.1 del Estatuto de Roma.

Como cabe apreciar, tras el proceso de negociación y elaboración del Estatuto de Roma¹²¹, éste contempla como única pena aplicable ante la Corte¹²² la sanción privativa

¹²¹ Y es que, resulta interesante comprobar que, como explica Schabas, durante el proceso de negociación y adopción del Estatuto, se valoró la posibilidad de incorporar otra serie de penas como, por ejemplo, trabajo en beneficio de la comunidad, confiscación de la propiedad o, incluso, limitaciones a determinados derechos civiles y políticos (Schabas, William A., "Penalties" en Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary (Vol. II)*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2002, pp. 1499 – 1500). Sin embargo, finalmente se consideró que estas sanciones no eran adecuadas teniendo en cuenta la gravedad de los crímenes internacionales que finalmente sancionaría la futura Corte Penal Internacional (Schabas, William A., "Penalties", *op.cit.*, p. 1501). Los debates y vicisitudes que generó esta polémica cuestión se pueden consultar en: Schabas, William A., "Penalties", *op.cit.*, pp. 1499 - 1500. En un sentido muy similar, otros autores inciden en que estas penas eran más apropiadas para ser tratadas en los sistemas de justicia nacionales y no ante la futura Corte Penal Internacional (Einar Fife, Rolf, "Penalties" en Lee, Roy S. (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 329). No obstante, el autor también insiste en que, especialmente la pena de multa, era considerada desmesuradamente leve teniendo en cuenta los crímenes internacionales competencia de la Corte (*ibid.*, p. 333).

¹²² Quisiéramos matizar que nos estamos refiriendo a las penas aplicables "ante la Corte" ya que, en virtud del artículo 80 del Estatuto de Roma, y como explicaremos en apartados sucesivos, estas penas, en principio, no vinculan a los Estados. No obstante, hay quien defiende que la práctica de la Corte en torno a la imposición de condenas puede afectar a los sistemas de justicia nacionales (De Guzman, Margaret M., "Harsh Justice for International Crimes?", *op.cit.*, p. 1). Otros, en cambio, argumentan que la práctica internacional no obliga a los Estados a prever las mismas penas que las previstas por los tribunales internacionales (Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, *op.cit.*, pp. 272 – 273).

Llegados a este punto, quisiéramos adelantar que este artículo 80 ha sido empleado por ciertos sectores doctrinales para justificar la imposición de sanciones restaurativas por los crímenes sobre los que ejerce su competencia la Corte Penal Internacional. Por esta razón, no está de más recordar que la razón por la que se procedió a su inclusión se halla ligada a los debates relativos a la pena de muerte. Si se desea profundizar sobre las "concesiones" que se tuvieron que realizar con la finalidad de lograr el consenso de aquellos Estados que se mostraban partidarios a la incorporación de la pena de muerte: Schabas, William A., "Penalties", *op.cit.*, p. 1505. Así mismo, si se desea consultar doctrina adicional sobre la pena de muerte acúdase a: Hodgkinson, Peter and Schabas, William A. (Eds.), *Capital Punishment: Strategies for Abolition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004; Schabas, William A., *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009 (3ª ed.); Futamura, Madoka and Bernaz, Nadia (Eds.), *The Politics of the Death Penalty in Countries in Transition*, Routledge, London-New York, 2014; Price, Melynda J., "Balancing Lives...", *op.cit.*, pp. 563 – 600.

de libertad¹²³, sanción que, como señala Schabas, realmente nunca se cuestionó¹²⁴. Si bien no se prevé una pena mínima¹²⁵, la Corte, salvo en casos de extrema gravedad¹²⁶, no impondrá sanciones que sean superiores¹²⁷ a los 30 años de reclusión¹²⁸, condena que

¹²³ Si se desea profundizar en el tema de las penas previstas en el Estatuto de Roma, acúdase a: Scalia, Damien, "Les peines et les juridictions internationales pénales: TIP et CPI", en Kolb, Robert (Ed.), *Droit international pénal: Précis*, Bruylant, Bruxelles, 2008 (1 ed.), pp. 341 – 374; Rodríguez - Villasante y Prieto, José Luis, "El sistema de penas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional" en VVAA, *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1195 – 1236; Longworth, Sally Alexandra, "Sentencing at the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 200 – 226. Por otra parte, si se quiere conocer cómo ha sido la práctica de la Corte en torno a la imposición de penas en las primeras condenas dictadas, véase: Dondé Matute, Javier, "Sentencia de imposición de pena en el caso Thomas Lubanga. Aspectos generales" en Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel y Steiner, Christian (Eds.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 305 – 327; Modolell González, Juan Luis, "Problemas específicos de la Decision on Sentence: circunstancias agravantes y atenuantes, concurso y cálculo de la pena" en Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel y Steiner, Christian (Eds.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 329 – 340; Mujuzi, Jamil Ddamulira, "(Mis)interpreting the Statute; The International Criminal Court, the Sentence of Life Imprisonment and Other Emerging Sentencing Issues: A Comment on the Trial Chamber I Decision on the Sentence in Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo", *International Criminal Law Review*, Vol. 13, 2013, pp. 1037 – 1045; Scalia, Damien, "Le sens de la peine dans la première condamnation par la Cour pénale internationale", *op.cit.*, pp. 67 – 83; Stein, Ashley Joy, "Reforming the Sentencing Regime for the Most Serious Crimes of Concern: The International Criminal Court through the Lens of the Lubanga Trial", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 39, 2014, pp. 521 – 562.

¹²⁴ Schabas, William A., "Penalties", *op.cit.*, p. 1508. Ahora bien, como explica el experto, el debate se hallaba en cómo debería de ser la pena privativa de libertad, es decir, si el Estatuto debería de prever, por ejemplo, períodos máximos de privación de libertad o no (véase un interesante debate a este respecto en: Schabas, William A., "Penalties", *op.cit.*, pp. 1508 – 1513).

¹²⁵ En un inicio, el Fiscal de la Corte propuso que debería establecerse una pena mínima para todos los casos que fueran sometidos a la Corte. Sin embargo, esta propuesta acertadamente fue descartada por las Salas de la Corte al considerar que vulneraría el principio de proporcionalidad de las penas (Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012, puntos 92 – 96). Sin embargo, se ha defendido que debería enmendarse el Estatuto de Roma con la finalidad de incorporar penas mínimas para cada categoría de crimen (véase la propuesta que sobre este extremo se realiza en: Glickman, Steven, "Victims' Justice: Legitimizing the Sentencing Regime of the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 262). Ahora bien, conviene recordar que este tema se debatió en el propio proceso de adopción del Estatuto de Roma y que la propuesta de sancionar a los responsables por un número determinado de meses no salió adelante (Mujuzi, Jamil Ddamulira, "(Mis)interpreting the Statute...", *op.cit.*, pp. 1043 – 1044).

¹²⁶ Por ejemplo, en el caso de Lubanga, la Corte rechazó la imposición de la cadena perpetua al considerar que no concurrían circunstancias agravantes (Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012, punto 96).

¹²⁷ Si bien el Estatuto menciona el límite máximo, ¿qué ocurre con el mínimo? Pues bien, a este respecto se ha defendido que hubiera sido oportuno determinar también este límite mínimo de duración de la pena ya que "no tendría sentido castigar la comisión de un crimen internacional con unos pocos meses o años de prisión", Lirola Delgado, Isabel y Martín Martínez, Magdalena M., *La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001, p. 238.

¹²⁸ Hasta ahora, la Corte ha condenado al Sr. Al Mahdi a 9 años de prisión (Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016); al Sr. Bemba Gombo le condenó a 18 años de prisión (Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399, 21 June 2016), sin embargo, el 8 de junio de 2018, la Sala de Apelación revocó la sentencia (Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/05-01/08-3636-Red, 8 June 2018. Véase también: Decision on Mr Bemba's Application for Release, ICC-01/05-01/13-2291, 12

deberá cumplirse en el Estado designado por la Corte¹²⁹ sin que éste pueda proceder a su modificación¹³⁰. Por otra parte, a la hora de imponer la misma, la Corte debe valorar¹³¹ “factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”¹³².

June 2018); al Sr. Lubanga Dyilo a 14 años de prisión (Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012); y, finalmente, al Sr. Katanga se le condenó a 12 años de prisión (The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, 23 May 2014). En el caso del Sr. Mathieu Ngudjolo Chui, la Corte le declaró no culpable y quedó absuelto de todos los cargos (Judgment pursuant to article 74 of the Statute. ICC-01/04-02/12-3-tENG, 18 December 2012). La última sentencia dictada hasta ahora por la Corte ha sido la concerniente a The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, en la que fue considerado culpable y cuya condena se fijará en los próximos meses (Situation in the Democratic Republic of The Congo in the case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment, ICC-01/04-02/06, 8 July 2019).

Los expertos que se han pronunciado sobre las penas de Katanga y Lubanga coinciden en afirmar que “the sentencing range in the two cases was appropriate. Terms of twelve to fourteen years’ imprisonment are at rather the low end in terms of sentences imposed by international criminal tribunals. That may only be a reflection upon the misjudgment of the Prosecutor in deciding that these two cases were worthy of being adjudicated by the International Criminal Court”, Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, op.cit.*, p. 1159.

¹²⁹ Artículo 103 del Estatuto de Roma. Este artículo ha sido analizado en detalle en: Norway: proposal of amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court. Rome, 17 July 1998. Reference: C.N.713. 2009.TREATIES-4, 29 October 2009. Así mismo, si se desea consultar la práctica existente hasta el momento en torno a la aplicación práctica de este precepto, acúdase en el caso del Sr. Lubanga a: Decision designating a State of enforcement. ICC-01/04-01/06-3185, 8 December 2015. Véase también « Accord ad hoc entre le gouvernement de la République Démocratique du Congo et La Cour Pénale Internationale sur l’exécution de la peine de M. Thomas Lubanga Dyilo, prononcée par la Cour », ICC-01/04-01/06-3185-Anx-tENG. Y, por lo que respecta al caso del Sr. Katanga, acúdase a: The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision designating a State of enforcement. ICC-01/04-01/07-3626, 8 December 2015 ; véase también el Anexo I que lleva por título: “Accord ad hoc entre le gouvernement de la République Démocratique du Congo et La Cour Pénale Internationale sur l’exécution de la peine de M. Germain Katanga, prononcée par la Cour“. En ambos casos señalar que el Estado designado ha sido la República Democrática del Congo.

¹³⁰ Artículo 105 del Estatuto de Roma.

¹³¹ Así mismo, la Corte deberá reducir el tiempo que el condenado haya estado detenido de manera preventiva o “cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito” (artículo 78.2 del Estatuto de Roma). Si se desea consultar la práctica de la Corte a este respecto (que, fundamentalmente, se limita a analizar si la detención se produjo por el mismo crimen por el cual ha sido condenado ante la Corte), acúdase a: Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012, punto 100 – 108; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment on the appeals of the Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyilo against the “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”. ICC-01/04-01/06-3122, 1 December 2014, punto 113 – 116; The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, 23 May 2014, puntos 148 – 168. Interesante también el voto disidente de la Juez Christine Van den Wyngaert: The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, 23 May 2014. Dissenting opinion of Judge Christine Van den Wyngaert. ICC-01/04-01/07-3484-Anx1, 23 May 2014, puntos 1 – 5.

¹³² Artículo 78.1 del Estatuto de Roma.

Ante la parquedad de estas disposiciones¹³³, que contrastan con códigos penales internos¹³⁴, es innegable el amplio margen de discrecionalidad del que disponen las Salas a la hora de decidir el número concreto de años de privación de libertad que, en cada caso, deberán cumplir los condenados¹³⁵. El único límite podemos hallarlo en la implícita obligación que se deduce del Estatuto y que impone a la Corte el deber de dictar una sentencia que sea proporcionada y que refleje la culpabilidad del condenado¹³⁶.

Como es conocido, el principio de proporcionalidad opera en dos dimensiones: evita que se produzcan condenas excesivas, pero también, y en lo que aquí interesa, asegura un mínimo de sanción¹³⁷. Por esta razón, hay que recordar que “a ‘disproportionate’ punishment can be either too severe or too lenient”¹³⁸. Precisamente, esta postura ha sido reivindicada en numerosas ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos

¹³³ A pesar de ello, se ha defendido que el Estatuto de Roma “constitutes, therefore, from the standpoint of public international law, the most advanced and progressive text on the subject of sentencing” (Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, *op.cit.*, p. 320). Es más, el experto añade que “the Rome Statute regime is measurably more clement than the schemes applicable at the ad hoc tribunals, at least as they have been interpreted by the judges (...). The Grand Chamber of the European Court of Human Rights has pointed to the Rome Statute provisions as evidence of a commitment in international law to the rehabilitation of prisoners sentenced to life terms and to the prospect of their eventual release” (Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, United Kingdom, Oxford University Press, 2016 (2^oed.), p. 1160). Otros autores, en cambio, critican la falta de taxatividad de las concretas penas aplicables y, por ello, concluyen que “hubiese sido deseable emplear un sistema de fijación de penas para cada delito en particular” (González Cussac, José Luis y Górriz Royo, Elena, “Ne bis in idem y determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional” en Gómez Colomer, Juna Luis, González Cussac, José Luis, Cardona Lloréns, Jorge (Coords.), *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 236). En un sentido similar, Lirola y Martín Martínez han defendido que “la actual regulación mejora las anteriores disposiciones pero continúa sin satisfacer plenamente el principio de legalidad penal” (Lirola Delgado, Isabel y Martín Martínez, Magdalena M., *La Corte Penal Internacional...*, *op.cit.*, p. 238).

¹³⁴ Y es que, tal y como ha apreciado la Corte, no se prevén “individualised sentencing ranges for specific crimes or modes of liability” (Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399, 21 June 2016, punto 91).

¹³⁵ Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment on the appeals of the Prosecutor and Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”. ICC-01/04-01/06-3122, 1 December 2014, punto 1; Keynote speech by James Stewart, Deputy Prosecutor of the ICC: “La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”. Conferencia organizada por: La Universidad del Rosario, El Tiempo, el Centro Cyrus R Vance para las Iniciativas de Justicia Internacional, la Fundación Hanns Seidel, las Naciones Unidas en Colombia, el Centro Internacional para la Justicia Transicional y la Coalición por la Corte Penal Internacional. Bogotá, Colombia, 13 de mayo de 2015, pp. 10 - 14. Hay quien considera que esta amplia discrecionalidad resulta “censurable en la medida en que ofrece una excesiva amplitud en la fijación concreta de la pena y puede ser, en consecuencia, fuente de inseguridad jurídica y de arbitrariedad”, Ollé Sesé, Manuel, “Principios generales” en Gil Gil, Alicia y Macula, Elena (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 167.

¹³⁶ Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment on the appeals of the Prosecutor and Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”. ICC-01/04-01/06-3122, 1 December 2014, punto 34.

¹³⁷ Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, *op.cit.*, pp. 286 – 288; Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, pp. 21 – 22.

¹³⁸ D’Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 23.

Humanos¹³⁹ que, tras señalar que “la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor”¹⁴⁰, no ha dudado en añadir que se debe tomar en consideración “tanto la lenidad característica de la impunidad como el exceso y abuso en la determinación de penas”¹⁴¹.

El principio de proporcionalidad también ha sido empleado frecuentemente por los tribunales internacionales creados hasta el momento a la hora de justificar la concreta pena privativa de libertad que han impuesto¹⁴². Es más, debemos recordar que, incluso, el IV Convenio de Ginebra recoge el reiterado principio¹⁴³. Por lo tanto, podemos concluir que, en el ámbito del Derecho Internacional Penal, al menos en un plano teórico, se ha tratado de imponer una pena que sea “proporcionada” al ilícito cometido. Ahora bien, a pesar de este “intento” de establecer penas proporcionadas, es abundante la literatura que subraya la inconsistencia entre la gravedad de los crímenes internacionales y la levedad

¹³⁹ A este respecto, quisiéramos añadir que la Corte vincula la situación de impunidad con la propia sanción y, por ello, no duda en afirmar que “en atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado” (Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, Párrafo 150). En definitiva, son necesarias “penas que verdaderamente contribuyan a prevenir la impunidad” (Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, Párrafo 203. Por esta razón, consideró que no se había erradicado la impunidad en un caso en el que se condenó a los responsables, pero no se hizo efectiva la sanción, véase Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, Párrafo 187. En otra situación similar ha defendido que “también deberán activarse, según corresponda, las investigaciones pertinentes contra quienes fueron investigados, condenados, absueltos o cuyas causas fueron sobreesaidas en los procesos penales militares”, Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, Párrafo 226).

¹⁴⁰ Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, Párrafo 196.

¹⁴¹ Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, Párrafo 459. Véanse más referencias a la proporcionalidad en: Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, Párrafo 193 y 196; Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, Párrafo 203; Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, Párrafo 150.

¹⁴² Como acertadamente destaca D’Ascoli, “the importance of proportionality of penalties and individualisation of sentences has been frequently mentioned in the decisions of the ICTY and ICTR” (D’Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 144).

¹⁴³ Concretamente, el artículo 67 establece que: “Los tribunales sólo podrán aplicar las disposiciones legales anteriores a la infracción y conformes a los principios generales del derecho, especialmente por lo que atañe al principio de la proporcionalidad de las penas” (IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949).

de las sanciones que se han impuesto¹⁴⁴, quien critica la poca severidad en la imposición de la sanción por parte de los tribunales internacionales al considerar que, incluso, va en contra de la propia razón de ser de los tribunales¹⁴⁵ o quien demuestra que determinados crímenes ordinarios se sancionan con penas más duras que las que corresponden a los crímenes internacionales¹⁴⁶. Es más, un número considerable de estudios inciden en la inconsistencia entre las penas impuestas por los tribunales internacionales y las que se impusieron en el ámbito interno a personas que, en teoría, ostentaban una responsabilidad menor¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Boas, Gideon, Bischoff, James L., Reid, Natalie L. and Taylor III, B. Don, *International Criminal Law Practitioner Library: International Criminal Procedure Vol. II*, *op.cit.*, pp. 356 – 359; D'Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, pp. 203 – 261. Si se desea consultar un interesante estudio que muestra la duración de las condenas de prisión impuestas por los tribunales internacionales penales ad hoc: Weinberg De Roca, Ines Monia and Rassi, Christopher M., "Sentencing and Incarceration in the Ad Hoc Tribunals", *op.cit.*, pp. 1 – 62. Y es que, a este respecto, es común defender que las condenas impuestas por el Tribunal Internacional Penal para Ruanda han sido más severas que las impuestas por el de la Antigua Yugoslavia (Boas, Gideon, Bischoff, James L., Reid, Natalie L. and Taylor III, B. Don, *International Criminal Law Practitioner Library: International Criminal Procedure Vol. II*, *op.cit.*, p. 359; Sullo, Pietro, "Punishing mass atrocities...", *op.cit.*, p. 215; D'Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 204), especialmente cuando estas han afectado a los superiores jerárquicos (Bishai, Christine, "Superior Responsibility, Inferior Sentencing: Sentencing Practice at the International Criminal Tribunals", *op.cit.*, p. 97). Es más, se ha comprobado que las penas impuestas en los Estados de la antigua Yugoslavia fueron más severas, en muchas ocasiones, que las dictadas por el TIPY (Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, pp. 154 – 163. Por esta razón, el autor explica que muchos acusados ante el TIPY se negaban a que su caso fuera remitido a los órganos internos de los Estados, ya que podían ser condenados a penas más severas). Así mismo, hay quien defiende que el TIPR impuso condenas más adecuadas (D'Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, pp. 203 – 261). Otros, en cambio, siguen considerando que las sentencias impuestas por el TIPR siguen siendo demasiado leves y desproporcionadas (Szoke-Burke, Sam, "Avoiding Belittlement of Human Suffering. A Retributive Critique of ICTR Sentencing Practices", *op.cit.*, p. 563 y 570). Es más, como nos recuerda Sullo, en no pocas ocasiones, estos crímenes internacionales han acabado siendo amnistiados, perdonados o, en aquellos casos en los que se ha sancionado a los responsables, se han impuesto penas más leves que respecto de crímenes ordinarios (Sullo, Pietro, "Punishing mass atrocities...", *op.cit.*, p. 219). Una conclusión muy similar a la que llega Drumbl (Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, pp. 15 – 16 y 154 – 163). En definitiva, se ha comprobado que "sentences for extraordinary international crimes are not generally longer than for serious ordinary common crimes" (*Ibid.* p. 154).

¹⁴⁵ Bishai, Christine, "Superior Responsibility, Inferior Sentencing: Sentencing Practice at the International Criminal Tribunals", *op.cit.*, p. 89. En un sentido similar, se ha argumentado que "frente a las penas previstas en los ordenamientos internos, algunas de las sentencias del TIPY evidencian que la imposición de penas menores a los acusados de la comisión de crímenes internacionales puede poner en tela de juicio el concepto de crimen internacional, caracterizado entre otras notas por su extrema gravedad y trascendencia internacional" (Lirola Delgado, Isabel y Martín Martínez, Magdalena M., *La Corte Penal Internacional...*, *op.cit.*, p. 249, nota a pie de página 7); véase también la crítica que se realiza en: Dana, Shahram, "Genocide, Reconciliation and Sentencing in the Jurisprudence of the ICTY", *op.cit.*, p. 269. En el seno del TIPR consúltese: Szoke-Burke, Sam, "Avoiding Belittlement of Human Suffering. A Retributive Critique of ICTR Sentencing Practices", *op.cit.*, pp. 579 – 580. Finalmente, si se desea ampliar la información, recomendamos la interesada reflexión que se realiza en: Chifflet, Pascale and Boas, Gideon, "Sentencing coherence in international criminal law: the cases of Biljana Plavsic and Miroslaw Bralo", *op.cit.*, pp. 135 – 159.

¹⁴⁶ Harmon, Mark B. and Gaynor, Fergal, "Ordinary Sentences for Extraordinary Crimes", *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 683 – 712.

¹⁴⁷ Este sería precisamente el caso de Ruanda donde es notoriamente conocido que, en ocasiones, los menores responsables que eran enjuiciados en el Estado fueron condenados a penas más graves que los

Por lo que al Estatuto de Roma respecta, debemos añadir que si bien el principio de proporcionalidad no se recoge directamente en el texto del Estatuto¹⁴⁸, éste se deduce del artículo 81¹⁴⁹ que, al regular las razones por las que es posible que el Fiscal o el condenado apelen la pena impuesta, prevé la “desproporción entre el crimen y la pena”¹⁵⁰. En efecto, en el caso que la Sala de Apelaciones¹⁵¹ considerase que existe una “desproporción entre el crimen y la pena”, ésta tiene la capacidad de modificar la misma¹⁵². Ahora bien, conviene advertir que, como ha señalado la propia Corte: “the Appeals Chamber’s role is not to determine, on its own, which sentence is appropriate, unless it has found that the sentence imposed by the Trial Chamber is “disproportionate” to the crime. Only then can the Appeals Chamber “amend” the sentence and enter a new, appropriate sentence”¹⁵³.

En las escasas sentencias dictadas hasta la fecha por la Corte, podemos comprobar que ésta ha otorgado un valor fundamental al principio de proporcionalidad de la pena¹⁵⁴. Así, ha sido contundente al afirmar que la sentencia siempre debe ser proporcional al crimen

enjuiciados por el TIPR que, recuérdese, se centró en los máximos responsables (Sloane, Robert D., "Sentencing for the `Crime of Crimes´. The Evolving `Common Law´ of Sentencing of the International Criminal Tribunal for Rwanda", *op.cit.*, p. 724; Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, pp. 154 – 163. Es más, las condiciones en las que cumplían sus penas los condenados por el TIPR han sido calificadas como “lujosas” en comparación con la situación en la que se encontraban los condenados por los órganos nacionales de Ruanda (*Ibidem.*).

¹⁴⁸ Hay quien ha defendido que llegar a un acuerdo en torno al principio de complementariedad en el seno del Estatuto de Roma hubiera sido imposible por los debates filosóficos que ello entrañaba (De Guzman, Margaret M., "Proportionate Sentencing at the ICC", *op.cit.*, pp. 945 – 947).

¹⁴⁹ Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, *op.cit.*, p. 326.

¹⁵⁰ Artículo 81.2a) del Estatuto de Roma. Es más, la Corte añade que la Regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba guía a las Salas a la hora de ejercer su discrecionalidad en la imposición de una condena que sea proporcional al crimen y que refleje la culpabilidad del acusado (Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment on the appeals of the Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyilo against the “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”. ICC-01/04-01/06-3122, 1 December 2014, punto 40).

¹⁵¹ Sobre la relevante función que ejerce la Sala de Apelaciones a la hora de garantizar la consistencia de la sentencia véase Book, Jan Philipp, *Appeal and Sentence in International Criminal Law*, *op.cit.*, 2011.

¹⁵² Artículo 83 del Estatuto de Roma.

¹⁵³ Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment on the appeals of the Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyilo against the “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”. ICC-01/04-01/06-3122, 1 December 2014, punto 2, 39.

¹⁵⁴ Por ejemplo, puede apreciarse cómo se toma en consideración este principio a la hora de graduar la pena en las siguientes declaraciones: “39. The determination of sentence procedure must comply with the following principles: firstly, *nulla poena sine lege*, which prevents arbitrary imposition of criminal sanctions, thereby ensuring legal certainty; secondly, proportionality, which compels the Bench to tailor penalties to fit the gravity particular to the crime; and, thirdly, individualised sentencing, which leads the Court to take into account the individual circumstances of the convicted person and the global context of the conviction when it determines the sentence” (The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, 23 May 2014).

cometido¹⁵⁵ y al grado de culpabilidad de la persona condenada¹⁵⁶. Pero, ¿qué es una pena proporcionada?

A juicio de la Corte, la proporcionalidad “is generally measured by the degree of harm caused by the crime and the culpability of the perpetrator and, in this regard, relates to the determination of the length of sentence”¹⁵⁷. Es más, la Corte Penal Internacional ejerce su competencia respecto de los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional en su conjunto y, por ello, ha señalado que las condenas tienen que reflejar esa seriedad¹⁵⁸. En todo caso, ello no implica que todos los crímenes merezcan el mismo desvalor, ya que existen diferencias sustanciales entre, por ejemplo, los que afectan a las personas o a la propiedad¹⁵⁹. Por esta razón, la Corte ha concluido que este criterio de proporcionalidad debe valorarse “in concreto”, es decir, atendiendo a las particularidades de cada caso¹⁶⁰.

Sin perjuicio de la precisa definición proporcionada, a nuestro juicio, estas declaraciones no ayudan a determinar qué condena puede ser “proporcionada” en la práctica. Es más, ante los atroces crímenes que se cometen en contextos de conflictos armados o en las más aberrantes dictaduras, consideramos que una condena difícilmente va a tener la capacidad de guardar una mínima proporcionalidad con respecto a los hechos

¹⁵⁵ Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012, punto 93.

¹⁵⁶ Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, punto 67; Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399, 21 June 2016, punto 11.

¹⁵⁷ Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment on the appeals of the Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyilo against the “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”. ICC-01/04-01/06-3122, 1 December 2014, punto 40; Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Separate Opinion Of Judge Kuniko Ozaki to Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399, 21 June 2016. ICC-01/05-01/08-3399-AnxI, punto 3.

¹⁵⁸ Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, punto 72.

¹⁵⁹ *Ibidem*. Por ejemplo, ésta fue la situación que se produjo en el caso del Sr. Al Mahdi ya que, en esta ocasión, al acusado se le imputaban crímenes contra la propiedad (Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, punto 77).

¹⁶⁰ Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, punto 71. En el caso de Katanga aclaró que “in order to determine the gravity, the particular circumstances as well as the nature and degree of participation of the convicted person in the commission of the crime must be taken into account, given that the sentence, as mentioned above, and as underscored in the Prosecution Closing Statement, must be proportionate to the offence committed and to the culpability of the convicted person. Furthermore, the gravity criterion must be assessed from both a quantitative and a qualitative standpoint” (The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, 23 May 2014, punto 43).

cometidos¹⁶¹. Ahora bien, reconocemos que ello no es óbice para exigir cierta adecuación entre las sanciones que se van a imponer y el perjuicio causado¹⁶². Por ello, y llegados a este punto, consideramos oportuno reflexionar sobre estos dilemas con la finalidad de proponer la más adecuada solución jurídica a los debates que se plantean en los procesos de justicia transicional.

3.2. Los crímenes internacionales, el principio de proporcionalidad y la severidad de las condenas: algunas reflexiones sobre la adecuación de la sanción al crimen cometido en la justicia transicional

Teniendo en cuenta los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia la Corte Penal Internacional, no sorprende que en el caso de Katanga ésta afirmara -como previamente ya hiciera el TIPY¹⁶³-, que este tipo de conductas merecen “the heaviest sentence”¹⁶⁴. Precisamente, a este respecto¹⁶⁵ debemos recordar que, durante el proceso de elaboración del Estatuto, un número de delegaciones insistieron en la importancia de

¹⁶¹ Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, p. 387. En un sentido similar: La Rosa, Anne-Marie, "Sanctions as a means of obtaining greater respect for humanitarian law: a review of their effectiveness", *op.cit.*, pp. 227 – 228; Sloane, Robert D., "The expressive capacity of international punishment: the limits of the national law analogy and the potential of international criminal law", *op.cit.*, p. 90.

¹⁶² Determinados expertos, en cambio, consideran que “la retribución como proporcionalidad es por lo tanto puesta en duda por crímenes masivos y en los contextos de transición” (Maculan, Elena, "Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición", *op.cit.*, p. 216). En contra de la proporcionalidad como elemento a valorar a la hora de imponer las penas en contextos de justicia transicional: Seils, Pail, "La cuadratura del círculo en Colombia: los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz", ICTJ, junio de 2015. Otros, en cambio, argumentan que la proporcionalidad en estos casos debe valorarse tomando en consideración los factores cualitativos (Reyes Alvarado, Yesid, "Víctimas, fin y necesidad de la pena en el derecho penal y en la llamada justicia transicional", *op.cit.*, p. 199). Otros autores consideran que un enfoque de la proporcionalidad basado en conceptos retributivos sería un error en el seno del Estatuto de Roma (De Guzman, Margaret M., "Proportionate Sentencing at the ICC", *op.cit.*, pp. 947 – 948).

¹⁶³ En efecto, en un interesante pronunciamiento, el TIPY no dudó en declarar que “the Trial Chamber thus notes that there is a general principle of law common to all nations whereby the severest penalties apply for crimes against humanity in national legal systems. It thus concludes that there exists in international law a standard according to which a crime against humanity is one of extreme gravity demanding the most severe penalties when no mitigating circumstances are present” (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, The Prosecutor V. Drazen Erdemovic, Sentencing Judgement, Case No. IT-96-22-T, 29 november 1996, párrafo 31).

¹⁶⁴ The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, 23 May 2014, punto 42.

¹⁶⁵ Sobre el tema de la severidad de las penas en el caso de los crímenes internacionales se han pronunciado, entre otros: De Guzman, Margaret M., "Harsh Justice for International Crimes?", *op.cit.*, pp. 1 – 35; Scalia, Damien, "Long - Term Sentences in International Criminal Law. Do They Meet the Standards Set Out by the European Court of Human Rights?", *op.cit.*, pp. 669 – 687; Olusanya, Olaoluwa Abiola, "Do crimes against humanity deserve a higher sentence than war crimes?", *op.cit.*, pp. 431 – 473. Por ejemplo, hay quien considera que “an ideal regime would have sufficiently high penalties” (Glickman, Steven, "Victims' Justice: Legitimizing the Sentencing Regime of the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 263).

garantizar penas severas que fueran proporcionales a la gravedad de los crímenes¹⁶⁶. Por esta razón, no es de extrañar que, cuando se analizó la posibilidad de establecer otro tipo de penas alternativas a la privativa de libertad, se descartaran estas opciones por considerar que no eran adecuadas teniendo en cuenta la gravedad que caracterizaría a los crímenes internacionales sobre los que ejercería su jurisdicción la Corte Penal Internacional¹⁶⁷.

Sin embargo, a nuestro juicio, más que de “severidad”¹⁶⁸ es más correcto hablar de “adecuación” de la pena al ilícito cometido. Y es que, estamos de acuerdo con la clásica cita del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia cuando declaró que “it is the infallibility of punishment, rather than the severity of the sanction, which is the tool for retribution, stigmatisation and deterrence”¹⁶⁹. En efecto, defendemos que una sanción no será más efectiva por contemplar, simple y llanamente, un mayor número de años de privación de libertad¹⁷⁰. Ahora bien, ello no implica que cualquier sanción, por leve que sea, vaya a ser respetuosa con las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional.

Por ello, y teniendo en cuenta también las críticas que ha suscitado el empleo del principio de proporcionalidad de las penas cuando resulta de aplicación a los crímenes internacionales¹⁷¹ y, especialmente, en el ámbito concreto de la justicia transicional¹⁷²,

¹⁶⁶ Einar Fife, Rolf, “Penalties”, *op.cit.*, p. 321. Por esta razón, se ha concluido que “the article reflects the general principle of law, internationally recognized by the community of nations, whereby very heavy penalties may be imposed for the most serious crimes against the person” (*Ibid.*, p. 339).

¹⁶⁷ Lirola Delgado, Isabel y Martín Martínez, Magdalena M., *La Corte Penal Internacional...*, *op.cit.*, pp. 240 – 241.

¹⁶⁸ Sin embargo, conviene advertir que el Relator Especial sobre la justicia transicional no ha dudado en declarar que “la imposición de penas poco severas que no sean proporcionales a las pruebas, lo cual erosiona aún más la fiabilidad del sistema judicial” (A/HRC/27/56, *op.cit.*).

¹⁶⁹ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Prosecutor V. Anto Furundija, Judgement, Case No.: IT-95-17/1-T, 10 December 1998, punto 290.

¹⁷⁰ Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, p. 392. A juicio del autor, “The appropriateness of sanctions cannot be measured simply by the length of sentences (...). What needs to be improved is the reasoning underlying sentencing”.

¹⁷¹ Por ejemplo, hay quien ha argumentado que no es posible acudir a este principio de proporcionalidad porque “no estamos en tiempos normales” (Seils, Pail, “La cuadratura del círculo en Colombia: los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz”, ICTJ, junio de 2015). Otros expertos, en cambio, sin desconocer el principio de proporcionalidad, argumentan que éste ostenta ciertas particularidades en el ámbito del Derecho Internacional Penal (D’Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 10). Véase un debate interesante sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en el caso de los crímenes internacionales en las páginas 292 – 294, donde la autora concluye que, a la hora de aplicar el principio a los crímenes internacionales, la atención no debería estar en los crímenes sino en la figura del acusado.

¹⁷² A este respecto, se ha defendido que “the breach of the principle of proportionality is quite often at the core of transitional justice systems, either individually (sanction) or collectively (balance between conflicting or contradictory expectations). This is one of the challenges of transitional justice, which tries to get the best from a system that is, by its very definition, not ideal” (Philippe, Xavier, “Breaching the principle of proportionality between the gravity of the crime and the weight of the sanction in international justice systems”, *op.cit.*, p. 80). En definitiva, ante esta situación no es extraño que se haya concluido que

hemos optado por eludir el empleo de estos conceptos y, en cambio, concluir que las condenas deben ser adecuadas teniendo en cuenta el ilícito que sancionan¹⁷³. Y es que, somos plenamente conscientes de que ninguna sanción que se imponga a un máximo responsable de haber cometido uno o varios crímenes internacionales, que probablemente habrán conllevado la muerte de numerosas víctimas, pueda ser proporcional a la atrocidad cometida. Ahora bien, ello no es óbice para exigir que la condena que se deba imponer deba reflejar esa condena y el más absoluto reproche. En consecuencia, nos parece acertado exigir en todo momento, también en contextos de justicia transicional, la garantía de una sanción “adecuada” al caso concreto¹⁷⁴ ya que, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “existe un marco normativo internacional que establece que los delitos que tipifican hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con la gravedad de los mismos”¹⁷⁵.

Este concepto de “adecuación”, lejos de ser una invención propia, ha permeado la todavía incipiente práctica de la Corte Penal Internacional e, incluso, podemos encontrar referencias a la misma en los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma¹⁷⁶, lo que nos

“due to the peculiarities of the context in which international crimes are committed, fitting the punishment to the crime has developed into one of the most controversial areas of international sentencing law and practice” (D’Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 27).

¹⁷³ A una conclusión similar llega D’Ascoli cuando defiende que, ante los crímenes internacionales cometidos, cualquier condena parecerá poco severa y, por ello, añade que no es posible emplear los mismos parámetros en torno a la duración de la condena o escalas de penas en estos casos. Ahora bien, concluye que “the importance to mete out adequate and just punishment, which truly reflects the circumstances of the crime and culpability of the offender, and consequently the importance of avoiding unduly lenient harsh sentences” (D’Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 321).

¹⁷⁴ A este respecto, conviene recordar que determinados tratados internacionales mencionan la necesidad de que las penas sean adecuadas al crimen cometido. En este sentido se han pronunciado también: Resolución sobre impunidad 2005/81 en la que se pide a los Estados a que “velen por que las penas sean adecuadas y proporcionales a la gravedad del delito cometido” (Resolución sobre Impunidad, Número 2005/81 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 60ª sesión, 21 de abril de 2005, punto 15). En términos similares podemos mencionar también: Eradicating impunity for serious human rights violations. Guidelines adopted by the Committee of Ministers on 30 March 2011, *op.cit.*, punto III.1 y punto X. Acúdase también al siguiente Informe en el que se deja constancia de la necesidad de que las penas que se impongan a los responsables sean “apropiadas”: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2009, (HR/PUB/09/1), p. 1.

¹⁷⁵ Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, Párrafo 150. Y es que, a juicio de la Corte Interamericana “la imposición de una pena apropiada en función de la gravedad de los hechos, por la autoridad competente y con el debido fundamento, permite verificar que no sea arbitraria y controlar así que no se erija en una forma de impunidad de facto” (*Ibid.*, Párrafo 153).

¹⁷⁶ Así, por ejemplo, en el Informe Final del año 1994, en el comentario al Preámbulo se puede leer que: “the preamble sets out the main purposes of the statute, which is intended to further cooperation in international criminal matters, to provide a forum for trial and, in the event of conviction, to provide for appropriate punishment of persons accused of crimes of significant international concern” (Yearbook of the International Law Commission, 1994, Vol. II, Part II. Report of the Commission to the General

permite concluir que la adecuación de la sanción al ilícito cometido era uno de los objetivos que debía perseguir el futuro Tribunal. Por esta razón, es comprensible que este término se haya valorado y empleado con cierta asiduidad por varias de las Salas de la Corte a la hora de introducir el tema de la imposición de las penas¹⁷⁷.

Es más, si bien la versión española del Estatuto de Roma señala que la “Sala de Primera Instancia fijará la pena que proceda imponer”¹⁷⁸, la versión inglesa añade este adjetivo que, ante la parquedad de la regulación de la sanción, no debería minusvalorarse: “the Trial Chamber shall consider the appropriate sentence to be imposed”. A este respecto, nos preguntamos qué necesidad había de suprimir esta palabra de la versión española¹⁷⁹ y también de la francesa que simplemente señala que “en cas de verdict de culpabilité, la Chambre de première instance fixe la peine à appliquer...”.

En definitiva, parece evidente que, ante la comisión de crímenes internacionales, las sanciones que se impongan deberán ser adecuadas y reflejar el más absoluto reproche de la comunidad internacional respecto de las atrocidades cometidas. Sin embargo, lo cierto es que, cuando trasladamos estas conclusiones al campo de estudio de la justicia transicional, entran otros factores en liza que hacen que, en ocasiones, determinados sectores pongan en duda la necesidad u obligatoriedad que las sanciones merezcan tal carácter¹⁸⁰ o que justifiquen la levedad, desproporcionalidad o inadecuación de la sanción

Assembly on the work of its forty - sixth session, A/CN.4/SER.A/1994/Add.1 (Part 2), p.27). Es más, dos años después, a propósito del *non bis in idem*, se argumentó que: “173. Se expresó asimismo el parecer de que debían incluirse en el artículo 42, como excepción al principio de non bis in idem, los casos en que la sentencia impuesta por la jurisdicción nacional fuera manifiestamente inadecuada atendida la naturaleza del crimen” (Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Volume I. (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996) General Assembly Official Records, Fifty – first Session Supplement No. 22, (A/51/22, 13 September 1996), punto 173).

¹⁷⁷ Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, puntos 64 – 65.

¹⁷⁸ Artículo 76.1 del Estatuto de Roma.

¹⁷⁹ Nos gustaría añadir que esta no es la única diferencia que hemos encontrado. Y es que, por ejemplo, mientras la versión española de la Regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba señala que “la totalidad de la pena de reclusión o multa, según proceda, que se imponga con arreglo al artículo 77 debe reflejar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal”, la versión inglesa menciona que la pena “must reflect the culpability of the convicted person”. A nuestro juicio, existen diferencias sustanciales entre defender que la pena deba reflejar las circunstancias eximentes o que la pena deba reflejar la culpabilidad de la persona condenada. Ante la escasa similitud entre ambos idiomas, nos preguntamos cuál ha sido la razón por la que se ha procedido a realizar esta traducción.

¹⁸⁰ Así, como comprobaremos más adelante no es infrecuente acabar concluyendo que, en un proceso integral de justicia transicional, es posible suplir las limitaciones de la sanción con otra serie de mecanismos complementarios o que se defiendan la legalidad de ciertas penas que, de entrada, podrían parecer un tanto leves y desproporcionadas teniendo en cuenta la gravedad del ilícito que sancionan.

al crimen cometido argumentando que el “proceso” en el que se impuso la misma sí que fue respetuoso con las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional¹⁸¹.

Llegados a este punto resulta oportuno recordar, por una parte, que estamos analizando las sanciones que resultarán de aplicación a aquellas personas que serán condenadas como máximos responsables de haber cometido un crimen internacional. Por otra parte, consideramos preciso advertir que, atendiendo a la admisibilidad de situaciones y casos que guían la actuación de la Corte, una condena que no se adecue al Estatuto de Roma, aunque se enmarque dentro de un proceso más amplio de justicia transicional, también puede conllevar que este Tribunal entre a conocer del asunto¹⁸². Precisamente por esta razón defendíamos al inicio del Capítulo que no solo debíamos atender a las vicisitudes del proceso penal, sino que la fase de imposición de la sentencia es relevante de cara a evaluar si el proceso¹⁸³ es o no genuino¹⁸⁴. De hecho, como ha señalado la propia Corte:

¹⁸¹ Sin embargo, hay quien admite la posibilidad de imponer sentencias leves, siempre y cuando el proceso por el que se llegue a las mismas sea “serio y exhaustivo” y exponga “la naturaleza de los delitos y la participación de los acusados” (Seils, Pail, “La cuadratura del círculo en Colombia: los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz”, ICTJ, junio de 2015).

¹⁸² Como acertadamente ha argumentado Olásolo, “la relación existente en todo sistema de justicia penal entre los principios generales que lo informan y su sistema de penas, así como el hecho de que el análisis de admisibilidad previsto en el Estatuto incluye tanto las actuaciones procesales como la determinación de la pena a nivel nacional, puede provocar que la Corte tenga indirectamente un papel relevante en la definición de los principios generales sobre los que se construyen los sistemas nacionales de justicia penal a los efectos de evitar la imposición de penas crueles, desproporcionadas, o excesivamente leves” (Olásolo Alonso, Héctor, “De los riesgos y las precauciones necesarias en la aplicación del principio de complementariedad por la Corte Penal Internacional: el estudio de la determinación de las penas como objeto de análisis de admisibilidad” en Olásolo Alonso, Héctor, *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional. Con inclusión de la lección inaugural como Catedrático de Derecho penal y procesal internacional de la Universidad de Utrecht (Holanda) Dictada el 18 de octubre de 2010*, Colombia, Díké, 2011, p. 188). En un sentido similar se posiciona Seils al argumentar que “existe una dificultad real en el sentido de que el artículo 17 no se refiere explícitamente al castigo, pero abre la puerta a que se desarrolle un debate interesante sobre los fines y métodos del castigo en situaciones heterogéneas y políticamente complejas. Hasta ahora, los jueces de la CPI no han tenido que resolver este tema. Solo el tiempo dirá si los jueces consideran que el artículo 17 omite mencionar el tema o si consideran que la Corte está implícitamente autorizada para tener en cuenta los castigos a la hora de evaluar la autenticidad del proceso” (Seils, Paul, *Manual de complementariedad: Una introducción al papel de los tribunales nacionales y la de CPI en el enjuiciamiento de crímenes internacionales*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2018, pp. 64 – 66).

¹⁸³ Keynote speech by James Stewart: “La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”, *op.cit.*, pp. 9 - 10. Concretamente, el Fiscal Adjunto señala que las fases del proceso abarcan desde la investigación, hasta el juicio y la apelación y, por ello concluye que “cuando el proceso resulte en una condena, la evaluación de la voluntad real también abarcará la pena impuesta”.

¹⁸⁴ Sin embargo, este extremo no se halla exento de dificultad, tal y como muestran en: Ambos, Kai, “El marco jurídico de la justicia de transición” en Ambos, Malarino y Elsner (Eds.), *Justicia de transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 98 – 99; Olásolo Alonso, Héctor, “Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional”, en Almqvist, Jessica y Espósito, Carlos (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 282 – 283; Kleffner, Jann K., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 137; Nouwen, Sarah M.H., *Complementarity in the Line of Fire: The*

“una condena que fuera severa o manifiestamente inadecuada a la luz de la gravedad de los crímenes y de la forma de participación de la persona acusada, viciaría el carácter genuino del procedimiento nacional, aun en caso de que todas las fases anteriores del procedimiento hubiesen sido consideradas genuinas.”¹⁸⁵

Como puede deducirse, al hacer referencia al “proceso genuino” la Fiscal de la Corte está aludiendo a las cuestiones de admisibilidad previstas en el Estatuto de Roma. Por ello, y debido a la relevancia que ostentan estas cuestiones también en la fase de imposición de la sentencia, profundizaremos en las mismas y las vicisitudes que acompañan al *non bis in idem* en las líneas que siguen a continuación.

SECCIÓN 3.^a. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE “NON BIS IN IDEM” DEL ESTATUTO DE ROMA A LAS CONDENAS POR CRÍMENES INTERNACIONALES

1. Las excepciones al principio de “non bis in idem” previstas en el Estatuto de Roma

El “non bis in idem”¹⁸⁶ -principio reconocido universalmente que “prohíbe hacer comparecer a una persona, una vez declarada culpable o absuelta por un determinado

Catalysing Effect of the International Criminal Court in Uganda and Sudan, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 66.

¹⁸⁵ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2014. 2 December 2014.

¹⁸⁶ Para profundizar en un estudio doctrinal sobre el principio del *non bis in idem* acúdase a: Bernard, Diane, *Juger et juger encore les crimes internationaux: étude du principe ne bis in idem*, Bruxelles, Bruyant, 2014; Satzger, Helmut y Kayser, Julia, "Ne Bis in Idem en el Derecho penal internacional: muchas preguntas a segunda vista", en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín (Coords.), *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2007, pp. 95 – 112; Trigeaud, Laurent, "La règle ne bis in idem devant les juridictions pénales internationales", en Puéchavy, Michel (Dir.), *Le principe ne bis in idem*, Anthemis, Bruxelles, 2012, pp. 33 – 73; Log, Sure, "The Practical Application of Ne Bis in Idem in International Criminal Law" en Yee, Siehno (Ed.), *International Crime and Punishment: Selected Issues, Volume 2*, University Press of America, Oxford, 2004, pp. 169 – 204; Bernard, Diane, "Le rôle dévolu au principe ne bis in idem en droit international pénal: une nouvelle fonction pour la règle?", *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Num. 7, 2011, pp. 703 – 726; Bernard, Diane, "Ne bis in idem - Protector of Defendants' Rights or Jurisdictional Pointsman", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, pp. 863 – 880; Brunner, Lisl, "Double Jeopardy in the Inter-American System of Human Rights: Balancing the Right and the Remedy", *Intercultural Human Rights Law Review*, Vol. 7, 2012, pp. 243 – 276; Conway, Gerard, "Ne Bis in Idem in International Law", *International Criminal Law Review*, Vol. 3, 2003, pp. 217 – 244; De la Cuesta, José Luis, "Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio ne bis in idem: Relación general", *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 73, 2002/3, pp. 737 – 769; De la Cuesta, José Luis, "Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio ne bis in idem: Proyecto de resolución", *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 73, 2002/3, pp. 1185 – 1190; El Zeidy, Mohamed, "The doctrine of double jeopardy in International Criminal and Human Rights Law", *Mediterranean Journal of Human Rights*, Vol. 6 (Double Issue), 2002, pp. 183 – 246; Principato, Daniel

delito, ante el mismo tribunal o ante otro por ese mismo delito”¹⁸⁷-, se encuentra regulado en numerosos tratados internacionales como, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸⁸, la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN¹⁸⁹, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra¹⁹⁰, la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁹¹ o en el Protocolo N.º 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁹². Incluso se contemplaba en el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996¹⁹³ y, en fechas más recientes, ha sido recogido en el Conjunto de Principios actualizados contra la impunidad¹⁹⁴. Por lo que al Derecho Internacional Penal respecta¹⁹⁵, este principio básico también se previó en los Estatutos de los tribunales internacionales penales *ad hoc*¹⁹⁶, en el Estatuto de la Corte Especial

A., "Defining the Sovereign in Dual Sovereignty: Does the Protection against Double Jeopardy Bar Successive Prosecutions in National and International Courts", *Cornell International Law Journal*, Vol. 47, 2014, pp. 767 – 785; Spinellis, Dionysios, "Global report the *ne bis in idem* principle in "global" instruments", *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 73, 2002/3, pp. 1149 – 1162; Gulliksson, Magnus, "Effective Sanctions as the One-dimensional Limit to the Ne Bis in Idem Principle in EU Law" en Nergelius and Kristoffersson (Eds.), *Human Rights in Contemporary European Law: Swedish Studies in European Law, Volume 6*, Hart Publishing, Oxford and Portlanda, 2015, pp. 141 - 189; Kargopoulos, Alexandros-Ioannis, "Ne bis in idem in Criminal Proceedings" en Bergström and Cornell (Eds.), *European Police and Criminal Law Co-operation: Swedish Studies in European Law, Volume 5*, Hart Publishing, Oxford and Portlanda, 2014, pp. 85 – 126.

¹⁸⁷ Observación General N.º 32: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, punto 54.

¹⁸⁸ Artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que expresamente señala que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento de cada país”. Consúltese también la Observación General N.º 32: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, puntos 54 – 57.

¹⁸⁹ Artículo 20.3 de la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN.

¹⁹⁰ Artículo 75 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra.

¹⁹¹ Artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁹² Artículo 4 del Protocolo N.º 7: Derecho a no ser juzgado ni castigado dos veces. Si se desea conocer la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a este fundamental principio, recomendamos acudir a la Sentencia en el caso *Margus contra Croacia*, de 27 de mayo de 2014 (Demanda núm. 4455/10) y, especialmente, a los votos particulares emitidos por los Jueces. Así mismo, para un análisis doctrinal relativo a la interpretación dada por el TEDH sobre el principio de non bis in idem acúdase al siguiente trabajo: Pierini, Jean Paul, “Prosecuting Acts of Torture Committed Abroad Despite Foreign Amnesty: the ECtHR Decision in *Ely Ould Dah v. France*”, *Military Law and the law of war review*, N.º48, Issue 1- 2, 2009, pp. 211 – 234.

¹⁹³ Artículo 12 relativo al *non bis in idem* del Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996.

¹⁹⁴ Principio 26 del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*

¹⁹⁵ Los orígenes del principio en el Derecho Internacional Penal ha sido estudiado en: Bernard, Diane, *Juger et juger encore les crimes internationaux...*, *op.cit.*; El Zeidy, Mohamed, "The doctrine of double jeopardy in International Criminal and Human Rights Law", *op.cit.*, pp. 183 - 246; Bernard, Diane, "Le rôle dévolu au principe ne bis in idem en droit international pénal...", *op.cit.*, pp. 703 - 726; Principato, Daniel A., "Defining the Sovereign in Dual Sovereignty...", *op.cit.*, pp. 767 - 785; Log, Sure, "The Practical Application of Ne Bis in Idem in International Criminal Law", *op.cit.*, pp. 169 - 204; Trigeaud, Laurent, "La règle ne bis in idem devant les juridictions pénales internationales", *op.cit.*, pp. 33 – 73.

¹⁹⁶ Artículo 10 del Estatuto del TIPY y el artículo 9 del Estatuto del TIPR. Para profundizar en la regulación de los tribunales ad hoc puede acudir a: Carter, Linda E., "The Principle of Complementarity and the

para Sierra Leona¹⁹⁷, el Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano¹⁹⁸, las Salas de Timor Este¹⁹⁹, las Salas Extraordinarias Africanas²⁰⁰ e, incluso, en el polémico Tribunal Especial de Iraq²⁰¹. Ante la imposibilidad de detenernos en las particularidades²⁰² de cada Estatuto²⁰³ y tratados internacionales, en el presente apartado nos limitaremos a analizar cómo se halla regulado el “non bis in idem” en el Estatuto de Roma²⁰⁴, ya que el objetivo que nos proponemos consiste en estudiar la admisibilidad de asuntos ante determinadas condenas por crímenes internacionales que los Estados puedan llegar a imponer en un proceso de justicia transicional.

International Criminal Court: The Role of Ne Bis in Idem", *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 8, 2010, pp. 185 - 190; Bernard, Diane, "Ne bis in idem - Protector of Defendants' Rights or Jurisdictional Pointsman", *op.cit.*, pp. 867 - 870.

¹⁹⁷ Artículo 9 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona.

¹⁹⁸ Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, artículo 5.

¹⁹⁹ Section 11 of the Regulation No. 2000/15 on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences.

²⁰⁰ Artículo 19 del Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990.

²⁰¹ Artículo 30 del Estatuto del Tribunal Especial de Iraq.

²⁰² Y es que, como se ha apreciado, no nos hallamos ante una regulación homogénea de la que podamos extraer una única conclusión. Por ejemplo, como bien ha señalado Van den Wyngaert, “as the principle is recognized in the law of most nations and has been incorporated in so many international conventions, one might, at first sight, think of it as a generally accepted principle of fairness and of criminal justice and perhaps even as a principle of customary international law. However, national legislation and international instruments differ so widely that it would be nearly impossible to define the rule in such a way that it would reflect the positive law of most nations or of conventional international law. While most States seem to recognize the principle, there are so many qualifications and restrictions to it that it is difficult to describe its status in international law or in comparative criminal law” (Van den Wyngaert, Christine and Ongena, Tom, “*Ne bis in idem* Principle, Including the Issue of Amnesty” en Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary Vol. I*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2002, p. 706). En un sentido similar: Cassese, Antonio (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 304 - 305; Log, Sure, “The Practical Application of Ne Bis in Idem in International Criminal Law”, *op.cit.*, p. 204; El Zeidy, Mohamed, “The doctrine of double jeopardy in International Criminal and Human Rights Law”, *op.cit.*, p. 244. Por ello, si se quiere realizar un estudio comparativo de las diferentes manifestaciones del *ne bis in idem* en el Derecho europeo e internacional acúdase a: Tallgren, Immi and Coracini, Astrid Reisinger, “Article 20” en Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Munich-Oxford-Baden-Baden, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2016, p. 903 y ss.

²⁰³ Si se desea conocer las diferencias en la regulación del principio en los Estatutos del TIPY, el TIPY y la Corte Especial para Sierra Leona con respecto a la Corte Penal Internacional, acúdase a: Conway, Gerard, “*Ne bis in idem* and the International Criminal Tribunals”, *op.cit.*, pp. 351 - 383.

²⁰⁴ La siguiente doctrina ha analizado en detalle el *non bis in idem* aplicado al Estatuto de Roma: González Cussac, José Luis y Górriz Royo, Elena, “Ne bis in idem y determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *op.cit.*, pp. 219 - 274; Sedman, Dawn, “Article 20 ICCSt and the principle of Ne Bis In Idem”, en Burchard, Triffterer and Vogel (Eds.), *The Review Conference and the Future of the International Criminal Court: Proceedings of the First AIDP Symposium for Young Penalists in Tübingne, Hermany, co-organized by the AIDP YP Committee*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2010, pp. 277 - 285; Carter, Linda E., “The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of Ne Bis in Idem”, *op.cit.*, pp. 165 - 198; Finlay, Lorraine, “Does the International Criminal Court protect against double jeopardy: An analysis of article 20 of the Rome Statute”, *University of California Davis Journal of International Law and Policy*, Vol. 15, Issue 2, 2009, pp. 221 - 248.

Centrándonos, por lo tanto, en este concreto Estatuto, resulta oportuno señalar que el artículo 17 prevé como causa de inadmisibilidad del asunto que “la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a la que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20”²⁰⁵.

Pues bien, el artículo 20 que, como ha señalado la Corte debe leerse junto con el artículo 17.1c²⁰⁶, bajo la denominación de “cosa juzgada”²⁰⁷ establece que:

- “1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.
2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.
3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7, 8 y 8 bis a menos que el proceso en el otro tribunal:
 - a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o
 - b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.”²⁰⁸

Como cabe apreciar, el artículo 20²⁰⁹ contempla tres supuestos diferentes por los que no se puede enjuiciar de nuevo a una persona. Dado que ni el primer ni el segundo punto

²⁰⁵ Artículo 17.1c) del Estatuto de Roma.

²⁰⁶ Pre-Trial Chamber I, Situation in Libya in the case of The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi: Decision on the ‘admissibility challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute’, 5 April 2019. ICC-01/11-01/11-662, punto 30.

²⁰⁷ Sobre la diferencia entre el principio de *non bis in idem* y cosa juzgada: Quesada Alcalá, Carmen, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, op.cit., pp. 350 – 351. Así mismo, véase la distinción que Bollo Arocena realiza entre “el principio de cosa juzgada internacional” (cuyo efecto califica de absoluto) y el “principio de cosa juzgada interna” (al que atribuye carácter relativo): Bollo Arocena, M.^a Dolores, *Derecho Internacional Penal: Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pp. 574.

²⁰⁸ Artículo 20 del Estatuto de Roma.

²⁰⁹ El citado artículo debe completarse, especialmente, con el artículo 108 que regula las limitaciones al enjuiciamiento o la sanción por otros delitos y el artículo 109 relativo al principio de especialidad y las Reglas 214 - 216 de las Reglas de Procedimiento y prueba. En la práctica, esta situación se ha producido en los casos de Katanga y Lubanga que, tras ser trasladados a la República Democrática del Congo, se han iniciado procesos contra ellos por otros crímenes por los que no fueron enjuiciados ante la Corte. Ante la imposibilidad de desarrollar estos interesantes acontecimientos (ya que exceden el objeto de estudio de la presente sección), nos remitimos a los propios documentos de la Corte para conocer de cerca las vicisitudes que se han planteado. Así, en el caso de Lubanga, acúdase a: Decision designating a State of enforcement. ICC-01/04-01/06-3185, 8 December 2015 ; “Accord ad hoc entre le gouvernement de la République Démocratique du Congo et La Cour Pénale International sur l’exécution de la peine de M. Thomas Lubanga Dyilo, prononcé par la Cour”, ICC-01/04-01/06-3185-Anx-tENG. Y, en el caso de Katanga: The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision designating a State of enforcement. ICC-01/04-01/07-3626, 8 December 2015; Ad Hoc Agreement between the Government of the Democratic Republic of the Congo and the International Criminal Court on Enforcement of the Sentence of the International Criminal Court Imposed on Mr Germain Katanga; Situation in the Democratic Republic of Congo in the case of the

plantean grandes dificultades, centraremos nuestra atención exclusivamente en el tercero de ellos que ha sido considerado el más controvertido²¹⁰. Concretamente, estudiaremos el propósito de “sustraer al acusado de su responsabilidad penal” previsto en el apartado a), cuya imprecisión podría dar lugar a las más variadas interpretaciones²¹¹.

A pesar de la ambigüedad²¹² que caracteriza al precepto, la Corte no ha dudado en señalar que el *non bis in idem* solo resulta de aplicación si ha habido un juicio y, por ello, no es viable acudir a este principio si los cargos se han retirado antes de que comience el mismo²¹³. Es decir, resulta imprescindible que se haya dictado una decisión final sobre el caso en cuestión²¹⁴ y, por esta razón, parece lógico concluir que este artículo no resultaría de aplicación, por ejemplo, a las investigaciones desarrolladas ante una comisión de la verdad²¹⁵.

Prosecutor v. Germain Katanga. Decision pursuant to article 108(1) of the Rome Statute. ICC-01/04-01/07-3679, 7 April 2016. A propósito de esta última decisión de la Corte quisiéramos dejar apuntado que se concluye que no se ha vulnerado el principio de *non bis in idem* ya que las conductas que se le imputan no son aquéllas por las que fue condenado ante la Corte. Es más, en la Decisión se recuerda que la Corte no es un tribunal de derechos humanos y que, por ende, no valora los procesos seguidos a nivel interno. Así, se acaba concluyendo que no se están vulnerando los principios fundamentales del Estatuto de Roma y acepta su enjuiciamiento en la República Democrática del Congo.

²¹⁰ Tallgren, Immi and Coracini, Astrid Reisinger, "Article 20", *op.cit.*, p. 918; Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, United Kingdom, Oxford University Press, 2016 (2ªed.), pp. 509 – 510.

²¹¹ Se ha defendido que la regulación prevista en el Estatuto de Roma es más avanzada que en convenciones previas (Log, Sure, "The Practical Application of Ne Bis in Idem in International Criminal Law", *op.cit.*, p. 203). Así mismo, como ha señalado Quesada Alcalá, este principio da muestra de la “garantía de la jurisdicción prevalente de la Corte Penal Internacional”, Quesada Alcalá, Carmen, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, *op.cit.*, p. 357.

²¹² Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, p. 503.

²¹³ Situation in The Republic of Kenya in the Case of the Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta: Prosecution submissions on the *ne bis in idem* principle. ICC-01/09-02/11-899, 10 February 2014, puntos 1 y 6.

²¹⁴ *Ibid.*, punto 8. Añade que los artículos 61.9 y 81 apoyan esta concreta interpretación (véanse los puntos 9 y 10). Es más, considera que incluso el proceso de negociación del Estatuto y la práctica previa de los tribunales ad hoc demuestran que únicamente es posible acudir al principio de *non bis in idem* cuando se ha producido un juicio sobre el fondo (*Ibid.*, puntos 12 – 21). Véase también Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges. ICC-01/05-01/08-802, 24 June 2010, punto 248. Esta opinión fue compartida por la Fiscal, véase especialmente el punto 108 que se pronuncia en idénticos términos. Finalmente, acúdase también a Pre-Trial Chamber I, Situation in Libya in the case of The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi: Decision on the `admissibility challenge by Dr. Saif Al-Islam Gadafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute´, 5 April 2019. ICC-01/11-01/11-662, en la que la Corte analiza minuciosamente el principio de *non bis in idem* aplicado al caso del Sr. Gaddafi. Esta posición de la Corte encuentra una notable aceptación también en la doctrina ya que, como acertadamente se ha defendido, “sólo las decisiones adoptadas como terminación definitiva del proceso o respuesta final (usualmente, condena o absolución) sobre el fondo del caso (eventualmente perseguido a través de varias instancias consecutivas si deben agotarse todos los recursos legales) generan un efecto *ne bis in idem*” (De la Cuesta, José Luis, "Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio *ne bis in idem*: Relación general", *op.cit.*, p. 743).

²¹⁵ Tallgren, Immi and Coracini, Astrid Reisinger, "Article 20", *op.cit.*, p. 916 y pp. 920 – 922. En un sentido similar: Satzger, Helmut y Kayser, Julia, "*Ne Bis in Idem* en el Derecho penal internacional: muchas

Ahora bien, nos preguntamos qué ocurriría si un Estado, siguiendo los dictados del Estatuto de Roma, llevara a cabo una investigación y un enjuiciamiento pero, sin embargo, contemplara penas reducidas, indultara a los condenados, impidiera la ejecución íntegra de la condena o, incluso, previera sanciones no penales ante la comisión de crímenes internacionales. En estos casos, ¿podríamos considerar que la decisión del Estado obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal y, en consecuencia, defender que el asunto sería admisible ante la Corte²¹⁶?

A este respecto, conviene tener presente que los enjuiciamientos, aunque se hayan llevado a cabo de manera genuina durante todo el proceso, pueden convertirse en lo que se denomina “sham trial” en la fase de ejecución²¹⁷. Y es que, tal y como afirma D’Ascoli “national sentencing will also become important as a lens through which to evaluate the admissibility of the State’s action”²¹⁸. Por ello, en las líneas que siguen a continuación trataremos de ofrecer una respuesta a estos interrogantes mediante el estudio del principio de *non bis in idem* aplicado a las vicisitudes que pueden generarse en la fase de imposición

preguntas a segunda vista”, *op.cit.*, p. 110; Majzub, Diba, “Peace or Justice - Amnesties and the International Criminal Court”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol.3, 2002, pp. 269 – 270; Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, *op.cit.*, p. 916; Gavron, Jessica, “Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, January 2002, pp. 109 – 110; Keller, Linda M., “The False Dichotomy of Peace versus Justice and the International Criminal Court”, *Hague Justice Journal*, Vol. 3, N°1, 2008, pp. 27 – 28. Sin embargo, véase cómo se deja abierto el interrogante en los siguientes trabajos: Van den Wyngaert, Christine and Ongena, Tom, “*Ne bis in idem* Principle, Including the Issue of Amnesty”, *op.cit.*, pp. 722 – 723; Spinellis, Dionysios, “Global report the *ne bis in idem* principle in “global” instruments”, *op.cit.*, p. 1159.

²¹⁶ La relevancia del análisis que nos proponemos realizar radica en que, en determinadas ocasiones, los Estados pueden valerse de la ambigüedad que caracteriza a este precepto para llevar a cabo una investigación y un posterior enjuiciamiento y, sin embargo, deliberadamente prevean que el proceso no concluya con la imposición de una sanción o que ésta no sea “apropiada” atendiendo a la gravedad de los hechos. Así mismo, también es viable que se imponga una pena que, sin embargo, no se ejecute completamente o que se acabe indultando a los presuntos responsables. Como cabe apreciar, en todos estos supuestos se ha llevado a cabo una investigación, un enjuiciamiento e, incluso, se habrá impuesto una pena. Sin embargo, cabe la posibilidad de que la misma o las vicisitudes posteriores que acompañan al proceso, no se adecuen al Estatuto de Roma. Por ello, a la hora de valorar estas circunstancias, creemos oportuno traer a colación unas acertadas declaraciones realizó Ambos a propósito del momento procesal en el que interviene la exención de responsabilidad penal y que nos parecen particularmente pertinentes: “cuanto más avanzados se encuentren una investigación o un procedimiento penal, más aceptable será eximir al responsable de castigo, dado que el avance de la investigación permite establecer al menos una parte de verdad y evitar la plena impunidad”, Ambos, Kai, “El marco jurídico de la justicia de transición”, *op.cit.*, p. 60.

²¹⁷ El Zeidy, Mohamed, “The doctrine of double jeopardy in International Criminal and Human Rights Law”, *op.cit.*, p. 239.

²¹⁸ D’Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 13. En efecto, como añade en la nota a pie de página número 9, “national sentencing may be relevant under the heading of ‘unwillingness’ in cases where the sentence meted out at the national level proves insufficient in light of the gravity of the crimes or the participation of the accused therein” (*Ibidem.*).

o cumplimiento de la condena²¹⁹ y, así mismo, analizaremos las consecuencias que acarrea la imposición de una sanción que no tenga naturaleza penal²²⁰.

Estas cuestiones a las que nos estamos refiriendo, lejos de ser preocupaciones actuales, se debatieron en el propio proceso de adopción y negociación del Estatuto²²¹ pero no se llegó a un consenso, por lo que nos encontramos ante una patente laguna jurídica que deberá colmar la práctica de la Corte Penal Internacional. Por esta razón, estamos completamente de acuerdo con la Jueza Anita Usacka cuando aprecia que: “I do not doubt that future cases on admissibility will raise new issues that will require the jurisprudence of the Court to develop further, and possibly add more confined and new elements to the

²¹⁹ No obstante, no debemos desconocer las múltiples interrelaciones que mantiene el citado precepto con otros ámbitos como la jurisdicción o la complementariedad (Van den Wyngaert, Christine and Ongena, Tom, "*Ne bis in idem* Principle, Including the Issue of Amnesty", *op.cit.*, p. 727). Por esta razón, los autores se refieren al artículo 20 como una “nervous provisions” (p. 727).

²²⁰ Y es que, si bien las siguientes declaraciones se realizaron en otro contexto distinto al que ahora analizamos, no por ello merecen menor relevancia ya que, como acertadamente se ha argumentado, “dado que las sanciones penales pueden no ser los únicos medios de sanción de las infracciones legales (ver, en particular, las sanciones administrativas), también los procedimientos y decisiones de naturaleza no penal, pero con una función punitiva equivalente deberían impedir un nuevo proceso”, De la Cuesta, José Luis, “Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio ne bis in idem: Proyecto de resolución”, *op.cit.*, p. 1186.

²²¹ A modo de ejemplo, véase cómo se introducía el siguiente debate: “Several delegations felt that the three grounds indicated in that article, on the basis of which the Court may decide that a case before it is inadmissible, seemed too narrow. Paragraph (a) refers, for example, only to decisions of a State not to proceed to a prosecution, ignoring other national decisions to discontinue the proceedings, acquit, convict of a lesser offence, sentence or pardon or even requests for mutual assistance or extradition” (Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Volume I (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996), General Assembly Official Records · Fifty-first Session, Supplement No.22 (A/51/22), p. 38). Otras curiosidades del proceso de negociación que merece la pena destacar son las siguientes: la versión final de la Comisión de Derecho Internacional preveía la posibilidad de aplicar el citado principio si los crímenes por los que la persona hubiera sido condenada hubieran sido calificados como “crímenes ordinarios” (artículo 42.2a). Así mismo, en el borrador del Comité Preparatorio se contempló la posibilidad de hacer referencia expresa a aquellas situaciones en las que las sentencias no fueran ejecutadas (artículo 19). Como ya hemos señalado en apartados previos, también se debatió la controvertida cuestión de las amnistías y de los indultos- medidas que, ante el férreo debate que ocasionaron, se optó por no mencionar expresamente.

El proceso de elaboración de esta disposición ha sido analizado con mayor detalle en: Majzub, Diba, "Peace or Justice - Amnesties and the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 269 – 270; Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, p. 505; Schabas, William A. and El Zeidy, Mohamed, "Article 17: Issues of admissibility" en Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Munich-Oxford-Baden-Baden, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2016, p. 790; Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, *op.cit.*, p. 912; Holmes, John T., "The Principle of Complementarity" en Lee, Roy S. (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999, pp. 58 – 60 y pp. 76 – 77; El Zeidy, Mohamed M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2008, pp. 286 - 287.

test relevant to the first limb of article 17 (1) (a) of the Statute, such as the persons at issue, the range of the sentence/s and alternative forms of justice.”²²²

Siguiendo esta oportuna opinión disidente, estudiaremos a continuación la aplicación de la admisibilidad en la fase de imposición o cumplimiento de las condenas²²³.

²²² Situation in Libya in the case of the Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka to the Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi". ICC-01/11-01/11-547-Red, 21 May 2014. ICC-01/11-01/11-547-Anx2.

²²³ Si se desea profundizar en un análisis doctrinal relativo al análisis de la admisibilidad ante la Corte Penal Internacional desde el prisma de las sanciones acúdase a: Olásolo Alonso, Héctor, "De los riesgos y las precauciones necesarias en la aplicación del principio de complementariedad por la Corte Penal Internacional...", *op.cit.*, pp. 183 – 226; Olásolo, Hector, "Complementarity analysis of national sentencing", en Haveman, Roelof and Olusanya Olaoluwa (Ed.), *Sentencing and sanctioning in supranational criminal law*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2006, pp. 37 – 66.

Por otra parte, quisieramos añadir que existe una interesante discusión doctrinal sobre la forma en la que influyen las sanciones en el principio de complementariedad. Concretamente, en un artículo publicado por Heller (Heller, Kevin Jon, "A sentence-based theory of complementarity" en Schabas, William A., McDermott, Yvonne and Hayes, Niamh (Eds.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, England, Ashgate, 2013, pp. 325 – 355), el autor defendió que "as long as a national prosecution results in a sentence no less severe than the defendant would receive in the ICC prosecution, the case should be inadmissible regardless of the gravity of the crime or whether it is based on the same conduct" (*Ibid.*, p. 337). Es decir, el especialista parecía otorgar una importancia fundamental a la concreta severidad de la pena, hasta tal punto que parecía reducir el análisis del principio de complementariedad al número concreto de años de prisión que la sentencia impusiera. Esta posición fue, a nuestro juicio, muy acertadamente rebatida por Carsten Stahn quien, en un interesante artículo (Stahn, Carsten, "'Sentencing horror' or 'sentencing heuristic'? A reply to Heller's sentence-based theory of complementarity" en Schabas, William A., McDermott, Yvonne and Hayes, Niamh (Eds.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, England, Ashgate, 2013, pp. 357 – 367), defendió que: "Heller's theory operates on the assumption that a justice system based on 'higher sentences' provides better and more efficient justice than a system with potentially lower sentences. This vision reduces the rationales of the admissibility assessment to considerations of retribution and alleged effectiveness. This approach privileges 'outcome' over 'process'. It might sideline other systematic factors that are inherent in the system of forum allocation under the Statute, such as judicial independence, fairness or sustainability. Most fundamentally, Heller's claim implies that a 'higher sentence' provides 'better' justice. This argument appears to go against the very rationales of sentencing which typically preserves a great degree of flexibility in order to pay adequate tribute to individual interests. It is ill-suited to provide an appropriate logic for forum choices in situations in which sentence and penalties may be of lesser importance in achieving justice, such as transitional justice scenarios. Heller's test curtails flexibility in such contexts." (*Ibid.*, p. 369).

Otros expertos también se han mostrado contrarios a un análisis que se centre exclusivamente en la concreta sentencia. Por ejemplo, Robinson ha defendido que la admisibilidad debe tomar en consideración todo el proceso y, por ello, concluye que las condenas leves simplemente son un modesto indicador que, junto con otros elementos, pueden llevar a la conclusión de que el proceso no ha sido genuino. Pero este análisis, concluye, no puede hacerse en abstracto. Es más, añade que esta teoría no toma en consideración las posibles absoluciones, implica que debe esperarse hasta el final del proceso para proceder a realizar una valoración, y, finalmente, concluye que simplemente basándonos es la sentencia no es posible deducir la genuinidad del proceso (Robinson, Darryl, "Three theories of complementarity: charge, sentence or process? A comment on Kevin Heller's sentence based theory of complementarity" en Schabas, William A., McDermott, Yvonne and Hayes, Niamh (Eds.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, England, Ashgate, 2013, pp. 369 – 384).

2. La aplicación del “non bis in idem” a diversas medidas susceptibles de sustraer a los acusados de su responsabilidad penal: estudio de los indultos, la ejecución parcial de las condenas y las sanciones penales leves

2.1. El indulto a los responsables de haber cometido un crimen internacional: ¿competencia legítima de los Estados o actuación contraria al Estatuto de Roma?

Si bien es cierto que el número de indultos que se han otorgado a los responsables de haber cometido crímenes internacionales ha sido menor comparado con el desmesurado uso que se ha realizado de las clásicas amnistías²²⁴, no deja de resultar llamativa la escasa atención doctrinal que han tenido estas medidas²²⁵, máxime cuando ambas figuras pueden provocar una situación de impunidad²²⁶. Y es que, como acertadamente señaló Ambos, “cuanto más temprano intervenga el indulto en un proceso, más le serán aplicables los correspondientes límites del derecho internacional vigentes para la amnistía”²²⁷.

Conviene precisar que la facultad de indultar a los condenados es una opción legítima que se halla prevista no solo en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, sino también en tratados internacionales como, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²²⁸. Si bien es completamente comprensible que ante la pena

²²⁴ Olson, Laura M., "Provoking the dragon on the patio. Matters of transitional justice: penal repression vs. amnesties", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, Num. 862, June 2006, p. 290. Para profundizar en las diferencias entre la amnistía y el indulto acúdase a las precisas explicaciones que se proporcionan en: Chinchón Álvarez, Javier, "Modelos de persecución penal y justicia transicional en Iberoamérica. Algunas enseñanzas jurídico-internacionales tras los procesos de transición iberoamericanos: impunidad fáctica, amnistías e indultos" en Capellà I Roig, M. y Ginard I Ferón, D. (coords.), *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica* (1936 - 2008), Ediciones Documenta Balear, Palma de Mallorca, 2009, pp. 44 – 45. A este respecto, también quisiéramos añadir que si bien, normalmente, la regulación de las amnistías difiere de la propia de los indultos, en ocasiones, los ordenamientos jurídicos internos equiparan ambas prohibiciones respecto de los crímenes internacionales, como es el caso, por ejemplo, de Ecuador. Véase el artículo 120 de la Constitución de la República de Ecuador (Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. Disponible online en: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf).

²²⁵ Si se realiza una búsqueda doctrinal, son escasos los trabajos que es posible encontrar en torno a la figura de los indultos desde la perspectiva del Derecho Internacional Penal.

²²⁶ En contra véase Álvarez, José E., "Alternatives to International Criminal justice" en Cassese, Antonio (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 37. A juicio del autor, normalmente los indultos no resultan equiparables a una situación de impunidad ya que se habrá proporcionado algo de verdad y exigencia de responsabilidad.

²²⁷ Ambos, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999 (2ªed.), p. 142. El análisis realizado por el experto resulta oportuno ya que analiza las diversas fases en las que puede producirse una situación de impunidad. Así, por ejemplo, menciona que, si se aplica un indulto a un proceso en curso, éstos deberían guiarse por las mismas reglas que las aplicables a las amnistías. Si, en cambio, se aprueba un indulto en el momento de ejecución de la pena, esta situación provocaría una violación del Derecho Internacional por impedir la imposición de una condena proporcional al ilícito cometido (*Ibidem.*).

²²⁸ Pacto que otorga el derecho a toda persona condenada a muerte a “solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena podrán ser concedidos en todos los casos” (Artículo 6.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Véase también el punto 7 de la

capital o la condena a perpetuidad cualquier persona pueda solicitar el indulto, nos preguntamos hasta qué punto es viable defender lo propio cuando la condena privativa de libertad por un número determinado de años se ha impuesto como consecuencia de haberse demostrado la participación de determinada persona en la comisión de un crimen internacional. A nuestro juicio, el reproche y la rotunda condena que se persigue mediante la imposición de una sanción ante estos ilícitos internacionales se podría ver menoscabada si, finalmente, se indultara a los responsables.

Además, si atendemos a las disposiciones de los numerosos tratados internacionales que hemos citado previamente y que obligan a los Estados y a los tribunales internacionales a imponer una pena apropiada en estos casos, parece contradictorio que, al mismo tiempo, pueda defenderse la legalidad internacional de unas medidas como los indultos que, precisamente, impiden el cumplimiento de la pena²²⁹. Y es que, en caso

Observación general Número 6 sobre el derecho a la vida (artículo 6), aprobado en el 16º período de sesiones de 1982. Esta misma previsión la podemos encontrar también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, véase el artículo 4.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Consúltese también si se desea el artículo 75 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

²²⁹ A juicio de Stahn, es la proporcionalidad de la pena lo que está en juego (Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, pp. 265 – 266). Sin embargo, es común defender que los indultos no se hallan prohibidos por el Derecho Internacional. Así, por ejemplo, determinados expertos muestran ciertas dudas en torno a la existencia de una obligación de ejecutar las penas en virtud del Derecho Internacional. Por ejemplo, Chinchón Álvarez ha argumentado que "desde una perspectiva jurídica, la existencia de la general obligación de investigar, enjuiciar y en su caso castigar los crímenes internacionales con penas proporcionales a su gravedad resulta, como sabemos, claramente identificable. Abriéndose entonces y tras ello la duda acerca de la correcta determinación de éstas; así como sobre si una vez impuesta la pena correspondiente ha de cumplirse efectivamente, esto es, si estamos ante una obligación de comportamiento o de resultado. A nuestros efectos, la clave es que al igual que sobre las leyes de amnistía, hay un extenso debate en este punto, aunque probablemente de menor intensidad que respecto de aquéllas; resultando una tarea compleja en este caso localizar una posición definitiva en la normativa internacional de referencia" (Chinchón Álvarez, Javier, "El Derecho penal internacional en contextos transicionales" en Gil Gil, Alicia y Macula, Elena (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 480). Si se desea profundizar en la figura de los indultos desde la perspectiva que ofrece el Derecho Internacional, recomendamos acudir a otro de los manuales de referencia del autor: Chinchón Álvarez, Javier, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Parthenon, Madrid, 2007, en especial hace referencia a esta cuestión en las páginas 458 – 465. Las conclusiones más reseñables del trabajo del especialista pueden resumirse en la defensa de la legalidad de los indultos siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos como, por ejemplo, la colaboración con la justicia. Sin embargo, en otro trabajo posterior, y tras analizar los indultos argentinos, el autor parecía modular en cierto sentido su postura. Véase Chinchón Álvarez, Javier, "Modelos de persecución penal y justicia transicional en Iberoamérica. Algunas enseñanzas jurídico-internacionales tras los procesos de transición iberoamericanos: impunidad fáctica, amnistías e indultos", *op.cit.*, pp. 47 - 55. Véase también el siguiente trabajo de Elena Maculan en el que defiende la relevancia del proceso penal y no tanto de la imposición de la pena en sí misma: Maculan, Elena, "Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición", *op.cit.*, pp. 223 – 237. Así mismo, puede acudirse también a: Sottas, Eric, "Transitional justice and sanctions", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, Num. 870, June 2008, pp. 387 – 388; Mallinder, Louise, "Beyond the Courts? The Complex Relationship of Trials and Amnestie" en Schabas, William A. (Ed.), *International Criminal Law, Volume II*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2012, p. 765 (a juicio de la experta, el empleo de los indultos no resulta controvertido desde el punto de vista del Derecho Internacional).

contrario, estaríamos aceptando que, en ciertas ocasiones, indultar a los responsables es lo “apropiado”. Por esta razón, resulta positivo apreciar que esta postura haya sido la mantenida, hasta ahora al menos, por los tribunales internacionales de derechos humanos como el Tribunal Europeo²³⁰ o la Corte Interamericana²³¹, lo que nos permite reafirmar que los indultos deberían estar prohibidos respecto de los crímenes internacionales.

²³⁰ Por ejemplo, y citando un interesante fragmento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, éste no dudó en señalar que: “144. The Court has already emphasised the importance of the right of victims and their families and heirs to know the truth about the circumstances surrounding events involving a massive violation of rights as fundamental as that of the right to life, which implies the right to an effective judicial investigation and a possible right to compensation. For that reason, in the event of widespread use of lethal force against the civilian population during anti-Government demonstrations preceding the transition from a totalitarian regime to a more democratic system, as in the instant case, the Court cannot accept that an investigation has been effective where it is terminated as a result of the statutory limitation of criminal liability, when it is the authorities themselves who have remained inactive. Moreover, as the Court has already indicated, an amnesty is generally incompatible with the duty incumbent on the States to investigate acts of torture (see *Ould Dah v. France* (dec.), no. 13113/03, of 17 March 2009) and to combat impunity for international crimes. This is also true in respect of pardon (see *Abdülsamet Yaman v. Turkey*, no. 32446/96, § 55, 2 November 2004)”, *Case of Association “21 December 1989” and others v. Romania* (Application No. 33810/07). Judgment (Merits), Strasbourg 24 May 2011.

²³¹ Uno de los casos más notorios y más recientes dónde se ha planteado el tema del indulto ha sido en Perú. Concretamente, a finales del año 2017, el Gobierno peruano declaró que indultaría al expresidente Alberto Fujimori, condenado por cometer graves violaciones a los derechos humanos. Esta decisión fue duramente criticada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un comunicado de prensa emitido el 28 de diciembre de 2017 (véase <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/218.asp>). En ella, afirmaba que: “La decisión también desconoce el principio de la proporcionalidad entre el perdón de la pena y la gravedad de los delitos de lesa humanidad (...). Tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han reconocido que el otorgamiento indebido de beneficios en la ejecución de la pena puede eventualmente resultar en una forma de impunidad, especialmente cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos. La Comisión subraya que el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe la aplicación de amnistías, indultos y otros excluyentes de responsabilidad a personas que han sido encontradas culpables de crímenes de lesa humanidad (...). La CIDH expresa su profunda preocupación porque al suprimir los efectos de sentencias condenatorias referidas a crímenes de lesa humanidad y graves violaciones de derechos humanos en beneficio de Alberto Fujimori, el Estado peruano incumplió con las disposiciones de las sentencias de la Corte Interamericana y desconoció sus obligaciones internacionales. El otorgamiento del indulto a Alberto Fujimori no toma en cuenta las particularidades de los crímenes de lesa humanidad, ni el derecho a la justicia de las víctimas y sus familiares”.

Meses después, el 30 de mayo de 2018, la Corte Interamericana se pronunció al respecto y concluyó que las Cortes del Estado peruano debían revisar el indulto otorgado a Fujimori (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos y caso La Cantuta vs Perú: Supervisión de cumplimiento de sentencia, obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar, de 30 de mayo de 2018). Y es que, a juicio de la Corte, Perú “no ha dado cumplimiento total a la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar las graves violaciones a los derechos humanos determinadas en las Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Barrios Altos y La Cantuta” (*Ibidem.*). Ante estas contundentes condenadas de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, finalmente, el 3 de octubre 2018, la Corte Suprema de Perú anuló el indulto concedido al expresidente. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Supremo del país el 13 de febrero de 2019.

Otro Estado latinoamericano donde se ha planteado el debate en torno a los indultos ha sido en Argentina. Y es que, este Estado adoptó una serie de indultos que, por los efectos generados, bien podían ser consideradas medidas de amnistía (Ambos, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, *op.cit.*, p. 186). Por esta razón, años después de su adopción, los tribunales del Estado latinoamericano han declarado que los mismos suponen una clara violación del Derecho Internacional. Si se desea profundizar en este caso, puede acudir a: Mensa González, di Andrea, “La atribución constitucional de indultar y el derecho internacional de los derechos humanos” en Mezzetti, Luca e Pizzolo, Calogero, *Diritto costituzionale*

Sin embargo, la facultad de indultar a personas condenados por la comisión de crímenes internacionales es una opción que se contempla en la mayoría de los Estatutos de los tribunales internacionales penales creados hasta el momento²³². Esta llamativa y expresa regulación (ya que, no olvidemos, ante los temas más polémicos los Estatutos suelen optar por la ambigüedad o el silencio) nos puede llevar a una primera conclusión: los indultos otorgados a los máximos responsables de haber cometido un crimen internacional, en principio, no parecen estar prohibidos en el Derecho Internacional Penal²³³.

Si atendemos al Estatuto de Roma, en cambio, el panorama que nos encontramos es bien distinto ya que, en esta ocasión, no se menciona expresamente²³⁴ la facultad de indultar a los condenados por la Corte Penal Internacional²³⁵. Este silencio, que se ha calificado como una "seria laguna"²³⁶, es consecuencia directa de la imposibilidad de los

transnazionale. Atii del Seminario internazionale di studi Bologna, 6 marzo 2012, Bologna, Filo diritto Editore, 2013, pp. 182 – 183.

²³² Ahora bien, el alcance del mismo depende del Estatuto en cuestión. Compárense los artículos siguientes: artículo 28 del Estatuto del TIPY y el artículo 27 del Estatuto del TIPR (véanse también la Regla 125 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TIPY o la Regla 126 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TIPR); Artículo 23 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona; Agreement Between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution Under Cambodian Law of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea, artículo 11; Artículo 30 del Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano.

²³³ Artículo 28 del Estatuto del TIPY y el artículo 27 del Estatuto del TIPR.

²³⁴ Ahora bien, implícitamente, la cuestión de los indultos puede subsumirse dentro de la "reducción de sentencias" ya que se ha señalado que "in addition the more neutral wording alluding to 'reduction of sentence' was preferred to 'commutation, parole and pardon', all of which were considered to be amenable to diverse interpretations, particularly at the national level. Some delegations pointed out that these concepts, especially 'pardon', would not be appropriate for the offenses within the jurisdiction of the Court" (Pascal Chimimba, Trevor, "Establishing An Enforcement Regime" en Lee, Roy S. (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999, pp. 354 – 355).

²³⁵ A este respecto, nos parece interesante citar la declaración de Malta a propósito de este artículo. Y es que, este Estado declaró que: "With regard to article 20 paragraphs 3 (a) and (b) of the Rome Statute of the International Criminal Court Malta declares that according to its constitution no person who shows that he has been tried by any competent court for a criminal offence and either convicted or acquitted shall again be tried for that offence or for any other criminal offence of which he could have been convicted at the trial for that offence save upon the order of a superior court made in the course of appeal or review proceedings relating to the conviction or acquittal; and no person shall be tried for a criminal offence if he shows that he has been pardoned for that offence (...)" (Consúltense en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en Así mismo, si se desea leer un comentario a esta declaración, acúdase al manual de Schabas: Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, op.cit.*, p. 510).

²³⁶ Van den Wyngaert, Chistine and Ongena, Tom, "Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty", *op.cit.*, pp. 726 - 727. Sin embargo, es interesante la diferente visión que tiene Stigen de la ausencia de una regulación jurídica expresa en torno a la figura de los indultos. A juicio del autor, el hecho de eludir el tema de los indultos fue una decisión deliberada y, por lo tanto, no considera que nos hallemos ante una laguna jurídica (Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2008, pp. 334 – 335).

negociadores del Estatuto de llegar a un consenso²³⁷ en torno a la polémica que suscita esta medida cuando resulta de aplicación a los crímenes internacionales sobre los que la Corte ejerce su competencia²³⁸. Y ello a pesar de que se reconoció que no regular expresamente esta cuestión provocaría un importante vacío en el principio de complementariedad²³⁹.

Por ello, si reparamos en algunos de los documentos oficiales del proceso de elaboración del Estatuto, podemos encontrar algunas referencias a los indultos, circunstancia que nos permite afirmar, por una parte, que el debate estaba sobre la mesa y, por otra, que fue imposible llegar a un mínimo consenso que pudiera plasmarse en el texto definitivo. Así, por ejemplo, podemos apreciar cómo en una de las reuniones del Comité Preparatorio, a propósito de la admisibilidad, se señaló que:

“en las disposiciones del artículo 11 también debía hacerse referencia, de manera directa o indirecta, a los casos en que el juicio culminaba en condena o absolución, así como la suspensión de un juicio y quizá también el otorgamiento de indultos o amnistías. Numerosas delegaciones opinaron que el artículo 13, en su redacción actual, no abordaba adecuadamente dichas situaciones a los fines de la complementariedad”²⁴⁰.

A pesar de la incapacidad de las partes negociadoras para llegar a un mínimo acuerdo sobre estas medidas, las declaraciones vertidas en el transcurso de la elaboración del Estatuto nos permiten hacernos una idea acerca de cuáles eran las mayores oposiciones para regular expresamente esta figura. Así, por ejemplo, se ha señalado que algunas delegaciones consideraron que medidas como el indulto no serían apropiadas respecto de los crímenes internacionales sobre los que ejercería su jurisdicción la Corte Penal Internacional²⁴¹. Otros, en cambio, recuerdan que durante el proceso se mostró cierto rechazo a su regulación ya que ello implicaría que la Corte pudiera examinar las

²³⁷ Holmes, John T., "The Principle of Complementarity", *op.cit.*, p. 60.

²³⁸ Si se desea profundizar sobre los debates que se produjeron en el proceso de negociación y adopción del Estatuto de Roma, acúdase a: El Zeidy, Mohamed, "The doctrine of double jeopardy in International Criminal and Human Rights Law", *op.cit.*, p. 239; Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: op.cit.*, pp. 334 – 335.

²³⁹ Holmes, John T., "The Principle of Complementarity", *op.cit.*, pp. 58 - 59.

²⁴⁰ Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 16 de marzo a 3 de abril de 1998: Informe de la reunión entre períodos de sesiones celebrada en Zutphen (Países Bajos) del 19 al 30 de enero de 1998. A/AC.249/1998/L.13, 4 de febrero de 1998, Artículo 11. De las cuestiones de admisibilidad, nota 57. Sin embargo, unos meses después, en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios, no se habían producido grandes avances ya que, una vez más, el debate giraba en torno a la misma cuestión (nota 42 al artículo 15 (relativo a las cuestiones de admisibilidad) de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. Roma, 15 de junio a 17 de julio de 1998).

²⁴¹ Pascal Chimimba, Trevor, "Establishing an Enforcement Regime", *op.cit.*, pp. 354 – 355.

decisiones políticas y/o administrativas de los Estados, con la consiguiente capacidad de intervenir si no estuviera satisfecha con el resultado alcanzado²⁴².

Si nos centramos en la admisibilidad de situaciones y casos ante la Corte, la pregunta de base es obvia: ¿es viable que la Corte Penal Internacional declare que un determinado asunto resulta admisible como consecuencia del indulto previo concedido por el Estado al presunto responsable sobre el que quiere ejercer su jurisdicción? La particularidad de este examen radica en que el Estado habrá investigado, habrá enjuiciado y habrá sancionado al presunto responsable, pero, en virtud de las disposiciones de su Derecho interno, habrá indultado la condena previamente impuesta. Por lo tanto, ¿qué ocurre en este caso?

Pues bien, la única opción²⁴³ para que la Corte pudiera ejercer su jurisdicción radicaría en demostrar, no sin cierta dificultad²⁴⁴, que el conjunto del proceso interno obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal o hubiera sido instruido de forma incompatible con el propósito de someter a la persona a la acción de la justicia, tal y como señala el artículo 20.3 del Estatuto de Roma²⁴⁵. A la vista de las circunstancias, resulta innegable las dificultades que tendría el Fiscal a la hora de demostrar los extremos

²⁴² Holmes, John T., "The Principle of Complementarity", *op.cit.*, pp. 58 – 59; Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary, Vol. I*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2002, pp. 678-679.

²⁴³ En contra, determinados expertos consideran que la Corte no tendría opción de ejercer su jurisdicción ante indultos concedidos en el ámbito interno. Véase, por ejemplo, las siguientes declaraciones de Schabas: "in a case where an individual is properly tried and convicted but is subsequently pardoned, the Court would seem to be permanently barred from intervening (...)", Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court, op.cit.*, p. 186.

²⁴⁴ Homes, John T., "Complementarity: National Courts versus the ICC" en Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary, Vol. I*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2002, pp. 678-679.

²⁴⁵ La siguiente selección de trabajos doctrinales analizan el tema de los indultos desde el prisma del principio de complementariedad: Pinto Soares, Patricia, "Positive complementarity: fine-tuning the transitional justice discourse? The Cases of the Democratic Republic of Congo, Uganda and Kenya", Fijalkowski, Agata and Grosescu, Raluca, *Transitional Criminal Justice in Post-Dictatorial and Post-Conflict Societies*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2015, p. 194; Morel, Sophie, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la Cour pénale internationale: le cas particulier des amnisties*, Lausanne, Collection quater, Vol.14, Editions bis et ter, 2005, pp. 252 – 253; Gavron, Jessica, "Amnesties in the light of developments...", *op.cit.*, pp. 109 – 110; Alvarez, José E., "Alternatives to International Criminal justice", *op.cit.*, p. 37; Olásolo Alonso, Héctor, "Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, pp. 276 – 279; Olásolo Alonso, Héctor, "De los riesgos y las precauciones necesarias en la aplicación del principio de complementariedad por la Corte Penal Internacional...", *op.cit.*, pp. 219 – 222; Finlay, Lorraine, "Does the International Criminal Court protect against double jeopardy: An analysis of article 20 of the Rome Statute", *op.cit.*, pp. 240 – 241; El Zeidy, Mohamed M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice, op.cit.*, pp. 296 – 298; Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions...*, *op.cit.*, pp. 334 – 335.

acabados de enumerar²⁴⁶. Sin embargo, tal y como se ha defendido, “the possibility exists and the Court may look favourably on the Prosecutor’s request, especially if the actions taken by the State are significantly different from the usual national practice for similar conduct”²⁴⁷.

Ante la laguna legal en la que parecen hallarse inmersos los indultos y sin olvidar las dificultades que lleva aparejada la demostración de las circunstancias previamente enumeradas, es de agradecer que la Corte Penal Internacional haya tenido la ocasión de pronunciarse sobre este candente debate. Así, y tomando en consideración los avances que se han producido en el ámbito internacional hacia la prohibición de estas medidas²⁴⁸, ha sido contundente al manifestar que tanto las amnistías como los indultos producen una situación de impunidad²⁴⁹. De esta manera, ha zanjado el debate al concluir que el otorgamiento de indultos es incompatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos ya que contradicen la obligación de los Estados de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales e impiden el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas²⁵⁰.

En definitiva, a la vista de las declaraciones, la Corte Penal Internacional no parece dispuesta a aceptar indulto alguno y, por ello, podríamos concluir que, de otorgarse esta medida a nivel interno, la situación o el caso podrían llegar a ser admisibles ante la Corte. Sin embargo, y pese a la rotundidad con la que parece condenar estos instrumentos, nos mostramos cautos a la hora de extraer conclusiones definitivas. Y es que, si alguna lección nos deja la incipiente práctica del órgano internacional es que las declaraciones grandilocuentes no siempre encuentran una plasmación en la práctica real. Por ello, en tanto en cuanto la Corte no se pronuncie en un caso específico sobre la controversia de

²⁴⁶ Gavron, Jessica, "Amnesties in the light of developments...", *op.cit.*, pp. 109 – 110; El Zeidy, Mohamed M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*, *op.cit.*, pp. 296 – 298.

²⁴⁷ Homes, John T., "Complementarity: National Courts *versus* the ICC", *op.cit.*, pp. 678-679.

²⁴⁸ Concretamente, ha señalado que “there is a strong, growing, universal tendency that grave and systematic human rights violations -which may amount to crimes against humanity by their nature- are not subject to amnesties or pardons under international law” (Pre-Trial Chamber I, Situation in Libya in the case of The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi: Decision on the `admissibility challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute`, 5 April 2019. ICC-01/11-01/11-662, punto 61).

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ *Ibid.*, punto 77.

los indultos, la incógnita acerca de cómo actuará ante los mismos y cómo interpretará el “propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal” continuará abierta²⁵¹.

Ahora bien, ello no implica que no podamos alabar las declaraciones de la Corte y mostrar nuestra más absoluta conformidad con los argumentos esgrimidos. Y es que, como ya hemos señalado previamente, a nuestro juicio, el otorgamiento de un indulto a una persona condenada como máximo responsable de haber cometido un crimen internacional iría en contra del conjunto de disposiciones previamente analizadas y que obligan a los Estados condenar debidamente este tipo de hechos. Es más, defendemos que, si se aceptara la legalidad internacional de los indultos para con los crímenes internacionales, los Estados tendrían la vía libre para poner en marcha todo tipo de procesos penales, a los que los acusados acudirían felizmente a sabiendas que el proceso culminará con un “merecido” indulto. Esta posibilidad, además de suponer un claro incentivo para continuar perpetrando los más atroces crímenes internacionales como medio para lograr unos retorcidos objetivos, podría llegar a vaciar de contenido el principio estructurador de la Corte Penal Internacional: el principio de complementariedad. Y es que, si la Corte no tuviera la capacidad de actuar ante el otorgamiento de un indulto, los Estados no perderían el tiempo con las técnicas cuestiones que acarrear los recursos de admisibilidad, sino que, simple y llanamente, tendrían que otorgar un indulto para evitar la intervención del órgano judicial.

2.2. El cumplimiento parcial de la condena: las consecuencias jurídicas que se derivan de la reducción o la suspensión de las penas

Relacionado con el tema de los indultos²⁵² se halla el debate que gira en torno a la ejecución íntegra de la pena en el caso de condenas por la comisión de crímenes

²⁵¹ Por ello, no sorprende que se haya propuesto enmendar el Estatuto con la finalidad de plasmar por escrito los dilemas que estas medidas plantean. En efecto, se ha propuesto la modificación del Estatuto con la finalidad de prever expresamente la obligación de ejecutar íntegramente las condenas impuestas, así como que éste se pronuncie en torno a la prohibición de las medidas de indulto por considerar que nos hallamos ante un intento de sustraer al acusado de su responsabilidad penal (Morel, Sophie, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la Cour pénale internationale: le cas particulier des amnisties*, Lausanne, Collection quater, Vol.14, Editions bis et ter, 2005, pp. 252 – 253). Olásolo Alonso también ha señalado que hubiera sido oportuno si el Estatuto de Roma hubiera recogido en el texto los debates a los que nos estamos refiriendo (Olásolo Alonso, Héctor, "Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, pp. 276 – 279).

²⁵² Y es que, la Corte ha declarado que: “la suspensión total de la pena podría llevar a la concesión de perdón, que está prohibida para crímenes que han adquirido el estatus de derecho imperativo (*ius cogens*) en derecho internacional”, Carta de la Fiscal de la CPI al Presidente de la Corte Constitucional acerca del

internacionales²⁵³. Si bien las diferencias que separan a estas medidas de la figura de los indultos resultan reseñables, ambas producen efectos similares: el no cumplimiento de la pena, en todo o en parte, por la que los responsables fueron condenados.

Una vez más, la escasa atención doctrinal que ha tenido este tema²⁵⁴ hace que nos preguntemos si, en realidad, la fase de la ejecución de la sanción encuentra una verdadera regulación en el ámbito del Derecho Internacional y, en especial, en el Derecho Internacional Penal. A este respecto, y al igual que ocurría con los indultos, cabe preguntarse si se produciría o no una violación del Derecho Internacional si no se cumple íntegramente la condena impuesta. Por otra parte, este debate también debería conllevar una profunda reflexión sobre el significado del principio de la proporcionalidad de las penas o la adecuación de la sanción a la gravedad del ilícito cometido.

Los estudios doctrinales que analizan los clásicos casos de Núremberg y Tokio apenas reparan en las vicisitudes que se produjeron una vez impuestas las condenas por los Tribunales Internacionales²⁵⁵. De hecho, no siempre se subraya que determinadas condenas no fueron cumplidas íntegramente ni por los condenados en Núremberg ni mucho menos en Tokio²⁵⁶. Por esta razón, el estudio que lleva a cabo Sandra Wilson no puede ser más pertinente para recordar que, en realidad, “la sentencia es solo la mitad de la historia”²⁵⁷ ya que, si no reparamos en el tema de la sanción, la comprensión que

Marco Jurídico para la Paz de 26 de julio de 2013. Ref. 2013/025/FB/JCCD-evdu. Disponible online: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/cpicol7.html>

²⁵³ La ejecución de las penas en el ámbito internacional ha sido analizada en detalle en: Mulgrew, Róisín, *Towards the Development of the International Penal System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013; Plénet, Evelise, *Vers la création d'une prison internationale: L'exécution des peines prononcées par les juridictions pénales internationales*, L'Harmattan, Paris, 2010.

²⁵⁴ Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, pp. 53 – 55; Wilson, Sandra, "The Sentence is Only Half the Story. From Stern Justice to Clemency for Japanese War Criminals, 1945 - 1958", *Journal of International Criminal Justice*, 13, 2015, pp. 745 – 761; Holá, Barbora and van Wij, Joris, "Life after Convictions at International Criminal Tribunals: An Empirical Overview", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, 2014, p. 110.

²⁵⁵ A juicio de Wilson, este hecho obedece a que las cuestiones que afectan al momento posterior a la imposición de la condena se hallan más relacionadas con la política y la discrecionalidad que con la legalidad (Wilson, Sandra, "The Sentence is Only Half the Story..." *op.cit.*, pp. 745 – 746).

²⁵⁶ Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary (Vol. II)*, *op.cit.*, pp. 1757 – 1764; Wilson, Sandra, "The Sentence is Only Half the Story..." *op.cit.*, pp. 745 – 761; Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, 2013, pp. 561 – 562. La principal conclusión que cabe extraer es que, en el caso de Nuremberg, el número de personas que no cumplieron íntegramente las condenas fueron menores que en el caso de Tokio. Este extremo obedece a que, en este último caso, la ejecución de las penas recaía en Japón y, este Estado, para 1958 había puesto en libertad a todos los condenados (Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary (Vol. II)*, *op.cit.*, pp. 1757 – 1764). Es más, como apunta Wilson, se produjo una intensa campaña a favor de la liberación de los presos en este Estado (Wilson, Sandra, "The Sentence is Only Half the Story..." *op.cit.*, pp. 751).

²⁵⁷ *Ibid.* pp. 745 – 761. Traducción propia.

podamos tener de la efectiva aplicación del Derecho Internacional Penal no puede ser sino parcial e incompleta²⁵⁸.

Esta situación, se ha vuelto a repetir en el caso de los Tribunales Internacionales Penales *ad hoc*²⁵⁹, que también contienen previsiones expresas sobre lo que se denomina “early release”²⁶⁰. Sin embargo, una vez más, nos hallamos ante una materia escasamente trabajada²⁶¹. Por ejemplo, si bien se ha estudiado en detalle el caso de *Erdemovic*, frecuentemente se suele pasar por alto que éste fue puesto en libertad condicional tras haber cumplido dos terceras parte de su condena²⁶², es decir, apenas cumplió tres años de prisión²⁶³.

Lejos de ser un caso aislado, podemos hablar de una tónica general²⁶⁴ ya que, como se ha defendido, la mayoría de personas condenadas por el TIPY no cumplieron íntegramente su condena²⁶⁵. Concretamente, se acabó convirtiendo en una práctica usual que ambos Tribunales *ad hoc* pusieran en libertad a los condenados una vez éstos hubieran cumplido las dos terceras partes de la pena²⁶⁶, lo que ha sido criticado al señalar

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ En el caso de Sierra Leona véase: Róisín, "On the Enforcement of Sentences Imposed by International Courts: Challenges Faced by the Special Court for Sierra Leone", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, 2009, pp. 373 – 396.

²⁶⁰ A modo de ejemplo, pueden consultarse los siguientes documentos aplicables a los Tribunales Internacionales Penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda: Practice Direction on the Procedure for the Determination of Applications for Pardon, Commutation of Sentence, and Early Release of Persons Convicted by the International Tribunal (IT/146/Rev.3), IT/146/Rev.3,16 September 2010, Disponible online en: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Practice_Directions/IT146Rev3en.pdf; Directive Pratique Relative à l’appréciation des Demandes de Grâce, de Commutation de la Peine et de Libération Anticipée Despersonnes Condamnéespar le TPIR, le TPIY ou le Mécanisme (MICT/3), 5 juillet 2012, Disponible online en: http://www.irmct.org/sites/default/files/documents/pd_mict3_fr.pdf

²⁶¹ Por ello se ha defendido por reputados especialistas que este hecho ha conllevado que la práctica de la ejecución de las sentencias sea una materia poco transparente, poco desarrollada conceptualmente y que produce grandes desigualdades en el tratamiento de las personas que se hallan cumpliendo penas privativas de libertad (Holá, Barbora and van Wij, Joris, "Life after Convictions at International Criminal Tribunals: An Empirical Overview", *op.cit.*, pp. 131 – 132).

²⁶² Schabas, William A., *The UN International Criminal Tribunals...*, *op.cit.*, p. 582.

²⁶³ Holá, Barbora and van Wij, Joris, "Life after Convictions at International Criminal Tribunals: An Empirical Overview", *op.cit.*, p. 110.

²⁶⁴ A juicio de Holà, “at the ICTY, ‘an unwritten rule’ developed that international prisoners are released after serving 2/3 of their sentences. The 2/3 threshold was applied due to the fact that in the majority of enforcement countries prisoners are eligible for early release after serving 2/3 of their sentence” (Holá, Barbora and van Wij, Joris, "Life after Convictions at International Criminal Tribunals: An Empirical Overview", *op.cit.*, p. 122). Sin embargo, explica que en el caso de Ruanda la situación fue un tanto diferente (*Ibid.*, pp.122 – 126).

²⁶⁵ Consúltense las cifras que se proporcionan en: Holá, Barbora and van Wij, Joris, "Life after Convictions at International Criminal Tribunals: An Empirical Overview", *op.cit.*, pp. 111 - 113.

²⁶⁶ Merryless, Andrew, "Two-thirds and you are out? The practice of early release at the ICTY and ICC, in light of the goals of international criminal justice", *Amsterdam Law Forum*, Vol. 8:2, 2016, pp. 70 – 73; Szdlo, Marek, "Reduction of Life Sentences Imposed by International Criminal Tribunals after the *Galic* Decision: Is There Need for Further Improvement?", *op.cit.*, pp. 1100 – 1102.

que esta “automatización” conlleva que no se le otorgue relevancia a sí, realmente, los condenados se hallan rehabilitados²⁶⁷. Es más, hay quien incluso va más allá y argumenta que la libertad condicional de los condenados podría llegar a poner en peligro el proceso de reconciliación²⁶⁸.

Si atendemos al Estatuto de Roma²⁶⁹ podemos apreciar que el artículo 110, principalmente²⁷⁰, regula el proceso por el que se puede proceder a reducir la pena impuesta. Así, en virtud del citado precepto, sólo la Corte²⁷¹ (y no el Estado en el que esté cumpliendo la condena) tiene la capacidad de decidir sobre la reducción de la pena²⁷². Para ello, y de manera automática²⁷³, una vez cumplidas “las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si ésta puede reducirse”²⁷⁴. Como cabe apreciar, el período de las dos terceras partes es el que se siguió también en los tribunales *ad hoc*. Al margen de esta coincidencia, conviene añadir que, a la hora de llevar a cabo este examen, se deberá valorar:

- “a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos;
- b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o
- c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena.”²⁷⁵

²⁶⁷ Szdlo, Marek, "Reduction of Life Sentences Imposed by International Criminal Tribunals after the *Galic* Decision: Is There Need for Further Improvement?", *op.cit.*, pp. 1100 – 1102. A juicio del autor, esta práctica frecuente es un indicio claro de que los tribunales han prestado más atención al objetivo de la rehabilitación que al propio de la retribución (*Ibid.*, p. 1114).

²⁶⁸ Merryless, Andrew, "Two-thirds and you are out? The practice of early release at the ICTY and ICC, in light of the goals of international criminal justice", *op.cit.*, pp. 70 – 73.

²⁶⁹ Consúltese un detallado análisis sobre las principales vicisitudes del sistema creado en el Estatuto de Roma en: Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, pp. 1413 – 1423.

²⁷⁰ Véanse también las Reglas 223 – 224 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

²⁷¹ Concretamente, serán tres magistrados de la Sala de Apelaciones quienes decidirán sobre esta cuestión (Reglas 223 y 224.1 de las Reglas de Procedimiento y Prueba).

²⁷² Artículo 110.2 del Estatuto de Roma.

²⁷³ Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-3173, 22 September 2015, punto 20.

²⁷⁴ Artículo 110.3 del Estatuto de Roma.

²⁷⁵ Artículo 110.4 del Estatuto de Roma. A esta enumeración, las Reglas de Procedimiento y Prueba añaden: “a) La conducta del condenado durante su detención, que revele una auténtica disociación de su crimen; b) Las posibilidades de reinsertar en la sociedad y reinsertar exitosamente al condenado; c) Si la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social; d) Cualquier medida de importancia que haya tomado el condenado en beneficio de las víctimas, así como los efectos de una liberación anticipada sobre las víctimas y sus familias; e) Las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada” (Regla 223 de las Reglas de Procedimiento y Prueba).

Si la Corte decide que no concurren ninguno de los factores enumerados²⁷⁶, deberá volver a examinar la cuestión en el plazo de 3 años o en el período que se decida en la propia Decisión por la que se deniegue la reducción de la pena²⁷⁷.

La primera vez que se aplicó el artículo que analizamos fue en el caso de Lubanga, al que se le denegó la reducción de la pena²⁷⁸ dos veces consecutivas²⁷⁹. Y es que, a juicio de la Corte, si bien existía la posibilidad de que el condenado se reinsertara en la sociedad²⁸⁰ sin causar una gran inestabilidad social²⁸¹, lo cierto es que no concurrían el resto de factores de cooperación²⁸², ni facilitó la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte de manera espontánea²⁸³, ni se puede concluir que se disociara de los crímenes

²⁷⁶ A este respecto, se ha señalado que debe concurrir al menos uno de los factores para que se pueda llegar a valorar la reducción de la pena (Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr. Germain Katanga. ICC-01/04-01/07-3615, 15 November 2015, punto 20).

²⁷⁷ Artículo 110.5 del Estatuto de Roma y la Regla 224.4 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Por ejemplo, cuando se revisó la condena del señor Lubanga, se previó un plazo de dos años (Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-3173, 22 September 2015, punto 2). Teniendo en cuenta esta regulación, no sorprende que se haya defendido que el sistema previsto en el Estatuto de Roma sea más estructurado que las versiones previas de los Estatutos *ad hoc* (Merryless, Andrew, "Two-thirds and you are out? The practice of early release at the ICTY and ICC, in light of the goals of international criminal justice", *op.cit.*, p. 74).

²⁷⁸ Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-3173, 22 September 2015. Por esta razón, se ha defendido que esta decisión de la Corte muestra que ésta no está dispuesta a seguir la práctica previa de los tribunales *ad hoc* -que, recordemos, aplicaban el criterio de las dos terceras parte de cumplimiento de la condena para liberar a los presos- y, por ende, se considera que la Corte atenderá a factores más sustantivos (Merryless, Andrew, "Two-thirds and you are out? The practice of early release at the ICTY and ICC, in light of the goals of international criminal justice", *op.cit.*, pp. 74 – 76).

²⁷⁹ Second Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-3375, 3 November 2017.

²⁸⁰ Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-3173, 22 September 2015, punto 53. A juicio de Schabas, "an important ground for early release is the suitability of the prisoner for reformation and social rehabilitation" (Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, p. 1413).

²⁸¹ Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-3173, 22 September 2015, punto 64. A este respecto, curiosamente el Panel argumentó que: "The Panel considers that conflicting information has been presented by various sources suggesting that Mr Lubanga's early release: (i) would be beneficial to the reconciliation process; (ii) would have some destabilizing effect, but that this could be lessened by his resettlement in an area other than Bunia; or (iii) would risk causing significant social instability, particularly in light of the upcoming elections. The Panel considers that, on balance, the information presented suggests that Mr Lubanga's release would give rise to some level of social instability, but that this instability has not been demonstrated to be "significant" as required under this factor. Accordingly, on the basis of the information received, the Panel finds that there is no indication that the early release of Mr Lubanga would give rise to significant social instability within the meaning of rule 223 (c) of the Rules of Procedure and Evidence for the purpose of determining whether it is appropriate to reduce his sentence".

²⁸² *Ibid.*, punto 36.

²⁸³ *Ibid.*, punto 40.

cometidos²⁸⁴, ni que tomara ninguna medida en beneficio de la víctima²⁸⁵, ni concurría ninguna circunstancia individual del condenado que se considerara oportuno valorar²⁸⁶. Dos años después, cuando se volvió a examinar la reducción de la pena, se volvió a rechazar dicha opción²⁸⁷ alegando que no se había producido un cambio significativo en las circunstancias desde la primera revisión de la condena²⁸⁸.

Sin embargo, la pena de Katanga sí que fue reducida en tres años y ocho meses²⁸⁹. A diferencia de Lubanga, en este caso los jueces consideraron que, si bien no concurrían todos los factores²⁹⁰, el condenado sí que había cooperado con la Corte²⁹¹, se había disociado de los crímenes cometidos²⁹², había indicios de su posible reinserción en la sociedad²⁹³ sin que se causara una “gran inestabilidad social”²⁹⁴ y, así mismo, se habían producido ciertos cambios en las circunstancias individuales del condenado²⁹⁵.

Ante la escueta e incipiente práctica de la Corte Penal Internacional, no son determinantes las conclusiones que podemos extraer. En todo caso, lo que es innegable es el detallado y riguroso análisis que se lleva a cabo a la hora de valorar los criterios

²⁸⁴ *Ibid.*, punto 47. A este respecto, es interesante la reflexión que realizan los jueces a propósito de la diferencia entre manifestar el rechazo a un crimen concreto o aceptar responsabilidad y arrepentimiento respecto de los crímenes cometidos. Y es que, a juicio del Panel de jueces Lubanga “did not acknowledge his own culpability for conscripting and enlisting children under the age of fifteen years old and using them to participate actively in hostilities or express remorse or regret to the victims of the crimes for which he was convicted. The Panel considers that this indicates that Mr Lubanga has not, as submitted by the Prosecutor and the Victims, genuinely dissociated from his crimes” (*Ibid.*, punto 46).

²⁸⁵ *Ibid.*, punto 71.

²⁸⁶ *Ibid.*, punto 76.

²⁸⁷ Second Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-3375, 3 November 2017, punto 2.

²⁸⁸ *Ibid.*, punto 94. Dado que los argumentos que se emplean no son relevantes para el análisis que pretendemos llevar a efecto, nos remitimos directamente a la Decisión. En todo caso, sí que hay un aspecto que nos gustaría señalar y es que se valora la concreta contribución del acusado a la reparación de las víctimas. Concretamente, resulta interesante que se alegue que: “Turning to the proposal to organise a public ceremony at which Mr Lubanga could meet the victims of the crimes of which he was convicted and during which he would offer his apologies, although constituting a change of circumstance, it is not sufficiently significant for the Panel to consider modifying Mr Lubanga’s sentence on this basis. This is because, as mentioned above, there is currently no indication as to if and when the proposal is to be put into practice. In other words, while there is a proposal, no action has yet been taken” (*Ibid.*, punto 85).

²⁸⁹ Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr. Germain Katanga. ICC-01/04-01/07-3615, 15 November 2015.

²⁹⁰ *Ibid.* punto 37.

²⁹¹ *Ibid.*, punto 32.

²⁹² *Ibid.*, punto 51.

²⁹³ *Ibid.*, punto 61.

²⁹⁴ *Ibid.*, punto 76. Tanto en este caso como en el previo de Lubanga el Panel de jueces considera que se puede producir cierta inestabilidad social. No obstante, recuerdan que el precepto exige que esta inestabilidad debe ser grave para rechazar la reducción de la condena.

²⁹⁵ *Ibid.*, punto 110.

enumerados. Por otra parte, resulta llamativo que, entre los factores a valorar²⁹⁶, se mencionen expresamente la inestabilidad social²⁹⁷ o se incida en cuestiones relacionadas con el perdón²⁹⁸.

Por lo tanto, tomando en consideración las previsiones del Estatuto de Roma y la práctica de la Corte en torno a la valoración de la reducción de las penas, resulta innegable que esta opción no es, en ningún caso, contraria al Derecho Internacional. No obstante, ¿podríamos llegar a la misma conclusión si, en vez de reducir las penas, se suspenden completamente las mismas? Esta situación, lejos de ser un supuesto hipotético, se planteó en el concreto caso de Colombia. Y es que, el Marco Jurídico para la Paz aprobado por el Estado colombiano en el año 2012 contemplaba, entre otras medidas, la posibilidad de suspender la ejecución de la pena²⁹⁹.

Como no existía precedente alguno en el que se hubiera decidido suspender la ejecución de la pena, la Fiscal de la Corte Penal Internacional no tuvo más remedio que reconocer que las implicaciones que conllevaría la suspensión de la pena de prisión respecto del examen de admisibilidad suponían un debate novedoso y, por ello, solicitó a sus colaboradores que examinaran detalladamente esta cuestión³⁰⁰. Tras el pertinente escrutinio, las conclusiones a las que se llega no dejan lugar a dudas, razón por la que consideramos oportuno citarlas íntegramente:

“Debido a que la suspensión de la pena de prisión significa que el acusado no pasa tiempo recluido, quisiera advertirle que se trata de una decisión manifiestamente

²⁹⁶ Dado que estos criterios se emplean también como elementos a tomar en consideración a la hora de determinar la concreta sanción a imponer, nos referiremos con mayor detalle a los mismos en el apartado relativo al análisis de la aplicación de atenuantes y agravantes ante la comisión de crímenes internacionales.

²⁹⁷ Y es que, resulta llamativo el requisito de la inestabilidad social que nos recuerda al de la “amenaza a la paz”. En este caso, las disposiciones de la Corte y la práctica seguida en los dos primeros casos muestran que son las liberaciones de las personas condenadas por la Corte las que pueden provocar cierta inestabilidad social y no el hecho de impartir justicia.

²⁹⁸ Véase la siguiente pertinente reflexión que se realiza sobre el perdón: “With respect to Mr Katanga’s filmed apology to the Victims, the Panel considers that, in principle, there may be a benefit to victims from an apology being seen, not only by them, but also by the broader affected community, including those who may be considered “supporters” of the sentenced person. Such an apology may lead to the broader community more readily accepting the historical narrative of what occurred as found by the Court, which can also lead to a broader recognition and acknowledgement of the harms that were done to the victims. In this regard, the Panel considers that actions that can foster greater communal awareness and acceptance of the crimes that occurred and the harm they caused to the victims may, as a general matter, qualify as an action for the benefit of victims” (Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr. Germain Katanga. ICC-01/04-01/07-3615, 15 November 2015, punto 101). Sin embargo, véanse las razones esgrimidas en el punto 103 para rechazar la aplicación de este factor al presente caso.

²⁹⁹ Artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 31 de julio de 2012 (Marco jurídico para la paz) "Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

³⁰⁰ Carta de la Fiscal de la CPI al Presidente de la Corte Constitucional acerca del Marco Jurídico para la Paz, *op.cit.*

inadecuada para aquellos individuos que supuestamente albergan la mayor responsabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. La decisión de suspender la pena de prisión de tales personas sugeriría que el proceso judicial promovido tiene el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, según lo establecido en los artículos 17(2)(c) y 20(3)(a) o, de forma alternativa, que el proceso judicial fue conducido de manera tal que resulta inconsistente con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia, bajo los artículos 17(2)(c) y 20(3)(b). (...) Atendiendo las metas del Estatuto, la suspensión de penas iría en contra de su finalidad y propósito del Estatuto de Roma, debido a que impediría en la práctica el castigo de quienes han cometido los crímenes más graves”³⁰¹.

En definitiva, y como lo ha resumido inmejorablemente el Fiscal Adjunto de la Corte, dado que la suspensión de la pena implica que los condenados no cumplen pena alguna, esta situación provocaría la admisibilidad de la situación ante la Corte ya sea porque podamos interpretar que el propósito de la medida ha consistido en “sustraer a las personas de su responsabilidad penal” ya sea por considerar que los procedimientos se llevaron a cabo de manera “incompatible con la intención de hacer comparecer a las personas ante la justicia”³⁰².

Por lo tanto, podríamos concluir que, a juicio de la Corte, resulta conforme a Derecho reducir la pena impuesta siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos y que éstos sean valorados por un órgano judicial competente. Ahora bien, esta reducción no podría desembocar en una suspensión absoluta e íntegra de la condena ya que, atendiendo al Estatuto de Roma, ello impediría el castigo de los responsables de haber cometido los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia la Corte. Sin embargo, ¿podríamos llegar a la misma conclusión si defendiéramos la imposición de una condena que sea un tanto leve y desproporcionada a los máximos responsables de haber cometido un crimen internacional?

2.3. La levedad de la condena y el propósito de sustraer a los acusados de su responsabilidad penal

A lo largo del Capítulo hemos ido mostrando que, atendiendo al Derecho Internacional, las condenas que se impongan por la comisión de los crímenes

³⁰¹ Carta de la Fiscal de la CPI al Presidente de la Corte Constitucional acerca del Marco Jurídico para la Paz, *op.cit.*

³⁰² Keynote speech by James Stewart: "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, pp. 10 - 14.

internacionales deben reflejar la gravedad de los ilícitos que castigan. Por ello, defendíamos que la adecuación de la sanción al crimen cometido parecía ser el punto de arranque sobre el que deberíamos reflexionar. Sin embargo, debemos preguntarnos qué condena refleja esta especial gravedad que implica la comisión de un crimen internacional. Es decir, ¿qué sanción o qué número concreto de años de privación de libertad sería lo “apropiado” cuando un acto ha dejado cientos o miles de víctimas? Nos hallamos ante un complejo debate que excede los límites de la legalidad y del Derecho Internacional. Por ello, y dado que no consideramos oportuno entrar en reflexiones abstractas y más filosóficas que jurídicas sobre lo que sería “apropiado”, para analizar el tema de la levedad de las penas hemos decidido centrar nuestra atención en el caso colombiano. Así, estudiaremos cuál fue la respuesta dada por la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional a las sanciones que se previeron, primero, en la Ley de Justicia y Paz aprobada en el año 2005, en segundo lugar, en el Marco Jurídico para la Paz y, finalmente, veremos cómo han quedado plasmadas en la recientemente creada Jurisdicción Especial para la Paz. De esta manera, comprobaremos qué opinión le merecen a la Corte la imposición de sanciones que podrían ser consideradas un tanto leves e, incluso, desproporcionadas.

Comenzando por las sanciones previstas en la Ley de Justicia y Paz, conviene precisar que ésta creo lo que denominó la “alternatividad”³⁰³, es decir, “un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización”³⁰⁴. Resulta oportuno añadir que dicha pena alternativa, aceptada por la Corte Constitucional colombiana³⁰⁵, consistía en la “privación de libertad por un período mínimo de cinco años y no superior a ocho años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos”³⁰⁶.

³⁰³ Artículo 3 de la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz), por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

³⁰⁴ Artículo 3 de la Ley de Justicia y Paz. Así, en la sentencia se impondría tanto la pena principal como la pena alternativa (véase el artículo 24 de la Ley, modificado por la Ley 1592 de 2012).

³⁰⁵ La Sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional se pronunció sobre la misma y exigió ciertas modificaciones con la finalidad de declarar su constitucionalidad.

³⁰⁶ Artículo 29 de la Ley de Justicia y Paz. El artículo añadía que “para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo,

Como cabe apreciar, el período de privación de libertad previsto en la normativa puede considerarse un tanto desproporcionado teniendo en cuenta la gravedad de los crímenes que castiga. Sin embargo, no sólo fue una medida aplaudida por parte de la doctrina³⁰⁷ sino que, por sorprendente que resulte, la Corte Penal Internacional en el transcurso de su examen preliminar nunca se pronunció al respecto³⁰⁸.

Frente al silencio de la Corte, y contra todo pronóstico, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (pese a la sólida jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de proporcionalidad de las penas³⁰⁹), aceptó la levedad de las sanciones previstas siempre y cuando se cumplieran las siguientes condiciones que citamos textualmente:

“las autoridades del Estado colombiano hagan cumplir de manera rigurosa los requisitos que condicionan el acceso a la pena atenuada y a su preservación; y contribuyan al desarrollo de una investigación diligente y exhaustiva de los graves crímenes sometidos a este régimen legal, a fin de que la imposición de las sanciones reducidas resulte de la obtención plena de la verdad y no descansa de manera exclusiva en la confesión de los imputados”³¹⁰.

estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció”.

³⁰⁷ A modo de ejemplo consúltese Maculan, Elena, "El acuerdo de paz colombiano ante la obligación internacional de persecución penal y castigo", *Cuadernos de estrategia (Ministerio de Defensa)*, N° 189 dedicado a: El posconflicto colombiano: una perspectiva transversal, 2017, pp. 106 – 107; Burbidge, Peter, "Justice and peace? - The role of law in resolving Colombia's civil conflict", *International Criminal Law Review*, Vol. 8, 2008, p. 577. En contra véase: Torregrosa Jiménez, Rodolfo y Torregrosa Jiménez, Norhys, *Justicia transicional. Paz vs Justicia: El dilema en Colombia*, Bogotá, Universidad Libre, 2012, pp. 66 - 67. Recomendamos también acudir al extenso análisis realizado por Kai Ambos en el que, entre otras, se pronuncia sobre el tema de las penas previstas: Ambos, Kai, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho penal internacional: estudio de la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de 'justicia y paz' en Colombia*, Temis, Bogotá, 2010, pp. 111 – 114.

³⁰⁸ En efecto, en un primer momento, en el examen preliminar del año 2011, si bien no se refirió directamente a la cuestión de las penas alternativas, concluyó que, en ese preciso momento, no consideraba que los procedimientos llevados a cabo por el Estado colombiano no fueran genuinos. En todo caso, hay que aclarar que la Corte decidió no centrar su análisis en las vicisitudes de los grupos paramilitares que se desmovilizaron en el año 2006, lo que puede explicar su silencio a propósito de la citada Ley: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2012. November 2012, p. 24.

³⁰⁹ A modo de ejemplo, y por lo que respecta al Estado colombiano, no podemos sino subrayar la contundencia con la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos parecía exigir la proporcionalidad de las penas en el *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia* (Sentencia de 11 de mayo de 2007, (Fondo, Reparaciones y Costas). Concretamente, señaló que: “196. En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención” (*Ibidem.*).

³¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de derechos humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia,

Tras la Ley de Justicia y Paz, el Estado colombiano aprobó, en el año 2012, el Marco Jurídico para la Paz³¹¹. Esta fórmula de justicia transicional, de nuevo modulada por la Corte Constitucional colombiana³¹², preveía la posibilidad de que, a través de una ley estatutaria, se establecieran: “los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extra-judiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados”³¹³.

Ante esta regulación, y como viene siendo habitual, en un primer momento la Corte Penal Internacional optó por el silencio y la prudencia. Así, en el examen preliminar del año 2012, simplemente advirtió que “la Fiscalía examinará la cuestión de las sentencias, incluidas las sentencias reducidas y las suspendidas, a la luz de los hechos y las circunstancias de cada caso. En concreto, la Fiscalía determinará si en la aplicación de esas disposiciones, se han realizado esfuerzos razonables por establecer la verdad acerca de los crímenes graves cometidos por cada acusado, si se ha establecido la responsabilidad penal adecuada de esos crímenes y si, en las circunstancias, cabe decir que la sentencia es consistente con la intención de llevar ante la justicia a la persona en cuestión”³¹⁴.

Independientemente del examen que llevaría a cabo unos meses después, resulta oportuno subrayar una primera conclusión: la Corte en ningún momento señala que nos hallamos ante una serie de penas desproporcionadas. Sin embargo, esta conclusión preliminar se vería matizada unos meses después, el 26 de julio de 2013, en una carta

2006, punto 3. Sorprende que la Comisión otorgara este visto bueno, máxime tras reconocer que “la morigeración de la pena prevista por la Ley de Justicia y Paz ofrece un fortísimo incentivo no sólo para aquellos que genuinamente deciden confesar plenamente su participación en violaciones a los derechos humanos, sino también para aquellos que pretenden burlar la acción penal del Estado” (*Ibid.*, punto 27). Sin embargo, de las declaraciones de la Comisión parece desprenderse que, en contextos de justicia transicional, tal vez la verdad y la reparación justifiquen una reducción de la pena. Y es que, solo así se explica que argumente que: “Ley de Justicia y Paz supone la morigeración del poder punitivo del Estado como consecuencia de una serie de acciones tendientes al aseguramiento de la verdad y la reparación de las víctimas. La CIDH destaca la importancia de que en la aplicación de la Ley, la satisfacción de estos componentes de verdad y reparación sean rigurosamente examinados como condición imprescindible de la imposición de la pena atenuada. La Ley de Justicia y Paz debe ser aplicada como un sistema de incentivos útiles a la verdad, a la individualización y castigo de los responsables y a la reparación de las víctimas” (*Ibid.*, punto 38).

³¹¹ Acto Legislativo No. 01 de 31 de julio de 2012 (Marco jurídico para la paz), *op.cit.*.

³¹² Corte Constitucional, Sentencia C- 577/14: demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) y el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2012 “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

³¹³ Artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 31 de julio de 2012 (Marco jurídico para la paz), *op.cit.*

³¹⁴ Oficina del Fiscal de la CPI. Situación en Colombia: Reporte Intermedio. Noviembre 2012, punto 206.

enviada por la Fiscal al Presidente de la Corte Constitucional colombiana³¹⁵. En ella, esgrimió los siguientes argumentos que, por su relevancia, consideramos oportuno reproducir:

“una condena que sea grosera o manifiestamente inadecuada, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la forma de participación del acusado, invalidaría la autenticidad del proceso judicial nacional, aun cuando las etapas previas del proceso hayan sido auténticas (...)

Aunque el tema fue polémico durante las negociaciones del Estatuto de Roma, la historia del proceso de redacción y los comentarios de expertos sustentan que la duración de la pena de prisión puede ser un factor relevante en los casos en los que la pena resulta tan desproporcionada que se puede cuestionar la intención de someter a la persona a la acción de la justicia. (...)

En las circunstancias particulares que representa el esquema de justicia transicional que está diseñado para terminar conflictos armados, se exige que el perpetrador cumpla condiciones de desmovilización y desarme, garantice la no repetición de los hechos delictivos, reconozca su responsabilidad penal, participe plenamente en los esfuerzos por establecer la verdad sobre los delitos más graves. Estas circunstancias sumadas a la prohibición de participar en la vida pública, podrían justificar la reducción de la pena, siempre que la condena inicial sea proporcional a la gravedad del crimen”³¹⁶.

Estas conclusiones fueron reiteradas en los exámenes preliminares siguientes³¹⁷ lo que, a nuestro juicio, suponen una tácita aceptación de la reducción de las penas previstas en la normativa colombiana³¹⁸. Sin embargo, en el año 2015, el Fiscal adjunto de la Corte parecía mostrar ciertas dudas al respecto o, por lo menos, daba la sensación que no quería dejar la puerta cerrada a una eventual conclusión negativa posterior³¹⁹. Y es que, resulta llamativo que declarara que “la Fiscalía no ha comunicado una posición particular

³¹⁵ Carta de la Fiscal de la CPI al Presidente de la Corte Constitucional acerca del Marco Jurídico para la Paz, *op.cit.*

³¹⁶ *Ibid.* Resulta llamativo que unos meses después el Fiscal Adjunto de la Corte recordara estas mismas conclusiones preliminares a las que llegó la Fiscalía y, sin embargo, obsérvese la diferencia con la que hace referencia al principio de proporcionalidad: “Estas medidas podrían justificar una reducción de la pena que de otro modo sería proporcional a la gravedad del delito y al grado de responsabilidad del autor” (Keynote speech by James Stewart: “La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”, *op.cit.*, pp. 10 – 14).

³¹⁷ Véase, por ejemplo, el punto 53 del Report on Preliminary Examination Activities 2014. 2 December 2014.

³¹⁸ Seils, Pail, “La cuadratura del círculo en Colombia: los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz”, ICTJ, junio de 2015. Es más, el experto añadía que, incluso, puede ser posible que “la Oficina del Fiscal baje ese límite todavía más” (*Ibidem.*). Como comprobaremos en el apartado que sigue a continuación, puede que se hallara en lo cierto ya que la Corte, parece, ha acabado aceptando la imposición de sanciones restaurativas que deberán ser cumplidas durante un leve período de tiempo por aquellas personas que puedan ser consideradas como los máximos responsables de haber cometido ciertos crímenes internacionales en el conflicto colombiano.

³¹⁹ De entrada, reconocía que “a nivel nacional, una pena que resulte manifiestamente inadecuada a la luz de la gravedad del delito y del grado de responsabilidad de la persona condenada podría viciar el aparente carácter genuino de ese proceso”, Keynote speech by James Stewart: “La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”, *op.cit.*, pp. 10 – 14.

respecto de la reducción de las penas puesto que el ámbito de posibilidades es todavía especulativo. El que una reducción de la pena resulte compatible con los principios del Estatuto de Roma dependerá de las circunstancias particulares del caso”³²⁰.

Al margen de esta mayor cautela que muestra el Fiscal Adjunto, lo cierto es que, a nuestro juicio, la Fiscal parece estar dispuesta a permitir cierta reducción de las penas impuestas siempre y cuando “la condena inicial sea proporcional a la gravedad del crimen”³²¹. Ahora bien, ¿qué ocurre si no hay una condena inicial? Es decir, ¿qué ocurre si la condena es única y exclusivamente una pena leve y desproporcionada?

Lo cierto es que no terminamos de comprender la distinción realizada por la Fiscal. A nuestro juicio, el aspecto determinante debe ser la condena que finalmente se imponga y no la “hipotética” que resultaría de aplicación pero que, sin embargo, nunca se llegará a imponer. Ante este tipo de declaraciones, consideramos que, una vez más, los órganos de la Corte han acabado modulando su discurso a la práctica y vicisitudes colombianas y no han reparado en las repercusiones globales que afirmaciones de este calibre conllevarían en el ámbito del Derecho Internacional Penal. Ahora bien, la Fiscal deberá volver a pronunciarse sobre esta cuestión ya que, como comprobaremos a continuación, el nuevo sistema integral de justicia transicional creado tras el acuerdo de paz prevé una única condena que, de entrada, no parece ser proporcionada a los crímenes cometidos.

En efecto, la tercera ocasión en la que el Estado colombiano ha previsto implementar sanciones que podríamos considerar ciertamente “desproporcionadas” teniendo en cuenta el ilícito que castigan, son las sanciones previstas en el reciente Acuerdo de paz y que han sido desarrolladas en la legislación posterior³²².

³²⁰*Ibid.*, pp. 10 - 14. Ahora bien, pese a las dudas que parece mostrar, concluía: “A pesar de las dificultades y las críticas que se han hecho al proceso de Justicia y Paz, incluyendo a su muy bajo rango de sentencias, la Fiscalía no ha concluido que los procesos violasen las normas del Estatuto de Roma en materia de complementariedad. No estoy tomando a la Ley de Justicia y Paz como modelo. Simplemente estoy señalándola como un ejemplo del amplio margen del que los Estados gozan al decidir sobre los mecanismos diseñados para establecer la verdad, y que también son compatibles con el objetivo del Estatuto de Roma de poner fin a la impunidad por los crímenes más graves. Entendemos que Colombia ha aprendido de su experiencia en el proceso de Justicia y Paz a efectos de mejorar, de cara al futuro” (*Ibidem.*).

³²¹ Carta de la Fiscal de la CPI al Presidente de la Corte Constitucional acerca del Marco Jurídico para la Paz, *op.cit.*

³²² Precisamente, dado que es la legislación la que contempla estas modalidades de sanción, queremos traer a colación una reflexión interesante y que muestra la complejidad del examen que pretendemos llevar a efecto. Y es que, como ha señalado Seils, “la dificultad del segundo aspecto es que exige probar dos cosas: primero, que el proceso no fue ni independiente ni imparcial; y segundo, que (como trasfondo de esos defectos) el propósito era evitar que el acusado compareciera ante la justicia. En lo que respecta a la primera parte, lo fundamental es probar que la pena impuesta por el tribunal nacional demuestra su falta de independencia e imparcialidad. Sin embargo, si el tribunal impone una condena prevista en una ley que ha sido sometida a escrutinio legislativo y judicial (como en el caso colombiano), es difícil alegar que esta es

A este respecto conviene recordar que este Acuerdo no solo prevé un proceso diferente en función de si los responsables reconocen o no verdad y su responsabilidad en la comisión de los crímenes, sino que, como consecuencia de ello, prevé distintas modalidades de sanciones que denomina propias, alternativas u ordinarias³²³. Debido a las particularidades que presentan las sanciones propias, éstas serán objeto de análisis en un momento posterior de la investigación.

Por lo que a las sanciones alternativas respecta, conviene precisar que éstas se impondrán cuando se produzca un reconocimiento de verdad y responsabilidad en el período anterior a la sentencia, es decir, ante la Sección de enjuiciamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz³²⁴ (si el reconocimiento es anterior a esta fase las penas que se impondrán son las que se denominan “propias”). En función de la gravedad de la conducta caben dos opciones: si la infracción es considerada “muy grave” la privación de libertad podrá oscilar entre los 5 y los 8 años de prisión³²⁵. Sin embargo, las sanciones alternativas que se impongan a “quienes no hayan tenido una participación determinante

la actuación de un tribunal que carece de independencia e imparcialidad. De hecho, lo contrario parecería ser cierto: si el tribunal no impone la condena prevista en la ley, habría serios motivos para cuestionar su independencia e imparcialidad”, Seils, Paul, *Manual de complementariedad...*, *op.cit.*, pp. 64 – 66.

³²³ Artículo 125 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019.

³²⁴ Artículo 128 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019. El Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, firmado el 24 de noviembre de 2016, en el punto 60, detallaba (véase también el artículo 142 de la Ley No. 1957 que ha sido declarado constitucional por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-80 de 15 de agosto de 2018):

“1. En el evento en que la persona haya comparecido después de haber sido presentada la acusación ante el Tribunal por la Unidad de Investigación y Acusación, en caso de que el reconocimiento de verdad y responsabilidad haya sido exhaustivo, completo y detallado, el Tribunal valorará las razones por las cuales el compareciente no concurrió oportunamente a la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad. El hecho de considerar plenamente justificada dicha omisión, será motivo para graduar la sanción a imponer. 2. En cualquier caso en el que el Tribunal para la Paz aprecie que el reconocimiento de verdad y responsabilidad efectuado ante él no ha sido exhaustivo, completo y/o detallado, se aplicarán por el Tribunal para la Paz sanciones alternativas según el siguiente procedimiento:

La Sección competente del Tribunal para la Paz determinará la sanción que corresponda por los delitos, conductas o infracciones cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal de Colombia.

A continuación la Sección competente del Tribunal para la Paz le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y el grado de su reconocimiento de verdad, de responsabilidades y de colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos.

Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el destinatario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y en su caso a promover actividades orientadas a la no repetición.

Cumplida la sanción alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia, se le concederá la libertad.

En ningún caso se aplicarán subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la sanción alternativa”.

³²⁵ Artículos 128 y 142 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019.

en las conductas más graves y representativas, aun interviniendo en ellas” podrán oscilar entre los dos y los cinco años de pena privativa de libertad”³²⁶.

A pesar de que insistimos continuamente en ello, nos parece relevante recordar que los casos que lleguen a la Jurisdicción Especial para la Paz serán aquellos que se caractericen por una especial gravedad que, previsiblemente, podrán ser calificados como crímenes internacionales y en cuya comisión, probablemente, hayan participado aquellos que pueden ser considerados como los "máximos responsables". Ante la gravedad de los crímenes que se enjuician, una pena de prisión que oscile entre los 2 y los 5 años por no haber tenido una “participación determinante”, a nuestro juicio³²⁷, no deja de resultar un tanto desproporcionada, máxime teniendo en cuenta la ambigüedad que caracteriza a dicho concepto.

En el caso de las sanciones ordinarias, que serán aquéllas que se impongan a quienes no reconozcan ni verdad ni responsabilidad, las penas previstas oscilarán entre los 15 y los 20 años de privación de libertad en el caso de conductas muy graves³²⁸. Resulta relevante añadir que este período de privación ha sido considerado proporcional por la Corte Constitucional colombiana³²⁹. Sin embargo, ¿qué opinión le merecen a la Corte Penal Internacional? ¿Nos hallamos o no ante penas proporcionadas?

Pues bien, la Fiscal de la Corte, como comprobaremos en el apartado de la justicia restaurativa, no se ha pronunciado de manera directa y contundente sobre la tipología de sanciones previstas en el nuevo Acuerdo de paz. Es más, las escasas declaraciones que ha realizado al respecto se centran en las sanciones “propias” y, por ello, desconocemos la opinión que le merecen al órgano de la Corte la atenuación de la sanción prevista en el caso de las sanciones ordinarias y alternativas. La única “pista” se halla en una carta

³²⁶ Artículo 128 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019.

³²⁷ Conviene señalar que la Corte Constitucional colombiana ha examinado el precepto y lo ha declarado constitucional en la Sentencia C-80 de 15 de agosto de 2018.

³²⁸ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, punto 60. Ahora bien, el Acuerdo también plantea la posibilidad de que se puedan aplicar “redenciones en la privación de libertad, siempre y cuando el condenado se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de libertad”. Esta regulación se ha plasmado de idéntica manera en el artículo 130 y 143 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019. Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que “en aras de garantizar el principio de proporcionalidad de la pena, los subrogados y beneficios no podrán conllevar una privación efectiva de la libertad inferior a 15 años” (comentario al artículo 143 de la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-80 de 15 de agosto de 2018).

³²⁹ Comentario al artículo 130 de la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-80 de 15 de agosto de 2018.

enviada a la Corte Constitucional colombiana en la que recuerda que “en un contexto de justicia transicional, la disminución de las penas es concebible en la medida que la persona condenada satisfaga determinadas condiciones que podrían justificar una sentencia atenuada, como el reconocimiento de responsabilidad penal, las garantías de no repetición, y la participación plena en mecanismos para establecer la verdad, entre otros”³³⁰. Es decir, la Fiscal parece aceptar que las sanciones que se impongan en un proceso de justicia transicional sean más leves. Sin embargo, consideramos que esta ambigüedad no contribuye a aclarar si las concretas sanciones previstas en el Acuerdo de paz cumplen o no con las obligaciones que se derivan del Estatuto de Roma.

Por ello, no podemos sino mostrar nuestra incredulidad ante el silencio de la Fiscalía al no denunciar públicamente la previsión de una pena de prisión de dos años de duración que cabe imponer a una persona que haya sido condenada por haber cometido un crimen internacional pero cuya participación no pueda calificarse como “determinante”. Ante esta situación, nos preguntamos dónde queda la defensa de la proporcionalidad de las penas que la Fiscalía parecía abanderar en el 2013, año en que añadió que “una condena que sea grosera o manifiestamente inadecuada, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la forma de participación del acusado, invalidaría la autenticidad del proceso judicial nacional”³³¹. ¿Acaso la Fiscal considera que nos hallamos ante una condena adecuada? Si, finalmente, este largo silencio se convierte en una tácita aceptación de este tipo de sanciones, ¿podríamos concluir que las mismas contribuyen a lograr el objetivo principal por el que se creó la Corte Penal Internacional, es decir, poner fin a la impunidad con la que se cometen los crímenes internacionales? Desde nuestro punto de vista, y a diferencia de la Fiscalía, consideramos que existen serias dudas al respecto.

En definitiva, consideramos que la previsión de unas sanciones como las que aquí analizamos, podrían llegar a tener como objetivo “sustraer al acusado de su responsabilidad penal”³³² o, incluso, podrían ser un claro indicio de que el proceso no fue “instruido de forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la

³³⁰ Escrito de Amicus Curiae de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, de 18 de octubre de 2017, punto 51.

³³¹ Carta de la Fiscal de la CPI al Presidente de la Corte Constitucional acerca del Marco Jurídico para la Paz, *op.cit.*

³³² Artículo 20.3a) del Estatuto de Roma.

persona a la acción de la justicia”³³³. En consecuencia, ante la previsión de unas sanciones leves y desproporcionadas teniendo en cuenta la gravedad de los crímenes que sancionan y el grado de responsabilidad de las personas condenadas, el asunto podría ser admisible ante la Corte Penal Internacional. Sin embargo, dado que tanto la Corte como la Corte Constitucional colombiana parecen aceptar que este tipo de sanciones no pueden valorarse en “abstracto” sino que tienen que integrarse dentro de un proceso de justicia transicional, volveremos sobre estas conclusiones preliminares en la Sección cuarta del presente Capítulo. Así, trataremos de demostrar que estos postulados parten de un entendimiento, a nuestro juicio, erróneo sobre la integridad que actualmente se predica de la justicia transicional.

3. Las sanciones restaurativas, los crímenes internacionales y el principio de “non bis in idem”

Si bien en los apartados precedentes hemos centrado nuestro análisis en el examen de la pena privativa de libertad, en los estudios de la justicia transicional, comienzan a adquirir cierto protagonismo los debates relativos a las sanciones alternativas a la prisión³³⁴. Uno de los argumentos principales que emplean quienes defienden este tipo de sanciones consiste en alegar que las partes que se hallan negociando un acuerdo de paz difícilmente lo firmarían si el resultado que les espera no es otro que el cumplimiento íntegro de una larga condena privativa de libertad³³⁵. Así, por ejemplo, en la doctrina española Gil Gil ha mantenido que “las reglas maximalistas contra la impunidad, desarrolladas en el ámbito del Derecho internacional por una jurisprudencia que se ha

³³³ Artículo 20.3b) del Estatuto de Roma.

³³⁴ Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, pp. 381 – 382.

³³⁵ Por ejemplo, en una entrevista realizada en el período El País al Presidente colombiano Juan Manuel Santos, éste admitía que las FARC declararon que no estaban dispuestas a cumplir penas de cárcel. Véase El País, “Nunca habíamos visto a las FARC tan comprometidas”, entrevista a Juan Manuel Santos realizada por John Carlin el 1 de marzo de 2015. Disponible online en: https://elpais.com/internacional/2015/02/28/actualidad/1425158156_968471.html Es más, como recuerda Cortés Rodas, en un inicio, las FARC solicitaban la amnistía (Cortés Rodas, Francisco, “El fin de la pena en la justicia transicional” en Ambos, Kai, Cortés Rodas y Zuluaga, John (Coords.), *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (cedpal) de la Georg-August-Universität Göttingen, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, Bogotá, 2018, pp. 52 – 53).

ocupado fundamentalmente de conflictos acabados, chocan con las necesidades de negociación propias de un conflicto vivo”³³⁶.

Este tipo de postulados, lejos de ser una apuesta de la doctrina más partidaria de “flexibilizar” las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional³³⁷, comienzan a vislumbrarse también en los votos concurrentes de ciertos jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A este respecto, no deja de resultar llamativo que en el voto concurrente del Juez García-Sayán (previamente citado y al que, recordemos, se adhirieron un número considerable de magistrados) se defendiera que, en estos particulares contextos de transición, “podrían diseñarse y encontrarse rutas para penas alternativas o suspendidas”³³⁸.

Ante argumentos como los aquí esgrimidos que, como cabe apreciar, se reducen a la mera evocación de la “justicia transicional” como mera justificación, creemos oportuno adelantar³³⁹ que, en efecto, los mecanismos de verdad, reparación y no repetición pueden aplicarse de manera íntegra y complementaria junto con los procesos penales con la finalidad de modular la imposición de la pena. Ahora bien, nos preguntamos si, atendiendo al Derecho Internacional, es viable que en un proceso de justicia transicional se pueda *sustituir* la imposición de una adecuada condena penal a cambio de contribuir a declarar la verdad, a reparar a las víctimas y a garantizar la no repetición de las violaciones. Esta pregunta, más allá de ser una mera hipótesis, es el debate que plantea el Acuerdo de paz alcanzado por el Gobierno colombiano y las FARC³⁴⁰.

³³⁶ Gil Gil, Alicia, "El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano...", *op.cit.*, p. 39.

³³⁷ Uprimny Yepes, Rodrigo, Sánchez Duque, Luz María y Sánchez León, Nelson Camilo, *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014.

³³⁸ Voto Concurrente del Juez Diego García-Sayán, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador, 25 de octubre de 2012, párrafo 30. Ahora bien, el juez matizaba que podrían establecerse distinciones en función de la responsabilidad de los autores (*Ibid.*, párrafos 30 y 31).

³³⁹ Este tema será abordado con mayor detalle en la Sección cuarta del presente Capítulo.

³⁴⁰ Quisiéramos realizar una precisión con la finalidad de explicar la razón por la que acudiremos, principalmente, al Acuerdo de paz y no a la legislación de desarrollo para analizar este tema en concreto. La razón fundamental radica en que si bien la normativa posterior regula las sanciones que impondrá la Jurisdicción Especial para la Paz, lo cierto es que la misma, en gran medida, se remite al Acuerdo de paz. Por ello, y con la finalidad de evitar reiteraciones innecesarias, hemos optado por citar las previsiones del propio Acuerdo, salvo las excepciones expresamente señaladas (véase, por ejemplo, el Artículo transitorio 13 del Acto legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017 por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones). Es más, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado sobre esta remisión al propio Acuerdo y no ha dudado en declarar que este hecho no “desconoce los elementos medulares del sistema constitucional, pues aunque el Acuerdo Final por sí solo carece de fuerza vinculante, el constituyente secundario sí se encontraba habilitado para materializar su contenido, bien sea

Precisamente, si hubo un tema que provocó un interesante debate en Colombia fue el de las sanciones que debería imponer la Jurisdicción Especial para la Paz. Es más, incluso, pudo haber sido una de las claves de la victoria del “no” en el referéndum al Acuerdo de paz convocado por el Presidente Juan Manuel Santos y, por esta razón, no es de extrañar que se produjeran “ciertas”³⁴¹ modificaciones tras el resultado negativo alcanzado en las urnas³⁴². Es más, incluso una vez firmado el Acuerdo de paz y adoptada la legislación de desarrollo del mismo, el actual Presidente colombiano, Iván Duque, ha solicitado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se pronuncie al respecto y que exija mayor proporcionalidad en las penas³⁴³.

Debido a la relevancia que ha adquirido el caso de Colombia en la justicia transicional, y tras haber valorado las diversas modalidades de sanción que podríamos englobar dentro de este apartado, hemos decidido centrar nuestra atención en las sanciones “restaurativas”³⁴⁴, ya que son este tipo de sanciones las previstas en el Acuerdo de paz de Colombia. Y es que, dado que este caso supone el ejemplo más actual y relevante en estos momentos (recordemos que el Acuerdo de paz prevé que la Jurisdicción Especial para la Paz³⁴⁵ podrá imponer una serie de “sanciones propias”³⁴⁶ a quienes reconozcan “responsabilidad y verdad exhaustiva, detallada y plena ante la Sala de

reproduciendo o desarrollando sus contenidos, o bien sea dotando de fuerza normativa algunos de sus puntos, como justamente ocurrió con el artículo transitorio” (Corte Constitucional de la República de Colombia en la Sentencia C-674 el 14 de noviembre de 2017, p. 359).

³⁴¹ Ahora bien, en ningún momento se llegó a aceptar la imposición de la sanción privativa de libertad para aquellas personas que reconocieran verdad y responsabilidad.

³⁴² Puede consultarse una explicación detallada de las modificaciones que se produjeron en el Acuerdo de paz en el tema de la sanción en: Oficina del Alto Comisionado para la paz, equipo paz Gobierno: “Notas sobre los cambios, ajustes y precisiones del nuevo acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de la paz estable y duradera”, La Habana, 13 de noviembre de 2016.

³⁴³ Duque pide a CIDH exigir pena mínima para delitos abominables, *El Tiempo*, 26 de agosto de 2019. Disponible online en: <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/proceso-de-paz-duque-pide-a-cidh-exigir-pena-minima-para-delitos-graves-405040> Concretamente declaró que: “Mi llamado, apreciados magistrados, es que en sus interpretaciones y sus pronunciamientos, también se exija por parte del sistema interamericano una pena mínima con sanción proporcional a quienes han cometido los delitos más abominables en todo el hemisferio” (*Ibidem.*).

³⁴⁴ Esta modalidad específica de sanción ha sido analizada en detalle en: Henham, Ralph, “Towards Restorative Sentencing in International Criminal Trials”, *International Criminal Law Review*, Vol. 9, 2009, pp. 809 – 832; Flacks, Marti, “Combining Retribution and Reconciliation: The Role of Community Service Sentencing in Transitional Justice”, *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 1, 2006, pp. 1 - 25.

³⁴⁵ Dentro de la Jurisdicción, es el Tribunal para la Paz el competente para imponer la correspondiente sanción (véanse los artículos 92 – 93 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019).

³⁴⁶ Estas sanciones han sido avaladas por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-80 de 15 de agosto de 2018. En ella, la Corte ha señalado que las mismas son respetuosas con el deber del Estado de “garantizar una sanción efectiva, que a la vez implemente las dimensiones restaurativas y de reparación de la justicia transicional”.

Reconocimiento”³⁴⁷), examinaremos en detalle cómo se hallan reguladas las mismas y la respuesta que han obtenido por parte de la comunidad internacional. Así, trataremos de comprender mejor el alcance de este tipo de sanciones, las vicisitudes que las mismas plantean y, finalmente, estudiaremos si este tipo de penas harían o no la situación o el caso admisible ante la Corte Penal Internacional.

3.1. Más allá de la pena privativa de libertad: el artículo 80 del Estatuto de Roma y el tipo de sanciones aplicables por los Estados ante la comisión de crímenes internacionales

Si bien hace escasos años Bassiouni argumentaba que "the question with respect to punishment in the ICJ [International Criminal Justice] system is, therefore, not so much what penalties to apply if one excludes the death penalty and corporal punishment; rather, it is a question founded on the philosophical and policy bases and goals of punishment for international crimes"³⁴⁸, lo cierto es que, en la actualidad, comienza a debatirse qué sanciones deben aplicarse ante la comisión de crímenes internacionales³⁴⁹.

En efecto, a pesar de que, hasta ahora, la pena privativa de libertad ha sido considerada la sanción por antonomasia ante la comisión de crímenes internacionales³⁵⁰, en los

³⁴⁷ Artículo 126 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019. Conviene recordar que en el resto de supuestos la pena que se prevé sí que es la privación de libertad por un número determinado de años. Por ello, conviene distinguir las sanciones propias (que son las sanciones que vamos a analizar en el presente apartado) de las sanciones alternativas u ordinarias. Esta distinción se regula en el artículo 125 de la Ley No. 1957. En efecto, en virtud del Acuerdo de paz, “Las sanciones alternativas para infracciones muy graves que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sección de enjuiciamiento, antes de Sentencia, tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones alternativas, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de 8 años. Para los anteriores supuestos, las normas de desarrollo determinarán de qué manera se graduarán las sanciones y en cuáles casos corresponden sanciones inferiores a los 5 años a quienes no hayan tenido una participación determinante en las conductas más graves y representativas, aun interviniendo en ellas. En este caso el mínimo de sanción será de dos años y el máximo de 5 años, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos”, Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, punto 60.

³⁴⁸ Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 917.

³⁴⁹ Véase una crítica al tipo de sanciones que se imponen ante la comisión de crímenes internacionales en: Harmon, Mark B. and Gaynor, Fergal, "Ordinary Sentences for Extraordinary Crimes", *op.cit.*, pp. 683 – 712. En un sentido similar, véase también Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, p. 6 (donde el autor defiende que, pese a la excepcionalidad de los crímenes internacionales, las penas que se imponen así como el proceso que se sigue para ello sigue siendo sumamente ordinario). Es cierto que las sanciones pueden adquirir la forma, por ejemplo, “imposition of fines, removal from office, reduction of rank, and forfeiture of government or military pensions and/or other assets” (Scharf, Michael P., "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", *Cornell International Law Journal*, Vol. 32, Issue 3, 1999, pp. 517 – 518). No obstante, nos preguntamos hasta qué punto estas sanciones son adecuadas cuando se han cometido crímenes internacionales.

³⁵⁰ Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, p. 381; Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, p. 11.

contextos de justicia transicional se está prestando una creciente atención a las alternativas a la prisión³⁵¹. Ante esta situación, hay quien considera que “a key question is to determine what type of punishment ensures adequate social condemnation of conduct, proper communication of wrongdoing, engagement of the offender with the wrong and non-repetition of offences”³⁵². Pues bien, siguiendo estas oportunas reflexiones, y con el objetivo de determinar qué tipo de sanción podría llegar a imponerse en estos especiales contextos, resulta imperativo acudir, en primer lugar, al Derecho Internacional, ya que ciertos tratados internacionales nos pueden ayudar a acotar esta cuestión.

En efecto, tanto el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio -que menciona que las partes contratantes deben establecer “sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III”³⁵³- como los Convenios de Ginebra -que indican que “las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que han de aplicar”³⁵⁴-, prevén expresamente que las sanciones deben ser penales. Por ello, ante la comisión de estos crímenes internacionales, la imposición de una sanción restaurativa, en principio, podría suponer un incumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados con la firma y ratificación de dichos tratados internacionales. Es más, el propio Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha defendido incluso que “la sanción penal sigue siendo el eje ineludible y primordial para tratar toda violación grave del derecho humanitario”³⁵⁵ y, por ello, añade que la “sanción penal privativa de libertad física debe seguir siendo el elemento central del ‘discurso’ sobre las violaciones graves del derecho internacional humanitario”³⁵⁶. No obstante, pese a la equiparación que realiza el CICR entre la sanción penal y la pena privativa de libertad, nos preguntamos si, realmente, estos convenios internacionales están exigiendo siempre y en todo momento una pena “privativa de

³⁵¹ Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, pp. 381 – 382.

³⁵² *Ibid.*, p. 382.

³⁵³ Artículo V del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio.

³⁵⁴ Artículo 49 del I Convenio de Ginebra, artículo 50 del II Convenio de Ginebra, artículo 129 del III Convenio de Ginebra, artículo 146 del IV Convenio de Ginebra y, finalmente, el artículo 85.1 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. A propósito de la regulación de las diligencias penales, véase también el artículo 6 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra.

³⁵⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja, "Elementos y modalidades para incrementar la eficacia de las sanciones", octubre de 2008. Disponible online en: <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/sanciones.pdf>

³⁵⁶ *Ibidem*; Sottas, Eric, "Transitional justice and sanctions", *op.cit.*, p. 398.

libertad” ya que en ningún momento se alude *expresamente* a la misma. Por ello, nos preguntamos si se estarían respetando los términos de dichos tratados si los Estados, en sus correspondientes Ordenamientos Jurídicos Internos, sancionaran estos crímenes con sanciones penales pero que no se tradujeran en una pena de prisión.

Otros Tratados, en cambio, no mencionan expresamente el término “sanción penal” y se limitan a hablar de “penas”. Éste sería el caso, por ejemplo, de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes³⁵⁷, que señala que “todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad”³⁵⁸, de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que indica que “los Estados Partes considerarán el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad”³⁵⁹, o de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, que señala que los Estados se comprometen a imponer “una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad”³⁶⁰. Ante la parquedad de estos enunciados, lo único que cabe concluir es que estos tratados no obligan tampoco *expresamente* a los Estados a imponer una pena “privativa de libertad”³⁶¹.

Ahora bien, a pesar de este aparente amplio margen de discrecionalidad, lo cierto es que si acudimos a los ordenamientos jurídicos internos³⁶² de los Estados³⁶³, en la mayoría

³⁵⁷ Resulta relevante añadir que, si bien su homóloga interamericana no menciona el concepto de “penas”, lo cierto es que señala que los Estados deberán establecer “sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad” (artículo 6 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura). Por ello, nos preguntamos hasta qué punto la imposición de una sanción restaurativa podría llegar a ser considerada una sanción “severa” cuando se impone al responsable de haber cometido un delito de tortura que adquiere el estándar de crimen internacional.

³⁵⁸ Artículo 4 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

³⁵⁹ Artículo 7.1 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

³⁶⁰ Artículo 3 de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.

³⁶¹ Ahora bien, llegados a este punto conviene recordar los apuntes realizados en apartados previos a propósito de la proporcionalidad y, en especial, de la adecuación de la pena al ilícito cometido.

³⁶² La imposición de las sanciones a nivel interno ha sido analizado en detalle en: ICRC Legal Division, "Analysis of the punishment applicable to international crimes (war crimes, crimes against humanity and genocide) in domestic law and practice", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, Num. 870, June 2008, pp. 461 – 468; D'Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, pp. 57 – 108; Leindwand, Jessica, "Punishing Horrific Crime: Reconciling International Prosecution with national Sentencing Practices", *op.cit.*, pp. 799 – 852; véase también un interesante análisis en torno a la disparidad de las sanciones a nivel interno en De Guzman, Margaret M., "Harsh Justice for International Crimes?", *op.cit.*, pp. 5 - 7.

³⁶³ En el ámbito internacional, suele valorarse especialmente los esfuerzos realizados por Argentina a la hora de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables que cometieron atroces crímenes durante la dictadura. Por el amplio número de juicios llevados a cabo a nivel interno, no es infrecuente que este caso sea considerado como ejemplo de que, efectivamente, si existe voluntad, es posible cumplir con los compromisos asumidos en el ámbito internacional. Véanse las espectaculares cifras que se proporcionan en: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías

de ocasiones³⁶⁴, éstos contemplan la pena privativa de libertad como la sanción aplicable ante la comisión de crímenes internacionales³⁶⁵. Es más, en los estudios comparados que se han llevado a cabo se ha comprobado que estos hechos se castigan con las penas más severas³⁶⁶ superando, en ocasiones, las penas previstas en el Estatuto de Roma³⁶⁷.

Precisamente, a propósito del Estatuto de Roma debemos señalar que, atendiendo al artículo 80, los Estados tienen cierto³⁶⁸ margen de discrecionalidad a la hora de decir qué sanciones imponer. No obstante, tomando en consideración los debates que se produjeron en el proceso de negociación del precepto, que se limitaron a la discusión de la pena de muerte y la condena a perpetuidad³⁶⁹, bien podríamos concluir que el margen de los Estados a la hora de trasponer este precepto en sus correspondientes Ordenamientos Jurídicos Internos debería ceñirse a permitir o prohibir este tipo de condenas como sanción aplicable a los responsables de haber cometido los crímenes internacionales sobre los que ejerce su jurisdicción la Corte Penal Internacional.

Sin embargo, si atendemos a los amplios términos que, finalmente, quedaron plasmados en texto del Estatuto, ¿podríamos llegar a interpretar que este artículo 80 permite que los Estados prevean en sus legislaciones internas penas alternativas a la prisión, como por ejemplo las sanciones restaurativas, a la hora de sancionar a los máximos responsables de haber cometido ciertos crímenes internacionales? Y es que, el reiterado artículo simplemente señala que: “Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su

de no repetición, A/67/368, de 13 de septiembre de 2012. Un dato que conviene destacar: “en el 76% de las condenas, los tribunales han impuesto penas de prisión de 16 o más años, con un gran número de condenas a cadena perpetua” (*Ibid.*, punto 53).

³⁶⁴ Y es que, debemos insistir en que “no existe homogeneidad absoluta en este punto en los ordenamientos penales internos” (Huesa Vinaixa, Rosario, “El Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia...”, *op.cit.*, p. 185).

³⁶⁵ Por ejemplo, el código penal español sanciona con penas privativas de libertad (que, incluso, puede llegar a la polémica prisión permanente revisable) a las personas que cometan genocidio, crímenes contra la humanidad o de guerra. Véanse los artículos 607 –614bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24/11/1995.

³⁶⁶ D’Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, p. 107; ICRC Legal Division, “Analysis of the punishment applicable to international crimes (war crimes, crimes against humanity and genocide) in domestic law and practice”, *op.cit.*, pp. 461 - 468. No obstante, véanse los interesantes matices que, a este respecto, realiza Drumbl en: Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, pp. 68 – 70.

³⁶⁷ Stein, Ashley Joy, “Reforming the Sentencing Regime for the Most Serious Crimes of Concern...”, *op.cit.*, p. 557.

³⁶⁸ Sin embargo, a juicio del Fiscal adjunto de la Corte, el margen de discrecionalidad del que disponen los Estados debe ser calificado como amplio (Keynote speech by James Stewart: “La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”, *op.cit.*, pp. 10 – 14).

³⁶⁹ Schabas, William A., “Penalties”, *op.cit.*, p. 1505.

legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte”³⁷⁰.

Cualquier persona conocedora de los debates que suscitó el proceso de elaboración del precepto³⁷¹ respondería que ése no era, de ninguna manera, el propósito que se perseguía mediante su incorporación, a lo que probablemente añadiría que la posibilidad de que los crímenes más graves que afectan a la humanidad pudieran ser sancionados con penas restaurativas bien pudiera haber sido considerada una idea remota o, incluso, una broma de mal gusto. Sin embargo, lo cierto es que, si partimos de cero y nos centramos única y exclusivamente en los términos del precepto, la imaginación y el ingenio nos pueden llevar a realizar interpretaciones de lo más creativas sobre el tipo de sanciones que el Estatuto de Roma permite que los Estados adopten en sus correspondientes legislaciones internas. Por ello, y con la finalidad de ofrecer cierta claridad sobre esta cuestión, trataremos de analizar, en primer lugar, en qué consisten estas novedosas sanciones restaurativas para pasar, en un segundo momento, a analizar la viabilidad de imponer las mismas tomando en consideración las obligaciones que se derivan del Estatuto de Roma.

3.2. Las sanciones restaurativas y la respuesta de la comunidad internacional: los casos de El Salvador y Colombia

3.2.1. LA CONDENA CIERTOS ÓRGANOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A LAS SANCIONES NO PENALES: EL CASO DE EL SALVADOR

Desde el Derecho Internacional Penal no es mucho lo que se ha reflexionado en torno a la imposición de sanciones no penales³⁷². Por ello, no le falta razón a Stahn cuando

³⁷⁰ Artículo 80 del Estatuto de Roma.

³⁷¹ Para conocer más de cerca las vicisitudes que ocasionó la elaboración del artículo 80 puede acudir a los siguientes comentarios que se han publicado sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Ambos and Triffterer, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Munich-Oxford-Baden-Baden, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2016; Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, United Kingdom, Oxford University Press, 2016 (2^oed.); Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary* (Vol. I and II), Oxford and New York, Oxford University Press, 2002; Fernandez, Julian and Pacreau, Xavier (Dirs.), *Statut de Rome de La Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Vol. I et Vol. II, Paris, Editions A. Pedone, 2012; Pikis, Georghios M., *The Rome Statute for the International Criminal Court. Analysis of the Statute, the Rules of Procedure and Evidence, the Regulations of the Court and Supplementary Instruments*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

³⁷² Lo mismo ocurre en el campo de la justicia transicional ya que, como se ha señalado, “there is hardly any literature, theoretical or empirical, regarding the design and evaluation of punishment in negotiated transitions” (Rueda Guzman, Lily and Holá, Barbora, “Punishment in Negotiated Transitions: The Case of

declara que “community-based measures, rehabilitation and more creative forms of punishment are relatively alien to international criminal law”³⁷³. Sin embargo, como hemos señalado previamente, hay quien alega que las particularidades de los contextos de transición hacen que la noción de la sanción deba abarcar penas que vayan más allá de la privación de libertad³⁷⁴ al considerar que las sanciones alternativas a la prisión también pueden ser consistentes con los objetivos del castigo³⁷⁵. Es más, hay quien defiende que, precisamente, en estos contextos, las penas privativas de libertad no siempre son la sanción más apropiada³⁷⁶.

the Colombian Peace Agreement with the FARC-EP”, *International Criminal Law Review*, Vol. 19, 2019, p. 159). La siguiente doctrina ha estudiado con mayor detalle las sanciones no penales: Fattah, Ezzat A., “Is Punishment the Appropriate Response to Gross Human Rights Violations - Is a Non-Punitive Justice System Feasible”, *Acta Juridica*, 2007, pp. 209 – 227; Henham, Ralph, “Towards Restorative Sentencing in International Criminal Trials”, *op.cit.*, pp. 809 – 832; Radosavljevic, Dragana, “Restorative Justice under the ICC Penalty Regime”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 7, 2008, pp. 235 – 255; Maculan, Elena, “Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición”, *op.cit.*, pp. 222 – 223. Por otra parte, si se quiere profundizar en el propio concepto de “sanción no penal”, acúdase a: Meyer, Frank, “Complementing Complementarity”, *International Criminal Law Review*, Vol. 6, 2006, p. 552.

³⁷³ Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, p. 388. En un sentido similar, Drumbl añade que “international criminal law remains distant from restorative and reintegrative methodologies”, Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, p. 13.

³⁷⁴ Philippe, Xavier, “Breaching the principle of proportionality between the gravity of the crime and the weight of the sanction in international justice systems”, *op.cit.*, p. 76.

³⁷⁵ Keller, Linda M., “The False Dichotomy of Peace versus Justice and the International Criminal Court”, *Hague Justice Journal*, Vol. 3, Nº1, 2008, pp. 37 - 40. Pueden consultarse también las acertadas reflexiones que se realizan a este respecto en: Maculan, Elena, “Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición”, *op.cit.*, pp. 222 – 223; Tamarit Sumalla, Josep, “Justicia penal, justicia reparadora y comisiones de la verdad”, en Tamarit Sumalla, Josep (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 46; Tamarit Sumalla, Josep, “Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición”, *InDret*, Enero 2010, p. 20. En un sentido similar se ha defendido que el objetivo principal del Derecho Internacional Penal es evitar la impunidad, lo que puede lograrse acudiendo a la imposición de otra serie de sanciones que vayan más allá de la privación de la libertad (Manirakiza, Pacifique, “Customary African Approaches to the Development of International Criminal Law” en Levitt, Jeremy I. (Ed.), *Africa: Mapping New Boundaries in International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008, p. 54). Ahora bien, hay quien insiste en que “punishment does not have to be criminal, but it does have to label the individual as a wrongdoer and impose some type of sanction upon him” (Ludwin King, Elizabeth B., “Does justice always require prosecution? The International Criminal Court and transitional justice measures” en *The Geo. Wash. Int'l l. Rev.*, Vol. 45, 2013, pp. 115 – 116).

³⁷⁶ Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, p. 10. Concretamente, el experto defiende que “prosecution and incarceration are not always the best way to promote accountability in all afflicted places and spaces” (acúdase especialmente a las páginas 147 – 148 para profundizar en esta cuestión). Véase también Fattah, Ezzat A., “Is Punishment the Appropriate Response to Gross Human Rights Violations...”, *op.cit.*, p. 218; Manirakiza, Pacifique, “Customary African Approaches to the Development of International Criminal Law”, *op.cit.*, p. 54; Flacks, Marti, “Combining Retribution and Reconciliation: The Role of Community Service Sentencing in Transitional Justice”, *op.cit.*, pp. 1 – 25; Mallinder, Louise, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2008, pp. 276 – 277; Keller, Linda M., “The False Dichotomy of Peace versus Justice and the International Criminal Court”, *Hague Justice Journal*, Vol. 3, Nº1, 2008, pp. 37 – 40. En un sentido similar, se ha defendido que los tribunales internacionales penales deberían considerar también la posibilidad de imponer penas alternativas a la privativa de libertad (Woods, Andrew K., “Moral Judgments and International Crimes: The Disutility of Desert”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, pp. 673 – 674).

Sin embargo, los recientes acontecimientos ocurridos en El Salvador nos dan una buena muestra de la opinión que merecen a ciertos órganos internacionales de protección de derechos humanos la imposición de sanciones no penales ante la comisión de graves violaciones a los derechos humanos³⁷⁷ lo que, teóricamente, podría ser aplicable también al caso de Colombia que examinaremos a continuación³⁷⁸.

Y es que, el Tribunal Supremo de El Salvador, en el año 2016, declaró inconstitucional la Ley de amnistía del año 1993 y solicitó a la Asamblea Legislativa del país que aprobara una nueva Ley de Reconciliación Nacional³⁷⁹. Así, el 14 de mayo de 2019, la Asamblea aprobó un borrador de ley que, si bien no contemplaba amnistía con respecto a los crímenes internacionales³⁸⁰, podría abrir la puerta a la impunidad³⁸¹ dado que ciertas disposiciones de la misma podrían ser consideradas como “perdones de facto, ya que las penas de prisión serán suspendidas y sustituidas por el servicio a la comunidad”³⁸². Precisamente, ante esta situación, el propio Relator Especial sobre la justicia transicional³⁸³ expresó su “profunda preocupación por (...) eliminar la aplicación de

³⁷⁷ Observaciones Preliminares sobre la Visita Oficial a El Salvador por el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la reparación y las garantías de no repetición, Señor Fabián Salvioli, 23 de abril a 3 de mayo de 2019, San Salvador, 3 de mayo de 2019. Disponible online en: <https://www.ohchr.org/sp/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24557&LangID=S>; Bachelet insta a los legisladores salvadoreños a abstenerse de restablecer la amnistía para graves violaciones a los derechos de derechos humanos, Ginebra, 6 de marzo de 2019. Disponible online en: <https://www.ohchr.org/sp/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24267&LangID=S>; CIDH expresa preocupación por iniciativa de ley que dejaría en la impunidad las graves violaciones a los derechos humanos del pasado en El Salvador, 25 de abril de 2019. Disponible online en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/104.asp>

³⁷⁸ Sin embargo, como comprobaremos en apartados sucesivos, estos mismos órganos parecen mostrarse más cautelosos a la hora de denunciar las concretas sanciones previstas en el Acuerdo de paz. A nuestro juicio, la diferencia principal que podría llegar a explicar el diferente trato otorgado a estos dos casos radica en que en El Salvador el conflicto armado terminó hace años.

³⁷⁹ Fabian Salvioli: "El Salvador: La Asamblea Legislativa no debe aprobar un proyecto de ley de "amnistía de facto" para las violaciones de derechos humanos, dicen expertos de la ONU", Ginebra, 19 de mayo de 2019. Disponible online en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24619&LangID=S>

³⁸⁰ Observaciones Preliminares sobre la Visita Oficial a El Salvador por el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la reparación y las garantías de no repetición, Señor Fabián Salvioli, 23 de abril a 3 de mayo de 2019, San Salvador, 3 de mayo de 2019. Disponible online en: <https://www.ohchr.org/sp/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24557&LangID=S>

³⁸¹ CIDH expresa preocupación por iniciativa de ley que dejaría en la impunidad las graves violaciones a los derechos humanos del pasado en El Salvador, *op.cit*; Fabian Salvioli: "El Salvador: La Asamblea Legislativa no debe aprobar un proyecto de ley...", *op.cit*.

³⁸² Fabian Salvioli: "El Salvador: La Asamblea Legislativa no debe aprobar un proyecto de ley...", *op.cit*. Es más, el experto de la ONU no duda en calificar este proyecto de Ley como un “pacto de impunidad” y añade que “este intento es tan espurio como ilegal bajo la ley nacional e internacional”. En un sentido muy similar se pronunció Bachelet al declarar que este proyecto de ley “restablecería a la práctica una amnistía absoluta e incondicional” (Bachelet insta a los legisladores salvadoreños...", *op.cit*).

³⁸³ Quisiéramos señalar que nos parece un tanto llamativo que el Relator Especial sobre la justicia transicional no se haya pronunciado sobre el sistema de justicia transicional colombiano. Y es que, siendo éste uno de los modelos más actuales y relevantes de justicia transicional, no podemos sino preguntarnos

sanciones penales por violaciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario y crímenes de lesa humanidad”³⁸⁴.

Concretamente, a juicio del experto independiente de la ONU, “las amnistías, los plazos de prescripción y los mecanismos que eliminan el efecto de las sanciones penales son incompatibles con los delitos que constituyen graves violaciones de los derechos humanos”³⁸⁵. Por esta razón, tras concluir que el proyecto de Ley es contrario a las obligaciones internacionales asumidas por El Salvador³⁸⁶, recomienda que la Asamblea Legislativa apruebe “una Ley integral de justicia transicional que cumpla (...) con los estándares internacionales de derechos humanos”³⁸⁷, petición muy similar a las efectuadas por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos³⁸⁸ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁸⁹.

A la vista de los acontecimientos, podríamos concluir que la imposición de sanciones no penales ante la comisión de crímenes internacionales es contraria al Derecho Internacional y, en consecuencia, rechazada por ciertos órganos internacionales de protección de derechos humanos como la Comisión Interamericana, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e, incluso, el máximo experto en el ámbito que nos ocupa: el Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Y es que, todos ellos han otorgado una tajante respuesta ante el proyecto de ley del Estado latinoamericano. Ahora bien, nos preguntamos hasta qué punto estos mismos órganos se aventurarían a realizar declaraciones tan contundentes a propósito del caso de Colombia que analizaremos a continuación.

la razón por la que el experto de la ONU no ha dado su opinión al respecto o, incluso, no ha efectuado una visita al país.

³⁸⁴ Fabian Salvioli: "El Salvador: La Asamblea Legislativa no debe aprobar un proyecto de ley...", *op.cit.*

³⁸⁵ *Ibidem.* Posteriormente, añade que “la condena y el castigo efectivo de los responsables es una obligación del Estado salvadoreño y no puede ser eludida por decisiones legislativas contrarias al derecho internacional de los derechos humanos”.

³⁸⁶ Observaciones Preliminares sobre la Visita Oficial a El Salvador por el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la reparación y las garantías de no repetición, *op.cit.*; Bachelet insta a los legisladores salvadoreños..., *op.cit.*

³⁸⁷ Observaciones Preliminares sobre la Visita Oficial a El Salvador por el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la reparación y las garantías de no repetición, *op.cit.*

³⁸⁸ Bachelet insta a los legisladores salvadoreños..., *op.cit.*

³⁸⁹ CIDH expresa preocupación por iniciativa de ley..., *op.cit.* Concretamente, a juicio de la Comisión, resulta necesaria la “aplicación de las sanciones pertinentes”.

3.2.2. COLOMBIA Y LAS SANCIONES “PROPIAS” PREVISTAS EN EL ACUERDO DE PAZ

Si nos centramos en el caso de Colombia, conviene precisar que el propio Acuerdo de paz³⁹⁰ preveía que: “las sanciones tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad que se haga ante el componente de Justicia del SIVJRNO mediante declaraciones individuales o colectivas”³⁹¹. A pesar de que, aparentemente, nos hallamos ante un precepto claro y sencillo, lo cierto es que, éste aglutina la mayor parte de la teoría de la justicia transicional que hemos ido analizando a lo largo del presente trabajo³⁹².

Empezando, por lo tanto, con el tipo de sanciones “propias”³⁹³, resulta oportuno señalar que Colombia ha adoptado una clasificación que distingue entre las sanciones aplicables en zonas rurales, en zonas urbanas y las correspondientes a la limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra, municiones sin explotar y minas antipersona. A título meramente ilustrativo señalaremos que las modalidades que se contemplan son tan variadas como, por ejemplo, la participación o ejecución de programas de eliminación de residuos, programas de protección medio ambiental, construcción y reparación de infraestructuras en zonas rurales, programas de sustitución de cultivos de uso ilícito, programas de acceso a agua potable y construcción de redes y sistema de saneamiento o, incluso, la posibilidad de participar en la limpieza y erradicación de minas antipersona y

³⁹⁰ Esta misma definición ha sido finalmente adoptada en el artículo 125 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019.

³⁹¹ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, punto 60. Esta misma definición se proporciona en el Artículo transitorio 13 del Acto legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017, *op.cit.* Es más, este Acto Legislativo fue objeto de revisión de constitucionalidad por la Corte Constitucional de la República de Colombia en la Sentencia C-674 el 14 de noviembre de 2017. Precisamente, en esta sentencia, la Corte Constitucional no considera que mediante las sanciones previstas se esté vulnerando la obligación del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar “las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario” (*Ibid.*, punto 5.5.1.4).

³⁹² Por ello, y por la complejidad técnica que plantea, analizaremos los componentes ahí señalados en el apartado final de la presente Sección. Así, en estos momentos, nos centraremos única y exclusivamente en el tipo de sanciones restaurativas que se prevén y las condiciones de cumplimiento de las mismas.

³⁹³ Puede consultarse el listado concreto en el propio Acuerdo de paz o en los artículos 138 – 141 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019 (sanciones que han sido declaradas constitucionales por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-80 de 15 de agosto de 2018).

artefactos explosivos improvisados o restos explosivos de guerra y municiones sin explotar³⁹⁴.

A la vista de las variadas sanciones previstas, quisiéramos adelantar que la crítica que realizamos al proceso creado por Colombia no se dirige, fundamentalmente, al tipo concreto de sanciones que se prevén. Y es que, reconocemos que el Derecho Internacional no impone *expresamente* la obligación de sancionar a los responsables de haber cometido un crimen internacional, tampoco si son considerados como los máximos responsables, con una pena privativa de libertad³⁹⁵. Sin embargo, a lo largo de estas líneas hemos ido defendiendo la necesidad de que las penas que finalmente se impongan guarden cierta adecuación teniendo en cuenta los ilícitos que castigan. Por ello, y cuando nos referimos a los máximos responsables de haber cometido crímenes tan atroces como lo son los crímenes de guerra o contra la humanidad, parece razonable exigir cierta “adecuación”³⁹⁶. Por esta razón, no nos deja de resultar llamativo los escasos períodos de cumplimiento de la sanción “restaurativa” que prevé el Acuerdo de paz. Concretamente dispone que:

“Las sanciones propias de la JEP (...) tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de la sanción de cinco años y un máximo de ocho años. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones propias, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de ocho años.”³⁹⁷

Es decir, la duración de la sanción, en principio³⁹⁸, podrá oscilar entre los cinco y los ocho años de prisión, con una excepción: a aquellas personas que no hayan tenido una

³⁹⁴ Puede consultarse el listado íntegro en: Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, pp. 171 – 174.

³⁹⁵ Ahora bien, tal y como hemos señalado previamente, ciertos tratados internacionales sí que prevén que determinados ilícitos deben sancionarse penalmente. Recuérdese, especialmente, que el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio menciona que las partes contratantes deben establecer “sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III” y que los Convenios de Ginebra, por su parte, indican que “las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que han de aplicar”.

³⁹⁶ Esta misma conclusión sería aplicable al crimen de genocidio. No obstante, dado que el examen preliminar de la Corte Penal Internacional no ha considerado que se haya perpetrado este crimen en Colombia, no lo mencionaremos a lo largo del análisis.

³⁹⁷ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, punto 60. Véase la idéntica regulación en el artículo 126 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019.

³⁹⁸ A este respecto, debemos de realizar otra matización. Y es que, el Acuerdo de paz prevé que “respecto a los integrantes de la organización que suscriba acuerdo de paz con el Gobierno, el periodo de permanencia en las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN), será considerado en su caso como tiempo de cumplimiento de la sanción, siempre que durante dicha permanencia se hubieran realizado trabajos u obras, o actividades con contenido reparador. Una vez finalizado el periodo de permanencia en las ZVTN, los trabajos u obras o actividades con contenido reparador que se realicen por personas a disposición de la Jurisdicción Especial para la Paz, también serán consideradas como tiempo de cumplimiento de la sanción

“participación determinante en las conductas más graves y representativas” se les podrá imponer una pena que oscilará entre los dos y los cinco años³⁹⁹.

Tal y como hemos defendido previamente, no somos partidarios de un número elevado de años de cumplimiento de pena ya que, a nuestro juicio, no por ello se garantizan más eficazmente los objetivos del castigo. Ahora bien, de ahí a mostrar nuestro apoyo incondicional a la previsión de unas penas no sólo “restaurativas” sino durante un período tan limitado de tiempo, hay un abismo. Por ello, no podemos sino criticar la escasa proporcionalidad que contemplan las sanciones previstas en el Acuerdo de paz.

Por lo tanto, a la vista de lo que hemos señalado, podríamos concluir que nos hallamos ante sanciones “restaurativas” con una duración bastante “limitada” de cumplimiento. Sin embargo, las partes negociadoras fueron más allá y establecieron las siguientes condiciones en las que éstas habrán de cumplirse:

“Comprenderán restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución, y además deberán garantizar la no repetición.

Restricción efectiva significa que haya mecanismos idóneos de monitoreo y supervisión para garantizar el cumplimiento de buena fe de las restricciones ordenadas por el Tribunal, de tal modo que esté en condición de supervisar oportunamente el cumplimiento, y certificar si se cumplió. La JEP determinará las condiciones de restricción efectiva de libertad que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la sanción, condiciones que en ningún caso se entenderán como cárcel o prisión ni adopción de medidas de aseguramiento equivalentes.”⁴⁰⁰

que pudiera imponérseles, siempre y cuando dichos trabajos, obras o actividades se realicen en una ubicación territorial perfectamente definida y verificable” (punto 60). Esta situación, se ha previsto también en el artículo 132 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019 que, así mismo, ha sido declarada constitucional por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-80 de 15 de agosto de 2018. Véase también el artículo 133 aplicable a los miembros de la Fuerza Pública.

Es más, la siguiente previsión del Acuerdo de paz no deja de resultar llamativa ya que podría implicar que el cumplimiento efectivo de la sanción fuera todavía inferior a los plazos señalados. Y es que, añade: “podrá definirse que su ejecución se efectúe durante un periodo pre establecido o bien atendiendo a resultados, como por ejemplo, la culminación de la construcción de una infraestructura determinada, sin perjuicio de la duración de la sanción impuesta por el Tribunal en su caso”. Véase también la idéntica regulación que se prevé en el artículo 141 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019.

³⁹⁹ Artículo 129 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019. Pese a la levedad de la duración de la pena, la misma ha sido declarada constitucional por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-80 de 15 de agosto de 2018.

⁴⁰⁰ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, punto 60. Véase la idéntica regulación en los artículos 126 y 127 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019.

Debemos admitir que la cuestión de la “restricción efectiva” es el aspecto que menos controversias nos genera⁴⁰¹. Y es que, no nos parece inadecuado que, en escenarios de transición, se contemplen privaciones o restricciones a la libertad alternativas a la prisión y que puedan contribuir de manera más efectiva al logro de la reconciliación y de la paz de la sociedad. Ahora bien, seguimos defendiendo la necesidad de cierta “adecuación”. Por ello, y realizada esta aclaración, consideramos que las condiciones que se establecen no dejan de ser excesivamente beneficiosas. Es cierto que se limita la libertad de residencia o de movimiento, pero, si leemos los criterios que deben aplicar los magistrados, no podemos sino concluir que, en ocasiones, estas “restricciones” pueden eludirse fácilmente⁴⁰². Concretamente, el Acuerdo⁴⁰³ añade que los magistrados:

- a) Fijarán de forma concreta los espacios territoriales donde se ubicarán los sancionados durante los periodos horarios de ejecución y cumplimiento de las sanciones propias del Sistema, que tendrán un tamaño máximo equivalente al de las Zonas Veredales Transitorias de Normalización.
- b) Fijarán los horarios de cumplimiento de las sanciones restaurativas.
- c) Durante los periodos horarios de ejecución de la sanción, cualquier desplazamiento del sancionado para atender actuaciones diferentes al cumplimiento de la sanción, deberá ser autorizado por la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz.
- d) En la sentencia se determinará el lugar de residencia de la persona que ejecutará la sanción acordada, durante el período de su ejecución.”⁴⁰⁴

⁴⁰¹ Como ha señalado la Corte Constitucional colombiana, el Acuerdo de paz previó la “restricción” de libertades, no la “privación” de la misma. Ahora bien, matiza que “lo anterior no implica que la sanción propia no deba implementar algunas reglas propias de este régimen y, en particular, la supervisión sobre el cumplimiento de la sanción, cumplimiento que debe ser determinado por una autoridad judicial que constate con rigor las condiciones de efectiva restricción de libertades, así como la ejecución del componente retributivo” (Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-80 de 15 de agosto de 2018).

⁴⁰² Ahora bien, conviene aclarar que tanto el Acuerdo como la normativa de desarrollo contemplan ciertos mecanismos tendentes a evitar que se incumplan las sanciones impuestas. Por ejemplo, véanse los artículos 67 – 68 de la Ley 1922 de 18 de julio de 2018 por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz, en la que se describe el proceso a seguir en caso de incumplimiento de las condiciones previstas. Es más, la Corte Constitucional se ha posicionado en torno a lo que denomina “régimen de monitoreo y seguimiento” y ha declarado que éste es “esencial para que los horarios, lugar de residencia y condiciones de cumplimiento de la pena sean estrictamente cumplidos. Este monitoreo deberá tener en cuenta el carácter coercitivo de la restricción de derechos y libertades. Por tal razón, la efectiva supervisión de las sanciones debe garantizar que la restricción efectiva de la libertad y los proyectos restaurativos que se desarrollen en este marco, no sean de cumplimiento simplemente voluntario, sino que se garantice que se cumplen las medidas conforme a las condiciones impuestas en la sentencia” (Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-80 de 15 de agosto de 2018, punto 4.1.9). Acúdase también a los artículos 135 - 137 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019 que regulan el proceso de verificación y cumplimiento de las sanciones.

⁴⁰³ Véase también el artículo 125 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019 en la que se especifica que serán en las resoluciones y en las sentencias dónde se precisen las condiciones concretas de las sanciones, extremo que ha recibido el visto bueno de la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019.

⁴⁰⁴ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, punto 60. También se añade: “e) Si durante el periodo de cumplimiento de la sanción se impusiera la realización de distintos proyectos, el Tribunal irá

Como puede observarse el Acuerdo menciona expresamente “durante el período de su ejecución”. El hecho de prever insistentemente esta condición nos puede hacer pensar que cuando no se esté cumpliendo la misma, es decir, fuera de los horarios de cumplimiento de la sanción, los condenados podrían llegar a tener libertad absoluta de desplazamiento lo que, consideramos, no sería muy adecuado teniendo en cuenta que han sido condenados como máximos responsables de haber cometido un crimen internacional⁴⁰⁵.

Es más, otro aspecto llamativo es que el Acuerdo de paz prevé la posibilidad de que sean los propios responsables los encargados de presentar ante la Sala de la Jurisdicción Especial para la Paz un “proyecto” en el que propongan el trabajo a realizar y que debería ser aprobado por la JEP⁴⁰⁶. En definitiva, no deja de resultar sorprendente la aglutinación de beneficios que, poco a poco, se van enumerando en el Acuerdo de Paz y que podrían llevar a la conclusión de que, tal vez, más que garantizar los derechos de las víctimas, se está poniendo el foco en los responsables de haber cometido los crímenes internacionales con la finalidad de que éstos acepten unas sanciones onerosas como intercambio a favor de la paz.

determinando en cada caso los distintos lugares de residencia del sancionado; f) El cumplimiento de estas sanciones será compatible con el cumplimiento por los sancionados de otras tareas u obligaciones derivadas del Acuerdo Final de Paz; g) Indicarán al órgano que verifique el cumplimiento de las sanciones la periodicidad con la que deberá rendirle informes sobre la ejecución de la sanción”. Véase la idéntica regulación del artículo 127 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019. Así mismo, respecto de los miembros de la Fuerza Pública, consúltese el párrafo primero del citado artículo.

⁴⁰⁵ HRW, Colombia debe corregir defectos de legislación de justicia transicional, 8 de octubre de 2017.

⁴⁰⁶ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, pp.164 - 167. Concretamente, el Acuerdo prevé que: “Los comparecientes ante la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad podrán presentar un proyecto detallado, individual o colectivo, de ejecución de los trabajos, obras o actividades reparadoras y restaurativas. En dicho proyecto se indicarán obligaciones, objetivos, fases temporales, horarios y lugares de la ejecución, así como las personas que los ejecutarán, y el lugar donde residirán. Las sanciones impuestas por el Tribunal establecerán los lugares donde residirán las personas que ejecutarán los proyectos. Los lugares donde residirán tendrán condiciones apropiadas de habitabilidad y dignidad. El proyecto deberá establecer un mecanismo de consulta con los representantes de las víctimas residentes en el lugar de ejecución, para recibir su opinión y constatar que no se oponen al mismo. El mecanismo de consulta deberá ser aprobado por la Sala y se ejecutará bajo su supervisión. Las víctimas, si lo creen conveniente, podrán comunicar al Tribunal su opinión sobre el programa propuesto. El Tribunal tendrá plena autonomía para decidir sobre el proyecto. Dicho proyecto deberá haber sido previamente aprobado por la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, y deberá ser formulado por la Sala en caso de que los comparecientes no lo presenten”. Véase también el artículo 141 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019.

Por todo cuanto se acaba de señalar, a nuestro juicio⁴⁰⁷, este tipo de sanciones restaurativas⁴⁰⁸ podrían no llegar a respetar íntegramente las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional⁴⁰⁹, en general, y del Estatuto de Roma en particular. Por ello, examinaremos en el apartado que sigue a continuación cuál ha sido la reacción de la Corte Penal Internacional ante la previsión de este tipo de sanciones y analizaremos si las mismas podrían hacer o no la situación admisible en virtud del Estatuto de Roma.

⁴⁰⁷ A este respecto, son interesantes las críticas que las Organizaciones Human Rights Watch y Amnistía Internacional realizaron a propósito de las sanciones en los diversos documentos publicados hasta el momento: HRW, Análisis de Human Rights Watch sobre el “Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto” alcanzado por el gobierno de Colombia y las FARC, 21 de diciembre de 2015; HRW, Colombia: un acuerdo de impunidad, 22 de diciembre de 2015; HRW, Colombia: Acuerdo de paz en una oportunidad histórica para reducir abusos”, 25 de agosto de 2016; HRW, Carta al Presidente Juan Manuel Santos sobre la firma del acuerdo de paz, 23 de septiembre de 2016; HRW, La promesa del acuerdo de paz en Colombia y sus graves defectos, 30 de septiembre de 2016; HRW, Pronunciamiento de Human Rights Watch sobre el resultado del plebiscito sobre el acuerdo de paz con las FARC, 3 de octubre de 2016; HRW, Carta al Presidente Santos sobre el futuro del proceso de paz, 6 de octubre de 2016; HRW, Paz y justicia en Colombia, 18 de octubre de 2016; HRW, Carta al Presidente Santos sobre el nuevo acuerdo de paz con las FARC, 23 de noviembre de 2016; HRW, Colombia debe corregir defectos de legislación de justicia transicional, 8 de octubre de 2017; HRW, *Amicus curiae* sobre proyecto de ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz, 5 de junio de 2018; AI, Colombia: El acuerdo de paz debe abrir la puerta a la justicia, 1 de diciembre de 2016; AI, Informe 2015/2016 de Amnistía Internacional: la situación de los derechos humanos en el mundo; AI, Informe 2016/2017 de Amnistía Internacional: la situación de los derechos humanos en el mundo.

⁴⁰⁸ A lo largo del presente apartado, hemos empleado frecuentemente el concepto de “sanción restaurativa” para referirnos a la modalidad de la sanción prevista en el Acuerdo de paz. No obstante, resulta relevante señalar que esta calificación no la comparte la Corte Constitucional colombiana. Y es que, curiosamente, ésta considera que las sanciones previstas tienen características propias tanto de las sanciones restaurativas como las retributivas. Concretamente, la Corte no ha dudado en considerar que: “De esta manera, de un lado, la sanción será retributiva, porque implica restricción de derechos y libertades bajo estrictas condiciones de supervisión durante el tiempo en que dicha sanción deba ser cumplida. De otro lado, la sanción será restaurativa, pues asegurará el cumplimiento de funciones reparadoras por parte de los responsables, partiendo de su reconocimiento de responsabilidad, y siguiendo con el desarrollo de proyectos de interés social y de reparación” (Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-80 de 15 de agosto de 2018, punto 4.1.9).

⁴⁰⁹ Sin embargo, estas sanciones han recibido el visto bueno de la Corte Constitucional colombiana. Puede consultarse la Sentencia C-674 el 14 de noviembre de 2017, especialmente el punto 5.5.1.4 en la que la Corte concluye que respetan la obligación del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar. Es más, añade que “la Corte entiende, por tanto, que respecto de los máximos responsables de los delitos más graves y representativos cometidos en el marco del conflicto armado, el Acto Legislativo 01 de 2017 consagra el deber de imponer una sanción efectiva y proporcional, por lo cual, se preserva el sustrato del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario”. Es más, incluso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos parece haber aceptado las mismas ya que en los informes anuales no condena las mismas. A este respecto, véanse los puntos 137 – 138 de: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2016, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II., 15 marzo 2017. Consúltense también los puntos 124 – 126 de: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2017, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II., 31 diciembre 2017.

3.3. La imposición de sanciones restaurativas y la admisibilidad de situaciones ante la Corte Penal Internacional: un análisis centrado en el caso de Colombia

Tal y como adelantábamos previamente, a pesar de que el Estatuto de Roma únicamente prevé la pena privativa de libertad como sanción a imponer por la Corte⁴¹⁰, éste no obliga *expresamente* a los Estados a aplicar esta sanción concreta en sus respectivas legislaciones internas⁴¹¹.

Esta conclusión, además de derivarse de una lectura del propio texto del Estatuto, ha sido corroborada por el Fiscal Adjunto de la Corte al aclarar que este instrumento jurídico no solo no prevé la duración concreta que las condenas deberían tener a nivel interno, sino que el texto normativo tampoco “prescribe un tipo... de condena que los Estados deben imponer por crímenes de la CPI”⁴¹². Por esta razón, añade que “las sanciones penales efectivas pueden adoptar distintas formas”⁴¹³ siempre y cuando satisfagan los “objetivos adecuados vinculados a la pena, como la condena pública de la conducta criminal, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas, y la disuasión de conductas

⁴¹⁰ Llegados a este punto, debemos recordar que la Corte Penal Internacional no es competente respecto de aquellas personas que, en el momento de la comisión del crimen, fueran menores de 18 años (artículo 26 del Estatuto de Roma). Pues bien, cuando este precepto todavía no se había precisado y se debatía la competencia de la Corte respecto de estos menores de edad, se propuso que, en estos casos, se impusieran penas especiales que tuvieran en cuenta la edad de los presuntos responsables. Sin embargo, y como es de sobra conocido, al limitarse la competencia de la Corte a las personas mayores de dicha edad, estas modalidades especiales de pena se eliminaron de la versión definitiva del Estatuto. Esta interesante cuestión se explica en: Ambos and Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, op.cit.*, pp. 1032 – 1034. Véase también el siguiente trabajo donde se reflexiona sobre la paradójica situación que se puede producir entre el enjuiciamiento de un mayor de edad en el seno de la Corte Penal Internacional y, en cambio, el proceso interno respecto de un menor de edad que puede hallarse sujeto a menores garantías procesales como consecuencia de la legislación estatal en: Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary, op.cit.*, p. 540.

Como se puede comprobar, esta previsión se asemeja bastante al caso de Sierra Leona donde, recordemos, la Corte Especial sí que podía ejercer su competencia sobre menores de edad. Y es que, como se ha señalado “the underlying purpose is to protect children, often victimized in the context of bloody and prolonged conflicts and transformed into criminal offenders, who need to be assisted and rehabilitated rather than being punished and additionally traumatized through a criminal trial” (Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary, op.cit.*, p. 535).

⁴¹¹ Ahora bien, tal y como añadíamos, los Estados no han dudado en sancionar los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia la Corte Penal Internacional mediante la pena de prisión.

⁴¹² Keynote speech by James Stewart: “La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”, *op.cit.*, pp. 10 – 14.

⁴¹³ *Ibid.*, pp. 10 – 14. A este respecto, y antes de continuar, quisiéramos destacar el adjetivo empleado por el Fiscal Adjunto ya que obsérvese que alude a las sanciones “penales”, circunstancia que, en principio, nos podría llevar a la conclusión que las sanciones no penales no cumplirían estas condiciones.

criminales ulteriores”⁴¹⁴. Por otra parte, añade que estos objetivos⁴¹⁵ citados *podrían*⁴¹⁶ atribuírseles a las sanciones restaurativas pero, para ello, y con la finalidad de determinar si “las sanciones son compatibles con el interés real de hacer comparecer a las personas condenadas ante la justicia”⁴¹⁷, el Fiscal Adjunto propone una serie de factores como, por ejemplo:

“la práctica habitual a nivel nacional en cuanto a la imposición de penas por crímenes del Estatuto de Roma, la proporcionalidad de la pena en relación con la gravedad del crimen y el grado de responsabilidad del autor, el tipo y grado de restricciones a la libertad, la existencia de circunstancias atenuantes, las razones que el juez que impone la sanción haya dado para imponer una sanción en particular, entre otras”⁴¹⁸.

Ante los elementos enumerados, parece innegable que no cualquier sanción cumplirá los requisitos exigidos y, por ello, creemos oportuno distinguir las sanciones alternativas de las sanciones meramente simbólicas⁴¹⁹ ya que, éstas últimas, harían la situación admisible ante la Corte⁴²⁰. Ahora bien, a pesar de que en un plano meramente teórico sea posible establecer una clara distinción entre una sanción simbólica y una sanción restaurativa, lo cierto es que, en la práctica, no siempre será sencillo de dilucidar dónde se halla la línea divisoria entre ambas. Por ello, consideramos que es necesaria una

⁴¹⁴ *Ibid.*, pp. 10 – 14.

⁴¹⁵ Los objetivos o fines de la pena han sido desarrollados con mayor detalle en: Burchard, Christoph, “¿Es efectivo el castigo penal de combatientes en un conflicto armado? Reflexiones iniciales sobre maneras para vencer la ignorancia sobre la eficacia de soluciones penales en la justicia transicional” Ambos, Kai, Cortés Rodas y Zuluaga, John (Coords.), *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (cedpal) de la Georg-August-Universität Göttingen, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, Bogotá, 2018, pp. 35 – 50.

⁴¹⁶ Ahora bien, conviene aclarar que el Fiscal adjunto matiza que “sería especulativo para la Fiscalía hacer observaciones sobre las posibles consecuencias con arreglo al Estatuto de Roma de las penas alternativas sin conocer los detalles de qué sanciones específicas se contemplan”, Keynote speech by James Stewart: “La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”, *op.cit.*

⁴¹⁷ Y es que, a juicio del Fiscal Adjunto, “en última instancia, la pregunta será si, en el contexto de un proceso de justicia transicional, las penas alternativas cumplen adecuadamente los objetivos de las sentencias para los crímenes más graves. La respuesta a esa pregunta dependerá del tipo de sanciones que se contemplen y de sopesarlas con la gravedad de los crímenes y el rol y la responsabilidad de la persona condenada por su comisión”, (*Ibidem.*).

⁴¹⁸ *Ibidem.*

⁴¹⁹ Precisamente, como ha señalado Stahn, “it is widely agreed that symbolic punishment is not enough”, Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, p. 388. Ambos también defendió, en el año 1999, que “el simple cumplimiento simbólico de la pena es violatoria del derecho internacional en caso de graves violaciones a los derechos humanos”, Ambos, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, *op.cit.*, p. 142.

⁴²⁰ En efecto, tal y como se ha defendido, “the ICC is expected to show considerable deference to national approaches to penalties, but truly trivial penalties could support a finding of unwillingness or inability to carry out genuine proceedings” (Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Vol. II, *op.cit.*, p. 1866).

reflexión más profunda en torno a las modalidades de sanción que la Corte Penal Internacional estaría dispuesta a aceptar y las condiciones en las que deberían cumplirse las mismas⁴²¹. Y es que, dado que el Estatuto de Roma no menciona en ninguna ocasión las consecuencias que se derivan de la imposición de sanciones no penales⁴²², es necesario precisar con mayor detalle el régimen jurídico que resultaría de aplicación.

En la doctrina, los escasos trabajos que se han pronunciado sobre el examen de complementariedad aplicado a la sanción no dejan de ser meras hipótesis en tanto en cuanto la Corte no se posiciona en un caso concreto⁴²³. Sin embargo, parece existir cierta corriente doctrinal que considera que determinadas sanciones podrían hacer la situación admisible ante la Corte. Por ejemplo, como ha señalado *Human Right Watch*, las penas que sean inadecuadas pueden reflejar la intención de los Estados de no querer sancionar a los responsables, ya que podría entenderse que el proceso está siendo sustanciado de manera incompatible con la intención de hacer comparecer a los acusados ante la justicia⁴²⁴. En una línea similar, Drumbl añade que las sanciones leves como el servicio comunitario, las meras reparaciones o las iniciativas de perdón *podrían* provocar la admisibilidad de la situación ante la Corte⁴²⁵ y, por ello, defiende que cuanto más se aproxime el proceso nacional al Estatuto de Roma, lo que incluye también las

⁴²¹ En una línea similar, Stahn ha defendido que “the essential question is what forms of punishment and sanction ICC justice should allow in a specific case, and what restorative features it should promote”, Stahn, Carsten, "Introduction: More than a Court, Less than a Court, Several Courts in One? The International Criminal Court in Perspective" en Stahn, Carsten (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. xc.

⁴²² Meyer, Frank, "Complementing Complementarity", *op.cit.*, p. 554.

⁴²³ A este respecto, puede consultarse el documento elaborado en el año 2003 por un grupo de expertos de reconocido prestigio en el que cabe apreciar qué medidas se valoraban (de manera hipotética) como susceptibles de provocar la admisibilidad de las situaciones y los casos ante la Corte Penal Internacional: ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003, pp. 28 - 31. Concretamente, a juicio de los autores, la imposición de sentencias que fueran manifiestamente inadecuadas podrían ser un indicio de la falta de genuinidad del proceso penal.

⁴²⁴ Human Right Watch, "The June 29 Agreement on Accountability and Reconciliation and the Need for Adequate Penalties for the Most Serious Crimes Human Rights Watch's Second Memorandum on Justice Issues and the Juba Talks", July 2007, punto II. Es más, a juicio de la relevante Organización, la inadecuación de las penas podría poner en riesgo la consecución de la paz (punto III).

⁴²⁵ Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, p. 142.

modalidades de sanción⁴²⁶, más probabilidades habrá de que supere el test⁴²⁷. Otros, en cambio, consideran que, en el examen de la admisibilidad, la Corte debería tomar en consideración también las acciones restaurativas⁴²⁸ y, así, hay quien acaba argumentando que las sanciones no penales no harían la situación admisible ante la Corte⁴²⁹.

A pesar del más absoluto respeto que merezcan las distintas posiciones que se acaban de señalar, lo cierto es que nos hallamos ante meras hipótesis. Por esta razón, estamos de acuerdo con quienes defienden que “it, thus, should deserve thorough elaboration if and under what conditions the imposition of non-criminal sanctions precludes the ICC from investigating and prosecuting”⁴³⁰. Ahora bien, que nos hallemos ante un mero análisis teórico acerca de cómo podría aplicarse el principio de “non bis in idem” ante este tipo de sanciones, no nos impide pronunciarnos al respecto. Por ello, a nuestro juicio, la previsión de ciertas sanciones no penales que, teniendo en cuenta la gravedad de los crímenes que sancionan y la responsabilidad de los sujetos a quienes se les atribuyen los hechos, de ser consideradas “inadecuadas”, ya sea por las condiciones de cumplimiento que se prevén, ya sea por la escasa duración de las mismas, ya sea por la aglutinación de beneficios que se puedan llegar a otorgar, etc., podrían hacer sospechar de la verdadera intención del Estado de “condenar debidamente” a los responsables y, por ello, consideramos que el asunto podría ser admisible ante la Corte ya que nos hallaríamos ante un intento de “sustraer a los acusados de su responsabilidad penal”⁴³¹ o que dicho

⁴²⁶ A favor de esta posición véase también Quesada Alcalá, Carmen, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, *op.cit.*, pp. 358 – 359. Y es que, como señala la autora, “en el marco del Derecho sustantivo, es *conveniente* una definición de los tipos penales y una recepción de éstos de modo muy similar al previsto en el Estatuto de la Corte, a la luz del principio de complementariedad... Dicha recepción convendría que se extendiera a los supuestos de autoría del Estatuto y a las causas de exclusión o modificación de responsabilidad penal, y, en última instancia, a la correlación entre las penas previstas en el Estatuto y las configuradas en los ordenamientos internos”. Es más, añade que las penas que se prevean a nivel interno pueden indicar la voluntad real de los Estados de enjuiciar. Por ello, considera que unas sentencias que sean desproporcionadas atendiendo a la gravedad del crimen cometido, podrían hacer la situación admisible ante la Corte (pp. 363 – 364). Una conclusión similar es también a la que llega Olásolo, Hector, “Complementarity analysis of national sentencing”, *op.cit.*, p. 66.

⁴²⁷ Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, p. 143. Por esta razón, el experto considera que “complementarity, therefore, may encourage heterogeneity in terms of the number of institutions adjudicating international crimes, but homogeneity in terms of the process they follow and the punishment they mete out”.

⁴²⁸ De Guzman, Margaret M., “Proportionate Sentencing at the ICC”, *op.cit.*, pp. 960 – 961. Por ejemplo, la autora considera que la Corte podría valorar las acciones que se llevan a cabo en el ámbito de la justicia restaurativa a la hora de imponer una sentencia apropiada.

⁴²⁹ Meyer, Frank, “Complementing Complementarity”, *op.cit.*, pp. 554 – 560. A juicio del autor, las sanciones no penales no deben equipararse a una fórmula de impunidad si identifican a los responsables y expresan el reproche de los crímenes cometidos. Es interesante el minucioso estudio que lleva a cabo el experto en torno a la aplicación del principio de complementariedad ante este tipo de sanciones (véanse las páginas 564 – 579).

⁴³⁰ *Ibid.*, pp. 550 -551.

⁴³¹ Artículo 20.3a) del Estatuto de Roma.

proceder resulta “incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”⁴³².

Dejando atrás este plano meramente teórico, nos referiremos a la reacción de la Fiscal de la Corte Penal Internacional ante la previsión de este tipo de sanciones en el Acuerdo de paz firmado por Colombia. Y es que, a pesar de que la imposición de sanciones restaurativas no ha sido una invención del Estado colombiano⁴³³, es innegable que ha sido este caso concreto el que ha puesto el foco de atención sobre esta cuestión⁴³⁴ que, además, ha suscitado un apoyo considerable en el ámbito internacional⁴³⁵.

⁴³² Artículo 20.3b) del Estatuto de Roma.

⁴³³ Como hemos señalado en apartados previos, el frustrado Acuerdo de paz de Uganda también contemplaba la imposición de este tipo de sanciones alternativas. Véase un excelente análisis realizado sobre esta tipología de sanciones y su adecuación al Estatuto de Roma en: Human Right Watch, "The June 29 Agreement on Accountability and Reconciliation and the Need for Adequate Penalties for the Most Serious Crimes Human Rights Watch's Second Memorandum on Justice Issues and the Juba Talks", July 2007.

⁴³⁴ Por esta razón, estamos de acuerdo con quienes defienden que “the case of Colombia is not only the most recent, but also one of the most relevant examples of how punishment is moulded and shaped to accommodate complex realities and the societal necessities of a negotiated political transition” (Rueda Guzman, Lily and Holá, Barbora, "Punishment in Negotiated Transitions: The Case of the Colombian Peace Agreement with the FARC-EP", *International Criminal Law Review*, Vol. 19, 2019, pp. 158 – 159).

⁴³⁵ Por lo que respecta a la doctrina, es interesante comprobar que, de entrada, este tipo de sanciones no han suscitado un gran escepticismo. Por el contrario, contamos con un considerable número de expertos que se posicionan a favor de la imposición de sanciones de este tipo (también respecto de quienes sean condenados como responsables de haber cometido un crimen internacional). A modo de ejemplo, puede acudirse a los siguientes trabajos que, en mayor o menor medida, se posicionan en torno a las sanciones restaurativas en el caso colombiano: Seils, Pail, "La cuadratura del círculo en Colombia: los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz", ICTJ, junio de 2015; Cortés Rodas, Francisco, "El fin de la pena en la justicia transicional", *op.cit.*, pp. 52 – 53; Aponte Cardona, Alejandro, "El acuerdo de paz y el modelo transicional colombiano: hacia un reconocimiento y dignificación de las víctimas" en Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 334; Gil Gil, Alicia, "El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano...", *op.cit.*, p. 36; Suarez Aldana, Camilo Andrés, "La Jurisdicción Especial para la Paz a la luz de la jurisprudencia internacional" en Gil Gil, Alicia, Maculan, Elena y Ferreira, Susana (Eds.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado - UNED, Madrid, 2017, p. 136; Barbosa, Francisco, *¿Justicia transicional o impunidad? La encrucijada de la paz en Colombia*, Editora Géminis, Bogotá, 2017, p. 182; Hernández Jiménez, Norberto, "El `nuevo´ acuerdo final para la paz a través del lente del derecho penal", *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 13, No. 88, enero-junio 2017, pp. 235 – 236; Aponte Cardona, Alejandro, "Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional: aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición", *Cuadernos de estrategia (Ministerio de Defensa)*, N° 189 dedicado a: El posconflicto colombiano: una perspectiva transversal, 2017, pp. 29 – 30; Acosta López, Juana-Inés, "Symposium on the colombian peace talks and international law: the Inter-American Human Rights System and the Colombian peace: redefining the fight against impunity", *ASIL*, Vol. 110, 2016, p. 182; Ferrajoli, Luigi, "La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna", *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 10, marzo 2016, p. 152; Reyes Reyes, Magda Stella, "Desafíos de la puesta en marcha de la Jurisdicción Especial para la Paz", *Dos Mil Tres Mil*, Vol. 20, 2019, p. 95; Martínez Volkmar, Juan José, "Jurisdicción Especial para la Paz y su relevancia en la convulsa coyuntura política colombiana", *Revista Ratio Juris*, Vol. 12, N° 25, 2017, p. 147; Gómez-Velásquez, Alejandro y Correa-Saavedra, Julián, "¿Sobredimensión de la tensión entre justicia y paz? Reflexiones sobre justicia transicional, justicia penal y justicia restaurativa en Colombia", *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.* N° 26, 2015, pp. 238 – 239; Medellín Mestra, Katieth y Méndez Hernández, Luis, "Análisis de la aplicación de penas alternativas para los delitos cometidos en el marco del conflicto armado colombiano; desde la jurisdicción especial para la paz", *Derecho y Sociedad*,

Conviene recordar que, ya en el año 2014, cuando habían comenzado las negociaciones de paz entre las FARC y el Gobierno de Colombia, la Fiscal informó a las autoridades colombianas que “una condena que fuera severa o manifiestamente inadecuada a la luz de la gravedad de los crímenes y de la forma de participación de la persona acusada, viciaría el carácter genuino del procedimiento nacional, aun en caso de que todas las fases anteriores del procedimiento hubiesen sido consideradas genuinas.”⁴³⁶

En el 2016, cuando se dieron a conocer el tipo de sanciones que se aplicarían en el proceso de justicia transicional, la Fiscal, tras dar la bienvenida al Acuerdo de paz, se limitó a recordar que “una auténtica rendición de cuentas (...) por definición incluye sanciones efectivas⁴³⁷”. Es decir, en ningún momento valoró de manera negativa la previsión de las sanciones restaurativas⁴³⁸. Por el contrario, de las declaraciones de la Fiscal, bien pudiera parecer que el único requisito que deberían cumplir las autoridades

Nº.3, Vol. 1, 2018, pp. 52 – 53; Maculan, Elena, "El acuerdo de paz colombiano ante la obligación internacional de persecución penal y castigo", *op.cit.*, p. 123.

Otros expertos, en cambio, si bien hace escasos años defendían que, en el caso de los máximos responsables, un mínimo de pena privativa de libertad parecía ser lo razonable, podemos comprobar cómo han acabado flexibilizando sus posiciones y, ahora, defienden férreamente que el Derecho Internacional no exige la pena privativa de libertad. Un claro ejemplo de esta modificación puede apreciarse si se compara el siguiente estudio: Uprimny Yepes, Rodrigo, Sánchez Duque, Luz María y Sánchez León, Nelson Camilo, *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014 con el más reciente artículo de opinión del especialista en: <https://www.dejusticia.org/column/un-acuerdo-de-impunidad/> Y es que, en el primero, concluían que: “nosotros no creemos que el derecho internacional obligue en todos los casos y en todas las transiciones a que los máximos responsables deban cumplir un mínimo de pena privativa de la libertad. Nuestra posición es que por ahora el derecho internacional ha dejado ese punto relativamente abierto. Sin embargo, consideramos que dadas las particularidades del caso colombiano, un mínimo de pena privativa de la libertad para los máximos responsables de la guerrilla y de los otros actores armados (Estado y paramilitares) es deseable desde el punto de vista ético-político, pues permite una paz más sólida y duradera y toma más en serio los derechos de las víctimas”, Uprimny Yepes, Rodrigo, Sánchez Duque, Luz María y Sánchez León, Nelson Camilo, *Justicia para la paz...*, *op.cit.*, p. 118.

⁴³⁶ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2014. 2 December 2014. Y es que, como ya hemos indicado, la evaluación del proceso se extiende también a la fase de imposición de la condena (véase Keynote speech by James Stewart: "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, pp. 9 – 10).

⁴³⁷ Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the peace negotiations between the Government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia – People's Army. 1 September 2016.

⁴³⁸ Esta opinión la comparte Gil Gil cuando señala que la Fiscal, en esta declaración citada, parece apoyar el proceso de paz. Por ello, concluye la experta que “Quizás una tercera vía, más sencilla, para admitir que el Estatuto de Roma no exige alinearse con las posturas punitivistas maximalistas, es decir, para considerar que admite las amnistías condicionadas, el Derecho penal premial o las penas alternativas, (como queramos llamarlo) consiste, simplemente en interpretar que la falta de voluntad del Estado que activa la competencia complementaria de la Corte no concurre cuando, a pesar de renunciarse a la pena proporcionada a la magnitud de lo injusto y de la culpabilidad del autor, los crímenes no quedan sin consecuencia jurídica alguna y a la vez el modelo contribuye a la consecución de otros derechos de las víctimas (verdad, reparación, no repetición)”, Gil Gil, Alicia, "El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano...", *op.cit.*, pp. 42 – 43.

colombianas es que el proceso de justicia transicional contemplase sanciones “efectivas”, sean o no privativas de libertad.

Y, en efecto, esta conclusión preliminar la podemos corroborar a la vista de los exámenes preliminares que llevó a cabo meses después. Así, por una parte, si bien en el documento publicado el 14 de noviembre de 2016, la Fiscal señaló que todavía no había “adoptado una posición específica o final” ya que, entre otras, no se había precisado la naturaleza de las restricciones a la libertad impuestas sobre los individuos⁴³⁹, lo cierto es que, indirectamente, parecía estar aceptando esta modalidad de sanción. Y es que, a nuestro juicio, si la Fiscal considerara que, ante la comisión de crímenes internacionales, la única pena aplicable es la sanción privativa de libertad, esta circunstancia la hubiera tenido que denunciar desde el momento mismo en el que se dio a conocer el Acuerdo de paz.

Ahora bien, que la Fiscal pareciera aceptar este tipo de sanciones no implicaba que no exigiera ciertos requisitos. Por ello, en el examen preliminar del año 2017, tras haber examinado con algo más de detalle el Acuerdo, advirtió que “la implementación de las restricciones efectivas de libertades y derechos” eran susceptibles de “plantear cuestiones de consistencia o compatibilidad con el derecho internacional consuetudinario y el Estatuto de Roma”⁴⁴⁰. Concretamente esgrimió los siguientes argumentos que, por la relevancia que ostentan, consideramos oportuno citar íntegramente:

“la efectividad de las penas dependerá de la naturaleza y los alcances de las medidas que, combinadas, formarían una sanción y si, en las circunstancias particulares de un caso, cumplirían adecuadamente los objetivos de la pena y brindarían una reparación a las víctimas. El cumplimiento de dichos objetivos también dependerá de una implementación efectiva de las restricciones de libertades y derechos, de un sistema riguroso de verificación, y de si su operacionalización con actividades que no forman parte de la sanción, como la participación en los asuntos políticos, no frustraría el objeto y el fin de la pena.”⁴⁴¹

Tras la lectura de estas declaraciones, lo cierto es que echamos de menos una mayor claridad en la posición del órgano de la Corte⁴⁴² ya que, a nuestro juicio, no queda claro

⁴³⁹ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2016. 14 November 2016, punto 257.

⁴⁴⁰ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, punto 144.

⁴⁴¹ *Ibidem*.

⁴⁴² Y es que, a este respecto nos parece un tanto reprochable que en el examen preliminar del año 2018 no profundice en esta cuestión ni contribuya a aclarar la posición de la Oficina de la Fiscalía para con este tipo de sanciones. Véase cómo se elude esta cuestión en los puntos 153 – 159 del OTP-ICC, Informe sobre las actividades de examen preliminar, del 5 de diciembre de 2018.

si está aceptando las sanciones previstas. Además, tampoco podemos identificar a ciencia cierta cuáles son esos aspectos concretos de la sanción que le llevan a plantear esas dudas de compatibilidad con el Estatuto de Roma que señala. Por ello, nos preguntamos qué requisitos adicionales exigiría para que las sanciones restaurativas cumplieran los objetivos y la finalidad de poner fin a la impunidad con la que se cometen los crímenes internacionales. Es decir, ¿los problemas que aprecia la Fiscal se hallan relacionados con la duración de la sanción, con las condiciones de cumplimiento, con el control efectivo tal vez? Es más, si un Estado no implementa un proceso íntegro de justicia transicional, nos preguntamos si sería viable la imposición de este tipo de sanciones. En definitiva, ante la novedad del tema planteado a raíz del Sistema Integral creado por el Estado colombiano, creemos que hubiera sido necesaria una respuesta y un estudio más profundo y preciso por parte del órgano de la Corte que, no olvidemos, será uno de los órganos con capacidad para valorar si este tipo de sanciones garantizan o no las obligaciones que se derivan del Estatuto de Roma.

Por esta razón, y teniendo en cuenta que, el 18 de octubre del año 2017, la Fiscal de la Corte envió un escrito de *Amicus Curiae* a la Corte Constitucional colombiana a propósito de la recién creada Jurisdicción Especial para la Paz⁴⁴³ en la que, en el punto V, analizaba de manera exclusiva la “restricción efectiva de libertades y derechos”, consideramos que éste hubiera sido el momento adecuado para posicionarse pública y firmemente en torno a las sanciones previstas. Sin embargo, una vez más, la Fiscal se vale de la ambigüedad y de declaraciones genéricas para evitar pronunciarse sobre el fondo del asunto, una actitud que, a nuestro juicio, no hace sino contribuir a aumentar las especulaciones sobre un tema tan sensible como es la imposición de las sanciones.

En esta ocasión, la Fiscal reiteró que el Estatuto de Roma no establece qué tipo de sanciones deben adoptar los Estados por los crímenes que son competencia de la Corte Penal Internacional⁴⁴⁴ lo que, a nuestro juicio, implica una tácita autorización de la Fiscal respecto de la imposición de sanciones restaurativas. Ahora bien, añada que las penas deben cumplir con el objetivo del Estatuto de Roma: poner fin a la impunidad⁴⁴⁵.

⁴⁴³ Escrito de *Amicus Curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, de 18 de octubre de 2017.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, punto 50.

⁴⁴⁵ *Ibidem*. Añade que “en este contexto, las sanciones penales efectivas podrían ser de distinto tipo, en la medida en que cumplan los objetivos apropiados de las penas, de la disuasión, retribución, rehabilitación y restauración. Estos objetivos podrían manifestarse a través de distintos medios, como la condena pública

Por otra parte, defiende que, respecto de las penas no privativas de libertad, a la hora de valorar la “intención genuina” de someter a la persona a la acción de justicia, la Fiscal tomaría en consideración factores como, por ejemplo “la proporcionalidad de la pena en relación con la gravedad del crimen, el grado de responsabilidad del autor, y el tipo y grado de restricciones a la libertad”⁴⁴⁶. Más allá de estas genéricas declaraciones, hubiéramos considerado mucho más acertado que la Fiscal se pronunciara sobre las penas *concretas* previstas en el Acuerdo de paz y concluyera, de una vez por todas, si considera que las mismas merecen el calificativo de “proporcionadas” teniendo en cuenta el ilícito que castigan y las personas a las que se les impondrán⁴⁴⁷. En definitiva, que valorara, sinceramente, si las mismas contribuyen a lograr el objetivo de poner fin a la impunidad con la que sea han perpetrado en Colombia, durante años, los crímenes internacionales que son de su competencia.

A pesar de esta calculada ambigüedad, teniendo en cuenta el trato privilegiado que ha tenido el Estado colombiano hasta el momento, consideramos que, tarde o temprano, la Fiscal acabará pronunciándose de manera favorable y, así, creemos que concluirá señalando que las sanciones restaurativas previstas son respetuosas con el Estatuto de Roma⁴⁴⁸. No obstante, en el caso de que esa sea su posición final, creemos que la Fiscal debe aceptar que esta misma tipología de sanciones puedan adoptarse, a partir de ahora, por cualquier Estado que implemente un proceso íntegro de justicia transicional. De esta manera, habremos concluido aceptando que, ante la comisión de los crímenes más graves

de la conducta criminal, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas y la disuasión de otras conductas criminales”.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, punto 51.

⁴⁴⁷ Sin embargo, la Fiscal mantiene la incógnita abierta y simplemente concluye que: “La efectividad de las penas que conllevan restricciones de libertades y derechos con arreglo a la JEP dependerá de la naturaleza y los alcances de las medidas que, combinadas, formarían una sanción y si, en las circunstancias particulares de un caso, cumplirían adecuadamente los objetivos de la pena y brindarían una reparación a las víctimas. El cumplimiento de dichos objetivos también dependerá de una implementación efectiva de las restricciones de libertades y derechos, de un sistema riguroso de verificación, y de si su operacionalización con actividades que no forman parte de la sanción, como la participación en los asuntos políticos, no frustren el objeto y fin de la pena” (*Ibidem.*).

⁴⁴⁸ Y es que, el Fiscal adjunto de la Corte ya declaró que “la situación es evolutiva y mantenemos la confianza de que las medidas de justicia transicional que Colombia viene avanzando resulten eficaces para tratar los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra” (Mr. James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: “El artículo 28 del Estatuto de Roma”, Cámara de Comercio de Bogotá, 1 de noviembre de 2018, punto 66). Es más, unos meses antes ya había declarado que “entiendo que, de conformidad con la decisión de la Corte Constitucional acerca de la aplicación del Acto Legislativo 01, se espera que las y los magistrados de la JEP aplicarán el esquema de sanciones en una forma que es mayormente compatible con las consideraciones que acabo de realizar”, Mr. James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: “El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia”, Conferencia organizada por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, la Universidad Externado en Bogotá y la Universidad EAFIT en Medellín. Bogotá y Medellín, Colombia, 30 - 31 de mayo de 2018, punto 152.

que afectan a la comunidad internacional en su conjunto, los máximos responsables puedan acabar cumpliendo una pena restaurativa y limitada en el marco de un proceso íntegro de justicia transicional.

Una vez más, parece ser la “integridad” del proceso de justicia transicional el argumento que se emplea a la hora de justificar la “flexibilidad” de la obligación de sancionar los crímenes internacionales⁴⁴⁹. Por esta razón, en las líneas que siguen a continuación, reflexionaremos en torno a esta cuestión y mostraremos las erróneas consideraciones que, a nuestro juicio, se han vertido al respecto. Así, una vez analizada cómo debería de producirse la integración de la sanción con el resto de componentes de la justicia transicional, nos posicionaremos en torno a la opinión que nos merecen las sanciones propias previstas en el Acuerdo de paz firmado por Colombia.

SECCIÓN 4.º. LA INTEGRACIÓN DE LA SANCIÓN EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y EL RESPETO A LA LEGALIDAD INTERNACIONAL

1. Factores que pueden modular la pena en la justicia transicional: la contribución a la verdad, a la reparación y a las garantías de no repetición

Tal y como adelantábamos previamente, en el presente apartado integraremos el debate relativo a la imposición de las sanciones⁴⁵⁰ dentro de un proceso más amplio de justicia transicional⁴⁵¹. El objetivo que perseguimos es comprobar si, cuando el Estado adopta una serie de mecanismos complementarios de justicia transicional, es viable que limite el alcance de la sanción tomando en consideración las obligaciones que se derivan del Estatuto de Roma y del Derecho Internacional en general.

⁴⁴⁹ Véase, por ejemplo, cómo se alude a los “requisitos para el tratamiento especial” en el artículo 20 de la Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.

⁴⁵⁰ A este respecto, quisiéramos señalar que, si bien continuaremos tomando como ejemplo las sanciones restaurativas previstas por Colombia, estas conclusiones resultan de aplicación a la imposición de cualquier sanción, sea penal o sea restaurativa. Por ello, no le otorgaremos tanta relevancia a la “naturaleza” de la pena, sino a las consecuencias que se derivan en el régimen jurídico de la justicia transicional al integrarla con el resto de mecanismos.

⁴⁵¹ El tema de la sanción en la justicia transicional ha sido analizado en: Sottas, Eric, "Transitional justice and sanctions", *op.cit.*, pp. 371 – 398; Flacks, Marti, "Combining Retribution and Reconciliation: The Role of Community Service Sentencing in Transitional Justice", *op.cit.*, pp. 1 – 25.

En la doctrina es común defender la necesidad de “ponderar” la sanción con el resto de componentes de la justicia transicional⁴⁵². Ahora bien, más allá de defender la complementariedad entre el conjunto de componentes de la justicia transicional con el objetivo de ofrecer una respuesta más adecuada y completa, lo cierto es que, en muchas ocasiones, este tipo de postulados no buscan sino la “flexibilización” o la limitación del alcance penal de la sanción.

Es más, si atendemos a ciertas declaraciones realizadas por uno de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, podemos apreciar cómo se defiende que, en estos casos, la imposición de condenas altas y privativas de libertad podría llegar a poner en peligro el logro de la paz⁴⁵³. Por ello, se argumenta que sería conveniente imponer “la reducción de penas, la suspensión de su ejecución en distintos supuestos como la confesión, la imposición de penas alternativas y otras formas de reponer el daño producido”⁴⁵⁴.

Tal y como ya hemos puesto de manifiesto, no somos partidarios de una férrea defensa de la severidad de las penas, tampoco ante la comisión de crímenes internacionales⁴⁵⁵. Sin embargo, seguimos manteniendo que es necesario respetar cierta adecuación o proporcionalidad y, por ello, cuando nos referimos a los máximos responsables de haber cometido un crimen internacional, parece razonable pensar que no cualquier sanción cumple con los estándares internacionales previstos, tampoco en los controvertidos procesos de transición. Por ello, no consideramos que sea correcto emplear el discurso de la justicia transicional para modular el alcance de las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional. Esta conclusión que hemos ido defendiendo a lo largo del presente trabajo, debe ser trasladada también al ámbito de la sanción.

⁴⁵² García-Sayán, Diego y Giraldo Muñoz, Marcela, "Reflexiones sobre los procesos de justicia transicional", *EAFIT Journal of International Law*, Vol. 7, Núm. 2, 2016, p. 132; Seils, Pail, "La cuadratura del círculo en Colombia: los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz", ICTJ, junio de 2015.

⁴⁵³ García-Sayán, Diego y Giraldo Muñoz, Marcela, "Reflexiones sobre...", *op.cit.*, p. 132.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, pp. 134 – 135. Así, concluyen que la obligación del Estado se vería satisfecha al “llevar a cabo procesos y la de imponer penas concordantes con otros componentes del proceso de transición a la paz tales como reparaciones, reconocimientos de responsabilidad y conocimiento de la verdad a través del relato de lo ocurrido. Todo ella de tal forma que no se desincentive la participación de las partes en conversaciones y acuerdos de paz y que, simultáneamente, no perjudiquen los derechos de las víctimas a su reparación integral donde se satisfagan los derechos a la investigación, juzgamiento y sanción, verdad, rehabilitación, garantías de no repetición, satisfacción, indemnización y demás medidas aplicables” (*Ibid.*, pp. 137 – 138).

⁴⁵⁵ Por ello, estamos de acuerdo con que “no es condición sine qua non que se dicten las penas más severas para entender que el Estado esté cumpliendo con su obligación de condenar los hechos delictivos ocurridos”, García-Sayán, Diego y Giraldo Muñoz, Marcela, "Reflexiones sobre...", *op.cit.*, p. 136.

A este respecto, hemos considerado oportuno analizar el tema de la sanción en un proceso de justicia transicional basándonos en la interrelación que se producen entre los tres mecanismos que complementan a los procesos penales: las declaraciones de verdad realizadas por aquellas personas que hayan tenido cierta participación en los crímenes internacionales que se juzgan, las reparaciones que éstas puede realizar, sin perjuicio del deber del Estado al respecto, y, finalmente, estudiaremos cómo influyen determinadas medidas que tratan de garantizar la no repetición de los crímenes internacionales en la valoración de la pena. No obstante, y con la finalidad de tener una visión de conjunto, antes de proceder a ello, analizaremos muy sucintamente qué elementos suelen ser tomados en consideración a la hora de valorar la concreta imposición de la pena por la comisión de crímenes internacionales en la práctica internacional. De esta manera, trataremos de analizar si la justificación de una reducción o modulación de la pena atendiendo a criterios de verdad, reparación y no repetición podría hallarse o no justificada en el ámbito internacional.

1.1. Las opciones previstas en el Estatuto de Roma para reducir la sanción

Los tribunales internacionales penales creados hasta el momento han contemplado, junto con las circunstancias que eximen de responsabilidad penal⁴⁵⁶, varias circunstancias atenuantes y agravantes que deben ser valoradas por los jueces a la hora de imponer la concreta sanción penal por la comisión de un crimen internacional⁴⁵⁷. Ante la imposibilidad de detenernos en las vicisitudes de cada uno de ellos y de la interpretación concreta que se le ha otorgado por el respectivo Tribunal, centraremos nuestra atención

⁴⁵⁶ Artículos 31 – 33 del Estatuto de Roma, relativos a las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, el error de hecho o el error de derecho y las órdenes superiores y disposiciones legales si se desea conocer la regulación concreta. Así mismo, si se desea completar el estudio con un análisis doctrinal, acúdase a: Ollé Sesé, Manuel, "Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes" en Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 254.

⁴⁵⁷ Entre los trabajos que han analizado esta cuestión podemos citar, a título ilustrativo, los siguientes: Schabas, William A., *The UN International Criminal Tribunals...*, *op.cit.*, pp. 566 – 578; Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, pp. 63 – 66; Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, *op.cit.*, pp. 298 – 302; Boas, Gideon, Bischoff, James L., Reid, Natalie L. and Taylor III, B. Don, *International Criminal Law Practitioner Library: International Criminal Procedure Vol. III*, *op.cit.*, pp. 403 – 407; Pruitt, William R., "Aggravating and Mitigating Sentencing Factors at the ICTR - An Exploratory Analysis", *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, pp. 148 – 176; De Guzman, Margaret M., "The Sentencing Legacy of the Special Court for Sierra Leone", *op.cit.*, pp. 377 – 378; Bassiouni, M. Cherif, "Penalties and Sentences", *op.cit.*, p. 608; Schabas, William A., "Penalties", *op.cit.*, pp. 1520 – 1527; Boas, Gideon, Bischoff, James L., Reid, Natalie L. and Taylor III, B. Don, *International Criminal Law Practitioner Library: International Criminal Procedure Vol. I*, *op.cit.*, pp. 406 – 414.

en las reglas previstas única y exclusivamente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁴⁵⁸.

Para ello, debemos referirnos, en primer lugar, al artículo 78 del Estatuto que establece que, en el momento de imponer la pena, la Corte deberá tomar en consideración “factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”⁴⁵⁹. Como cabe apreciar, el Estatuto, además de dejar la vía abierta a la valoración de otros factores, no enumera taxativamente las circunstancias atenuantes y agravantes que deben ser tomadas en consideración⁴⁶⁰. Es más, las propias Salas de la Corte han corroborado que éstas tienen un amplio margen de discrecionalidad a la hora de valorar las circunstancias en cada caso⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ El proceso que sigue la Corte a la hora de determinar la sentencia es el siguiente: “The Chamber must first identify and assess the relevant factors in Article 78(1) and Rule 145(1)(c) and (2). It must then balance all relevant factors pursuant to Rule 145(1)(b) and pronounce a sentence for each crime, as well as a joint sentence specifying the total period of imprisonment. The total sentence cannot be less than the highest individual sentence. Pursuant to Rule 145(1)(a), the sentence must reflect the culpability of the convicted person. Based on its intimate knowledge of the case, the Chamber has considerable discretion in imposing a proportionate sentence. Finally, once the sentence has been imposed, Article 78(2) requires deduction of the time the convicted person has spent in detention upon an order of the Court” (Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399, 21 June 2016, punto 12).

⁴⁵⁹ Artículo 78.1 del Estatuto de Roma. Dado que en apartados previos ya nos hemos referido a la interpretación dada por la Corte en torno a la gravedad, no nos vamos a detener en este punto. En todo caso quisiéramos recordar que la gravedad debe valorarse caso por caso y, como ha señalado la Corte, la sentencia impuesta tiene que reflejar la gravedad del crimen por el que se castiga al responsable. Finalmente, conviene tener presente que la Corte ejerce su competencia respecto de los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional y, por ende, la sentencia tiene que reflejar esa seriedad. Todas las declaraciones enumeradas en la presente cita a pie de página se reproducen en los puntos 71 y 72 de Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016.

Por si resultara de interés, quisiéramos añadir que, a juicio de Schabas, “These two factors are not ranked, and the Statute does not suggest that gravity takes priority over individual circumstances or vice versa. But, relying upon similar wording in their statutes, the ad hoc tribunals have viewed gravity as the ‘primary consideration’ and stated that the ‘sentences to be imposed must reflect the inherent gravity of the criminal conduct of the accused’”, Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, *op.cit.*, p. 1169. Por otra parte, para profundizar en la condición de la gravedad y su influencia en el proceso de imposición de sentencia: Carcano, Andrea, “Sentencing and the Gravity of the Offence in International Criminal Law”, *op.cit.*, pp. 583 – 609. Por lo que a las circunstancias personales del condenado respecta, puede acudir al siguiente trabajo que recopila y resume las circunstancias que han sido tomadas en consideración por los tribunales internacionales previos: Boas, Gideon, Bischoff, James L., Reid, Natalie L. and Taylor III, B. Don, *International Criminal Law Practitioner Library: International Criminal Procedure Vol. III*, *op.cit.*, pp. 400 – 401.

⁴⁶⁰ Los agravantes deberán probarse más allá de toda duda razonable y, en cambio, en el caso de las atenuantes es suficiente con el “balance of probabilities”, Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012, puntos 32 – 34.

⁴⁶¹ Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399, 21 June 2016, punto 19.

No obstante, este aparente vacío puede superarse acudiendo a las Reglas de Procedimiento y Prueba⁴⁶². Concretamente, la Regla 145, tras mencionar que la totalidad de la pena debe reflejar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal y que, a la hora de imponer la misma, se deberán ponderar “todos los factores pertinentes, entre ellos los atenuantes y los agravantes”, cita entre los elementos a considerar: “entre otras cosas, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado”⁴⁶³.

En virtud de los términos empleados puede deducirse que el listado de factores a considerar no constituye una lista cerrada, extremo que ha sido confirmado en la incipiente práctica de la Corte donde, en las primeras condenas impuestas, ha tomado en consideración circunstancias de lo más variadas⁴⁶⁴. No obstante, centraremos nuestra atención en las que podrían generar algún efecto en el actual objeto de estudio.

Comenzando por el grado de participación de la persona en la comisión del crimen internacional, conviene señalar que, por una parte, en los tribunales internacionales suele

⁴⁶² El Reglamento de la Fiscalía también dispone en la Regla 64 que la Oficina deberá presentar todos los factores atenuantes y agravantes de manera imparcial.

⁴⁶³ Regla 145.1 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Así mismo, en el segundo punto, añade al listado los siguientes atenuantes y agravantes:

“a) Circunstancias atenuantes como las siguientes:

- i) Las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción;
- ii) La conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte;

b) Como circunstancias agravantes:

- i) Cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la Corte o de naturaleza similar;
- ii) El abuso de poder o del cargo oficial;
- iii) Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa;
- iv) Que el crimen se haya cometido con especial crueldad o haya habido muchas víctimas;
- v) Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21;
- vi) Otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas.

3. Podrá imponerse la pena de reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado puestas de manifiesto por la existencia de una o más circunstancias agravantes.”

⁴⁶⁴ Por ejemplo, en el caso del Sr. Al Mahdi, la Corte valoró (además de la gravedad del crimen), las siguientes circunstancias particulares del condenado: “age, education and background, social and economic condition and conduct in detention of Mr. Al Mahdi, admission of guilt, cooperation, expression of remorse and empathy for victims” (Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016).

ser común valorar la obediencia de órdenes superiores como atenuante⁴⁶⁵ y, en el extremo opuesto, parece considerarse que el cargo oficial no puede servir para atenuar la pena⁴⁶⁶. Pues bien, esta regla no escrita parece haberse corroborado también en el seno de la Corte⁴⁶⁷.

Por lo que respecta a la valoración de “la conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte”, podemos apreciar que guarda cierta relación con dos de los mecanismos de la justicia transicional: el esclarecimiento de los hechos (es decir, la verdad) y la reparación a las víctimas. Pues bien, si nos centramos en la práctica de la Corte en lo que respecta a la cooperación de los individuos, el Tribunal ha considerado que ésta debe operar como una circunstancia atenuante. Así, en el caso de Al Mahdi, consideró que éste había llevado a cabo una cooperación sustancial⁴⁶⁸ con el Fiscal que contribuyó a esclarecer los hechos⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ Artículo 8 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg; Artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio; Artículo 7.4 del Estatuto del TIPY; Artículo 6.4 del Estatuto del TIPR; Section 21 of the Regulation No. 2000/15 on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences; artículo 6.4 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona. Añadir que esta circunstancia atenuante también se recogida en el artículo 5 del Draft code of crimes against the peace and security of Mankind, de 1996. Véase también el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 27: Restricciones a las justificaciones que puedan vincularse a la obediencia debida, la responsabilidad superior y el carácter oficial.

⁴⁶⁶ A modo de ejemplo cabe citar el artículo 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg; el artículo 7.2 del Estatuto del TIPY; o el artículo 6.2 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona; el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 27: Restricciones a las justificaciones que puedan vincularse a la obediencia debida, la responsabilidad superior y el carácter oficial.

⁴⁶⁷ Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399, 21 June 2016, punto 17. Por ejemplo, en este caso la Corte argumentó que: “The Chamber notes the consistent jurisprudence from the ad hoc tribunals that a commander’s ongoing failure to exercise the duties to prevent or repress – with its implicit effect of encouraging subordinates to believe that they can commit further crimes with impunity – is generally regarded as being of significantly greater gravity than isolated incidents of such a failure. In addition, in accordance with the principle of gradation in sentencing, high-level leaders, regardless of the mode of liability, generally bear heavier criminal responsibility than those further down the scale. Although once or several times physically removed from the acts of his or her subordinates, the culpability of a superior and his or her degree of moral blameworthiness might, depending on the concrete circumstances, be greater than that of his or her subordinates”. Véase una reflexión interesante sobre la responsabilidad de mando y su efecto en la imposición de la sentencia en: Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. SEPARATE OPINION OF JUDGE KUNIKO OZAKI to Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399, 21 June 2016. ICC-01/05-01/08-3399-AnxI

⁴⁶⁸ Ahora bien, a propósito de la cooperación “sustancial”, la Corte ha matizado que: “to be considered as a mitigating circumstance, cooperation need not be substantial. However, it must exceed mere good behaviour, which, albeit welcome, cannot on its own amount to a circumstance that could mitigate the sentence to be imposed” (The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, 23 May 2014, punto 127).

⁴⁶⁹ Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, punto 102.

Sin embargo, en el caso de Bemba⁴⁷⁰, la Corte consideró que su comportamiento y cooperación no habían sido excepcionales y, por ello, no fueron valoradas como circunstancia atenuante⁴⁷¹.

Por lo que al resarcimiento de las víctimas respecta, resulta interesante señalar que, en el caso de Bemba, la Corte consideró que el condenado no había tomado iniciativa alguna de cara a reparar a las víctimas⁴⁷². Más severa se mostró la Jueza Odio Benito ya que emitió una opinión disidente en la que esgrimió que debería tomarse en consideración el daño causado a las víctimas y a sus familiares como un factor agravante⁴⁷³.

Por otra parte, conviene añadir que la expresión de arrepentimiento⁴⁷⁴ y el hecho de mostrar empatía con las víctimas ha sido otra circunstancia atenuante que ha sido valorada

⁴⁷⁰ Véanse también las conclusiones similares a las que se llega en los casos de Lubanga y Katanga en: Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012, puntos 88 – 91; The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, 23 May 2014, punto 128.

⁴⁷¹ Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399, 21 June 2016, punto 81.

⁴⁷² *Ibid.*, 84.

⁴⁷³ *Ibid.*, pp. 41 – 42.

⁴⁷⁴ Las expresiones de arrepentimiento en el ámbito del Derecho Internacional Penal han sido analizadas en: Tieger, Alan, "Remorse and Mitigation in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 16, 2003, pp. 777 – 786.

por la Corte⁴⁷⁵, tal y como nos enseñan los casos de Al Mahdi⁴⁷⁶ o Katanga⁴⁷⁷. Si bien el órgano judicial insiste en que el arrepentimiento tiene que ser sincero⁴⁷⁸, nos preguntamos cómo puede valorarse este criterio⁴⁷⁹ tan sumamente subjetivo y sujeto a manipulación⁴⁸⁰.

Finalmente, un factor que suele ser tomado en consideración por la Corte es la contribución que los condenados hayan realizado a favor de la paz⁴⁸¹. De hecho,

⁴⁷⁵ Íntimamente relacionado con el arrepentimiento se haya la controvertida cuestión del perdón y la reconciliación. Comenzando con el primero (que, incluso, ha sido objeto de estudio en el último informe publicado hasta la fecha por el Relator Especial sobre la justicia transicional: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición: Disculpas por violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario, A/74/147, de 12 de julio de 2019) conviene señalar que no han sido pocas las ocasiones en las que los tribunales internacionales han valorado las declaraciones de perdón como elementos a tomar en consideración a la hora de imponer una concreta pena. La cuestión del perdón y su influencia en el proceso de imposición de sentencias ha sido analizado en: Diggelmann, Oliver, "International Criminal Tribunals and Reconciliation: Reflections on the Role of Remorse and Apology", *Journal of International Criminal Justice*, 14, 2016, pp. 1073 – 1097. A este respecto, consideramos oportuno realizar una advertencia: en determinadas ocasiones, los acusados se sienten obligados a confesar y a pedir perdón, no por el beneficio penal que puedan llegar a obtener, sino por razones meramente culturales como ocurrió, por ejemplo, en Timor Este (Combs, Nancy Amoury, "Procuring Guilty Pleas for International Crimes: The Limited Influence of Sentence Discounts", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 59, 2006, pp. 72 – 73. Concretamente, explica la autora que "Special Panels defendants, by contrast, are culturally committed to a world view that places tremendous value on confession, apology, and reconciliation. Thus, promises of sentence reductions have been unnecessary to persuade Special Panels defendants to plead guilty since they are already inclined to do so" (*Ibidem.*). Por otra parte, sobre el objetivo de la reconciliación y su relación con el proceso de *guilty pleas* véase Carlson, Kerstin Bree, "Reconciliation through a Judicial Lens: Competing Legitimation Framework in the ICTY's Plavsic and Babic Judgments", *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 44, 2016, pp. 281 – 322; Clark, Janine Natalya, "Plea Bargaining at the ICTY: Guilty Pleas and Reconciliation", *EJIL*, Vol. 20, No. 2, 2009, pp. 415 – 436; Dana, Shahram, "Genocide, Reconciliation and Sentencing in the Jurisprudence of the ICTY", *op.cit.*, pp. 259 – 274.

⁴⁷⁶ Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, punto 103. Por ejemplo, en este caso, la Corte valoró positivamente que el acusado expresara desde el primer día del juicio su arrepentimiento por los actos cometidos.

⁴⁷⁷ The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, 23 May 2014, punto 117.

⁴⁷⁸ *Ibidem.*

⁴⁷⁹ Por ejemplo, en el caso de Katanga, la Corte consideró que: "the Chamber will therefore not consider that Germain Katanga's statement amounts to an expression of compassion or genuine remorse for the victims of Bogoro sufficient to be taken into account as a mitigating circumstance" (*Ibid.*, punto 121).

⁴⁸⁰ Para comprender la facilidad con la que se puede "engañar" al Tribunal, el ejemplo de Plavsic (en el TIPY) resulta interesante. Y es que, como explica Diggelmann, "on trial, she pleaded guilty and released a statement supporting her plea in which she expressed her remorse. This was praised by the ICTY as an 'unprecedented' contribution to the establishment of the truth and a 'significant effort toward the advancement of reconciliation' and widely celebrated. After a while, though, after she had received a mild judgment of 11 years and spent some time in prison, she retracted. She said in an interview that she had only pleaded guilty because she had been unable to gather enough witnesses to testify on her behalf, thereby not only recanting her guilty plea but also her statement of remorse. Later she even explicitly stated she still felt she had done nothing wrong. And yet it was precisely her guilty plea that had prompted the court to drop the charge of genocide against her" (Diggelmann, Oliver, "International Criminal Tribunals and Reconciliation: Reflections on the Role of Remorse and Apology", *op.cit.*, p. 1081).

⁴⁸¹ Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399, 21 June 2016, puntos 71 – 76; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012,

comienza a ser una práctica ciertamente uniforme que “promotion of peace and reconciliation may only constitute a mitigating circumstance if it is genuine and concrete”⁴⁸². Por ello, a diferencia de los casos de Lubanga⁴⁸³ y de Bemba, en los que la Corte no consideró que concurría esta circunstancia atenuante⁴⁸⁴, respecto de Katanga ésta concluyó que era un factor que debería tomarse en consideración a la hora de imponer la condena⁴⁸⁵.

Por lo tanto, podemos concluir afirmando que, a la hora de imponer una concreta sanción, la Corte puede tomar en consideración la cooperación realizada por el responsable, las iniciativas adoptadas de cara a resarcir a las víctimas, puede valorar si ha expresado o no su arrepentimiento o, incluso, la contribución a favor de la paz. Ahora bien, independientemente de la reducción de la pena que estos factores puedan conllevar, en ningún caso cabe eludir la misma. Es decir, nos hallamos ante elementos que, aunque se produzcan cumulativamente, no deben excluir la imposición de una condena por los crímenes cometidos.

1.2. La contribución a la verdad como atenuante en la fase de imposición de la pena

Desde que se creara el modelo sudafricano de verdad a cambio de justicia, la revelación de la verdad ha alcanzado rango de valor supremo en la justicia transicional⁴⁸⁶. Tras los avances producidos en el ámbito del Derecho Internacional, ya hemos mostrado que, actualmente, un modelo como el sudafricano no sería válido, ya que iría en contra de las obligaciones internacionales que imponen a los Estados el deber de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que las declaraciones de la verdad sigan ejerciendo un papel fundamental en los diversos

puntos 82 – 87; *The Prosecutor v. Germain Katanga*. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, 23 May 2014, puntos 91 – 114.

⁴⁸² *Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399, 21 June 2016, punto 72. La Sala cita las decisiones previas de Katanga y Lubanga para justificar esta posición.

⁴⁸³ *Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012, punto 87.

⁴⁸⁴ *Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399, 21 June 2016, punto 76.

⁴⁸⁵ *The Prosecutor v. Germain Katanga*. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, 23 May 2014, puntos 114 – 115.

⁴⁸⁶ Recordemos que, cuando se adoptó este proceso de justicia transicional, los responsables de haber cometido las graves violaciones de los derechos humanos, bajo ciertas condiciones, podían llegar a quedar eximidos de responder ante la justicia si declaraban ante la Comisión de la Verdad y la Reconciliación.

procesos de transición⁴⁸⁷. Ahora bien, como acertadamente matiza el Principio 28 del Conjunto de Principios actualizados contra la impunidad, “la revelación sólo puede ser causa de reducción de la pena para contribuir a la manifestación de la verdad”⁴⁸⁸, pero estas declaraciones nunca pueden eximir completamente del castigo penal⁴⁸⁹.

En esta misma línea, determinados tratados internacionales contemplan expresamente la facultad de los Estados de establecer circunstancias atenuantes en los casos en los que se contribuya a esclarecer los casos. Por ejemplo, esta situación se prevé en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas⁴⁹⁰ o en la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas⁴⁹¹.

Una de las mayores controversias que generan las confesiones ante los tribunales, radica en la aparente contradicción que existe entre ésta y el derecho a la presunción de inocencia. A este respecto, conviene recordar que la presunción de inocencia es un derecho ampliamente reconocido en los tratados internacionales de protección de los derechos humanos⁴⁹² que, entre otros, implica que ninguna persona puede ser “obligada

⁴⁸⁷ Si se desea profundizar en los diversos modelos que se han adoptado en procesos de justicia transicional que, en mayor o menor medida, producen una compensación de verdad a cambio de justicia, puede acudir a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2009, (HR/PUB/09/1). A nuestro juicio, son especialmente relevantes las pp. 33 - 36 que vinculan las amnistías con los mecanismos de justicia transicional, o la p. 33 que menciona el caso de verdad a cambio de justicia de Sudáfrica y la posterior actualización en Timor - Este. En un sentido similar: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/1), pp. 11 - 13.

⁴⁸⁸ Principio 28: Restricciones a los efectos de las leyes sobre divulgación o sobre arrepentidos del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*. Previamente, en el Informe final revisado elaborado por Joinet también se contemplaba una atenuación de la pena similar en el caso de proceder a la confesión de los crímenes cometidos en “el marco de un proceso de restablecimiento de la democracia o de transición hacia ella” (Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, *op.cit.*, punto 37).

⁴⁸⁹ Comentario número 56 del Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*

⁴⁹⁰ Concretamente, el artículo 7.2 prevé: “2. Los Estados Partes podrán establecer: a) Circunstancias atenuantes, en particular para los que, habiendo sido partícipes en la comisión de una desaparición forzada, hayan contribuido efectivamente a la reaparición con vida de la persona desaparecida o hayan permitido esclarecer casos de desaparición forzada o identificar a los responsables de una desaparición forzada” (Artículo 7.2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas).

⁴⁹¹ El artículo 3 de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas dispone que: “Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona”.

⁴⁹² Artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 20.3 de la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN; artículo 6.2f) del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”⁴⁹³. Ahora bien, si la persona a la que se está investigando o enjuiciando decide libremente renunciar a este derecho⁴⁹⁴, nada obsta a que esta circunstancia pueda ser tomada en consideración como circunstancia atenuante.

Precisamente, los tribunales internacionales penales creados hasta el momento⁴⁹⁵, pese a las reticencias iniciales⁴⁹⁶, además de acabar contemplando esta circunstancia en el texto normativo⁴⁹⁷, han desarrollado una sólida práctica⁴⁹⁸ en materia de confesiones de culpabilidad o *guilty plea*⁴⁹⁹.

⁴⁹³ Artículo 14.3g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴⁹⁴ Precisamente, en la primera sentencia dictada por la Corte como consecuencia de una declaración de culpabilidad, se hace referencia a este extremo y se señala expresamente que el Sr. Al Madhi renuncia a: “(a) plead not guilty and require the Prosecution to prove the charges beyond reasonable doubt at a full trial; (b) not confess guilt and to remain silent; (c) raise defences and grounds for excluding criminal responsibility, and to present admissible evidence at a full trial; (d) examine the witnesses against him and to obtain the examination of witnesses on his behalf at a full trial; and (e) appeal a conviction or sentence, provided the sentence is not in excess of the recommended sentencing range” (Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, punto 30iii).

⁴⁹⁵ Ahora bien, en los ordenamientos jurídicos internos también se contempla, en ocasiones, esta práctica. Un trabajo detallado sobre esta cuestión ha sido realizado en: Pathmanathan, Anjali, "Round Peg, Square Hole - The Viability of Plea Bargaining in Domestic Criminal Justice Systems Prosecuting International Crimes", *International Criminal Law Review*, Vol. 13, 2013, pp. 319 – 384.

⁴⁹⁶ Y es que, en este caso también, al inicio, expertos de la talla de Cassese se mostraban contrarios a una práctica de este calibre. Véase cómo se relata este intenso debate en: Combs, Nancy Amoury, "Plea Bargains in International Criminal Prosecutions" en Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *International Criminal Law. Third Edition. Volume III. International Enforcement*, The Netherlands, Koninklijke Brill NV, 2008, pp. 561 – 562. La conclusión principal a la que llega la autora se resume inmejorablemente en la siguiente cita: “At one level, then, the story of plea bargaining at the international tribunals is the story of the increasing acceptance of a practice that many consider to be a distasteful concession to expediency. It is fair to say that plea bargaining has evolved from a rarely used, somewhat suspect procedural device into an accepted case disposition mechanism” (*Ibidem.*). En efecto, una vez más, la necesidad de acelerar los procesos y de poner fin a la actuación de los tribunales sobresalió por encima de las consideraciones de orden más ético o moral que podrían llegar a formularse.

⁴⁹⁷ Véase a modo de ejemplo el artículo 20.3 del Estatuto del TIPY o el artículo 19.3 del Estatuto del TIPR y, especialmente, las Reglas de procedimiento y prueba (Regla 62).

⁴⁹⁸ Como se ha defendido, “the proliferation of plea agreements would suggest that the process has become an inherent part of the criminal justice procedure at the ICTY”, Tieger, Alan and Shin, Milbert, "Plea Agreements in the ICTY: Purpose, Effects and Propriety", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, p. 667.

⁴⁹⁹ Consúltese la excelente definición que se proporciona sobre el proceso de “guilty plea” en: Daqun, Liu, “Guilty Plea” en Cassese, Antonio (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 338 – 339. Si quiere consultarse un estudio que muestra la práctica de “guilty pleas” en cifras, acúdase a: D’Ascoli, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law...*, *op.cit.*, pp. 243 – 244. Para una mayor lectura doctrinal a este respecto, puede acudir también a: Diggelmann, Oliver, "International Criminal Tribunals and Reconciliation: Reflections on the Role of Remorse and Apology", *op.cit.*, pp. 1073 – 1097; Salter, Michael and Eastwood, Maggi, "Negotiating Nolle Prosequi at Nuremberg: The Case of Captain Zimmer", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 649 – 665; Combs, Nancy Amoury, *Guilty pleas in International Criminal Law: Constructing a Restorative Justice Approach*, Stanford, Stanford University Press, 2007; Clark, Janine Natalya, "Plea Bargaining at the ICTY: Guilty Pleas and Reconciliation", *op.cit.*, pp. 415 - 436; Damasca, Mirjan, "Negotiated Justice in International Criminal Courts", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 1018 - 1039; Dixon, Rodney and Demirdjian, Alexis, "Advising Defendants about Guilty Pleas before International

Por lo que respecta a las admisiones de culpabilidad⁵⁰⁰ ante la Corte Penal Internacional⁵⁰¹, conviene señalar que el artículo 64 del Estatuto, al regular las funciones y atribuciones de la Sala de Primera Instancia, prevé que:

“8. a) Al comenzar el juicio, la Sala de Primera Instancia dará lectura ante el acusado de los cargos confirmados anteriormente por la Sala de Cuestiones Preliminares. La Sala de Primera Instancia se cerciorará de que el acusado comprende la naturaleza de los cargos. Dará al acusado la oportunidad de declararse culpable de conformidad con el artículo 65 o de declararse inocente.”⁵⁰²

Tal y como precisa el artículo 65 del Estatuto⁵⁰³, la Sala de Primera Instancia⁵⁰⁴ debe determinar “si el acusado comprende la naturaleza y las consecuencias de la declaración de culpabilidad; b) Si esa declaración ha sido formulada voluntariamente tras suficiente consulta con el abogado defensor; y c) Si la declaración de culpabilidad está corroborada

Courts”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 680 - 694; Henham, Ralph and Drumbl, Mark, “Plea bargaining at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *op.cit.*, pp. 49 - 87; Henham, Ralph, “The ethics of plea bargaining in international criminal trials”, *Liverpool Law Review*, 206, 2005, pp. 209 - 224; McCleery, Kyle, “Guilty Pleas and Plea Bargaining at the Ad Hoc Tribunals: Lessons from Civil Law Systems”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, 2016, pp. 1099 - 1120; Scharf, Michael P. “Trading Justice for Efficiency: Plea-Bargaining and International Tribunals”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 1070 - 1081; Tieger, Alan and Shin, Milbert, “Plea Agreements in the ICTY: Purpose, Effects and Propriety”, *op.cit.*, pp. 666 - 679; Rauxloh, Regina E., “Negotiated History: The Historical Record in International Criminal Law and Plea Bargaining”, *International Criminal Law Review*, Vol. 10, 2010, pp. 739 - 770; Combs, Nancy Amoury, “Procuring Guilty Pleas for International Crimes: The Limited Influence of Sentence Discounts”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 59, 2006, pp. 67 - 151; Jorgensen, Nina H.B., “The Genocide Acquittal in the *Sikirica* Case Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Coming of Age of the Guilty Plea”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 15, 2002, pp. 389 - 407; Meernik, James, “What Kind of Bargain Is a Plea” *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, pp. 200 - 217. Particular atención merece el trabajo de Combs, ya que, en él, la autora no solo analiza la práctica de los tribunales internacionales (y algunos procesos internos) respecto del proceso de declaración de culpabilidad, sino que, además, relaciona estas declaraciones con el resto de mecanismos de la justicia transicional: Combs, Nancy Amoury, *Guilty pleas in International Criminal Law...*, *op.cit.*

⁵⁰⁰ Obsérvese que, como ha subrayado parte de la doctrina, el Estatuto evita el término “guilty pleas” y, en cambio, opta por el concepto de “admisión”, Damasca, Mirjan, “Negotiated Justice in International Criminal Courts”, *op.cit.*, p. 1038.

⁵⁰¹ Hay un dato llamativo que nos gustaría señalar: en el proceso de negociación del Estatuto, ciertos sectores consideraban que, teniendo en cuenta la gravedad de los crímenes sobre los que ejercería su jurisdicción la futura Corte, no sería apropiado permitir la “plea bargaining” (Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, punto 22). Precisamente, tal y como explica Drumbl, hay que tener en cuenta que ciertos ordenamientos jurídicos internos, no permiten este tipo de procesos ante delitos que ostentan una especial gravedad y, por ello, el autor muestra lo llamativo que resulta que sí que sea viable en el caso de crímenes internacionales (Drumbl, Mark A., *Atrocity, Punishment...*, *op.cit.*, p. 16).

⁵⁰² Artículo 64.8a) del Estatuto de Roma.

⁵⁰³ En la primera sentencia que se dictó como consecuencia de un proceso de declaración de culpabilidad, se examina en detalle las vicisitudes del proceso de negociación y adopción del citado precepto: Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, puntos 21 y siguientes.

⁵⁰⁴ Ahora bien, antes de llegar a este estadio, el propio Fiscal debe realizar su propia valoración sobre la admisión de culpabilidad del acusado: Regla 62 del Reglamento de la Fiscalía.

por los hechos de la causa”⁵⁰⁵. Tras valorar estos factores⁵⁰⁶, caben tres opciones: que se considere que se cumplen las condiciones⁵⁰⁷, que se constate que éstas no se han garantizado⁵⁰⁸ o que, a juicio de la Sala, sea necesaria “una presentación más completa de los hechos”⁵⁰⁹. Si las condiciones enumeradas se cumplen, la Sala de Primera Instancia “considerará que la declaración de culpabilidad, junto con las pruebas adicionales presentadas, constituye un reconocimiento de todos los hechos esenciales que configuran el crimen del cual se ha declarado culpable el acusado y podrá condenarlo por ese crimen”⁵¹⁰.

Si atendemos a la incipiente práctica de la Corte en materia de admisión de culpabilidad, podemos comprobar que, en la situación de Mali⁵¹¹, Al Mahdi admitió la

⁵⁰⁵ Artículo 65.1 del Estatuto de Roma; Regla 139 de las Reglas de procedimiento y prueba.

⁵⁰⁶ Para conocer cómo se valoran las mismas en un caso concreto, acúdase a: Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, pp. 15 - 16. A juicio de la Corte, estas circunstancias deben valorarse más allá de toda duda razonable (véase el punto 62).

⁵⁰⁷ Artículo 65.2 del Estatuto de Roma.

⁵⁰⁸ Artículo 65.3 del Estatuto de Roma. Concretamente, el tercer punto establece que: “La Sala de Primera Instancia, de constatar que no se cumplen las condiciones a que se hace referencia en el párrafo 1, tendrá la declaración de culpabilidad por no formulada y, en ese caso, ordenará que prosiga el juicio con arreglo al procedimiento ordinario estipulado en el presente Estatuto y podrá remitir la causa a otra Sala de Primera Instancia”.

⁵⁰⁹ Artículo 65.4 del Estatuto de Roma. Dicho apartado prevé que: “La Sala de Primera Instancia, cuando considere necesaria en interés de la justicia y en particular en interés de las víctimas, una presentación más completa de los hechos de la causa, podrá: a) Pedir al Fiscal que presente pruebas adicionales, inclusive declaraciones de testigos; u b) Ordenar que prosiga el juicio con arreglo al procedimiento ordinario estipulado en el presente Estatuto, en cuyo caso tendrá la declaración de culpabilidad por no formulada y podrá remitir la causa a otra Sala de Primera Instancia”.

⁵¹⁰ Artículo 65.2 del Estatuto de Roma. Ahora bien, un matiz importante que debemos destacar es que, en virtud del Estatuto de Roma, “las consultas que celebren el Fiscal y la defensa respecto de la modificación de los cargos, la declaración de culpabilidad o la pena que habrá de imponerse no serán obligatorias para la Corte” (Artículo 65.5 del Estatuto de Roma). Véanse las razones por las que se optó por incorporar esta previsión en el Estatuto en: Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, punto 25. Si se desea conocer un ejemplo, véase cómo se contempla esta posibilidad en: Version publique expurgée du «Dépôt de l’Accord sur l’aveu de culpabilité de M. Ahmad Al Faqi Al Mahdi», 25 février 2016, ICC-01/12-01/15-78-Conf-Exp. ICC-01/12-01/15-78-Red2, 19 Août 2016. Annex 1. Agreement regarding admission of guilt. ICC-01/12-01/15-78-Anx1-Red2 Por otra parte, resulta relevante señalar el caso de Kambanda para comprender mejor este precepto. Y es que, en esta ocasión, el acusado se declaró culpable de los crímenes cometidos y, sin embargo, el Tribunal Internacional Penal para Ruanda le impuso la cadena perpetua. Véase la explicación proporcionada en: Diggelmann, Oliver, "International Criminal Tribunals and Reconciliation: Reflections on the Role of Remorse and Apology", *op.cit.*, pp. 1087 – 1090.

⁵¹¹ En el presente apartado únicamente analizaremos la decisión final del caso del Sr. Al Mahdi. No obstante, si se desea puede seguirse el proceso que se siguió previamente acudiendo a los siguientes documentos: en primer lugar, puede consultarse el acuerdo de la aceptación de los cargos entre el fiscal y la defensa en: Version publique expurgée du «Dépôt de l’Accord sur l’aveu de culpabilité de M. Ahmad Al Faqi Al Mahdi», 25 février 2016, ICC-01/12-01/15-78-Conf-Exp. ICC-01/12-01/15-78-Red2, 19 Août 2016; para una lectura del acuerdo de confesión de culpabilidad puede acudir a: Version publique expurgée du «Dépôt de l’Accord sur l’aveu de culpabilité de M. Ahmad Al Faqi Al Mahdi», 25 février 2016, ICC-01/12-01/15-78-Conf-Exp. ICC-01/12-01/15-78-Red2, 19 Août 2016. Annex 1. Agreement regarding admission of guilt. ICC-01/12-01/15-78-Anx1-Red2.

comisión de los crímenes que se le imputaban con anterioridad a la confirmación de los cargos, lo que fue valorado de manera positiva por el Tribunal ya que hizo que el proceso avanzara con mayor rapidez⁵¹². Es más, no sólo aceptó su responsabilidad, sino que, al ofrecer un relato detallado de sus acciones, ayudó a la Corte a fijar los hechos del caso⁵¹³. Por esta razón, la Corte valora la admisión de culpabilidad como una circunstancia atenuante a la que le otorga un peso especial⁵¹⁴ e, incluso, llega a considerar que puede contribuir a la paz y a la reconciliación en el norte de Mali⁵¹⁵.

En definitiva, y como ha señalado Stahn, los procesos de confesión de culpabilidad tienen innegables beneficios⁵¹⁶, puesto que, por ejemplo, contribuyen a la celeridad del proceso o, incluso, pueden ser considerados un importante incentivo para que los autores confiesen públicamente sus conocimientos sobre los casos y su responsabilidad en los mismos⁵¹⁷, pero también tienen un coste, ya que pueden limitar la verdad que sale a la luz en el proceso judicial⁵¹⁸. Es más, no debemos olvidar que las expresiones de arrepentimiento resultan difíciles de controlar⁵¹⁹, por lo que siempre podrá surgir la duda en torno a la sinceridad de lo manifestado. Precisamente, ésta es la situación que, a nuestro juicio, puede producirse en aquellos procesos de justicia transicional que buscan una compensación entre los diversos mecanismos, tal y como tendremos ocasión de exponer más adelante.

⁵¹² Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, punto 98. Concretamente, como señala posteriormente, la declaración se realizó: “early, fully and appears to be genuine, led by the real desire to take responsibility for the acts he committed and showing honest repentance. This admission of guilt undoubtedly contributed to the rapid resolution of this case, thus saving the Court’s time and resources and relieving witnesses and victims of what can be a stressful burden of giving evidence in Court” (*Ibid.*, punto 100).

⁵¹³ *Ibid.*, punto 99.

⁵¹⁴ *Ibid.*, punto 100.

⁵¹⁵ *Ibidem*. Y es que, a su juicio, esta declaración puede aliviar “the victims’ moral suffering through acknowledgement of the significance of the destruction”.

⁵¹⁶ A juicio de la Corte Penal Internacional, las declaraciones de culpabilidad pueden ostentar un considerable número de beneficios: “28. Such admissions, when accepted by the Chamber, can have a multitude of benefits to the Court and the interests of justice more generally. An admission of guilt can lead to a swifter resolution of a case, giving much needed finality in an otherwise unmatched timeframe. While there may be victims who prefer to testify, others may wish to be spared the stress of having to testify to their personal tragedies and being exposed to cross-examination. Accused admitting guilt pursuant to an agreement to testify in subsequent trials can contribute to the search for the truth as insider witnesses in cases against others. Perhaps most importantly, the speed at which cases can be resolved following admissions of guilt saves the Court both time and resources, which can be otherwise spent advancing the course of international justice on other fronts” (*Ibidem.*, punto 28).

⁵¹⁷ Una opinión favorable a la incorporación con mayor frecuencia de este tipo de prácticas en el ámbito internacional se muestra en: Combs, Nancy Amoury, *Guilty pleas in International Criminal Law...*, *op.cit.*, pp. 131 – 132.

⁵¹⁸ Stahn, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, p. 393.

⁵¹⁹ *Ibidem*.

Al margen de este concreto debate, la conclusión que, por ahora, podemos extraer es que las declaraciones de la verdad son una circunstancia atenuante que suele valorarse con cierta asiduidad y, por ello, nada debería impedir que, en un proceso de justicia transicional, también se tomara en consideración esta circunstancia en el estadio de imposición de la condena. Ahora bien, resulta oportuno insistir en que, en los ejemplos aquí examinados, la revelación de la verdad no exime de la concreta sanción penal, sino que simplemente es tomada en consideración a la hora de reducir el número concreto de años de privación de libertad.

1.3. La reparación a las víctimas como mecanismo de la justicia transicional

En el primer Capítulo de la presente investigación señalábamos que la impunidad no se producía única y exclusivamente por una ausencia de investigación, enjuiciamiento y sanción penal, sino que ésta también se perpetraba cuando no se garantizaba “a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos”⁵²⁰. Teniendo en mente esta concepción de impunidad que vincula la misma con la ausencia de reparaciones⁵²¹, en el presente punto nos aproximaremos al tema de la reparación como

⁵²⁰ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 1. Obligaciones generales de los Estados de adoptar medidas eficaces para luchar contra la impunidad.

⁵²¹ Este vínculo entre las reparaciones y la situación de impunidad ya la denunció, en 1993, el Relator Especial Theo Van Boven. En esta ocasión, el experto concluyó que: “a los efectos de este estudio, no es posible ignorar que existe una conexión clara entre la impunidad de los autores de violaciones flagrantes de los derechos humanos y la no concesión de una reparación equitativa y adecuada a las víctimas y a sus familias o personas a cargo. En muchas situaciones en que la impunidad ha sido sancionada por ley o en que existe una impunidad de hecho para los responsables de violaciones flagrantes de los derechos humanos, se impide efectivamente a las víctimas solicitar y recibir una reparación y compensación. De hecho, cuando las autoridades del Estado renuncian a investigar los hechos y a determinar las responsabilidades penales, resulta muy difícil para las víctimas o sus familiares emprender acciones legales eficaces con el fin de obtener una reparación equitativa y adecuada” (Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, E/CN.4/Sub.2/1993/8, *op.cit.*, puntos 126 y 127).

otro más de los mecanismos imprescindibles⁵²² en un proceso íntegro⁵²³ de justicia transicional⁵²⁴, si bien, tal vez, sea el menos estudiado⁵²⁵.

Al implementar un proceso íntegro de justicia transicional, debe producirse una relación de complementariedad⁵²⁶ entre las diversas medidas⁵²⁷, ya que, precisamente, este hecho “es la principal contribución hecha por la justicia de transición a la realización

⁵²² No solo imprescindible, sino que, en ocasiones, será más sencillo reparar a las víctimas que, por ejemplo, enjuiciar a los responsables (Combs, Nancy Amoury, "From prosecutorial to reparatory: a valuable post-conflict change of focus", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 36, 2015, p. 249).

⁵²³ A este respecto, hay quien considera que los mecanismos son tres: justicia, verdad y reparación. Por ello, en estas situaciones se ha defendido que las medidas de reparación completan la “trilogía” (Van Boven, Theo, "Victim-oriented perspectives: rights and realities" en Bonacker, Thorsten and Safferling, Christoph (Eds.), *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, TMC Asser Press, The Hague, 2013, p. 21).

⁵²⁴ Ahora bien, conviene aclarar que, pese a la importancia cada vez mayor que se otorgan a las medidas de reparación, lo cierto es que, como señala Roht-Arriaza, en la mayoría de contextos posteriores a los conflictos, no se han otorgado reparaciones a las víctimas o a las comunidades (Roht-Arriaza, Naomi, "Reparations in international law and practice" en Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization and Post - Conflict Justice*, Vol. 1, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, p. 655). En una línea similar también Peté, Stephen and Du Plessis, Max, "Reparations for gross violations of human rights in context" en Du Plessis, Max and Peté, Stephen, *Repairing the past? International perspectives on reparations for gross human rights abuses*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2007, pp. 27 - 28.

⁵²⁵ De Greiff, Pablo, "Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 7, 2005, p. 153. Si se desea profundizar en el tema de las reparaciones desde la perspectiva de la justicia transicional, puede acudir a: García-Godos, Jemima, "Reparations" en Simic, Olivera, *An Introduction to Transitional Justice*, Routledge, London and New York, 2017, pp. 177 - 200; Moffett, Luke, "Transitional justice and reparations: remedying the past?" en Lawther, Cheryl, Moffet Luke and Jacobs, Dov (Eds.), *Research Handbook on Transitional Justice*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 377 - 400; Mani, Rama, "Reparations as a component of transitional justice: pursuing 'reparative justice' in the aftermath of violent conflict" en Feyter, K. De, Parmentier, S., Bossuyt, M and Lemmens P. (Eds.), *Out of the Ashes: Reparations for victims of gross and systematic human rights violations*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, pp. 53 - 82.

⁵²⁶ A modo de ejemplo cabe señalar que es frecuente la previa instauración de una comisión de la verdad y la creación de un posterior programa de reparación, véase a este respecto: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1), pp. 11 - 13. Es más, en ocasiones, las pruebas necesarias para otorgar reparaciones se basarán en archivos por lo que, de entrada, parece razonable prever la publicidad o el acceso a los mismos (Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos": El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, de 7 de junio de 2007, puntos 58 - 61).

⁵²⁷ A favor de la complementariedad de las diversas medidas de la justicia transicional: Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, puntos 54 - 55; Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, March 2010, punto 3; Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad, elaborado por la Profesora Diane Orentlicher. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 27 de febrero de 2004 (E/CN.4/2004/88), punto 60; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1), pp. 35 - 36.

de los derechos humanos”⁵²⁸. Por ello, no cabe emplear las reparaciones como vía para sustituir a otros mecanismos⁵²⁹, sino que debe de coordinarse con los mismos⁵³⁰. Precisamente, por esta razón, suscribimos íntegramente las declaraciones del Relator Especial sobre la justicia transicional cuando afirma que “reconocer la contribución concreta que las reparaciones puede aportar a las víctimas no justifica, ni jurídica ni moralmente, que se les pida -a ellas o a otras personas- que escojan entre las distintas iniciativas de justicia. Por ejemplo, el intento de lograr que la impunidad de los autores sea más aceptable ofreciendo a las víctimas reparaciones “generosas” es por tanto inaceptable”⁵³¹.

Hecha esta aclaración, quisiéramos añadir que antes de mencionar la “vertiente penal de la reparación” (es decir, las medidas de reparación que se otorgan a las víctimas como posible pena accesoria a la imposición de una sanción penal), creemos oportuno comenzar por referirnos a la regulación del derecho a la reparación en el Derecho Internacional⁵³².

⁵²⁸ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, punto 20.

⁵²⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1), pp. 35 – 36.

⁵³⁰ Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102, de 18 de febrero de 2005, punto 59d).

⁵³¹ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, punto 11.

⁵³² Para ampliar la información a este respecto, puede acudirse a: Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law...*, *op.cit.*, pp. 113 - 130; Bassiouni, M. Cherif, "Victim's Rights: International recognition" en Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization and Post - Conflict Justice, Vol. 1*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp. 621 - 651; Bottigliero, Ilaria, *Redress for victims of crimes under International Law*, Springer, Leiden, 2004; Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005 (2ªed.); Roht-Arriaza, Naomi, "Reparations in international law and practice", *op.cit.*, pp. 657 – 659; Gómez Isa, Felipe, "El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos", *El otro Derecho*, No. 37, 2007, pp. 11 – 64; De Greiff, Pablo (Ed.), *The handbook of reparations*, Oxford University Press, Oxford, 2006; Du Plessis, Max and Peté, Stephen, *Repairing the past? International perspectives on reparations for gross human rights abuses*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2007; Ferstman, Carla, Goetz, Mariana and Stephens, Alan, *Reparations for victims of genocide, war crimes and crimes against humanity: Systems in place and systems in the making*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2009; Feyter, K. De, Parmentier, S., Bossuyt, M and Lemmens P. (Eds.), *Out of the Ashes: Reparations for victims of gross and systematic human rights violations*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005; García-Godos, Jemima, "Reparations", *op.cit.*, pp. 177 - 200; Moffett, Luke, "Transitional justice and reparations...", *op.cit.*, pp. 377 - 400; Bassiouni, M. Cherif, "International recognition of victims' rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 6, Issue 2, 2006, pp. 231 - 246; Combs, Nancy Amoury, "From prosecutorial to reparatory...", *op.cit.*, pp. 219 - 276; De Greiff, Pablo, "Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta", *op.cit.*, pp. 153 - 199; Roht-Arriaza, Naomi, "Reparations decisions and dilemmas", *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 27, 2004, pp. 157 - 219.

1.3.1. EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A LA REPARACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

Identificar el derecho de las víctimas a la reparación en el Derecho Internacional⁵³³ es una tarea sencilla ya que, además de una sólida práctica internacional⁵³⁴, contamos con un considerable número de tratados⁵³⁵ e instrumentos internacionales⁵³⁶ que nos permiten conocer en detalle el alcance del derecho a la reparación del que son titulares las

⁵³³ Atendiendo a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: “1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito; 2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado” (artículo 31 de la Resolución 56/83: Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobada por la Asamblea General el 28 de enero de 2002).

⁵³⁴ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, punto 17.

⁵³⁵ Si bien el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contempla expresamente el derecho a la reparación, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación general N.º 31 (relativa a la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto), determinó que “el párrafo 3 del artículo 2 requiere que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados. Si no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del Pacto han sido violados, la obligación de proporcionar un recurso efectivo, que es fundamental para la eficacia del párrafo 3 del artículo 2, no se cumple” (*Ibid.*, punto 16). Esta misma interpretación se realizó a propósito del artículo 7 del Pacto, que prohíbe la tortura y las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes (Observación General N.º 20: Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 44º período de sesiones, 1992, puntos 14 – 15). Así mismo, pueden consultarse los artículos 9.5 y 14.6, así como la Observación General N.º 2: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (el punto VIII se refiere a la indemnización en caso de error judicial). Véase también el artículo 14 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y la Observación general N.º 3, relativa a la aplicación del artículo 14 por los Estados Partes, del Comité contra la Tortura, de 2012; el preámbulo de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y el artículo 24; el artículo 41 (relativo a la satisfacción equitativa) del Convenio Europeo de Derechos Humanos; el artículo 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos; el artículo 9 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; el artículo 27 de la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos; el artículo 8.2 de la Carta Árabe de Derechos Humanos o el artículo 91 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra.

⁵³⁶ A modo de ejemplo, podemos destacar la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985; Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*; Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, *op.cit.*; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1).

víctimas⁵³⁷ que han sufrido una vulneración de sus derechos humanos⁵³⁸. De entre todos ellos, por su especificidad, debemos destacar los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”⁵³⁹, aprobados el 16 de diciembre de 2005⁵⁴⁰, que han sido considerados como un “hito”⁵⁴¹ y que, incluso, han sido empleados por la

⁵³⁷ Una definición de las víctimas que son titulares del derecho a la reparación se proporciona en: Observación general N°3, relativa a la aplicación del artículo 14 por los Estados Partes, del Comité contra la Tortura, de 2012, punto 3. Por otra parte, quisiéramos añadir que una de las dificultades principales de los programas de reparación radica en definir o seleccionar las víctimas concretas que serán beneficiarias de las citadas reparaciones. Así mismo, no son infrecuentes los conflictos que generan el tipo de violaciones a los derechos humanos que deben ser reparadas. Si se quiere profundizar en estos debates, acúdase a: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, puntos 24 – 28 y 64 – 67; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1), pp. 18 – 22; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2014 (HR/PUB/13/5), pp. 44 – 50.

⁵³⁸ Y es que, como señalan el Conjunto de principios actualizados contra la impunidad, “toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor” (Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 31: Derechos y deberes dimanantes de la obligación de reparar).

⁵³⁹ Aprobados por la Asamblea General mediante Resolución 60/147, del 16 de diciembre de 2005. Para un excelente comentario relativo a los Principios y Directrices básicos de las víctimas vease Bassiouni, M. Cherif, “Victim’s Rights: International recognition”, *op.cit.*, pp. 621 – 651. Véase también: Comisión Internacional de Juristas, *El derecho a interponer recursos y a obtener reparación por violaciones graves de los derechos humanos. Guías para profesionales*, Serie de Guías para Profesionales N°2, Ginebra, 2006.

⁵⁴⁰ Previamente, se habían realizado otras iniciativas tendentes a dilucidar el contenido y el alcance del derecho de las víctimas a la reparación. Así, debemos destacar, entre otros: el Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, E/CN.4/Sub.2/1993/8, de 2 de julio de 1993, *op.cit.*; el Informe del Sr. M. Cherif Bassiouni, experto independiente sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, presentado de conformidad con la resolución 1998/43 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1999/65, de 8 de febrero de 1999; el Informe final del Relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la resolución 1999/33 de la Comisión, “El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, E/CN.4/2000/62, de 18 de enero de 2000; la Nota de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos “El derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, E/CN.4/2005/59, de 21 de diciembre de 2004; Resolución 2005/35 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/RES/2005/35, de 20 de abril de 2005; Resolución 2005/30 del Consejo Económico y Social.

⁵⁴¹ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, punto 18. Este hecho se deriva, como señala el Relator Especial en el punto citado, no por crear nuevos derechos, sino por recopilar los ya existentes (*Ibidem.*). Ahora bien, especialistas como Bassiouni se mostraban más escépticos y advertían del largo camino que queda por delante para que el derecho a la reparación se materialice en la práctica (Bassiouni, M. Cherif, “International recognition of victims’ rights”, *op.cit.*, pp. 278 – 279).

Corte Penal Internacional a la hora de pronunciarse sobre el alcance de las reparaciones⁵⁴².

De una lectura coherente del conjunto de fuentes enumeradas se deduce que las medidas de reparación⁵⁴³ se pueden catalogar en iniciativas de restitución⁵⁴⁴, indemnización⁵⁴⁵, rehabilitación⁵⁴⁶, satisfacción⁵⁴⁷ y garantías de no repetición⁵⁴⁸. Ahora bien, existe cierto consenso al considerar que no debe producirse una elección entre las diversas modalidades, sino que un programa de reparación tiene que tratar de ser

⁵⁴² Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Reparations Order. ICC-01/12-01/15-236, 17 August 2017, puntos 24 y 25.

⁵⁴³ Puede consultarse una excelente explicación del alcance de cada una de las medidas en la Observación general N°3, relativa a la aplicación del artículo 14 por los Estados Partes, del Comité contra la Tortura, de 2012, puntos 6 – 18; Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 34: ámbito de aplicación del derecho a obtener reparación; Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147), *op.cit.*, puntos 18 – 23; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1), pp. 7 – 8.

⁵⁴⁴ Tal y como señalan los Principios y directrices básicos sobre el derecho a la reparación, la restitución tiene por objetivo “devolver a la víctima a la situación anterior a la violación” de sus derechos humanos y, para ello, se contemplan diversas medidas como, por ejemplo, el restablecimiento de la libertad, el regreso a su lugar de residencia o la devolución de sus bienes (Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147), *op.cit.*, punto 19). Esta última modalidad de reparación se estudia en detalle en: Torrecuadrada García-Lozano, Soledad, *Bienes incautados en tiempos de guerra: su protección y restitución*, Biblioteca Nueva: Fundación José Ortega y Gasset-Gregorio Marañón, Madrid, 2013.

⁵⁴⁵ Tal y como prevén los Principios y directrices básicos, “la indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario” (Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147), *op.cit.*, punto 20).

⁵⁴⁶ Esta concreta medida de reparación hace referencia a “la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales” (Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147), *op.cit.*, punto 21).

⁵⁴⁷ Las medidas de satisfacción como modalidad de reparación se detallan en el punto 22 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147), *op.cit.*

⁵⁴⁸ Tal y como prevén los Principios y directrices básicos, las garantías de no repetición deben “contribuir a la prevención” y, para ello, enumeran medidas como, por ejemplo, “el fortalecimiento de la independencia del poder judicial” o “la revisión y reforma de leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho internacional humanitario o las permitan” (Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147), *op.cit.*, punto 23).

completo⁵⁴⁹, amplio⁵⁵⁰, coherente⁵⁵¹ e integral, es decir, debe de producirse una combinación entre las diversas medidas⁵⁵².

Sin embargo, en procesos de justicia transicional, la indemnización⁵⁵³, que es una reparación básica en procesos individuales de reclamación de responsabilidad, no es, ni mucho menos, la medida que garantizará de manera más satisfactoria el derecho de las víctimas a la reparación. Por el contrario, son las medidas de satisfacción las que permiten ofrecer una respuesta más amplia ante las violaciones a los derechos humanos cometidas al vincular la reparación con el resto de componentes de un proceso de transición.

De hecho, resulta relevante destacar que la satisfacción como medio de reparación puede conllevar, entre otros, la revelación de la verdad, la búsqueda de las personas desaparecidas, la aplicación de sanciones a los responsables y la declaración de disculpas públicas que incluyan el reconocimiento de los hechos o la aceptación de las responsabilidades en las violaciones cometidas⁵⁵⁴. Precisamente, y por lo que respecta a la sanción de los responsables, debemos insistir en que la reparación incluye “el sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos”⁵⁵⁵. Por

⁵⁴⁹ Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102, de 18 de febrero de 2005, punto 59a).

⁵⁵⁰ *Ibid.*, punto 59b).

⁵⁵¹ *Ibid.*, punto 59c).

⁵⁵² Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 55. Empleando la expresión del Relator Especial sobre la justicia transicional, debemos señalar que “la combinación de diferentes tipos de beneficios se expresa en el término ‘complejidad’” (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, punto 30).

⁵⁵³ Es más, tal y como se ha señalado “la reparación material puede ser la más complicada, especialmente si se otorga por medio de grandes programas gubernamentales” (Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 54), máxime si tenemos en cuenta que los Principios y directrices básicos exigen que la indemnización debe ser “apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso” (Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147), *op.cit.*, punto 20).

⁵⁵⁴ Observación general N.º 3, relativa a la aplicación del artículo 14 por los Estados Partes, del Comité contra la Tortura, de 2012, punto 16; Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, E/CN.4/Sub.2/1993/8, *op.cit.*, punto 11; Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147), *op.cit.*, punto 22.

⁵⁵⁵ Observación general N.º 31 (relativa a la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto) del Comité de Derechos Humanos, 80º período de sesiones (2004), punto 16. Más contundente se mostraba, en 1993, el Relator Especial Van Boven cuando señalaba que “la reparación de determinadas violaciones flagrantes de los derechos humanos que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional incluye el deber de enjuiciar y castigar a los autores” (Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, E/CN.4/Sub.2/1993/8, *op.cit.*, punto 5). Por otra parte, es común encontrar

ello, podemos concluir que “la responsabilidad de los autores, incluidos los cómplices, de violaciones graves de los derechos humanos es uno de los elementos esenciales de toda reparación eficaz para las víctimas de violaciones de los derechos humanos y un factor clave para conseguir un sistema de justicia justo y equitativo y, en definitiva, la reconciliación y la estabilidad en un Estado”⁵⁵⁶.

1.3.2. LA REPARACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL COMO COMPLEMENTO A LA PENA

Relacionado con la sanción de los responsables, y por lo que al Derecho Internacional Penal respecta, debemos señalar que a diferencia de los Estatutos de los Tribunales Internacionales Penales *ad hoc*⁵⁵⁷, ciertos tribunales han previsto, en mayor o menor

referencias relativas a la obligación de reparar que tienen los responsables de las violaciones cometidas: Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147), *op.cit.*, punto 15. Curiosamente, estos Principios añaden en el siguiente punto que, cuando los responsables no quieran o no puedan cumplir con sus obligaciones, es el Estado quien debe proceder a ello (*Ibid.*, punto 16); Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, *op.cit.*, punto 8; Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, *op.cit.*, punto 27).

⁵⁵⁶ Resolución sobre impunidad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2003/72, *op.cit.*

⁵⁵⁷ La Resolución del Consejo de Seguridad por la que se creaba el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, por ejemplo, previa en el punto séptimo que “la labor del Tribunal Internacional se llevara a cabo sin perjuicio del derecho de las víctimas a reclamar, por los medios apropiados, reparación por los daños sufridos como resultado de violaciones del derecho internacional humanitario”. Sin embargo, el Estatuto del Tribunal no contemplaba ninguna medida a favor del derecho de las víctimas a la reparación. Sin embargo, la Regla 106 de las Reglas de procedimiento y prueba preveía que: “Rule 106: Compensation to Victims (A) The Registrar shall transmit to the competent authorities of the States concerned the judgement finding the accused guilty of a crime which has caused injury to a victim. (B) Pursuant to the relevant national legislation, a victim or persons claiming through him may bring an action in a national court or other competent body to obtain compensation. (C) For the purposes of a claim made under Sub-Rule (B) the judgement of the Tribunal shall be final and binding as to the criminal responsibility of the convicted person for such injury”.

Ahora bien, resulta interesante comprobar que los jueces de ambos tribunales *ad hoc* propusieron “a las Naciones Unidas a que considere la posibilidad de crear un mecanismo especial de indemnización que actúe en colaboración con los tribunales” (Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 55). Las cartas citadas por el Secretario General son: Carta de fecha 2 de noviembre de 2000 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General, S/2000/1063, 3 de noviembre de 2000; Carta de fecha 14 de diciembre de 2000 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General, S/2000/1198, 15 de diciembre de 2000; interesante también la siguiente carta de la Fiscal: Office of The Prosecutor, The Hague, 24 November 2000, JL/P.I.S./542-e: Address to the Security Council by Carla Del Ponte, Prosecutor of the International Criminal Tribunals for The Former Yugoslavia and Rwanda, to the UN Security Council. Un excelente estudio sobre las vicisitudes de ambos tribunales para con el derecho de las víctimas a la reparación ha sido realizado en: Del Carpio Delgado, Juana, *Las víctimas ante los tribunales penales internacionales ad hoc*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 277 – 295. En el caso concreto de Ruanda puede consultarse también: Rombouts, Heidi and Vandeginste, Stef, "Reparation for victims in Rwanda: caught between theory and practice" en Feyter, K. De, Parmentier, S., Bossuyt, M and

medida, determinadas medidas de reparación en beneficio de las víctimas⁵⁵⁸, además de previsiones específicas sobre la devolución de los bienes ilícitamente adquiridos⁵⁵⁹.

Lemmens P. (Eds.), *Out of the Ashes: Reparations for victims of gross and systematic human rights violations*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, pp. 309 – 341.

⁵⁵⁸ Ciertos Estatutos que contemplan mecanismos variados de reparación son el artículo 25 de la Regulation No. 2000/15 on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences; artículo 25 del Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano; artículo 27 del Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990. El Acuerdo de paz de Lomé también previa, en el artículo 29, la creación de un “Fondo especial para las víctimas de la guerra”, sin embargo, en el Estatuto de la Corte Especial no hay ninguna referencia al respecto. Si se desea profundizar en este caso acúdase a: Schabas, William A., "Reparation practices in Sierra Leone and the Truth and Reconciliation Commission" en Feyter, K. De, Parmentier, S., Bossuyt, M and Lemmens P. (Eds.), *Out of the Ashes: Reparations for victims of gross and systematic human rights violations*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, pp. 289 – 307.

⁵⁵⁹ Incluso el artículo 28 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg preveía la incautación de los bienes robados como pena accesoria. Más recientemente, la devolución de los bienes e ingresos adquiridos de manera ilegítima ha sido regulada en los Estatutos de los tribunales internacionales penales *ad hoc* como pena accesoria (artículo 24.3 del Estatuto del TIPY y el artículo 23.3 del Estatuto del TIPR); el artículo 19.3 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona; artículo 39 del Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the prosecution under cambodian law of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea; artículo 24f) del Tribunal Especial para Iraq; y, finalmente, el artículo 24.2 del Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990.

Por lo que al Estatuto de Roma respecta⁵⁶⁰, es el artículo 75⁵⁶¹ el precepto que regula la reparación a las víctimas⁵⁶². Éste, además de señalar que “nada de lo dispuesto en el

⁵⁶⁰ Entre los variados trabajos que han estudiado el proceso de adopción y negociación del Estatuto de Roma a propósito del tema de la reparación creemos oportuno citar los siguientes: Muttukumar, Christopher, "Reparations to Victims" en Lee, Roy S. (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999, pp. 262 - 295. Consúltese también la siguiente doctrina que analiza específicamente el tema de la reparación en el marco del Estatuto de Roma: Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel y Steiner, Christian (Eds.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2014; Dwertmann, Eva, *The reparation system of the International Criminal Court: its implementation, possibilities and limitations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2010; McCarthy, Conor, *Reparations and victim support in the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012; Steinberg, Richard H. (Ed.), *Contemporary Issues Facing the International Criminal Court*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2016; Ferstman, Carla, "The reparation regime of the International Criminal Court: practical considerations", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 15, 2002, pp. 67 - 686; Henzelin, Marc, Heiskanen, Veijo and Mettraux, Guénaël, "Reparations to victims before the International Criminal Court: lessons from international mass claims processes", *Criminal Law Forum*, Vol. 17, 2006, pp. 317 - 344; López Martín, Ana Gemma, "Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: caso The Prosecutor c Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXV/2, 2013, pp. 209 - 226; McCarthy, Conor, "Reparations under the Rome Statue of the International Criminal Court and reparative justice theory", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, 2009, pp. 250 - 271; McCarthy, Conor, "Victim redress and international criminal justice: competing paradigms, or compatible forms of justice?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 351 - 372; Moffett, Luke, "Reparations for victims at the International Criminal Court: a new way forward?", *International Journal of Human Rights*, Vol. 21, No. 9, pp. 1204 - 1222; Moffett, Luke, "Reparative complementarity: ensuring an effective remedy for victims in the reparation regime of the International Criminal Court", *International Journal of Human Rights*, Vol. 17, Issue 3, 2013, pp. 368 - 390; Spiga, Valentina, "No redress without justice: victims and International Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 1377- 1394; Stahn, Carsten, "Reparative justice after the Lubanga appeal judgment: new prospects for expressivism and participatory justice or 'juridified victimhood' by other means?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, 2015, pp. 801 - 813; Gutiérrez Rodríguez, María, "Las víctimas ante la Corte Penal Internacional: ¿Efectiva realización de los derechos de participación y reparación?" en Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 66 - 76; Ferstman, Carla and Goetz, Mariana, "Reparations before the International Criminal Court: the early jurisprudence on victim participation and its impact on future reparations proceedings" en Ferstman, Carla, Goetz, Mariana and Stephens, Alan (Eds.), *Reparations for victims of genocide, war crimes and crimes against humanity: Systems in place and systems in the making*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2009, pp. 313 - 350.

Otras cuestiones más técnicas que pueden consultarse son las relativas al estándar probatorio (García Falconí, Ramiro J., "Los estándares probatorios utilizados por la Corte Penal Internacional al fijar las reparaciones en el caso Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo" en Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel y Steiner, Christian (Eds.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 377 - 388); los tipos de reparaciones (Galain Palermo, Pablo, "Modalidades de reparación y adecuación al tipo de víctima" en Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel y Steiner, Christian (Eds.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 389 - 430); o, por ejemplo, el nexo de causalidad exigido (Aponte Cardona, Alejandro, "El nexo de causalidad en sede de reparación en el caso Thomas Lubanga" en Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel y Steiner, Christian (Eds.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 431 - 456).

⁵⁶¹ A este respecto, la Corte ha añadido que “the Appeals Chamber holds that an order for reparations under article 75 of the Statute must contain, at a minimum, five essential elements: 1) it must be directed against the convicted person; 2) it must establish and inform the convicted person of his or her liability with respect to the reparations awarded in the order; 3) it must specify, and provide reasons for, the type of reparations ordered, either collective, individual or both, pursuant to rules 97 (1) and 98 of the Rules of Procedure and Evidence; 4) it must define the harm caused to direct and indirect victims as a result of the crimes for which the person was convicted, as well as identify the modalities of reparations that the Trial Chamber considers

presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional”⁵⁶³, determina que será la Corte la que establezca los principios que resultan aplicables a la reparación⁵⁶⁴. Entre ellos, el Estatuto contempla la restitución, la indemnización y la rehabilitación, ya sea para con las víctimas o sus causahabientes⁵⁶⁵. Sin embargo, tal y como ha aclarado la Corte en su incipiente práctica⁵⁶⁶, no nos hallamos ante un listado de medidas cerrado⁵⁶⁷.

appropriate based on the circumstances of the specific case before it; and 5) it must identify the victims eligible to benefit from the awards for reparations or set out the criteria of eligibility based on the link between the harm suffered by the victims and the crimes for which the person was convicted” (Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2. ICC-01/04-01/06-3129, 3 March 2015, punto 32).

⁵⁶² Léase conjuntamente con las Reglas 94 – 97 de las Reglas de Procedimiento y Prueba y la Regla 88 del Reglamento de la Corte.

⁵⁶³ Artículo 75.6 del Estatuto de Roma. Véase también Order for reparations. ICC-01/04-01/06-3129-AnxA 03-03-2015, punto 4; Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Reparations Order. ICC-01/12-01/15-236, 17 August 2017, punto 36.

⁵⁶⁴ Artículo 75.1 del Estatuto de Roma. Véase la interpretación dada por la Corte sobre el daño, la relación de causalidad o la responsabilidad del condenado, en los principios que se enumeran en: Order for reparations. ICC-01/04-01/06-3129-AnxA 03-03-2015.

⁵⁶⁵ Artículo 75.1 del Estatuto de Roma.

⁵⁶⁶ Actualmente, hay tres casos en los que se han dictado sentencias sobre reparaciones en la Corte Penal Internacional: en el caso de Al Madhi (Mali), Lubanga y Katanga (ambos de la República Democrática del Congo). Si se desea ampliar la información, puede consultarse la siguiente documentación de cada uno de los casos: Por lo que respecta a la situación en Mali, acúdase a: Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Reparations Order. ICC-01/12-01/15-236, 17 August 2017; Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment on the appeal of the victims against the “Reparations Order”, ICC-01/12-01/15-259-Red2, 8 March 2018. En el caso del Sr. Lubanga véase: Order For Reparations. ICC-01/04-01/06-3129-AnxA 03-03-2015; Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations. ICC-01/04-01/06-2904, 7 August 2012; Appeal against Trial Chamber I’s Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations of 7 August 2012. ICC-01/04-01/06-2909-tENG, 24 August 2012; Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2. ICC-01/04-01/06-3129, 3 March 2015; Situation In The Democratic Republic Of The Congo In The Case Of The Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo Judgment on the appeals against Trial Chamber II’s ‘Decision Setting the Size of the Reparations Award for which Thomas Lubanga Dyilo is Liable’, ICC-01/04-01/06-3466-Red, 18 July 2019. Finalmente, por lo que respecta a Katanga consúltese: Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute With one public annex (Annex I) and one confidential annex ex parte, Common Legal Representative of the Victims, Office of Public Counsel for Victims and Defence team for Germain Katanga (Annex II). ICC-01/04-01/07-3728-tENG, 24 March 2017; Situation In The Democratic Republic Of Congo In The Case Of The Prosecutor V. Germain Katanga, Judgment on the appeals against the order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled “Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute”, ICC-01/04-01/07-3778-Red, 8 March 2018.

⁵⁶⁷ Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations. ICC-01/04-01/06-2904, 7 August 2012, punto 222 (en los puntos 222 – 241 la Corte desarrolla cada una de las medidas). Véase también Order for reparations. ICC-01/04-01/06-3129-AnxA 03-03-2015, puntos 33 – 43. Una interesante crítica a estas modalidades de reparación falladas por la Corte ha sido realizada en: López Martín, Ana Gemma, "Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: caso The Prosecutor c Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012", *op.cit.*, pp. 221 – 225.

Una de las principales particularidades del Estatuto de Roma en esta cuestión radica en que, sin perjuicio de las reparaciones que pueda otorgar el Fondo Fiduciario⁵⁶⁸ previsto en el artículo 79⁵⁶⁹, la obligación de reparar recae sobre el condenado⁵⁷⁰. Es más, como ha precisado la Corte, las reparaciones previstas en el Estatuto no se pueden desligar de la responsabilidad individual determinada en la propia sentencia⁵⁷¹. Por ello, es condición previa que se haya demostrado la culpabilidad del responsable antes de proceder con las reparaciones⁵⁷². Así mismo, conviene incidir en que la reparación a las víctimas se

⁵⁶⁸ Artículo 75.2 del Estatuto de Roma. El artículo citado prevé que será la Asamblea de los Estados Partes quien establezca un “Fondo Fiduciario”. Concretamente señala que éste será creado por decisión de la Asamblea, quien tiene también la competencia de administrar los criterios que regirán su administración (artículo 79.3 del Estatuto de Roma). A este respecto, quisiéramos añadir que el Fondo cumple dos objetivos: “1) implementing reparations to victims that are ordered against a convicted person by the Court and 2) providing assistance to victims and their families” (Statement by Trust Fund for Victims Board of Directors: Under the Rome Statute, reparative justice provides undeniable value to victims, 14 September 2018. Disponible online en : <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180914-stat-tfv>). Véase también: Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with Amended order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2. ICC-01/04-01/06-3129, 3 March 2015, punto 107. Si se desea ampliar la información, puede consultarse la propia página web del Fondo Fiduciario en: <https://www.trustfundforvictims.org/en> Especialmente interesantes son los informes del Fondo que pueden consultarse en: <https://www.trustfundforvictims.org/en/reports>

En la doctrina, los siguientes trabajos doctrinales han profundizado sobre este tema: Peschke, Katharina, “The role and mandate of the ICC Trust Fund for Victims” en Bonacker, Thorsten and Safferling, Christoph (Eds.), *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, TMC Asser Press, The Hague, 2013, pp. 317 – 237; Kristjánsdóttir, Edda, “International mass claims process and the ICC Trust Fund for Victims” en Ferstman, Carla, Goetz, Mariana and Stephens, Alan (Eds.), *Reparations for victims of genocide, war crimes and crimes against humanity: Systems in place and systems in the making*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2009, pp. 167 – 195; De Greiff, Pablo and Wierda, Marieke, “The Trust Fund for Victims of the International Criminal Court: between possibilities and constraints” en Feyter, K. De, Parmentier, S., Bossuyt, M and Lemmens P. (Eds.), *Out of the Ashes: Reparations for victims of gross and systematic human rights violations*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, pp. 225 – 243.

⁵⁶⁹ Léase conjuntamente con las Reglas 98 y 99 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

⁵⁷⁰ Artículo 75.2 del Estatuto de Roma. Concretamente, el citado apartado prevé que “la Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación”. Es más, la Regla 98 de las Reglas de Procedimiento y Prueba añade que “las órdenes de reparación individual serán dictadas directamente contra el condenado”. Véase también Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2. ICC-01/04-01/06-3129, 3 March 2015, puntos 69, 76, 100 y 118. Ahora bien, en este caso, como ha señalado Maculan, debemos precisar que “esta orden queda fuera de la sentencia de condena y no es calificable como pena, sino como el pago de una responsabilidad de carácter civil del condenado hacía las víctimas, que se determina en un procedimiento separado al margen de la sanción penal propiamente dicha” (Maculan, Elena, “El sistema de penas” en Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 336).

⁵⁷¹ Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2. ICC-01/04-01/06-3129, 3 March 2015, punto 65; Order for reparations. ICC-01/04-01/06-3129-AnxA 03-03-2015, puntos 20 – 21.

⁵⁷² Conviene señalar que, en la situación de la República Centroafricana, el 8 de junio de 2018, se revocó la condena contra el Sr. Bemba y, por ello, la Corte sostuvo que “3. The Chamber agrees with the submissions made that no reparations order can be made against Mr Bemba under Article 75 of the Statute.3 The Chamber must respect the limitations of this Court and recalls that it can only address compensation for harm suffered as a result of crimes when the person standing trial for his or her participation in those crimes has been found guilty.4 However, the Court was created with both a punitive and restorative

contempla como un complemento a la sanción del responsable, nunca como una medida alternativa⁵⁷³.

En definitiva, y pese al alcance limitado que siempre va a tener la reparación cuando lo que se trata de “reparar”, valga la redundancia, son las secuelas de haber sufrido un crimen internacional, es innegable que, gracias a la previsión de las reparaciones en el Estatuto de Roma, y particularmente debido a la propia existencia del Fondo Fiduciario⁵⁷⁴, se logra el objetivo⁵⁷⁵ de garantizar a las víctimas su derecho a la “justicia

function,5 and the Chamber is of the view that a Final Decision on the reparations proceedings is within the ambits of its powers as the Chamber which has conducted the entire trial and reparations proceedings in this case. The Chamber considers it appropriate to acknowledge the victims' views and concerns, in accordance with Article 68(3) of the Statute,6 and does not consider this Final Decision in any way prejudicial or inconsistent with the rights of Mr Bemba" (Situation In The Central African Republic In The Case Of The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo, Final decision on the reparations proceedings, ICC-01/05-01/08-3653, 3 August 2018).

⁵⁷³ La necesidad de garantizar tanto la reparación a las víctimas como el castigo de los responsables puede apreciarse en el Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad, de 18 de septiembre de 2004. S/2005/60, 7 de febrero de 2005. En él, la Comisión proponía al Consejo de Seguridad “se cree una comisión de indemnización, no como alternativa sino más bien como medida complementaria de la remisión a la Corte Penal Internacional. Los Estados tienen la obligación de actuar no sólo contra los autores sino en beneficio de las víctimas. Aunque una comisión de indemnización no constituye un mecanismo para asegurar que los responsables respondan de sus delitos, su creación sería esencial para resarcir a las víctimas de las graves transgresiones cometidas en Darfur” (*Ibid.*, punto 590). Por esta razón, nos parece acertado señalar que “ofrecer reparaciones a las víctimas de violaciones de derechos humanos no exime a los Estados de su responsabilidad de castigar a los autores de esas violaciones. El régimen establecido por la Corte Penal Internacional, por ejemplo, supone un paso hacia a la consolidación de la compatibilidad de la justicia con las reparaciones” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1), p. 36).

⁵⁷⁴ Y es que, se ha defendido que: “the Trust Fund recalls that, in addition to the independent and impartial prosecution of accused criminals, reparative justice for victims is one of the central values of the Rome Statute. In order to make justice a meaningful reality, the Rome Statute's uniquely victim-centric framework provides for victims to receive assistance and reparations for their benefit, their families, and their communities” (Statement by Trust Fund for Victims Board of Directors: Under the Rome Statute, reparative justice provides... *op.cit.*).

⁵⁷⁵ Al margen de esta cuestión, nos parece importante añadir que, a través de las reparaciones, se pueden lograr los siguientes objetivos: “179. Reparations fulfil two main purposes that are enshrined in the Statute: they oblige those responsible for serious crimes to repair the harm they caused to the victims and they enable the Chamber to ensure that offenders account for their acts. Furthermore, reparations can be directed at particular individuals, as well as contributing more broadly to the communities that were affected. Reparations in the present case must - to the extent achievable - relieve the suffering caused by these offences; afford justice to the victims by alleviating the consequences of the wrongful acts; deter future violations; and contribute to the effective reintegration of former child soldiers. Reparations can assist in promoting reconciliation between the convicted person, the victims of the crimes and the affected communities” (Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations. ICC-01/04-01/06-2904, 7 August 2012; Order for reparations. ICC-01/04-01/06-3129-AnxA 03-03-2015, punto 2).

reparativa”⁵⁷⁶ o “justicia restaurativa”⁵⁷⁷. Es más, incluso se ha llegado a defender que “the reparation scheme provided for in the Statute is not only one of the Statute’s unique features. It is also a key feature. The success of the Court is, to some extent, linked to the success of its system of reparations.”⁵⁷⁸

1.3.3. LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y LOS PROGRAMAS DE REPARACIÓN

La regulación del derecho de las víctimas a la reparación se halla consolidado en el ámbito internacional, al menos en el plano teórico. Sin embargo, cuando las víctimas se pueden contar por cientos o miles, ¿es posible reparar a todas ellas atendiendo a los requisitos o condiciones⁵⁷⁹ que se derivan del Derecho Internacional⁵⁸⁰?

Por ejemplo, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas prevé que “los Estados Partes velarán por que su sistema legal garantice a la víctima de desaparición forzada el derecho a la reparación y

⁵⁷⁶ El concepto que se emplea en la Corte Penal Internacional es “reparative justice” (Report of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims, Sixteenth Session of the Assembly of States Parties, New York, 4 December 2017, Delivered by Mr Motoo Noguchi, Chair of the Board of Directors The Trust Fund for Victims, p. 9; Annual report of the Trust Fund for Victims, 2016, p. 10. Disponible online en: https://www.trustfundforvictims.org/sites/default/files/reports/Annual%20Report-2016_ENG_September_Online.pdf; Statement by Trust Fund for Victims Board of Directors: Under the Rome Statute, reparative justice provides..., *op.cit.* Sin embargo, cuando se traducen los documentos a la versión castellana, este concepto se traduce como “justicia restaurativa” (Resolución ICC-ASP/16/Res.6 Adoptada por consenso en la decimotercera sesión plenaria, el 14 diciembre de 2017: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes, punto 95).

⁵⁷⁷ *Ibidem*. Resulta oportuno añadir que, en esta Resolución citada, se incide en que la reparación a las víctimas también contribuye a la reconciliación y a la consolidación de la paz.

⁵⁷⁸ Order for reparations. ICC-01/04-01/06-3129-AnxA 03-03-2015, punto 3.

⁵⁷⁹ Pueden consultarse los siguientes documentos en los que se enumeran varias características que deben tener las reparaciones para que resulten respetuosas con las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional. Los adjetivos que más se suelen repetir son la necesidad de que las reparaciones sean prontas, adecuadas, proporcionales, efectivas, justas, accesibles: Derechos Humanos y justicia de transición (A/HRC/RES/21/15), *op.cit.*, punto 8b); Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, *op.cit.*, punto 5; Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147), *op.cit.*, punto 15; Eradicating impunity for serious human rights violations. Guidelines adopted by the Committee of Ministers on 30 March 2011, *op.cit.*, punto XVI.

⁵⁸⁰ A este respecto, quisiéramos añadir que la Corte Penal Internacional también ha defendido que las reparaciones deben ser apropiadas, adecuadas y rápidas: Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations. ICC-01/04-01/06-2904, 7 August 2012, punto 242; Order for reparations. ICC-01/04-01/06-3129-AnxA 03-03-2015, punto 44; Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute With one public annex (Annex I) and one confidential annex ex parte, Common Legal Representative of the Victims, Office of Public Counsel for Victims and Defence team for Germain Katanga (Annex II). ICC-01/04-01/07-3728-tENG, 24 March 2017, punto 15; Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Reparations Order. ICC-01/12-01/15-236, 17 August 2017, punto 33.

a una indemnización rápida, justa y adecuada”⁵⁸¹. El Conjunto de principios actualizado contra la impunidad, por su parte, señala que “el derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por las víctimas”⁵⁸² y los Principios y directrices básicos, por poner otro ejemplo, señalan que “la reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido”⁵⁸³. No obstante, ¿es posible que las indemnizaciones cumplan dichos requisitos cuando el Estado, además, puede carecer de los más elementales recursos como consecuencia del conflicto armado?⁵⁸⁴

Una vez más, ante estos especiales contextos, la respuesta del Derecho Internacional parece ser limitada⁵⁸⁵. Y es que, “es evidente que las violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, particularmente cuando se han cometido a escala masiva, son por su carácter mismo, irreparables. En tales casos, no hay reparación o compensación que guarde una relación proporcional con el grave daño causado a las víctimas”⁵⁸⁶. Es más, no debemos olvidar que “los tratados internacionales de derechos humanos no están pensados para dar respuesta a los casos de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, sino que su objetivo es remediar casos

⁵⁸¹ Artículo 24 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

⁵⁸² Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 34: ámbito de aplicación del derecho a obtener reparación.

⁵⁸³ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147), *op.cit.*, punto 15.

⁵⁸⁴ Precisamente, la insuficiencia de recursos es un argumento que suele repetirse frecuentemente por aquellos Estados que no están dispuestos a asumir un programa de reparación de estas características. Si se desea profundizar en este poco convincente argumento y las razones que subyacen a la negativa de los Estados, acúdase a: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, puntos 51 – 61. En la doctrina, véase también: Roht-Arriaza, Naomi, "Reparations in international law and practice", *op.cit.*, pp. 692 – 696; Segovia, Alexander, "Financing reparations programs: reflections from international experience" en De Greiff, Pablo (Ed.), *The handbook of reparations*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 650 – 675.

⁵⁸⁵ Como explica el Relator Especial sobre la justicia transicional, “En los enfoques judiciales de la reparación se ha optado por seguir un criterio de peso para decidir la magnitud de las reparaciones, a saber, el concepto de *restitutio in integrum*, o reparación completa, criterio irreprochable en casos individuales porque trata de neutralizar los efectos de la violación en la víctima e impedir que el autor disfrute del producto del hecho ilícito. En cambio, la experiencia real en los programas de reparaciones masivas indica que solo rara vez se ha intentado satisfacer ese criterio” (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, punto 45).

⁵⁸⁶ Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, E/CN.4/Sub.2/1993/8, *op.cit.*, punto 131.

individuales"⁵⁸⁷. Por ello, nos parece correcto afirmar que, en la práctica, el deber del Estado de reparar a las víctimas “carece de precisión y ha suscitado interrogantes acerca de cómo darle contenido en una situación determinada en la que se ha infligido un daño masivo”⁵⁸⁸.

Pues bien, ante esta práctica imposibilidad de reparar las vulneraciones a los derechos humanos cometidas atendiendo estrictamente a las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional, la justicia transicional ha tenido que adecuarse a estos complejos contextos y, así, los diversos Estados que han implementado este tipo de mecanismos, teniendo en cuenta el amplio margen de discrecionalidad que ostentan⁵⁸⁹, han ofrecido originales fórmulas que han acabado beneficiando a un elevado número de víctimas⁵⁹⁰.

Una de las diferencias fundamentales que podemos apreciar en estos programas masivos de reparación⁵⁹¹ es que el elevado número de víctimas ha conllevado que las reparaciones que se otorgan en estos contextos se alejen de las clásicas medidas falladas por los tribunales⁵⁹². Por esta razón, no resulta extraño defender que “es poco probable

⁵⁸⁷ Gómez Isa, Felipe, "El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos", *op.cit.*, p. 25. En un sentido similar véase también De Greiff, Pablo, "Justicia y reparaciones" en Reátegui, Félix (Ed.), *Justicia transicional: manual para América Latina*, Brasilia: Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia; Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011, p. 413.

⁵⁸⁸ Margarrell, Lisa, "Las reparaciones en la teoría y la práctica", International Center for Transitional Justice, 2007, p. 2. Es más, tal y como ha señalado el Relator Especial sobre la justicia transicional, “algunos programas no satisfacen ninguna interpretación aceptable de esos criterios” (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, punto 46).

⁵⁸⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1), pp. 5 - 8.

⁵⁹⁰ Para profundizar en un estudio analítico de diversos casos en los que se han implementado programas de reparación: Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/18/23, *op.cit.*, Puntos 32 – 42; Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General: Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/12/18, de 6 de agosto de 2009. Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, Tema 2 de la agenda. Puntos 28 – 36.

⁵⁹¹ Para profundizar en las vicisitudes de estos programas nacionales de reparación, puede acudir a uno de los informes temáticos publicados por el Relator Especial sobre la justicia transicional en el que desarrolla con más detalle este tema: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/42/45 de 11 de julio de 2019. Y es que, el informe en su conjunto versa sobre lo que denomina “programas de reparación nacionales”.

⁵⁹² Sobre la distinción entre los programas administrativos de reparación y las reparaciones falladas en los tribunales: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1), pp. 29 – 32.

que los tribunales sean el principal medio de obtener reparación cuando se trata de un universo de víctimas amplio y complejo”⁵⁹³.

Por el contrario, estos contextos demandan la implementación de programas administrativos de reparación⁵⁹⁴ que atiendan tanto a un número considerable de víctimas como de vulneraciones a los derechos humanos cometidas⁵⁹⁵. Es más, el objetivo de estos

⁵⁹³ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, punto 3; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1), p. 1; Margarrell, Lisa, "Las reparaciones en la teoría y la práctica", International Center for Transitional Justice, 2007, pp. 1 – 2. Sobre las diversas medidas o procedimientos de reparación puede consultarse el "Principio 32: Procedimiento de reparación" del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.* En la doctrina puede acudir a los siguientes trabajos seleccionados que se han pronunciado al respecto: Bassiouni, M. Cherif, "Victim's Rights: International recognition", *op.cit.*, pp. 604 – 621; Roht-Arriaza, Naomi, "Reparations in international law and practice", *op.cit.*, pp. 659 – 685. Si se desea profundizar en las dificultades a las que hacen frente los tribunales a la hora de fallar medidas de reparaciones, consúltese: Oette, Lutz, "Bringing justice to victims? Responses of regional and international human rights courts and treaty bodies to mass violations" en Ferstman, Carla, Goetz, Mariana and Stephens, Alan (Eds.), *Reparations for victims of genocide, war crimes and crimes against humanity: Systems in place and systems in the making*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2009, pp. 217 – 242; Sarkin, Jeremy, "Reparations for gross human rights violations as an outcome of criminal versus civil court proceedings" en Feyter, K. De, Parmentier, S., Bossuyt, M and Lemmens P. (Eds.), *Out of the Ashes: Reparations for victims of gross and systematic human rights violations*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, pp. 151 – 188; Zegveld, Liesbeth, "Victims' reparations claims and international criminal courts: Incompatible values?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, pp. 79 – 111; McCarthy, Conor, "Reparations for gross violations of Human Rights Law and International Humanitarian Law at the International Court of Justice" en Ferstman, Carla, Goetz, Mariana and Stephens, Alan (Eds.), *Reparations for victims of genocide, war crimes and crimes against humanity: Systems in place and systems in the making*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2009, pp. 283 – 311; Tomuschat, Christian, "Reparations in cases of genocide", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 905 – 912; Palassis, Stathis N., "From The Hague to the Balkans: a victim-oriented reparations approach to improved international criminal justice", *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, pp. 1 – 41; Allen, Tom and Douglas, Benedic, "Closing the door on restitutions: the European Court of Human Rights" en Buyse, Antoine and Hamilton, Michael (Eds.), *Transitional Jurisprudence and the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 208 – 238; Carrillo, Arturo J., "Justice in context: the relevance of Inter-American human rights law and practice to repairing the past" en De Greiff, Pablo (Ed.), *The handbook of reparations*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp.504 – 538; Sandoval-Villalba, Clara, "The concepts of 'injured party' and 'victim' of gross human rights violations in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: A commentary on their implications for reparations" en Ferstman, Carla, Goetz, Mariana and Stephens, Alan (Eds.), *Reparations for victims of genocide, war crimes and crimes against humanity: Systems in place and systems in the making*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2009, pp. 243 – 282; Cassel, Douglas, "The expanding scope and impact of reparations awarded by the Inter-American Court of Human Rights" en Feyter, K. De, Parmentier, S., Bossuyt, M and Lemmens P. (Eds.), *Out of the Ashes: Reparations for victims of gross and systematic human rights violations*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, pp. 191 – 223.

⁵⁹⁴ Para conocerse las características principales de estos programas de reparación acúdase a: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, punto 4; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, puntos 43 – 45; Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102, de 18 de febrero de 2005, punto 59.

⁵⁹⁵ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, punto 3.

programas “no es tanto devolver a la persona a su statu quo ante, sino reconocer la gravedad de la violación de derechos iguales de los conciudadanos e indicar que el régimen sucesor se ha comprometido a respetar esos derechos”⁵⁹⁶.

Así, las variadas medidas de reparación que se otorgan en estos contextos no solo tienen una vertiente individual (es decir, dirigidas a reparar a una víctima en concreto), sino que, por el contrario, también tienen la capacidad de dirigirse a un colectivo más amplio como la comunidad local o la propia sociedad⁵⁹⁷. Por ello, en contextos de justicia transicional, suele ser común diferenciar⁵⁹⁸ entre las reparaciones individuales y las colectivas⁵⁹⁹. Ahora bien, el problema que estas últimas conllevan es que “estos programas colectivos suelen distribuir bienes básicos, es decir, aquellos a los que tienen derecho todos los ciudadanos, no solo las víctimas”⁶⁰⁰ y, por ello, en estos casos, puede llegar a producirse “una superposición con los programas de desarrollo”⁶⁰¹. Esta circunstancia, ha sido criticada no solo por el Relator Especial sobre la justicia

⁵⁹⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1), p. 32.

⁵⁹⁷ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, punto 40.

⁵⁹⁸ La Corte Penal Internacional también ha afirmado que la reparación puede ser individual, colectiva o ambas a la vez (Regla 97.1 de las Reglas de Procedimiento y Prueba). Concretamente, el citado precepto establece que “la Corte, teniendo en cuenta el alcance y la magnitud del daño, perjuicio o lesión, podrá conceder una reparación individual o, cuando lo considere procedente, una reparación colectiva o ambas”. Para analizar cómo se ha aplicado esta regla en la práctica, acúdase a: Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations. ICC-01/04-01/06-2904, 7 August 2012, puntos 194 – 221; Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with Amended order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2. ICC-01/04-01/06-3129, 3 March 2015, punto 149; Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute With one public annex (Annex I) and one confidential annex ex parte, Common Legal Representative of the Victims, Office of Public Counsel for Victims and Defence team for Germain Katanga (Annex II). ICC-01/04-01/07-3728-tENG, 24 March 2017, punto 293). Ahora bien, como señala López Martín, lo más probable es que siempre se opte por las reparaciones colectivas y, por ello, afirma la experta que las reparaciones no siempre serán “completas” (véase cómo explica la autora esta cuestión en: López Martín, Ana Gemma, "Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: caso The Prosecutor c Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012", *op.cit.*, pp. 221 – 225).

⁵⁹⁹ Para profundizar en estas dos vertientes de las reparaciones, puede acudir a: Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos": El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, *op.cit.*, puntos 35 y 36; Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, *op.cit.*, puntos 40 – 42; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, puntos 38 – 42.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, punto 41.

⁶⁰¹ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, punto 86. Si se desea, puede consultarse el ejemplo de Perú que se describe en: Margarrell, Lisa, "Las reparaciones en la teoría y la práctica", International Center for Transitional Justice, 2007, pp. 5 – 7.

transicional⁶⁰², sino también por otros órganos internacionales de protección y supervisión que insisten en la necesidad de separar ambas vertientes⁶⁰³.

Por lo tanto, después de este repaso a las reparaciones como mecanismo de justicia transicional, hemos comprobado cómo las mismas desempeñan un papel fundamental a la hora de garantizar otro más de los derechos de los que son titulares las víctimas que han sufrido violaciones a sus derechos humanos. Es más, conviene aclarar que, en contextos de transición, las reparaciones “son la única medida que desde su concepción procura beneficiar directamente a las víctimas”⁶⁰⁴. Por ello, no le faltaba razón a Van Boven cuando ya en 1993 declaraba que “la reparación por violaciones de los derechos humanos tiene el propósito de aliviar el sufrimiento de las víctimas y hacer justicia mediante la eliminación o corrección, en lo posible, de las consecuencias de los actos ilícitos y de la adopción de medidas preventivas y disuasorias respecto de las violaciones”⁶⁰⁵. Ahora bien, la relevancia de las reparaciones para las víctimas va más

⁶⁰² Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/68/345, de 23 de agosto de 2013, punto 59. A este respecto, el Relator ha declarado que “los programas de desarrollo no son programas de reparación, ya que no están dirigidos a las víctimas concretamente y su objetivo es satisfacer necesidades básicas y urgentes, a lo que tienen derecho todos los ciudadanos, no necesariamente en calidad de víctimas. En consecuencia, para que los programas de reparación mantengan su carácter distintivo, es preciso que los programas de reparación colectiva estén organizados en torno a servicios no básicos” (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, puntos 41 – 42 y 86).

⁶⁰³ Por ejemplo, el Comité contra la Tortura ha declarado que “un Estado Parte no puede aplicar medidas de desarrollo ni proporcionar asistencia humanitaria como sustituto de la reparación en favor de víctimas de tortura o malos tratos. Un Estado parte no puede hacer valer su nivel de desarrollo para justificar que la víctima de tortura quede sin reparación” (Observación general N°3, relativa a la aplicación del artículo 14 por los Estados Partes, del Comité contra la Tortura, de 2012, punto 37).

⁶⁰⁴ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, punto 10. En un sentido similar: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, punto 43; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1), p. 3; Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, *op.cit.*, punto 26; International Center for Transitional Justice, “Effective Remedies to Human Rights Violations”, December 2009; Margarrell, Lisa, “Las reparaciones en la teoría y la práctica”, International Center for Transitional Justice, 2007, p. 2.

⁶⁰⁵ Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, E/CN.4/Sub.2/1993/8, *op.cit.*, punto 3.

allá ya que, principalmente, reconoce su “condición de titulares de derechos”⁶⁰⁶, al menos en el plano teórico⁶⁰⁷.

En definitiva, las reparaciones constituyen otro mecanismo más de la justicia transicional que deben ser otorgadas como complemento al resto de medidas, incluidas la investigación, el enjuiciamiento y la sanción penal de los responsables. Sin embargo, debemos advertir que, en el caso colombiano, esta teoría consolidada de la justicia transicional ha resultado modulada hasta el extremo. Y es que, como analizaremos más adelante, este Estado ha optado por combinar las sanciones con las reparaciones hasta el punto de desnaturalizar por completo ambos mecanismos.

1.4. El proceso de destitución de funcionarios públicos y la reforma institucional como garantía de no repetición y sanción en los procesos de transición

Como hemos señalado en apartados anteriores, cuando el Estado incurre en responsabilidad internacional, se producen dos consecuencias inmediatas básicas: debe poner fin al hecho internacionalmente ilícito y debe adoptar garantías de no repetición⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/68/345, de 23 de agosto de 2013, punto 37; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, punto 45a); Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, punto 9. Sin embargo, tal y como se ha denunciado, en ocasiones, el derecho de las víctimas a la reparación entra en conflicto con el reconocimiento preferente que, en determinados procesos, se les otorga a los excombatientes. Si se desea profundizar en los conflictos que se producen entre los programas de reparaciones y las iniciativas de desarme, desmovilización y reintegración, acúdase a: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, punto 8; Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/18/23, *op.cit.*, puntos 66 – 69.

⁶⁰⁷ Sin embargo, debemos tener en cuenta que: “No obstante el notable progreso logrado en el plano normativo con la estipulación del derecho de las víctimas a la reparación, así como algunas experiencias importantes a nivel práctico, la mayoría de las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario aún no reciben reparación de ningún tipo. Los progresos en el ámbito normativo, y en algunos casos una práctica sólida, no deben enmascarar las deficiencias en la implementación, cuyas proporciones con toda razón pueden calificarse de escandalosas” (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, punto 6). Precisamente, por esta razón, es tan importante que no se prevean plazos de prescripción ya que “la aplicación de prescripciones priva con frecuencia a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos de las reparaciones a que tienen derecho” (Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, E/CN.4/Sub.2/1993/8, *op.cit.*, punto 135).

⁶⁰⁸ Artículo 30 de la Resolución 56/83: Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobada por la Asamblea General el 28 de enero de 2002. Precisamente, dado que se trata de una obligación que recae en el Estado, han sido los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos (y especialmente la Corte Interamericana) los que han ido perfilando los contornos de esta obligación. Si se desea profundizar en este tema, puede acudir a: López Martín, Ana Gemma, “Los

Pues bien, precisamente, la obligación de adoptar garantías de no repetición con la finalidad de evitar la futura comisión de ilícitos internacionales, constituye el último⁶⁰⁹ y más novedoso⁶¹⁰ mecanismo⁶¹¹ de un proceso integral de justicia transicional⁶¹² que, al igual que el resto, forma parte de la definición de impunidad proporcionada en el Conjunto de principios al que reiteradamente estamos aludiendo⁶¹³.

derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de Derechos Humanos en Derecho internacional", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Vol. XLVII, 2014, pp. 158 - 159. En el ámbito interamericano resulta especialmente relevante el siguiente trabajo: Londoño Lázaro, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: Derecho Internacional y cambios estructurales del Estado*, Tirant lo Blanch, México, 2014. Por lo que al Tribunal Europeo respecta, puede acudirse a: Hamilton, Michael, "Transition, political loyalties and the order of the state" en Buyse, Antoine and Hamilton, Michael (Eds.), *Transitional Jurisprudence and the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 151 – 184; Ní Aoláin, Fionnuala, "Transitional justice and the European Convention of Human Rights", *Geneva Academy Briefing N°10*, October 2017, pp. 37 - 40.

⁶⁰⁹ Si bien por motivos de organización hemos creído oportuno dejar las garantías de no repetición para el final, lo cierto es que, en muchas ocasiones, debería de ser una de las primeras medidas a implementar. Y es que, como veremos a continuación, dentro de esta categoría se incluyen iniciativas como, por ejemplo, la reforma del sistema judicial. Teniendo en cuenta que uno de los mecanismos más relevantes de la justicia transicional es la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables, parece lógico que, antes del inicio de los procesos, debería de reformarse el sistema judicial si éste adolece de graves defectos: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Procesos de depuración: marco operacional*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006, (HR/PUB/06/5), pp. 3 – 4; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/70/438, de 21 de octubre de 2015, punto 20.

⁶¹⁰ La primera vez que se empleó este término fue en el año 1993 (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/30/42, de 7 de septiembre de 2015, punto 15).

⁶¹¹ Si bien consideramos oportuno referirnos a esta última medida como un mecanismo, el Relator Especial matiza que “las garantías de no repetición, a diferencia de los demás “pilares” del mandato (verdad, justicia y reparación), no constituyen una categoría que designe una medida o un conjunto de ellas, sino una función que puede ejercerse con una variedad de iniciativas” (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/68/345, de 23 de agosto de 2013, punto 53). En un sentido similar: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/30/42, de 7 de septiembre de 2015, punto 23.

⁶¹² Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/70/438, de 21 de octubre de 2015, punto 14.

⁶¹³ Recordemos que el Principio 1 del Conjunto de principios actualizados contra la impunidad definía la misma como “una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones” (Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 1. Obligaciones generales de los Estados de adoptar medidas eficaces para luchar contra la impunidad). Véanse también los Principios 35 y siguientes que se refieren directamente a esta cuestión.

Como su propio nombre indica, el objetivo fundamental de estas medidas consiste en impedir⁶¹⁴ violaciones masivas y sistemáticas futuras⁶¹⁵ de los derechos humanos⁶¹⁶. Es decir, “las garantías de no repetición tienen una función de carácter esencialmente preventivo”⁶¹⁷ y, por ello, se dirigen a la sociedad en su conjunto⁶¹⁸.

⁶¹⁴ Por otra parte, no debemos olvidar que el objetivo de “impedir” o “prevenir” futuros ilícitos se contempla también en numerosos tratados internacionales como, por ejemplo, el artículo 2.1 de la Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes (véase también la Observación General N° 3, de 2012, relativa a la aplicación del artículo 14 por los Estados partes, puntos 18 – 19 y 26); el artículo 1 del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio; el preámbulo del Convenio sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad; los artículos 22 y 25 de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; el artículo 6 de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura; el artículo 1 de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas; el artículo 8.1 de la Carta árabe de derechos humanos.

⁶¹⁵ Esta aclaración la realiza el Relator Especial al defender que “la “oferta” de garantías de no repetición se refiere a una combinación de diversas intervenciones deliberadas que contribuyen a reducir la probabilidad de que se repitan las violaciones. El “objeto” no es la prevención de violaciones aisladas, sino de violaciones manifiestas de los derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario” (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/30/42, de 7 de septiembre de 2015, punto 25).

⁶¹⁶ La relevancia de la prevención ha sido puesta de relieve en un considerable número de estudios. A modo meramente ilustrativo, podemos citar los siguientes: Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos, en 40° sesión, el 30 de septiembre de 2016: Derechos Humanos y justicia de transición, A/HRC/RES/33/19; Eradicating impunity for serious human rights violations. Guidelines adopted by the Committee of Ministers on 30 March 2011, *op.cit.*, III. General measures for the prevention of impunity.

⁶¹⁷ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/30/42, de 7 de septiembre de 2015, punto 24.

⁶¹⁸ *Ibid.*, punto 26; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2014 (HR/PUB/13/5), pp. 51 – 52.

Para lograr este fin, son muchas y muy variadas las medidas que se pueden adoptar⁶¹⁹ como, por ejemplo, programas de educación en derechos humanos⁶²⁰, reformas legales⁶²¹, ratificación de tratados internacionales⁶²², iniciativas dirigidas a fortalecer la independencia del poder judicial⁶²³, el desarme y desmovilización de los grupos

⁶¹⁹ Como consecuencia de esta variedad, el Relator Especial ha señalado que “no existe una política general específica en ese sentido” (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/30/42, de 7 de septiembre de 2015, punto 27). Para más información, acúdase al citado informe ya que el Relator Especial enumera y detalla un considerable número de medidas que, a su juicio, contribuyen a este fin. Por si resultara oportuno quisiéramos añadir que realiza la siguiente clasificación: Intervenciones institucionales (dentro de las cuales incluye: la ratificación de tratados; reformas jurídicas; reformas judiciales; reforma constitucional); intervenciones en la sociedad (cesación de las agresiones y amenazas y eliminación de los obstáculos; empoderamiento jurídico; creación de entornos propicios) y, finalmente, las intervenciones en las esferas cultural e individual (educación; arte y cultura; archivos; asesoramiento postraumático y apoyo psicosocial). Para ampliar la información sobre las diversas medidas que se engloban dentro de esta categoría, puede acudir a la siguiente documentación: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Procesos de depuración: marco operacional*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006, (HR/PUB/06/5); Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Cartografía del sector de la justicia*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/2); Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Supervisión del sistema de justicia*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/3); Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/70/438, de 21 de octubre de 2015; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/30/42, de 7 de septiembre de 2015; Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 35. Finalmente, podría ser oportuno recordar que, cuando analizábamos el tema de las reparaciones, señalábamos que las garantías de no repetición solían enumerarse como una más de estas medidas (Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147), *op.cit.*, punto 23).

⁶²⁰ *Ibid.*, punto 23e); Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/30/42, de 7 de septiembre de 2015, punto 23.

⁶²¹ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147), *op.cit.*, punto 23h); Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 35 y Principio 38: Reforma de las leyes e instituciones que contribuyen a la impunidad.

⁶²² Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/30/42, de 7 de septiembre de 2015, puntos 42 – 44.

⁶²³ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147), *op.cit.*, punto 23c).

armados⁶²⁴, la investigación de antecedentes⁶²⁵ y, especialmente, la reforma institucional⁶²⁶.

A propósito de esta última debemos señalar que, cuando ha sido el Estado quien ha cometido continuas y numerosas violaciones de los derechos humanos, resulta esencial asegurar que “las instituciones públicas se organicen de manera de asegurar el respeto por el estado de derecho y la protección de los derechos humanos”⁶²⁷. Es más, incluso la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha reconocido que “in post-conflict countries, there is frequently a need to rebuild institutional capacity and to develop the ability to address ICC crimes”⁶²⁸.

De hecho, el principio de complementariedad positiva puede ejercer una notable influencia en el tema que ahora analizamos. Conviene precisar que, en palabras del propio

⁶²⁴ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/30/42, de 7 de septiembre de 2015, punto 23; Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 37: Desmantelamiento de las fuerzas armadas paraestatales/desmovilización y reintegración social de los niños. Sobre la relación entre estos programas de desarme y la posterior prohibición de integración en el sector de la seguridad: Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/18/23, *op.cit.*, punto 71.

⁶²⁵ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/30/42, de 7 de septiembre de 2015, punto 23; Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 52.

⁶²⁶ En la literatura de la justicia transicional, suele ser frecuente que se engloben todas las garantías de no repetición bajo la fórmula de las reformas institucionales. Sin embargo, como aclara el Relator Especial, “las reformas institucionales son una parte importante de una política de no repetición, pero, eso sí, solo una parte” (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/70/438, de 21 de octubre de 2015, punto 17). Sobre la reforma institucional puede consultarse también: Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 36. Reforma de las instituciones estatales; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/70/438, de 21 de octubre de 2015; Kristjánsdóttir, Edda, Nollkaemper, André and Ryngaert, Cedric (Eds.), *International law in domestic courts: rule of law reform in post-conflict states*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012.

⁶²⁷ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 36. Reforma de las instituciones estatales. En un sentido similar el Relator Especial ha señalado que “no es posible defender la fiabilidad de instituciones del estado de derecho que permiten que la violación de derechos, incluso de los más fundamentales, no lleve aparejada consecuencia alguna” (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, punto 75).

⁶²⁸ The Office of the Prosecutor, Strategic Plan 2016-2018, 15 November 2015, p. 34. A este respecto quisiéramos dejar anotado que determinados Estados cuyos nacionales están siendo investigados o enjuiciados ante la Corte Penal Internacional han adoptado determinadas medidas de no repetición y, especialmente, las relativas a las reformas institucionales. Pueden consultarse los casos de Kenia, la República Democrática del Congo o Gambia que se describen en las siguientes páginas web del Centro Internacional para la Justicia Transicional: <https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/kenya>; <https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/democratic-republic-congo-drc>; <https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/gambia>

órgano judicial, este concepto “se refiere a todas las actividades y acciones mediante las cuales las jurisdicciones nacionales se ven fortalecidas y habilitadas para realizar investigaciones nacionales y juicios auténticos en relación con crímenes del ámbito del Estatuto de Roma, sin hacer a la Corte partícipe de actividades de creación de capacidades, apoyo económico y asistencia técnica, sino más bien dejando estas acciones y actividades por cuenta de los Estados, que se brindarán asistencia mutua voluntaria”⁶²⁹.

Para conseguir el objetivo⁶³⁰ de fortalecer las jurisdicciones nacionales⁶³¹ y de esta manera lograr que sean éstas las que lleven a cabo los procesos⁶³², lo que se produce es una “colaboración entre la Corte, las jurisdicciones nacionales, los Estados Partes y otras partes interesadas para poner fin a la impunidad”⁶³³. En esta relación, la Corte “se limita

⁶²⁹ Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, aprobada por consenso en la décima sesión plenaria el 25 de marzo de 2010: Apéndice. Informe de la Mesa sobre el balance: Complementariedad. Balance sobre el principio de complementariedad: salvar la brecha de la impunidad, punto 16. Para ampliar la información a este respecto: Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/911. Documentos oficiales. Publicación de la Corte Penal Internacional, La Haya, 2010. Anexo V d): Balance de la justicia penal internacional. Cooperación. Publicado anteriormente con la signatura RC/ST/CP/1/Rev.1; Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Décimo período de sesiones, Nueva York, 12 a 21 de diciembre de 2011: Informe de la Corte sobre la complementariedad. ICC-ASP/10/23, de 11 de noviembre de 2011, p. 2 y p. 15; Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Décimo período de sesiones, Nueva York, 12 a 21 de diciembre de 2011: Informe de la Mesa sobre la complementariedad. ICC-ASP/10/24, de 22 de noviembre de 2011, p. 2; Informe de la Corte Penal Internacional sobre sus actividades en 2016/17 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Septuagésimo segundo período de sesiones, Tema 77 del programa provisional. A/72/349, de 17 de agosto de 2017, p. 17; The Office of the Prosecutor, Report on Prosecutorial Strategy, The Hague, 14 September 2006, pp. 4 – 5; ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, pp. 25 – 27; The Office of the Prosecutor, Prosecutorial Strategy 2009-2012, The Hague, 1 February 2010, p. 4; The Office of the Prosecutor, Strategic Plan June 2012-2015, 11 October 2013, p. 28; The Office of the Prosecutor, Strategic Plan 2016-2018, 15 November 2015, p. 22; Resolución ICC-ASP/15/Res.5, adoptada por consenso en la undécima sesión plenaria, el 26 de noviembre de 2016: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes, puntos 99 – 108; Informe de la Corte Penal Internacional sobre su labor realizada en el período 2013/14 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sexagésimo noveno período de sesiones, tema 74 del programa provisional. A/69/321, de 18 de septiembre de 2014, punto 65.

⁶³⁰ Precisamente, el fortalecimiento de las capacidades nacionales fue uno de los objetivos que se propusieron en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma que se celebró en Kampala, tal y como deja constancia la Declaración RC/Decl.1: Declaración de Kampala, aprobada por consenso en la cuarta sesión plenaria el 1 de junio de 2010.

⁶³¹ A modo de ejemplo, podemos citar los siguientes documentos en los que se insiste en la necesidad de fortalecer las jurisdicciones nacionales: Resolución RC/RES.1 de la Asamblea de Estados Parte: Complementariedad. Aprobada por consenso en la novena sesión plenaria el 8 de junio de 2010, puntos 3 – 9; Resolución ICC-ASP/11/Res.6 de la Asamblea de Estados Parte: Complementariedad. Aprobada por consenso en la octava sesión plenaria el 21 de noviembre de 2012, puntos 1 – 6; Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Mesa sobre la complementariedad. ICC-ASP/10/24, *op.cit.*, punto 8; Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Duodécimo período de sesiones, La Haya, 20 a 28 de noviembre de 2013: Informe de la Mesa sobre la complementariedad. ICC-ASP/12/31, de 15 de octubre de 2013, punto 18.

⁶³² Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, *op.cit.*, punto 51.

⁶³³ Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Corte sobre la complementariedad, ICC-ASP/10/23, *op.cit.*, punto 2. Véanse también las actividades de asistencia que se enumeran en: Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, *op.cit.*, punto 17.

en gran medida a servir como agente catalizador y poner sus conocimientos expertos en esferas específicas a disposición de las jurisdicciones nacionales."⁶³⁴. Es decir, en ningún caso se debe ver a la Corte como una “agencia para el desarrollo”⁶³⁵. Lo que se trata es de limitar la intervención de la Corte y que, por consiguiente, sean los propios Estados quienes lleven a cabo los procesos nacionales⁶³⁶. Ahora bien, además de las estrategias de cooperación que se puedan establecer entre la Corte y los Estados, es relevante señalar que las investigaciones y enjuiciamientos de la primera también pueden conllevar consecuencias administrativas o políticas respecto de aquellas personas involucradas en la comisión de los crímenes internacionales⁶³⁷.

⁶³⁴ Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Undécimo período de sesiones, La Haya, 14 a 22 de noviembre de 2012: Informe de la Corte sobre la complementariedad. ICC-ASP/11/39, de 16 de octubre de 2012, p. 1.

⁶³⁵ The Office of the Prosecutor, Strategic Plan 2016-2018, 15 November 2015, punto 57; Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, *op.cit.*, p. 15; Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Noveno período de sesiones, Nueva York, 6 a 10 de diciembre de 2010: Informe de la Mesa sobre la complementariedad. ICC-ASP/9/26, de 17 de noviembre de 2010, p. 3. Sobre las controversias que esta estrategia de la Corte ocasionó: Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Décimo cuarto período de sesiones. La Haya, 18 a 26 de noviembre de 2015: Informe de la Mesa sobre el proceso de planificación estratégica de la Corte Penal Internacional. ICC-ASP/14/37, de 16 de noviembre de 2015, p. 3. Sin embargo, tal y como se ha aclarado “si bien la creación de capacidades en los sistemas judiciales nacionales no forma parte del mandato de la Corte, esta procura contribuir de forma práctica al fortalecimiento del sistema del Estatuto de Roma en su sentido más amplio siempre que ello resulta posible, en consonancia con su mandato judicial fundamental y especialmente en la medida de los recursos disponibles” (Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Corte sobre la complementariedad. ICC-ASP/11/39, *op.cit.*, punto 59). Por ello, se ha añadido que “también hay límites estatutarios al tipo de actividades en que la Fiscalía puede participar: no participará directamente en el suministro de asesoramiento jurídico porque se corre el peligro de que esa actividad perjudique futuras actuaciones de la Corte sobre admisibilidad, y tampoco proporcionará información cuando no haya normas adecuadas de seguridad y las autoridades nacionales no estén dispuestas a recibir esa información” (Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Corte sobre la complementariedad, ICC-ASP/10/23, *op.cit.*, punto 32).

⁶³⁶ The Office of the Prosecutor, Strategic Plan June 2012-2015, 11 October 2013, punto 9. Precisamente, no son pocas las ocasiones en las que se recuerda que la responsabilidad principal de investigar, enjuiciar y sancionar recae en los Estados. Véase a modo de ejemplo: Resolución ICC-ASP/15/Res.5: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes, *op.cit.*, punto 99. Por ejemplo, ésta ha sido la estrategia que durante años se ha llevado (y se sigue llevando) a cabo en Colombia. Y es que, es innegable que el escrutinio que ha llevado a cabo la Oficina de la Fiscalía mediante los exámenes preliminares ha sido uno de los más efectivos incentivos para que el país latinoamericano asuma la responsabilidad de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de haber cometido los crímenes internacionales (Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional: Informe de la Corte sobre la complementariedad, ICC-ASP/10/23, *op.cit.*, pp. 6 – 8).

⁶³⁷ Schabas, William A., (Chair), ‘Truth Commissions, Accountability and the International Criminal Court, Commentary by Stephan Parmentier’, en van Genugten, Willem J.M., Scharf, Michael P. and Radin, Sasha E., *Criminal Jurisdiction 100 Years After the 1907 Hague Peace Conference : proceedings of the eighth Hague Joint Conference held in The Hague, the Netherlands, 28-30 June 2007*, The Hague, TMC Asser, 2009, p. 117.

Dentro de las reformas institucionales, en escenarios de justicia transicional tiene una importancia fundamental⁶³⁸ el proceso de destitución de funcionarios públicos⁶³⁹ como medida disciplinaria⁶⁴⁰ para garantizar que “quienes sean responsables personalmente de graves violaciones de los derechos humanos no permanezcan en puestos de autoridad pública, como garantía de no reincidencia y para evitar violaciones futuras”⁶⁴¹. Y es que, qué duda cabe que, cualquier persona que haya cometido un crimen internacional, debería

⁶³⁸ Y es que, no le faltaba razón al Relator Especial cuando afirmaba que “La contribución más inmediata y concreta que las medidas sobre justicia de transición pueden aportar al fortalecimiento del estado de derecho es dejar al descubierto y ayudar a destituir a los funcionarios públicos involucrados en violaciones de derechos (aquellos que violan el principio más básico del estado de derecho, a saber, la idea de que el poder está limitado por la ley)” (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, punto 24).

⁶³⁹ A este respecto, puede resultar interesante la defensa que se realiza acerca de la destitución de funcionarios públicos en: Eradicating impunity for serious human rights violations. Guidelines adopted by the Committee of Ministers on 30 March 2011, *op.cit.*, punto III.7; Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, *op.cit.*, punto B.4; Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/18/23, *op.cit.*, punto 43. Un estudio más detallado en torno a las diferentes perspectivas que se pueden adoptar a la hora de proceder a la destitución de los funcionarios públicos ha sido llevado a cabo por: Mayer - Rieckh, Alexander and De Greiff, Pablo (Eds.), *Justice as prevention: vetting public employees in transitional societies*, Advancing transitional justice series, Social Science Research Council, New York, 2007; Nalepa, Monika, "Lustration" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 46 – 51; Nalepa, Monika, "Lustration" en Bassiouni, M. Cherif (Ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization and Post - Conflict Justice, Vol. 1*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp. 735 – 778; Stan, Lavinia, "Lustration and vetting" en Simic, Olivera, *An Introduction to Transitional Justice*, Routledge, London and New York, 2017, pp. 137 – 155; Horne, Cynthia M., "Transitional justice: vetting and lustration" en Lawther, Cheryl, Moffet Luke and Jacobs, Dov (Eds.), *Research Handbook on Transitional Justice*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 424 - 441.

⁶⁴⁰ A este respecto, conviene precisar que la destitución de funcionarios públicos constituye una medida de carácter disciplinaria (Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, *op.cit.*).

⁶⁴¹ Resolución sobre impunidad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2005/81, *op.cit.*, punto 18.

tener limitada la capacidad de dirigir los asuntos públicos⁶⁴², ya que su permanencia podría menoscabar la confianza de la sociedad⁶⁴³ en las propias instituciones⁶⁴⁴.

Por otra parte, tenemos que tener en cuenta que, cuando se cometen crímenes internacionales, no todos los responsables van a ser investigados, enjuiciados y sancionados. Por ello, en ocasiones se ha llegado a defender, muy acertadamente a nuestro juicio, que, ante la imposibilidad de sancionar a todos los responsables, determinadas medidas de no repetición, como las sanciones disciplinarias⁶⁴⁵ o administrativas, podrían ayudar a completar esa “brecha de la impunidad”⁶⁴⁶. De esta manera, además, se lograría más eficazmente la complementariedad entre los diversos mecanismos transicionales y se garantizarían los correspondientes derechos a las víctimas⁶⁴⁷. Ahora bien, ello no obsta

⁶⁴² A este respecto, el Principio 36 del Conjunto de principios contra la impunidad es contundente al señalar que: “a) Los funcionarios públicos y los empleados que sean personalmente responsables de violaciones graves de los derechos humanos, en particular los que pertenezcan a los sectores militar, de seguridad, policial, de inteligencia y judicial, no deben continuar al servicio de las instituciones del Estado. Su destitución se realizará de acuerdo con los requisitos del debido proceso y el principio de no discriminación. Las personas acusadas oficialmente de ser responsables de delitos graves con arreglo al derecho internacional serán suspendidas de sus deberes oficiales durante las actuaciones penales o disciplinarias” (Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, *op.cit.*, Principio 36). Véase también Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Procesos de depuración: marco operacional*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006, (HR/PUB/06/5), pp. 21 – 22.

⁶⁴³ Es más, “evitar que las víctimas y otras partes tengan que relacionarse con los que abusaron de ellas cuando solicitan servicios del Estado a los que tienen derecho” (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, punto 41a).

⁶⁴⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Archivos*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2015 (HR/PUB/14/4), pp. 39 – 40.

⁶⁴⁵ Ahora bien, tenemos que tener en cuenta que “por sí sola, una medida de carácter disciplinario no puede considerarse un recurso efectivo en el sentido del artículo 14” (Observación general N°3, relativa a la aplicación del artículo 14 por los Estados Partes, del Comité contra la Tortura, de 2012, punto 26).

⁶⁴⁶ Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102, de 18 de febrero de 2005, punto 68; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/70/438, de 21 de octubre de 2015, punto 19; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición y del Asesor Especial del Secretario General sobre la Prevención del Genocidio: Estudio conjunto sobre la contribución de la justicia de transición a la prevención de las violaciones y transgresiones manifiestas de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario, como el genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad, y su repetición, A/HRC/37/65, de 6 de junio de 2018, párr. 43; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Procesos de depuración: marco operacional*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006, (HR/PUB/06/5), p. 5. Ahora bien, como se señala en este último informe citado, “la exclusión del servicio público de los responsables de abusos no debe, sin embargo, utilizarse como pretexto para no emprender acciones penales”. En la doctrina puede consultarse también: Kritz, Neil J., “War Crimes and Truth Commissions: Some Thoughts on Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights”, *USAID Conference, Promoting Democracy, Human Rights, and Reintegration in Post-Conflict Societies*, October 30 - 31, 1997, pp. 12 – 14.

⁶⁴⁷ Nos parece oportuno insistir en que lo que estamos defendiendo es una posible complementariedad entre las investigaciones, enjuiciamientos y sanciones de los máximos responsables y la posible sanción

a que, en estos procesos, deban respetarse escrupulosamente las garantías procesales⁶⁴⁸ con la finalidad de no producir mayores violaciones de los derechos humanos. Por ello, como bien señala el Relator Especial, debemos distinguir estos procesos de las “purgas masivas”⁶⁴⁹.

Sin embargo, el caso de Colombia vuelve a plantear un importante dilema⁶⁵⁰, ya que, como comprobaremos en el siguiente punto, tanto el Acuerdo de paz como la legislación de desarrollo posterior permiten la participación en los asuntos públicos de los condenados como responsables de haber cometido un crimen internacional.

administrativa o disciplinaria que se puede imponer a quienes no tienen ese grado de responsabilidad penal y cuyos casos no van a ser sometidos a instancias judiciales. De proceder de esta manera, la respuesta que se proporcionaría sería más amplia ya que incluso aquellas personas que no vayan a ser enjuiciadas ante los tribunales, pero cuya participación en la comisión de un crimen internacional se acredite por medios válidos en Derecho y siguiendo, en todo momento, las garantías del debido proceso, podrían ser sancionados.

⁶⁴⁸ Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102, de 18 de febrero de 2005, punto 69: Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, *op.cit.* Para realizar una lectura más detallada en torno a las garantías del debido proceso: Andreu-Guzmán, Federico, "Due process and vetting" en Mayer - Rieckh, Alexander and De Greiff, Pablo (Eds.), *Justice as prevention: vetting public employees in transitional societies*, Advancing transitional justice series, Social Science Research Council, New York, 2007, pp. 448 - 481.

⁶⁴⁹ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, punto 38. Como aclara el experto, “la investigación de antecedentes supone el desarrollo de procesos oficiales para verificar el comportamiento de personas y evaluar su integridad con criterios objetivos a fin de determinar su aptitud para solicitar o seguir ejerciendo cargos públicos” (*Ibidem.*). Si se desea ampliar la información sobre las purgas que se han producido en determinados procesos de transición, acúdase a: Lynch, Moira, "Purges" en Stan, Lavinia and Nedelsky, Nadya (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice, Vol. 1*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 61 - 65.

⁶⁵⁰ Si bien en el presente apartado nos centraremos únicamente en las vicisitudes del más reciente Acuerdo de paz, conviene señalar que el Acto Legislativo No. 01 de 31 de julio de 2012 (Marco jurídico para la paz), *op.cit.*, prohibía la participación en política de quienes fueran condenados como responsables de crímenes contra la humanidad y genocidio (véase el artículo transitorio 67). Este artículo fue declarado constitucional por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-577/14 (véanse especialmente las páginas 160 – 170).

2. Desmontando los argumentos que defienden la integridad del sistema colombiano como pretexto para limitar el alcance de la sanción en la justicia transicional

2.1. Una crítica al empleo del reparto competencial entre los mecanismos de la justicia transicional bajo el discurso de los derechos de las víctimas

Tal y como hemos analizado unas líneas más arriba, el Acuerdo de paz prevé que la Jurisdicción Especial para la Paz⁶⁵¹ podrá imponer una serie de “sanciones propias”⁶⁵² a quienes reconozcan “responsabilidad y verdad exhaustiva, detallada y plena ante la Sala de Reconocimiento”⁶⁵³. Pues bien, no debemos olvidar que las personas que serán investigadas y enjuiciadas ante esta Jurisdicción, en principio, podrían ser consideradas como las máximas responsables de haber cometido un crimen internacional.

Atendiendo a esta especial posición de los responsables, conviene recordar que, en determinados procesos de transición, se ha producido un reparto competencial entre los diversos mecanismos que ha derivado en la imposición de sanciones no privativas de libertad en el caso de aquellas personas que no han sido condenadas como “máximas responsables”⁶⁵⁴. Por ello, si bien esta fórmula que prevé una respuesta diferente en función del grado de responsabilidad de los autores ha recibido el apoyo de la comunidad internacional, ¿hasta qué punto garantiza la adecuación de la sanción al ilícito cometido cuando este tipo de sanciones se imponen a aquellas personas que puedan ser consideradas como las máximas responsables de haber cometido un crimen

⁶⁵¹ Dentro de la Jurisdicción, es el Tribunal para la Paz el competente para imponer la correspondiente sanción (véanse los artículos 92 – 93 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019).

⁶⁵² Estas sanciones han sido avaladas por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-80 de 15 de agosto de 2018. En ella, la Corte ha señalado que las mismas son respetuosas con el deber del Estado de “garantizar una sanción efectiva, que a la vez implemente las dimensiones restaurativas y de reparación de la justicia transicional”.

⁶⁵³ Artículo 126 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019. Conviene recordar que en el resto de supuestos la pena que se prevé sí que es la privación de libertad por un número determinado de años. Por ello, conviene distinguir las sanciones propias (que son las sanciones que vamos a analizar en el presente apartado) de las sanciones alternativas u ordinarias. Esta distinción se regula en el artículo 125 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019.

⁶⁵⁴ Por ejemplo, a propósito de los menores responsables, el Secretario General de las Naciones Unidas no dudaba en declarar que “dado que la privación de libertad sigue siendo una forma común de castigo para los menores infractores, se debe prestar mayor atención a las remisiones, las alternativas a la detención y la justicia reparadora” (Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, *op.cit.*).

internacional?⁶⁵⁵ Más allá de una mera pregunta retórica, como ya hemos adelantado, lo cierto es que ésta es la situación que se plantea en Colombia⁶⁵⁶.

Por lo tanto, tenemos ya una primera conclusión preliminar que, en teoría, nos puede hacer sospechar de una posible vulneración de la normativa internacional y que podría contradecir el reparto funcional entre mecanismos de la justicia transicional analizado en apartados previos al prever la imposición de una sanción restaurativa a los máximos responsables que puedan ser condenados por la comisión de un crimen internacional. No obstante, antes de extraer conclusiones precipitadas, conviene continuar leyendo el Acuerdo de paz. Así, debemos recordar que éste establecía que:

“las sanciones tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad que se haga ante el componente de Justicia del SIVJRNO mediante declaraciones individuales o colectivas”⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ Precisamente, este interesante debate se planteó, en el año 2003, cuando un grupo de expertos de reconocido prestigio planteó los siguientes interrogantes: “Persons most responsible: Are conditional amnesties/alternative measures made available only to lower-ranked offenders? Or, are they available to the persons most responsible (PMR)? There may be logistical, moral, and legal grounds to treat lesser offenders through alternative measures -- particularly following mass crimes where the number of offenders is overwhelming -- but it is more problematic where PMR obtain lenient treatment. The ICC may properly focus on the PMR and be more prepared to insist on prosecution, and yet have less reason to intervene in the handling of lesser offences by re-covering societies” (ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003, p.23). Si se desea profundizar en este tema, acúdase a: Meyer, Frank, “Complementing Complementarity”, *op.cit.*, pp. 564 – 579. En él, el autor argumenta que este tipo de sanciones no penales podrían ser adecuadas para personas que hayan tenido una baja responsabilidad en los crímenes cometidos, pero no en el caso de los “regime leader or higher military echelons that were directly responsible for hideous atrocities”. En la doctrina española, Tamarit Sumalla defiende una posición similar ya que, a su juicio, “una respuesta inspirada en la justicia restaurativa, combinada con medidas de indemnización pública y, en su caso, de razonable y proporcionada `depuración socialmente reintegradora´ es probablemente la solución más adecuada para los ejecutores materiales de las violaciones de derechos humanos, que en muchos casos habrán sucumbido a la manipulación del régimen o pueden haberse encontrado en circunstancias personales difíciles, además de representar cantidades ingentes de personas a las que hay que reintegrar en la sociedad. Por esta vía, en todo caso, resulta muy difícil sostener la necesidad de prescindir de toda respuesta penal para los principales autores intelectuales situados en la cúspide del régimen” (Tamarit Sumalla, Josep, “Justicia penal, justicia reparadora y comisiones de la verdad”, *op.cit.*, pp. 64 – 65). En el año 2014, determinados expertos colombianos también parecían favorables a exigir cierta pena privativa de libertad para personas que pudieran ser consideradas como máximos responsables de los crímenes internacionales cometidos (véase Uprimny Yepes, Rodrigo, Sánchez Duque, Luz María y Sánchez León, Nelson Camilo, *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014). Sin embargo, curiosamente, estos expertos han acabado modulando la exigencia de este requisito. Puede consultarse el Blog DeJusticia donde es posible encontrar un número considerable de artículos que matizan esta posición. Por ejemplo, léase: <https://www.dejusticia.org/column/un-acuerdo-de-impunidad/>

⁶⁵⁶ Maculan compara el proceso colombiano con el precedente previo de Timor Leste en: Maculan, Elena, “El proceso transicional colombiano en perspectiva comparada” en Gil Gil, Alicia, Maculan, Elena y Ferreira, Susana (Eds.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado - UNED, Madrid, 2017, pp. 74 - 75.

⁶⁵⁷ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, punto 60. Esta misma definición se proporciona en el Artículo transitorio 13 del Acto legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017, *op.cit.* Es más, este Acto

A través de esta definición podríamos entender que las sanciones restaurativas van dirigidas a garantizar los derechos de las víctimas. No obstante, a nuestro juicio, este extremo no deja de ser un tanto polémico. En primer lugar, porque no debemos olvidar que fueron las partes negociadoras las que declararon alto y claro que no estaban dispuestas a firmar un acuerdo de paz que contemplara penas privativas de libertad⁶⁵⁸. Por ello, creemos conveniente matizar que la exclusión de la pena de prisión fue una demanda de las partes que se ha acabado subsumiendo en el discurso de los derechos de las víctimas con la finalidad de darle mayor legitimidad.

En segundo lugar, e independientemente de las razones que llevaron a las partes a contemplar este tipo de penas, hay que aclarar que, a través de la imposición de una sanción, el Estado está cumpliendo con su deber de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables. Esta obligación es independiente del deber de reparar a las víctimas, del derecho de las víctimas a la verdad y del deber de garantizar la no repetición de las violaciones, tal y como hemos comprobado en apartados previos. Sin embargo, la previsión de estas sanciones en el Acuerdo de paz parece crear un “todo en uno” mediante el cual se diluye el valor de la sanción bajo el discurso de la verdad, la reparación y la no repetición⁶⁵⁹. Por ello, nos parece oportuno reiterar que el derecho de las víctimas a la verdad, a la reparación y a la no repetición son derechos autónomos e independientes de la concreta sanción que se acabe imponiendo a los responsables.

Legislativo fue objeto de revisión de constitucionalidad por la Corte Constitucional de la República de Colombia en la Sentencia C-674 el 14 de noviembre de 2017. En esta sentencia, la Corte Constitucional no considera que mediante las sanciones previstas se esté vulnerando la obligación del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar “las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario” (véase el punto 5.5.1.4 de la citada sentencia).

⁶⁵⁸ Olásolo, Héctor and Ramirez Mendoza, Joel M.F., "The Colombian Integrated System of Truth, Justice, Reparation and Non-Repetition", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 2017, pp. 1038 – 1039.

⁶⁵⁹ A pesar de que la Corte Constitucional colombiana ha tratado de establecer una distinción entre ambos aspectos, a nuestro juicio, el resultado que se logrará no será otro que la dilución de la sanción dentro de la figura de la reparación. No obstante, conviene aclarar que el tribunal ha señalado que: “En cuanto al centro del análisis, de acuerdo con el deber del Estado de sancionar a los responsables de los crímenes más graves y representativos, la JEP deberá buscar la reparación de las víctimas a través de proyectos restaurativos pero sin dejar de lado la sanción por la gravedad de la ofensa cometida contra las víctimas y contra la sociedad. En consecuencia, la sanción tendrá como objetivo no solo la reparación y la satisfacción de la víctima a través de los proyectos restaurativos, sino también restablecer el equilibrio entre víctima y victimario, es decir, que los responsables sean tratados como tales y la sanción restaurativa sea evidencia de que están bajo la ley y no por encima de ella” (Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-80 de 15 de agosto de 2018, punto 4.1.9). En la doctrina, Olásolo Alonso y Ramirez Mendoza también han apreciado que “although reparation measures should not be confused with the sanctions programmes approved by the Special Jurisdiction for Peace, they may overlap as both are partially related to some of the undertakings contained in the agreements on rural reform, political participation and solution to the problem of illegal drugs” (Olásolo, Héctor and Ramirez Mendoza, Joel M.F., "The Colombian Integrated System of Truth, Justice, Reparation and Non-Repetition", *op.cit.*, p. 1042).

Precisamente, éste es el elemento clave que nos lleva a concluir que Colombia, más que proceder a “integrar” y complementar las medidas de la justicia transicional con la finalidad de garantizar el conjunto de derechos de las víctimas, tiene en mente a los presuntos responsables de haber cometido ciertos crímenes internacionales. Así, con el objetivo central de que éstos accedan al Sistema previsto, se acaba elaborando un “menú degustación” en el que se escogen minuciosamente los aspectos menos polémicos de cada una de las medidas para servirlos como un plato digno merecedor de una estrella michelín.

En efecto, si atendemos tanto al “texto” del Acuerdo de paz como a la normativa de desarrollo posterior, podríamos concluir que, de entrada, el sistema creado asume íntegramente la teoría de la justicia transicional. Y es que, el Estado ha previsto que la imposición de una u otra sanción dependerá de “el grado de verdad otorgado por la persona; la gravedad de la conducta sancionada; el nivel de participación y responsabilidad, las circunstancias de mayor y menor punibilidad; y los compromisos en materia de reparación a las víctimas y garantías de no repetición”⁶⁶⁰.

Atendiendo a esta precisa regulación, podemos comprobar que, por una parte, se siguen las directrices marcadas por los tribunales internacionales que centran la valoración de la sanción a imponer en la gravedad de la conducta y el grado de responsabilidad del autor. No obstante, lo realmente novedoso de este sistema es la interrelación que se realiza con el resto de componentes transicionales al prever la graduación de la pena en función de la verdad proporcionada, la reparación a las víctimas y las garantías de no repetición⁶⁶¹. Por ello, de entrada, no podemos sino alabar la

⁶⁶⁰ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, p. 171. Véanse los idénticos términos que se recogen en el artículo 134 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019. A este respecto, la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-80 de 15 de agosto de 2018 ha aclarado que estos criterios “se ajustan a normas y criterios constitucionales expuestos a lo largo de esta decisión judicial como lo son los criterios de integralidad, proporcionalidad y gradualidad en el régimen de condicionalidad; contribución a los derechos de las víctimas y la terminación del conflicto armado como fines esenciales de la justicia transicional; y la focalización de los esfuerzos SIVJRN y, particularmente de la JEP, hacia los máximos responsables”. Por otra parte, conviene añadir que la Ley 1922 de 18 de julio de 2018, añadió al listado los siguientes fundamentos (artículo 64): “Dentro de los parámetros fijados en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en la JEP para las sanciones propia, alternativa y ordinaria, se determinará la sanción según la gravedad y modalidades de la conducta punible; las circunstancias de mayor o menor punibilidad concurrentes; la personalidad del agente; en el concurso, el número de conductas punibles; la magnitud del daño causado, en particular a las Víctimas y familiares; los medios empleados para cometer la conducta; el grado de participación; el grado de intencionalidad; las circunstancias de modo, tiempo y lugar; la especial vulnerabilidad de las víctimas; el grado de instrucción y condición social del acusado; el momento y características del aporte de verdad; las manifestaciones de reparación y las garantías de no repetición”.

⁶⁶¹ Consúltese también el artículo 20 de la Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.

iniciativa del Estado para tratar de lograr una interrelación entre los diversos mecanismos de la justicia transicional.

Ahora bien, un análisis más minucioso del modelo creado, y especialmente de las relaciones entre los diversos componentes, nos lleva a la conclusión que, realmente, el proceso previsto puede suponer una clara violación de las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional bajo el discurso de la integridad del Sistema. Para llegar a esta conclusión, analizaremos a continuación de manera independiente la correlación que se establece entre la sanción y las diversas medidas de la justicia transicional.

2.2. El abuso en el empleo de las declaraciones de verdad con el objetivo de reducir la sanción a imponer: una nueva modalidad de “verdad a cambio de justicia”

El “reconocimiento de verdad”⁶⁶² que se realice por parte de los responsables de los crímenes internacionales es uno de los elementos centrales que permite valorar la concreta sanción a imponer⁶⁶³. Si bien, de entrada, nada debería objetarse a esta posible “atenuante”, lo cierto es que algunos elementos del Acuerdo de paz y de la normativa de desarrollo posterior nos hacen dudar del verdadero alcance de este precepto⁶⁶⁴.

En virtud del Sistema Integral, para poder acceder a las sanciones propias parece imprescindible⁶⁶⁵ reconocer “responsabilidad y verdad exhaustiva, detallada y plena ante la Sala de Reconocimiento”⁶⁶⁶. Y es que, no debemos olvidar que la sanción a imponer, entre otras, tomará en consideración el grado de verdad⁶⁶⁷ y de responsabilidad que se

⁶⁶² La normativa de desarrollo precisa que “el reconocimiento de verdad y responsabilidad deberá ser voluntario, libre, completo, detallado y exhaustivo” (artículo 27 de la Ley 1922 de 18 de julio de 2018).

⁶⁶³ Conviene recordar que el Acuerdo de paz prevé dos procesos claramente diferenciados en función del reconocimiento de la verdad y la responsabilidad. Así, como ya hemos analizado previamente, si se desea acceder a las sanciones “propias” es condición indispensable reconocer la verdad y la responsabilidad. En caso contrario, se impondrá la correspondiente sanción “ordinaria”.

⁶⁶⁴ Si se desea profundizar en el proceso en el caso de reconocimiento de verdad y de responsabilidad, acúdase al Título primero del Libro segundo: “procesos ante la JEP” de la Ley 1922 de 18 de julio de 2018 (artículos 27 – 33); consúltese también el artículo 80 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019.

⁶⁶⁵ Llegados a este punto conviene recordar que los mecanismos “están interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades” (artículo transitorio 1 del Acto legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017, *op.cit.*

⁶⁶⁶ Artículo 126 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019. Concretamente, el artículo prevé que las sanciones propias se impondrán a quienes reconozcan “responsabilidad y verdad exhaustiva, detallada y plena ante la Sala de Reconocimiento”.

⁶⁶⁷ A propósito de la “verdad” conviene señalar que “aportar verdad plena significa relatar, cuando se disponga de los elementos para ello, de manera exhaustiva y detallada de las conductas cometidas y las

realice⁶⁶⁸. Si bien parece lógico pensar que, quienes decidan declarar y confesar la verdad ante la Jurisdicción Especial para la Paz, están asumiendo su “responsabilidad” en los hechos cometidos, lo cierto es que el sistema colombiano vuelve a sorprendernos, una vez más, al declarar nítidamente que “el deber de aportar verdad no implica la obligación de aceptar responsabilidades”⁶⁶⁹.

Al margen de este discutible proceso de “investigación”⁶⁷⁰ ante la Jurisdicción Especial para la Paz, la verdad que se pueda llegar a esclarecer ante este órgano judicial no es la única que se prevé en el Acuerdo de paz. Y es que, el Estado colombiano⁶⁷¹, siguiendo la práctica internacional, ha previsto también la creación de una “Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición”⁶⁷² como uno⁶⁷³ de los mecanismos “extrajudiciales”⁶⁷⁴ que forma parte del proceso integral de la justicia transicional.

circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para atribuir responsabilidades, para así garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición. El deber de aportar verdad no implica la obligación de aceptar responsabilidades” (artículo transitorio 5° del Acto legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017, *op.cit.*

⁶⁶⁸ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, punto 60.

⁶⁶⁹ Artículo 1 de la Ley 1922 de 18 de julio de 2018; artículo 20 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019.

⁶⁷⁰ Véase la finalidad y objetivos que se enumeran de la investigación ante la Jurisdicción Especial para la Paz en el artículo 11 de la Ley 1922 de 18 de julio de 2018.

⁶⁷¹ Debemos señalar que antes de que se previera la figura de la comisión de la verdad en el Acuerdo de paz, Colombia ya tenía experiencia en la puesta en funcionamiento de otras comisiones. Por ejemplo, podemos destacar el informe publicado por la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas de febrero de 2015 (Puede consultarse el informe en: http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf Si se desea ampliar la información sobre otras comisiones creadas a lo largo de la historia por el Estado latinoamericano, puede acudir a la Sentencia de la Corte Constitucional de 21 de marzo de 2018, C-017/18, pp. 117 – 120.

⁶⁷² Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, punto 5.1.1. Verdad.

⁶⁷³ Junto con la Comisión de la Verdad, se ha previsto también la creación de una “Unidad para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto”. A este respecto, quisiéramos señalar que, a nuestro juicio, desligar esta figura de la comisión de la verdad ha sido una decisión acertada. Y es que, no son pocos los expertos que critican los amplios mandatos y funciones que hoy en día se atribuyen a las comisiones. En efecto, la búsqueda de personas desaparecidas era una función que originariamente se atribuyó a las comisiones. No obstante, se ha comprobado que esta tarea puede llegar a sobrecargar la verdadera función de la comisión, que es el esclarecimiento de la verdad. Por ello, como indicábamos previamente, nos parece muy acertado haber separado ambas funciones. Si se desea profundizar en el mandato y atribuciones de la Unidad, acúdase al artículo transitorio tercero del Acto legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017, *op.cit.* Véase también el Decreto 589 de 2017, por el cual se organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado (este Decreto ha sido declarado constitucional por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-067/18, Revisión de constitucionalidad del Decreto Ley 589 de 2017, “Por el cual se organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado”).

⁶⁷⁴ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, p. 130. Como precisa el Acto Legislativo No. 1, “las actividades de la Comisión no tendrán carácter judicial, ni podrán implicar la imputación penal de quienes comparezcan ante ella” (Acto legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017, *op.cit.*

Como señala el propio Acuerdo de paz⁶⁷⁵, mediante la creación de este mecanismo se trata de “satisfacer uno de los mayores deseos de la sociedad colombiana y de las víctimas en particular: que se esclarezca y conozca la verdad sobre lo ocurrido en el conflicto”⁶⁷⁶. Ahora bien, para lograr el éxito de la comisión, qué duda cabe que es imprescindible que se reconozcan las “responsabilidades por parte de quienes de manera directa e indirecta participaron en el conflicto”⁶⁷⁷.

Por lo tanto, podemos ver cómo el Acuerdo de paz prevé dos mecanismos en aparente “armonía” dirigidos a esclarecer los hechos y a dilucidar la verdad: las declaraciones que se viertan en el seno de la comisión de la verdad que, como aclara el Acuerdo de paz, “no podrán implicar la imputación penal de quienes comparezcan ante ella”⁶⁷⁸ y las confesiones de verdad y de responsabilidad que se realicen ante la Jurisdicción Especial para la Paz.

Por esta razón, y recordando que la integridad del Sistema es una de sus características principales, no entendemos la razón por la que se previó que “la información que reciba o produzca la Comisión no podrá ser trasladada por esta a autoridades judiciales para ser utilizada con el fin de atribuir responsabilidades en procesos judiciales o para tener valor probatorio; ni las autoridades judiciales podrán requerírsela”⁶⁷⁹.

⁶⁷⁵ Cabe hacer referencia también a la normativa de desarrollo posterior como, por ejemplo, el artículo transitorio segundo del Acto legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017, *op.cit.* Este acto legislativo fue objeto de revisión de constitucionalidad por la Corte Constitucional de la República de Colombia en la Sentencia C-674 el 14 de noviembre de 2017 (que lo declaró constitucional). Consúltense también el Decreto 588 de 5 de abril de 2017 por el cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición y la Sentencia de la Corte Constitucional mediante la que se declara la constitucionalidad del mismo (Sentencia de la Corte Constitucional de 21 de marzo de 2018, C-017/18).

⁶⁷⁶ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, p. 130.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 132.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 134.

⁶⁷⁹ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, p. 134. Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana se ha posicionado favorablemente a esta prohibición: Sentencia de la Corte Constitucional de 21 de marzo de 2018, C-017/18, punto 146. Es más, a juicio de la Corte Constitucional, esta prohibición “fortalece las posibilidades de lograr un relato histórico completo y comprensivo del conflicto y de satisfacer las necesidades particulares de los perjudicados” (*Ibid.*, punto 150). Ahora bien, consúltense las matizaciones que se realizan en los puntos 153 – 162 y los pronunciamientos de la Corte en la Sentencia de la Corte Constitucional C-80 de 15 de agosto de 2018, pp. 310 - 318. En un sentido similar, el Decreto Ley 587 de 2019, por el que se organiza la Unidad de Búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, también prohíbe (en el artículo 3) que la información que ésta produzca sea empleada para atribuir responsabilidades penales (salvo en los casos de “los informes técnico-forenses y los elementos materiales asociados al cadáver”). Consúltense el pronunciamiento de la Corte Constitucional en el comentario al artículo 3 citado de la Sentencia C-067/18, Revisión de constitucionalidad del Decreto Ley 589 de 2017, “Por el cual se organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado”, pp. 141 – 161.

Es decir, si una de las condiciones básicas para acceder a las sanciones restaurativas ante la Jurisdicción Especial para la Paz consiste en declarar la verdad y reconocer la responsabilidad, ¿qué problema jurídico existe para prever mayores cauces de cooperación y coordinación entre dos mecanismos con objetivos similares?⁶⁸⁰ ¿Por qué impedir una mayor agilidad a la hora de esclarecer la verdad mediante la prohibición de que la información que recolecte la comisión de la verdad sea trasladada a las autoridades judiciales? Es más, ¿cuál es la razón que les llevó a los artífices del Acuerdo de paz a prohibir tajantemente que la Jurisdicción Especial para la Paz requiera a la Comisión de la verdad información sobre un caso que estén investigando?⁶⁸¹

Si bien entendemos que en procesos ordinarios -o, incluso, en procesos de justicia transicional que no se basen en una integridad total entre los diversos mecanismos-, no se contemple la posibilidad de establecer relaciones entre diversas instituciones, no comprendemos cómo un sistema que se autodenomina “integral” impide una más estrecha relación entre sus componentes⁶⁸², máxime cuando la Jurisdicción Especial para la Paz se basa fundamentalmente en las declaraciones de verdad para llevar a cabo su labor⁶⁸³.

En definitiva, más allá de las posibles y previsibles contradicciones entre la verdad que se logre en el seno de la Comisión y la que produzca la Jurisdicción Especial para la Paz, a nuestro juicio, esta escasa coordinación entre los dos mecanismos principales de la

⁶⁸⁰ Si bien no podemos detenernos a analizar esta relevante cuestión con cierto detenimiento, quisiéramos dejar anotado que, a juicio de relevantes expertos, existen razones jurídicas de peso para impedir cauces de comunicación como los que defendemos. Por ejemplo, a juicio de Maculan, “esta separación funcional elimina desde la raíz los problemas relacionados con las garantías de defensa que suelen plantearse cuando se permite que los tribunales penales adquieran como prueba las declaraciones prestadas ante una Comisión de la verdad. Al mismo tiempo, previene los posibles conflictos de competencia que han surgido en situaciones donde el mandato y el trabajo de las autoridades judiciales y de la Comisión de la Verdad no estaban coordinados entre sí (...). Por último, marca una clara diferencia entre la verdad procesal (tarea de los tribunales) y la verdad histórica (tarea de la Comisión), evitando sobrecargar los órganos judiciales con tareas ajenas a sus competencias y a su capacidad y evitando a la vez perjudicar las garantías de defensa que imponen límites a la averiguación de la verdad en sede judicial” (Maculan, Elena, “El proceso transicional colombiano en perspectiva comparada”, *op.cit.*, pp. 77 – 78).

⁶⁸¹ Sin embargo, conviene precisar que sí que se prevé la remisión de sentencias de la JEP a la Comisión de la verdad: artículo 94 de la Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.

⁶⁸² A favor de una mayor coordinación entre los “objetivos, actuaciones y procedimientos de intercambio de información entre ambos mecanismos”: Olásolo Alonso, Héctor, “Sobre la idoneidad de los procesos penales y las comisiones de la verdad para abordar situaciones de crímenes internacionales de ius cogens. Especial referencia a la Jurisdicción Especial para la Paz y la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición en Colombia”, en Céspedes-Baéz, Lina M. y Prieto - Ríos, Enrique, *Utopía u oportunidad fallida: Análisis crítico del Acuerdo de paz*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2017, pp. 146 - 147.

⁶⁸³ Ahora bien, sí que es cierto que la Comisión debe informar a la Jurisdicción Especial para la Paz “sobre la participación en la CEV de las personas sujetas a su jurisdicción” (artículo 13.4 del Decreto Ley 588 de 5 de abril de 2017 por el cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición).

justicia transicional solo puede producir una consecuencia obvia: poner límites al esclarecimiento completo de la verdad y, por ende, a la capacidad de la Jurisdicción Especial para la Paz para dilucidar la responsabilidad penal de los individuos⁶⁸⁴. Por ello, puede que, tras esta primera aproximación al Sistema Integral creado por el Estado colombiano, más que “integral” nos hallemos ante un sistema “refinado” de justicia transicional.

2.3. La necesidad de distinguir entre las “reparaciones” como mecanismo transicional y las sanciones “restauradoras” o “reparativas”

Una vez hemos analizado que la relación entre la verdad y la sanción que se pueda llegar a imponer no resulta tan “idílica” como los creadores del sistema integral anunciaban, pasaremos a continuación a analizar el segundo componente imprescindible para acceder al Sistema Integral: la necesidad de reparar.

A este respecto conviene señalar que el Acuerdo de paz⁶⁸⁵ contemplaba en el punto 5.1.3 las “Medidas de reparación integral para la construcción de la paz” que, a grandes rasgos, pueden resumirse en tres iniciativas: por una parte, “los actos tempranos de reconocimiento de responsabilidad colectiva”⁶⁸⁶; en segundo lugar, “las acciones

⁶⁸⁴ Como acertadamente se apreció en el Informe Anual de Amnistía Internacional, “esta carencia podría menoscabar la capacidad del sistema judicial para enjuiciar delitos de derecho internacional” (AI, Informe 2015/2016 de Amnistía Internacional: la situación de los derechos humanos en el mundo).

⁶⁸⁵ Ahora bien, conviene aclarar que la legislación de desarrollo también garantiza este derecho a la reparación. Por ejemplo, el Acto legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017, *op.cit.*, regula en el artículo transitorio 18 la “reparación integral” y señala: “En el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, el Estado garantizará el derecho a la reparación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario que hayan sufrido daños, individual o colectivamente con ocasión del conflicto armado. La reparación será garantizada por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada y efectiva, priorizando la distribución de las medidas de reparación entre las víctimas teniendo en cuenta el universo de víctimas del conflicto armado y buscando la igualdad en el acceso y la equidad en la distribución de los recursos disponibles, y dando preferencia en la atención a los sujetos de especial protección constitucional. En los casos en que se aplique amnistía, indulto o renuncia a la persecución penal, no procederán acciones judiciales contra los beneficiarios de tales medidas para la indemnización de las víctimas. En todo caso, deberán contribuir al esclarecimiento de la verdad, a la reparación de las víctimas y garantizar la no repetición”.

Esta regulación ha sido declarada constitucional por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-674, de 14 de noviembre de 2017 (pese a reconocer que “se limita la responsabilidad patrimonial de los victimarios, y que la reparación material de las víctimas a cargo del Estado tiene en cuenta las restricciones presupuestales del Estado, el modelo de reparación previsto en la reforma constitucional no sustituye los componentes esenciales de la Constitución Política”). Véase también Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019. Concretamente son los artículos 38 y 39 los que regulan la reparación integral dentro del Sistema creado, que han sido declarados constitucionales mediante la Sentencia de la Corte Constitucional C- 80 de 2018, pp. 458 – 464.

⁶⁸⁶ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, punto 5.1.3.1.

concretas de contribución a la reparación”⁶⁸⁷; y, finalmente, la “reparación colectiva en el fin del conflicto”⁶⁸⁸.

Por lo que respecta a las primeras, éstas consisten en “actos de reconocimiento y de contrición en los cuales el Gobierno, las FARC-EP y diferentes sectores de la sociedad que puedan haber tenido alguna responsabilidad en el conflicto, reconozcan su responsabilidad colectiva por el daño causado y pidan perdón, asumiendo cada uno lo que le corresponde, como expresión de voluntad de contribuir a un definitivo Nunca Más”⁶⁸⁹. Estos actos de reconocimiento son plenamente consistentes con la teoría de la justicia transicional ya que, como ha indicado el Relator Especial, “para que algo cuente como reparación, como medida de justicia, tiene que ir acompañado del reconocimiento de la responsabilidad”⁶⁹⁰.

Sin embargo, más controvertidas son las medidas concretas que se prevén como medidas de reparación. Y es que, resulta cuanto menos llamativa la alta similitud existente entre las mismas y las sanciones restaurativas o propias. A modo de ejemplo, léase el siguiente fragmento del Acuerdo de paz que consideramos oportuno citar de manera completa para que se aprecien las semejanzas existentes con las sanciones previamente analizadas:

“Las FARC-EP se comprometen en el proceso de reincorporación a la vida civil, y como parte de dicho proceso, a realizar acciones de contribución a la reparación por los daños causados que podrán incluir entre otras, la participación en obras de reconstrucción de infraestructura en los territorios más afectados por el conflicto, la participación en los programas de limpieza y descontaminación de los territorios de minas antipersonal (MAP), artefactos explosivos improvisados (AEI) y municiones sin explotar (MUSE) o restos explosivos de guerra (REG), la participación en los programas de sustitución de cultivos de uso ilícito, la contribución a la búsqueda, ubicación, identificación y recuperación de restos de personas muertas o dadas por desaparecidas en el contexto y con ocasión del

⁶⁸⁷ *Ibid.*, punto 5.1.3.2.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, punto 5.1.3.3.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, punto 5.1.3.1.

⁶⁹⁰ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, punto 11. Por esta razón, el Relator Especial sobre la justicia transicional ha añadido que “los programas de reparación que no reconocen la responsabilidad tratan en definitiva de hacer lo imposible. De la misma forma que un pedido de disculpas es ineficaz a menos que lleve aparejado un reconocimiento de responsabilidad por la falta cometida (un pedido de disculpas depende de dicho reconocimiento, ya que todo lo demás no deja de ser una excusa o una expresión de pesar), los programas de reparación que no reconocen la responsabilidad no dan reparación alguna y se asemejan más bien a mecanismos de distribución de pago de indemnizaciones. La experiencia confirma que las víctimas no consideran que las transferencias efectuadas con arreglo a esos programas sean reparaciones, con bastante razón, y por ende continúan su lucha por hacer efectivo ese derecho. El Relator Especial hace hincapié en que una reparación propiamente dicha implica un reconocimiento de responsabilidad” (*Ibid.*, punto 63).

conflicto, y la participación en programas de reparación del daño ambiental, como por ejemplo la reforestación.”⁶⁹¹

Pero, ¿acaso estas iniciativas no son las sanciones propiamente dichas? ¿Qué diferencia hay entre una reparación y una sanción en virtud del Acuerdo de paz colombiano? A nuestro juicio, se ha producido una especie de solapamiento entre dos medidas⁶⁹², desvirtuando así tanto el objetivo de la sanción como la esencia de la reparación. Es más, si aplicamos la teoría de este concreto mecanismo de justicia transicional que previamente hemos analizado y la comparamos con las medidas de reparación previstas en el Acuerdo de paz, no cabe sino concluir que no se han aglutinado el conjunto de medidas que, actualmente, se subsumen dentro de las reparaciones integrales.

En definitiva, no podemos sino concluir que el Sistema “integral” ideado por Colombia adolece de grandes lagunas en materia de reparación y cuya explicación puede deberse a la obcecación por equiparar, por todos los medios, las “sanciones restaurativas” con las reparaciones propiamente dichas. A nuestro juicio, se ha puesto más el foco de atención en que estas medidas resulten aceptables para los responsables que van a tener que “reparar” que en los beneficios que reportarían para las miles de víctimas la elaboración de programas amplios de reparación. Por todo ello, defendemos que subsumir el discurso de las sanciones restaurativas con los “derechos de las víctimas” no solo nos parece denunciante, sino que podría suponer una violación del Derecho Internacional, en general, y del Estatuto de Roma, en particular al poder ser un indicio del intento de “sustraer a los acusados de su responsabilidad penal” lo que, consecuentemente, podría hacer la situación admisible ante la Corte Penal Internacional⁶⁹³.

2.4. La incorporación de los responsables de haber cometido los crímenes internacionales en los asuntos públicos: una llamativa garantía de (no) repetición

Señalábamos en apartados anteriores que, dentro de las garantías de no repetición, las reformas institucionales y la exclusión de los responsables de haber cometido crímenes internacionales de las instituciones y de la función pública era una de las medidas

⁶⁹¹ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, punto 5.1.3.1.

⁶⁹² Olásolo, Héctor and Ramirez Mendoza, Joel M.F., "The Colombian Integrated System of Truth, Justice, Reparation and Non-Repetition", *op.cit.*, p. 1042.

⁶⁹³ Artículo 20.3 del Estatuto de Roma.

adoptadas por los Estados en el transcurso de las transiciones a la paz o a la democracia. Pues bien, en este punto también el caso de Colombia vuelve a plantear un novedoso dilema⁶⁹⁴, ya que tanto el Acuerdo de paz como la legislación de desarrollo permiten la participación de los condenados como responsables de haber cometido un crimen internacional en los asuntos públicos.

Para comprender adecuadamente este caso debemos señalar que el Acuerdo de paz, en el punto 5.1.4, regula las garantías de no repetición⁶⁹⁵. La incorporación de estas medidas resulta plenamente respetuosa con la teoría de la justicia transicional ya que, como indica el propio Acuerdo, “los diferentes mecanismos y medidas del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición acordados por el Gobierno Nacional y las FARC-EP tienen como objetivo superior la contribución a la prevención y garantía de no repetición de las violaciones y del conflicto mismo, de diferentes maneras”⁶⁹⁶.

Sin embargo, lo llamativo del Acuerdo de paz es que éste, así como la legislación de desarrollo posterior, no contempla las reformas institucionales o la destitución de funcionarios públicos como medida de no repetición central, sino que, por el contrario, asegura “expresamente” la participación política de aquellas personas que puedan llegar a ser condenados como responsables de haber cometido un crimen internacional.

En efecto, el Acuerdo de paz⁶⁹⁷, además de regular la “participación política”⁶⁹⁸ prevé en el apartado de las sanciones que: “la imposición de cualquier sanción en el SIVJNR no inhabilitará para la participación política ni limitará el ejercicio de ningún derecho,

⁶⁹⁴ Si bien en el presente apartado nos centraremos únicamente en las vicisitudes del más reciente Acuerdo de paz, conviene señalar que el Acto Legislativo No. 01 de 31 de julio de 2012 (Marco jurídico para la paz), *op.cit.*, prohibía la participación en política de quienes fueran condenados como responsables de crímenes contra la humanidad y genocidio (artículo transitorio 67). Este artículo fue declarado constitucional por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-577/14 (véanse especialmente las páginas 160 – 170).

⁶⁹⁵ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, pp. 186 - 188.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 186.

⁶⁹⁷ Artículo transitorio 20 del Acto legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017, *op.cit.* Este acto legislativo fue objeto de revisión de constitucionalidad por la Corte Constitucional de la República de Colombia en la Sentencia C-674 el 14 de noviembre de 2017 que lo declaró constitucional. Acúdase también al artículo 31 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019, que fue declarado constitucional por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C- 80 de 2018, pp. 433 - 443.

⁶⁹⁸ Punto 2: “Participación política: apertura democrática para construir la paz” del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, Punto V., firmado el 24 de noviembre de 2016. Véase también el punto 3 del Acuerdo. Por lo que a la legislación de desarrollo respecta, acúdase a: Acto Legislativo 03 de 23 de mayo de 2017, Por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera y véase también la Sentencia de la Corte Constitucional Sentencia C-027/18 que declara la constitucionalidad del mismo.

activo o pasivo, de participación política, para lo cual las partes acordarán las reformas constitucionales pertinentes.”⁶⁹⁹

Si contextualizamos el Acuerdo de paz, lo cierto es que es completamente comprensible que las FARC exigieran en las mesas de negociaciones la participación política como condición para poner fin al conflicto armado y firmar el Acuerdo de paz⁷⁰⁰. Es más, pese a la complejidad⁷⁰¹ que conlleva, nos parece hasta cierto punto razonable que se produzca una transformación de las FARC hacia un partido político respetuoso con las reglas democráticas que defienda sus ideales por medios pacíficos y no a través de la violencia. Ahora bien, nos preguntamos si era necesario prever que aquellas personas que fueran condenadas como responsables de haber cometido un crimen internacional pudieran ejercer estos cargos públicos. Es más, no podemos sino cuestionar hasta qué punto esta posición no va en contra de los más básicos principios de la justicia transicional y, especialmente, de las medidas que se tratan de garantizar mediante los instrumentos de la no repetición. Y es que, seguramente, existen otros miembros u otras personas con capacidad y competencia para defender esos mismos ideales⁷⁰². Es más, ¿acaso es viable cumplir la sanción restaurativa al tiempo que se ejercen cargos públicos?⁷⁰³

⁶⁹⁹ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, p. 150, punto 36. Véase también el artículo transitorio 20 del Acto legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017, *op.cit.* Este acto legislativo fue objeto de revisión de constitucionalidad por la Corte Constitucional de la República de Colombia en la Sentencia C-674 el 14 de noviembre de 2017.

⁷⁰⁰ A este respecto, como ha señalado la Corte Constitucional colombiana, “la reincorporación a la vida pública de quienes han intervenido en el conflicto armado constituye un elemento decisivo y determinante del proceso de paz” (Corte Constitucional de la República de Colombia en la Sentencia C-674 el 14 de noviembre de 2017, p. 376).

⁷⁰¹ Como señala Gómez Isa, “la cuestión de la ampliación de las oportunidades para la participación política de los diversos actores políticos y sociales es uno de los elementos clave, a la vez que muy complejo, del actual proceso de paz” (Gómez Isa, Felipe, "Justicia, verdad y reparación en el proceso de paz en Colombia", *Revista Derecho del Estado*, Núm. 33, 2014, pp. 41 – 42).

⁷⁰² Como acertadamente señala Seils, “aunque es cierto que un objetivo fundamental de las negociaciones de paz es convertir una organización militar en organización política, no se exige que todos aquellos juzgados como máximos responsables de crímenes graves tengan que volverse políticos, y seguramente no de inmediato. Un período de exclusión contribuiría a comunicar que aunque es posible que se evite la habitual sentencia de encarcelamiento prolongado, no resultaría aceptable que accedieran directamente a un cargo político” (Seils, Pail, "La cuadratura del círculo en Colombia: los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz", ICTJ, junio de 2015).

⁷⁰³ Sobre este extremo se pronunció la Corte Constitucional y matizó que “desde esta perspectiva, la posibilidad de participar en política y de ocupar cargos públicos, mientras simultáneamente se cumple una condena, podría implicar un vaciamiento del contenido retributivo de la pena, teniendo en consideración que tanto la participación en política como la ocupación y el ejercicio de cargos públicos suponen un nivel importante de dedicación y la realización de actividades que eventualmente podrían ser incompatibles con las restricciones a la libertad propias de las sanciones penales (...) En un escenario como este, la pretensión de cumplir las penas, y de simultáneamente participar en política u ocupar cargos públicos, sería posible sólo a condición de que se sustraiga de las mismas su contenido retributivo y se mantengan nominalmente solo como un elemento figurativo, o de que se suspenda formalmente su ejecución. En cualquiera de estos

Es cierto que el derecho a participar en los asuntos públicos es un derecho reconocido internacionalmente⁷⁰⁴. No obstante, tampoco es infrecuente que la inhabilitación para el ejercicio de cargo público se imponga como pena accesoria⁷⁰⁵ ante determinados delitos, si bien esta opción no se contempla en el Estatuto de Roma⁷⁰⁶. Por ello, consideramos que, en un proceso de justicia transicional en el que se halla asentada la idea de la remoción de los cargos públicos y las reformas institucionales como medidas efectivas con la finalidad de asegurar la no repetición de los crímenes internacionales, lo razonable hubiera sido no permitir que aquellas personas que sean condenadas como responsables de haber cometido estos atroces hechos puedan participar en los asuntos públicos. Resulta oportuno reiterar que la presente crítica no es, de ninguna manera, hacia la creación del

dos escenarios, ambos contemplados en el artículo transitorio 20 del Acto Legislativo 01 de 2017, se incumpliría el deber del Estado de imponer sanciones efectivas para las graves violaciones a los derechos humanos y para las infracciones al Derecho Internacional Humanitario. En definitiva, la Sala encuentra que, por un lado, la habilitación para la reincorporación en la vida pública constituye un elemento estructural del proceso de construcción de una paz estable y duradera, y que además, es consistente con los imperativos que se derivan del principio de participación como eje esencial del ordenamiento superior, pero que, por otro lado, esta medida podría vaciar de contenido y eliminar la eficacia de las penas impuestas por los delitos cometidos en el marco del conflicto armado, y que por esta vía se podría desconocer el deber del Estado de imponer sanciones efectivas a los máximos responsables de los delitos más graves y representativos. (...) la Corte entiende que el artículo transitorio 20 debe ser entendido en el sentido de que la Jurisdicción Especial para la Paz preserva la facultad para determinar en cada caso si la sanción impuesta es o no compatible con la reincorporación simultánea en la vida pública y con el ejercicio de los derechos de participación política. Para estos efectos, la Jurisdicción Especial para la Paz deberá tener en cuenta distintos factores, entre ellos, los siguientes: (i) la naturaleza de la sanción impuesta, los componentes que la integran, y las finalidades de disuasión, retribución, rehabilitación y restauración a las que atiende; (ii) la gravedad de la infracción cometida; (iii) el grado de responsabilidad del autor del delito; (iv) la intención genuina del autor del delito de responder ante la justicia. En síntesis, la JEP deberá establecer si el cumplimiento de la pena puede ejercerse simultáneamente con el ejercicio de los distintos derechos de participación política, garantizando el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, así como el de asegurar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y no repetición” (Corte Constitucional de la República de Colombia en la Sentencia C-674 el 14 de noviembre de 2017, pp. 376 – 381).

Tras este pronunciamiento de la Corte Constitucional, véase cómo se regula definitivamente la participación política en el artículo 31 de la Ley No. 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, de 6 de junio de 2019, que fue declarado constitucional por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C- 80 de 2018, pp. 433 - 443. Y es que, esta nueva regulación dispone que “será incompatible el desempeño de un cargo de elección popular con el cumplimiento de las sanciones alternativas y ordinarias impuestas por el Tribunal Especial para la Paz. Esta incompatibilidad hará efecto de pleno derecho con la imposición de la sanción alternativa u ordinaria, según sea el caso”.

⁷⁰⁴ A modo de ejemplo cabe citar el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁷⁰⁵ En este contexto, resulta interesante el ejemplo de la antigua Yugoslavia. Como ha explicado Schabas: "No civil consequences of a judgment by the tribunals are provided for. In the case of the former Yugoslavia, these do exist by virtue of the Dayton Agreement. The Constitution of Bosnia and Herzegovina (Annex IV of the Dayton Agreement) states: "No person who is serving a sentence imposed by the International Tribunal for the Former Yugoslavia . . . may stand as a candidate or hold any appointive, elective, or other public office in the territory of Bosnia and Herzegovina." There is a similar provision concerning the Commission to Preserve National Monuments" (Schabas, William A., "Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach", *op.cit.*, p. 514).

⁷⁰⁶ Véase las explicaciones que, sobre este tema, se proporcionan en: Lirola Delgado, Isabel y Martínez Martínez, Magdalena M., *La Corte Penal Internacional...*, *op.cit.*, pp. 240 - 241.

nuevo partido político, sino a la expresa previsión de la participación política de aquellas personas que sean condenadas como responsables de haber cometido atroces crímenes internacionales⁷⁰⁷. Es cierto que no nos hallamos ante una vulneración del Derecho Internacional, pero, a nuestro juicio, contradice la teoría de la justicia transicional y, especialmente, el mecanismo dirigido a garantizar la no repetición de las violaciones cometidas⁷⁰⁸.

Por lo que a la Corte Penal Internacional respecta, debemos añadir que la Oficina de la Fiscalía se ha mantenido, una vez más, como mera espectadora ante las dimensiones de un Acuerdo de paz que no está dispuesta a condenar. Es más, el hecho de que las declaraciones más recientes contradigan las vertidas unos años antes demuestra que no está sino modulando su discurso y sus estándares en función del desarrollo continuo del Acuerdo de paz.

Y es que, por ejemplo, en el año 2013 la Fiscal declaraba que “estas circunstancias sumadas a la prohibición de participar en la vida pública, podrían justificar la reducción de la pena, siempre que la condena inicial sea proporcional a la gravedad del crimen”⁷⁰⁹. Como cabe apreciar, la Fiscal mencionaba la prohibición de participar en la vida pública sin condición alguna respecto de los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia como medida razonable⁷¹⁰. Sin embargo, ante los más recientes acontecimientos, la Fiscalía comenzó a matizar su posición.

⁷⁰⁷ Interesante, sin lugar a dudas, la crítica realizada por la Organización Human Rights Watch en: HRW, Análisis de Human Rights Watch sobre el “Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto” alcanzado por el gobierno de Colombia y las FARC, 21 de diciembre de 2015. Sin embargo, otros sectores doctrinales ven favorablemente la regulación colombiana, como por ejemplo: Acosta López, Juana Inés y Arévalo Narváez, Carlos Enrique, “Constitucionalización del sistema integral de verdad, justicia y reparación en Colombia: algunos comentarios sobre la participación política y la responsabilidad de mando”, *Cuadernos de estrategia (Ministerio de Defensa)*, N° 189 dedicado a: *El posconflicto colombiano: una perspectiva transversal*, 2017, p. 239.

⁷⁰⁸ A propósito de la prevención y de las garantías de no repetición, conviene traer a colación unas declaraciones vertidas en el seno del debate entre la paz y la justicia que se celebró en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma. En ella, el moderador, el Sr. Kenneth Roth, Director Ejecutivo de Human Rights Watch, concluyó que: “iiii) En cambio, incorporar en los gobiernos a personas con antecedentes de abusos, en un esfuerzo por asegurar la paz, con frecuencia había tenido a largo plazo consecuencias negativas no previstas” (Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/9/11. Documentos oficiales. Publicación de la Corte Penal Internacional, La Haya, 2010. Anexo V b): Balance de la justicia penal internacional. Paz y justicia. Publicado anteriormente con la signatura RC/ST/PJ/1/Rev.1).

⁷⁰⁹ Carta de la Fiscal de la CPI al Presidente de la Corte Constitucional acerca del Marco Jurídico para la Paz, *op.cit.*

⁷¹⁰ Sin embargo, el Fiscal Adjunto de la Corte, en una conferencia impartida en el año 2015 señalaba que podría preverse una “posible prohibición temporal de tomar parte en los asuntos públicos”, es decir, no nos hallaríamos ante una prohibición absoluta sino durante un período limitado de tiempo (Keynote speech by

Así, en los informes más recientes podemos comprobar cómo señala que, al valorar la efectividad de las sanciones, deberá tomarse en consideración si “su operacionalización con actividades que no forman parte de la sanción, como la participación en los asuntos políticos, no frustraría el objeto y fin de la pena”⁷¹¹. A pesar de la ambigüedad de la declaración, lo que es innegable es que no condena en ningún momento la participación política de aquellas personas que sean condenadas como máximos responsables de haber cometido un crimen internacional. Es más, tras la sentencia de la Corte Constitucional en la que se declara la constitucionalidad del precepto, la Fiscalía no ha dudado en confiar plenamente en el sistema creado y, así, ha concluido que “de conformidad con la decisión de la Corte Constitucional acerca de la aplicación del Acto Legislativo 01, se espera que las y los magistrados de la JEP aplicarán el esquema de sanciones en una forma que es mayormente compatible con las consideraciones que acabo de realizar”⁷¹².

A nuestro juicio, nos hallamos ante un consentimiento más bien expreso que demuestra, una vez más, la modulación del discurso de la Fiscalía a las particularidades colombianas. Por ello, no podemos sino preguntarnos hasta qué punto la Fiscalía estará dispuesta a aceptar estos mismos estándares en otros casos que, en un futuro, llegarán a su Oficina. En definitiva, ante el desarrollo de los hechos no podemos sino mostrar nuestra preocupación por el peligroso precedente que parece estar creando y que podrá ser usado en su contra en los años venideros.

Llegados a este punto, no podemos sino mostrar nuestra perplejidad ante un caso como el colombiano donde, mediante el discurso de la justicia transicional, se está produciendo una patente vulneración de la normativa internacional bajo la atenta mirada de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y con el consentimiento tácito de la Corte Penal Internacional. Ante el devenir de los acontecimientos, reflexionaremos sobre el retroceso que se está experimentando en el ámbito del Derecho Internacional Penal bajo un ambiguo discurso de la justicia transicional en las líneas que siguen a continuación y que constituyen las conclusiones de la Tesis Doctoral.

James Stewart: "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, pp. 10 – 14).

⁷¹¹ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, punto 148. Esta misma opinión la ha defendido en el Escrito de Amicus Curiae de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial Para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, de 18 de octubre de 2017, pp. 20 – 21, punto 52.

⁷¹² James Stewart: "El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia", *op.cit.*, punto 152. Esta misma opinión se ha defendido en el examen preliminar del año 2018 en el punto 158.

Conclusiones

Primera. Existen un número considerable de ideas preconcebidas en torno a lo que implica, en realidad, un proceso de justicia transicional. Esta circunstancia no deja de ser un tanto llamativa si tenemos en cuenta que nos hallamos ante una materia que ha sido trabajada por expertos de varios campos disciplinares, que contamos con una experiencia de más de veinte años de ejercicio y que, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, se ha creado un Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Sin embargo, y a pesar de ello, existe una patente ausencia de consenso en prácticamente todos los ámbitos relacionados con la justicia transicional y que nos lleva a concluir que, tal vez, no haya un interés serio en precisar jurídicamente una noción que, hasta ahora, ha permitido a los Estados un amplio margen de discrecionalidad en los procesos de transición.

Una de las lagunas más notables que cabe apreciar se halla en la inexistencia de una definición unánimemente aceptada del propio concepto, lo que ha generado interpretaciones de lo más variadas e, incluso, contradictorias. Si bien tras la expansión desmesurada del campo la tarea de elaborar una definición común cada vez resulta más ardua, a nuestro juicio, si se quiere atender satisfactoriamente a los retos que la materia presenta, es urgente consensuar un entendimiento mínimo sobre lo que implica un proceso de justicia transicional. Es más, este hecho permitiría superar las ideas erróneas que se vierten acerca de la misma, especialmente por parte de aquéllos que tienden a equipararla con una especie de justicia de excepción. En definitiva, consideramos que es necesario un ejercicio de concreción más profundo que, lejos de enumerar los mecanismos que la componen, precise qué es y en qué consiste esta imprescindible justicia.

Por todo ello, en el presente trabajo hemos optado por definir la justicia transicional como una modalidad de justicia que va dirigida a erradicar la impunidad al aglutinar -bajo una fórmula integral y complementaria- un conjunto de obligaciones internacionales -que se materializan a través de medidas judiciales y no judiciales- y cuyo objetivo es hacer efectiva la investigación, enjuiciamiento y sanción de los crímenes internacionales; proteger y garantizar los derechos de las víctimas reconocidos internacionalmente en los

tratados internacionales de protección de los derechos humanos, fundamentalmente los derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación; y que debe dirigirse, en última instancia, a garantizar los derechos de la sociedad a que no se repitan las violaciones cometidas. Así mismo, hemos considerado que el factor que activa el proceso transicional es la masividad, sistematicidad y gravedad de las violaciones de los derechos humanos cometidas, independientemente de que se hayan cometido en el transcurso de regímenes dictatoriales, conflictos armados (internos o internacionales) o en otra serie de conflictos que, pese a no adquirir dicho estándar de gravedad, reclaman una respuesta completa y adecuada al contexto transicional al exigir un equilibrio entre las demandas de la justicia y su más efectivo cumplimiento, con miras a contribuir a la paz, a la reconciliación y a la erradicación de la impunidad.

Segunda. Uno de los factores que ha contribuido a aumentar la imprecisión en torno a la justicia transicional radica en su ambiguo origen. A este respecto, un recorrido histórico por los principales hitos que, poco a poco, fueron fraguando la disciplina permite comprobar que no existe un momento preciso o un acontecimiento clave que hiciera surgir, de la noche a la mañana, un nuevo campo autónomo de estudio, sino que fue la propia experiencia que se iba adquiriendo través de los diversos procesos de transición la que fue dando cierta forma a los dilemas que surgían en estos contextos. Independientemente de las diferencias entre los casos, en todos ellos cabe apreciar la necesidad de dar una respuesta a las masivas, sistemáticas y graves violaciones de los derechos humanos cometidas. Ahora bien, en un inicio, los Estados adoptaban las medidas que mejor se adecuaban a sus particulares circunstancias políticas, sociales, culturales o coyunturales. Así, en esta elección, casi sin excepción, los procesos judiciales penales fueron reemplazados por otras medidas menos “sensibles” como las comisiones de la verdad, los programas de reparación o, en ocasiones, la reforma institucional, mecanismos que, con el paso de los años, pasarían a caracterizar a la justicia transicional.

A pesar de la existencia de una obligación a cargo de los Estados de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales, lo cierto es que el Derecho Internacional se hallaba subordinado a las consideraciones de orden político que eran las que marcaban las opciones a seguir en los procesos de transición. Este hecho conllevó que la justificación por el empleo de uno u otro mecanismo no tomara en consideración el Ordenamiento Jurídico Internacional, sino que predominaban los argumentos ambiguos y subjetivos como el objetivo de lograr la reconciliación de la sociedad. Como

consecuencia de esta escasa y pobre fundamentación jurídica, el concepto de la “justicia transicional” se empleaba como un escudo sobre el que tenían cabida variadas fórmulas de impunidad, garantizando a los Estados la más amplia flexibilidad a la hora de hacer frente a los crímenes internacionales que se hubieran perpetrado. En definitiva, nos hallamos ante una modalidad de justicia que “permitía” o “toleraba” una situación de impunidad.

Tercera. A finales del siglo XX, principios del XXI, como consecuencia del auge en el empleo de los mecanismos transicionales y la consiguiente positiva acogida de la comunidad internacional, el ámbito de aplicación de la justicia transicional comenzó a trasladarse a los más variados contextos. A pesar de las notables diferencias existentes entre ellos, el rasgo distintivo de todos los escenarios en los que se demanda la aplicación de la justicia transicional radica en las masivas, graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos cometidas a las que hay que dar una respuesta jurídica apropiada. Precisamente, siendo éstos los ilícitos que se comenten, el Derecho Internacional -que continúa estando plenamente vigente en procesos de justicia transicional-, encuentra numerosos límites a la hora de proceder a su aplicación y, por ello, resulta necesario buscar una solución jurídica apropiada que atienda a las complejidades inherentes a los procesos de transición.

Tras corroborar que existe una equiparación absoluta entre los mecanismos con los que actualmente identificamos a la justicia transicional (procesos judiciales penales, mecanismos dirigidos a esclarecer la verdad, programas de reparación y las medidas tendentes a garantizar que no se repitan las violaciones de los derechos humanos cometidas) y los principios que tienen como objetivo contribuir a erradicar la impunidad, defendemos que la integración de todos ellos en un mismo proceso respetando plenamente el alcance de las obligaciones internacionales sobre las que se asientan (la obligación de investigar las violaciones, de enjuiciar a los responsables y, en el caso de que se demuestre su culpabilidad, la obligación de sancionarles; la obligación de reparar a las víctimas; y, finalmente, la obligación de adoptar todas las medidas que sean necesarias con la finalidad de evitar que se cometan nuevas violaciones de los derechos humanos en un futuro), tiene la capacidad de contribuir a lograr este loable fin. Es más, consideramos que ante la comisión de los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional, la implementación aislada y excluyente de una única medida, incluso aunque se trate de procesos judiciales penales, no satisface el conjunto de

obligaciones internacionales asumidas por los Estados ni garantiza los derechos de las víctimas a la justicia, a la verdad, a la reparación y a la no repetición.

Por otra parte, al abogar por esta noción integradora, es posible aunar las distintas visiones de la “justicia” que, en numerosas ocasiones, se presentan como antagónicas en el campo de la justicia transicional: judicial vs no judicial, internacional vs local, retributiva vs restaurativa, son algunos de los binomios que se reiteran con mayor frecuencia en la literatura transicional y que condicionan la forma de entender y de implementar el proceso de justicia transicional. Sin embargo, a nuestro juicio, es posible sumar las diversas visiones de justicia dentro de un mismo proceso con la finalidad de otorgar una justicia más amplia a las víctimas que son, en última instancia, quienes sufren las deplorables consecuencias de un conflicto armado o de una dictadura. Por ello defendemos que la aplicación de un mecanismo de justicia judicial no menoscaba las virtudes de la implementación complementaria de un mecanismo alternativo, de la misma manera que la justicia internacional no minimiza los esfuerzos locales por hacer frente a los crímenes internacionales cometidos en un determinado territorio. Y, cómo no, ante la comisión de crímenes internacionales la justicia restaurativa puede aportar un enfoque adicional con el que reparar a las víctimas que buscan justicia. En definitiva, los múltiples componentes de la justicia transicional tienen la capacidad y la virtud de dar cabida a varias “formas” de justicia que, en última instancia, garantizan los derechos que internacionalmente se reconocen a las víctimas.

De hecho, estas víctimas son los sujetos principales a los que se dirige la justicia transicional y, mediante su participación en los diversos mecanismos, se les reconoce sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a no repetición. Siendo tantos y tan variados los derechos de los que son titulares, parece comprensible que el establecimiento exclusivo y excluyente de una única medida no va a tener el potencial de satisfacer todos los enumerados. Por esta razón, la justicia transicional aboga por una concepción más amplia de justicia en la que tienen cabida el conjunto de mecanismos citados que recogen las diversas concepciones de justicia a las que hemos aludido y cuyo fundamento jurídico radica en las obligaciones internacionales previamente enumeradas que, al aplicarse de manera complementaria dentro de un mismo proceso, permiten ofrecer una respuesta más completa y satisfactoria ante los crímenes internacionales cometidos. En definitiva, nos hallamos ante una forma de justicia que, lejos de ser de excepción y teniendo a la víctima

como sujeto principal, trata de satisfacer los derechos que los tratados internacionales de protección de derechos humanos les reconocen.

Por lo que respecta a los mecanismos, si bien en la literatura transicional es común encontrar clasificaciones más o menos extensas, lo cierto es que los mínimos comunes que todo proceso debe adoptar se reducen a los procesos judiciales penales, los mecanismos de investigación de la verdad, los programas de reparación y las medidas dirigidas a garantizar la no repetición de las violaciones cometidas. Debido a que éstos encuentran su base jurídica en las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional, defendemos que no existe una libertad absoluta en la elección de los mismos.

Es más, actualmente, y teniendo en cuenta los límites que presentan cada uno de los mecanismos considerados individualmente, existe cierto consenso acerca de la necesidad de implementar procesos íntegros de justicia transicional que aglutinen varias medidas con el objetivo de lograr esa justicia más completa a la que aludíamos previamente. Por ende, siguiendo al Relator Especial sobre la justicia transicional, creemos que no es viable eludir el empleo de uno alegando la implementación de otro ya que, si se procediera de dicha manera, se produciría un incumplimiento del Derecho Internacional. Ahora bien, tal y como el experto independiente ha denunciado, esta aparente aprobación teórica no se corresponde con la práctica ya que, todavía hoy, la aplicación íntegra de los componentes de la justicia transicional dista mucho de poder calificarse como satisfactoria. Es más, ciertos Estados se valen de la complementariedad, precisamente, para eludir los compromisos asumidos en el ámbito internacional y, especialmente, para limitar el alcance de la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales.

Cuarta. Gracias a la evolución experimentada en la forma de concebir la justicia transicional, actualmente, se exige con mayor vehemencia el cumplimiento del Derecho Internacional, lo que consecuentemente ha limitado el margen de discrecionalidad de los Estados. De entre todos los factores que han contribuido a hacer avanzar la materia en esta dirección, debemos destacar la entrada en vigor del Estatuto de Roma, la labor realizada desde la Organización de las Naciones Unidas y las sentencias a favor de los derechos de las víctimas dictadas por los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos. No obstante, y pese a este desarrollo legal y jurisprudencial, no solo continúa cuestionándose con especial intensidad el papel que debería de ocupar el Derecho Internacional en los difíciles procesos de transición, sino que, incluso, un

considerable número de especialistas considera que es viable limitar o, por lo menos, flexibilizar la aplicación del mismo.

Dado que el presente trabajo ha tenido como objetivo el estudio de la justicia transicional desde el enfoque que nos ofrece el Estatuto de Roma, nos hemos centrado en analizar la aplicación de la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales sobre los que la Corte Penal Internacional ejerce su competencia en los contextos de transición. Así, y una vez realizado el pertinente análisis, podemos concluir afirmando que la citada obligación se deduce de varias fuentes y que, tras la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la misma ha sido finalmente consolidada.

Esta obligación, junto con las restantes previamente enumeradas, forman la base jurídica de los mecanismos en los que se sustentan los procesos de transición. Por todo ello, mantenemos que el valor añadido que aporta la justicia transicional radica en que reconoce los límites que plantea la aplicación del Derecho Internacional en estos contextos y, en consecuencia, propone una estrategia combinada de mecanismos, que no es sino defender la aplicación conjunta de las obligaciones internacionales identificadas, para tratar de proporcionar una respuesta más integral y, así, lograr el objetivo de erradicar la impunidad. En definitiva, la justicia transicional busca dar con la fórmula jurídica que garantice el cumplimiento del Derecho Internacional tomando en consideración el peculiar contexto de transición.

Quinta. La firme apuesta por este enfoque de medidas complementarias contra la impunidad ha sido reconocida en fechas recientes por la propia Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. A este respecto, resulta innegable que la Corte solo va a ser capaz de ofrecer una respuesta limitada ante los crímenes internacionales cometidos y, en consecuencia, parece lógico concluir que son necesarias estrategias complementarias para poner fin a la impunidad. Ahora bien, a pesar de que la Corte ha acabado dando el visto bueno a la formulación de estas estrategias globales, todavía hoy cabe apreciar cierta cautela a la hora de dar la bienvenida a los procesos de justicia transicional que puedan desarrollarse en los Estados. Este hecho, a nuestro juicio, obedece a la existencia de un cierto desconocimiento en torno a las implicaciones que podrían generar una mayor relación de complementariedad entre dos materias que, si bien hasta ahora han seguido caminos paralelos, están condenadas a entenderse.

Una de las razones que explica la prudencia mostrada por la Corte puede hallarse en que en el proceso de elaboración del Estatuto de Roma no se debatió la aportación que podría realizar la justicia transicional a la lucha contra la impunidad, a pesar de que, en la década de los noventa, el campo de la justicia transicional era una realidad palpable que, además, planteaba numerosos vínculos con los crímenes internacionales sobre los que, en un futuro, la Corte podría llegar a ejercer su competencia. Los modestos cauces de comunicación entre estas dos materias se aprecian también en los minoritarios estudios tendentes a analizar la relación entre la justicia transicional y el Estatuto de Roma. Por esta razón, y a pesar de que es posible encontrar ciertos documentos de política general, informes o declaraciones en las que se deduce la postura favorable que la Corte Penal Internacional mantiene con respecto a los procesos íntegros de la justicia transicional, consideramos que sería enriquecedor que la Corte publicara un documento de política general u otro instrumento semejante con la finalidad de aclarar los aspectos más conflictivos.

Como adelantábamos previamente, en un inicio, la Corte se mostraba reticente al empleo del concepto “justicia transicional”. Sin embargo, tras el implícito visto bueno al sistema creado por el Estado colombiano, empieza a apreciarse una emergente postura con respecto a esta modalidad de justicia. Así, en un plano teórico al menos, ha acabado aceptando que todo proceso de justicia transicional debe respetar las obligaciones que se derivan del Estatuto de Roma y, en consecuencia, es imprescindible que no se eluda el componente penal de la justicia transicional. Esta conclusión confirma que todo proceso de justicia transicional debe contener medidas dirigidas a depurar las responsabilidades penales ya que, de lo contrario, la Corte Penal Internacional podría llegar a ejercer su competencia. En definitiva, en principio, la Corte parece partidaria de un enfoque complementario entre los diversos mecanismos transicionales, dirigidos todos ellos a erradicar la impunidad y a lograr una justicia más amplia, siempre y cuando la realización de los procesos judiciales penales sea consistente con el Estatuto de Roma.

Sexta. Uno de los argumentos que suele emplearse con mayor frecuencia en los procesos de justicia transicional radica en la defensa de que, en estos contextos, no es viable aplicar el Derecho Internacional de la misma manera que en situaciones de “normalidad”. Sin embargo, tanto los contextos en los que se demanda la aplicación de la justicia transicional como en los que interviene la Corte Penal Internacional constituyen situaciones “extraordinarias”.

De hecho, la Corte ejerce su competencia sobre los responsables de haber cometido ciertos crímenes internacionales, crímenes que, con toda probabilidad, se habrán cometido en el transcurso de conflictos armados, dictaduras u otra serie de graves situaciones de violencia. Es decir, nos hallamos ante los mismos escenarios que en los que se demanda la aplicación de la justicia transicional y, en consecuencia, podemos concluir que, cuando se han perpetrado crímenes internacionales, el ámbito de aplicación de estas dos materias se solapa irremediablemente. Sin embargo, mientras que en la justicia transicional se emplea el argumento de la excepcionalidad para tratar de limitar el alcance del Derecho Internacional, en el marco del Derecho Internacional Penal parecería contradictorio defender que la comisión de un crimen internacional es una circunstancia que permite limitar las obligaciones de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales, ya que este argumento iría en contra de la propia razón de ser de la Corte Penal Internacional.

A nuestro juicio, las razones por las que ante unos mismos escenarios de violencia en los que se han cometido crímenes internacionales se aprecien visiones tan encontradas en torno al papel del Derecho Internacional Penal son dos: por una parte, por la forma en la que se procede a incorporar e interpretar las obligaciones internacionales que resultan de aplicación en los contextos de justicia transicional; y, por otra, por las consecuencias que conlleva defender que la excepcionalidad que se predica de la justicia transicional es diferente a los escenarios en los que actúa la Corte.

Por todo ello, nos parece oportuno reivindicar que los casos con los que lidia la Corte Penal Internacional pueden ser catalogados como situaciones de justicia transicional y, por ende, sostenemos que no cabe alegar simple y llanamente la posibilidad de suspender las obligaciones que se derivan del Estatuto de Roma por hallarse el Estado en cuestión inmerso en un ambiguo proceso de transición. El Estatuto de Roma se aprobó para poner fin a la impunidad con la que se cometen los crímenes internacionales mediante la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables y, por ello, no creemos oportuno defender que en imprecisos contextos de “justicia transicional” esta obligación ya no sea exigible. En definitiva, no consideramos admisible esta doble vara de medir que se produce en la doctrina y en la práctica estatal cuando los Estados ponen en marcha procesos de transición.

Séptima. Al ser los conflictos armados el ámbito en el que se producen los mayores solapamientos entre la actividad de la Corte y los más recientes procesos de justicia

transicional, consideramos que es esencial otorgar una especial atención a los mismos y, especialmente, a las negociaciones y posteriores acuerdos de paz que se producen bajo la supervisión de la Corte Penal Internacional.

Desde que el Estatuto de Roma entrara en vigor, el margen de discrecionalidad de los Estados a la hora de negociar el fin del conflicto armado se ha visto considerablemente reducido, lo que repercute en el proceso de justicia transicional que se quiera adoptar. Por ello, lejos de considerar a la justicia transicional como una herramienta que permite flexibilizar ciertas obligaciones internacionales en el transcurso de las negociaciones de paz, defendemos que la influencia que ejerce el Estatuto de Roma limita las opciones a disposición de los Estados. Esta afirmación nos lleva a concluir que la justicia transicional no es una justicia de excepción, ya que todo entramado transicional que no respete el Estatuto de Roma podría hacer la situación admisible ante la Corte. En definitiva, existe un sólido régimen jurídico que resulta de aplicación en todo proceso de justicia transicional.

Concretamente, ha sido la Oficina de la Fiscalía la que ha desempeñado un crucial papel a la hora de demandar el respeto del Estatuto de Roma en los acuerdos de paz en los que, normalmente, se incorporan los mecanismos transicionales. A través del ejemplo de Colombia podemos comprobar cómo la supervisión que ejerce la Oficina de la Fiscalía mediante el examen preliminar durante el transcurso de las negociaciones de paz puede funcionar a modo de “órgano de control” advirtiéndole que, si no se respeta el Estatuto de Roma, la Corte puede intervenir. Por esta razón, defendemos que los exámenes preliminares iniciados por la Fiscalía tienen la capacidad de influir, de manera decisiva y determinante, en el diseño de los procesos íntegros de justicia transicional que los Estados negocien en los acuerdos de paz.

Sin embargo, Colombia no ha sido, ni será, el único Estado que incorpore mecanismos de la justicia transicional en los acuerdos de paz. En un futuro, previsiblemente, creemos que podrían crearse otros procesos similares al colombiano en el que se traten de implementar ciertos procesos de transición bajo la atenta mirada de la Corte Penal Internacional. Por ello, si se quiere preservar la legitimidad de la Corte como una instancia judicial imparcial, objetiva y cuya defensa sea la lucha contra la impunidad, creemos que este órgano de justicia internacional debería estar muy atento a las no pocas ambigüedades que contienen ciertas modalidades de “justicia transicional” ya que, en caso contrario, corre el riesgo de convertirse en cómplice de un sistema integral de impunidad.

Octava. Los argumentos que se vierten en procesos de justicia transicional encuentran una plasmación directa en determinados artículos del Estatuto de Roma. Por ello, tomando como punto de partida el clásico debate entre el logro de la paz y la exigencia de justicia que se produce tanto en la justicia transicional como en el propio Derecho Internacional Penal, defendemos que la justicia transicional y el Derecho Internacional Penal no son dos campos contradictorios.

Empezando por la justicia transicional, hemos apreciado que, desde los orígenes, en los acuerdos de paz han prevalecido variadas fórmulas de impunidad alegando que la exigencia de responsabilidades penales podía ser un impedimento para el logro de la paz. Actualmente, gracias a una distinta concepción de la “paz”, que no se limita al fin del conflicto armado, y debido a la evolución experimentada en el reconocimiento de ciertas obligaciones internacionales, postulados como los arriba descritos no tienen visos de prosperar. Ahora bien, no se ha puesto fin a la eterna dicotomía entre la paz y la justicia, sino que, por el contrario, ésta ha evolucionado hacia fórmulas más difíciles de percibir a primera vista pero que, en el fondo, persiguen el mismo objetivo de siempre: limitar el alcance de la justicia penal bajo el argumento del logro de la paz. Por ello, resulta necesario analizar minuciosamente los sistemas de justicia transicional que comienzan a diseñarse ya que, si bien la discrecionalidad de los Estados es menor, no por ello lo es su capacidad de innovar fórmulas de impunidad.

En el marco de la Corte Penal Internacional, no solo ciertos Estados continúan demandando un margen de flexibilidad en el cumplimiento de las obligaciones internacionales bajo la premisa de lograr la paz, sino que, incluso, el propio Estatuto de Roma alude a esta clásica dicotomía entre la exigencia de la justicia y el logro de la paz y, especialmente, la consideración de esta última como amenaza para la primera al permitir que el Consejo de Seguridad pueda pedir a la Corte que no inicie o suspenda la investigación o el enjuiciamiento ante el órgano de justicia. Estos argumentos nos permiten concluir que la justicia transicional y la Corte Penal Internacional lidian, fundamentalmente, con las mismas “amenazas”.

Novena. Si nos centramos en el “factor tiempo” de la clásica pugna entre la paz y la justicia, podemos concluir que nos hallamos ante otro más de los elementos que pone en contacto a la justicia transicional con la actividad de la Corte Penal Internacional. Por una parte, debido a las dificultades que puede acarrear la exigencia de responsabilidades penales al inicio del proceso de la justicia transicional, determinados sectores defienden

que la justicia penal no es el mecanismo idóneo con el que comenzar la transición. Pero, por otra parte, determinados Estados cuyos nacionales están siendo investigados o enjuiciados ante la Corte también le han solicitado más tiempo a la hora de proceder con sus correspondientes procesos internos, lo que nos permite concluir que nos hallamos, una vez más, ante idénticas demandas que reclaman una respuesta no muy dispar.

Relacionado con esta cuestión se halla el orden en el que deberían de implementarse los mecanismos transicionales. A este respecto, creemos no se ha estudiado minuciosamente la secuencia en la que deberían aplicarse los elementos que conforman el proceso íntegro de la justicia transicional tomando en consideración la posible actuación de la Corte Penal Internacional, estudio que consideramos fundamental ya que la actividad de la Corte tiene la capacidad de modular el orden de respuesta de los Estados. Y es que, si el órgano judicial decide iniciar una investigación en un Estado y éste quiere evitar su intervención, debería de iniciar los correspondientes procesos judiciales penales con la finalidad de impugnar la admisibilidad de la situación ante la Corte. En el caso de que procediera de dicha manera, no cabe sino concluir que el órgano internacional ha influido en el orden de los mecanismos al exigir implícitamente que los procesos penales sean la primera medida a implementar.

No obstante, el Estatuto de Roma contiene ciertos mecanismos que permiten “alterar” este orden en la implementación de las medidas o “dilatar” en el tiempo la exigencia de la justicia penal. De hecho, la Corte tiene la capacidad de permitir ciertos espacios temporales a las partes que se hallan negociando un acuerdo de paz o que, por diversas razones, no pueden iniciar procesos judiciales penales de manera inminente. Este paréntesis temporal puede apreciarse, tal y como ha señalado la doctrina, a la hora de decidir durante cuánto tiempo prolonga el examen preliminar, cuándo inicia una investigación, cuándo solicita una orden de detención o, finalmente, cuándo inicia los enjuiciamientos. De esta manera, en función del momento en el que interviene el órgano de justicia internacional, el Estado tendrá más o menos tiempo para proceder con sus respectivos procesos judiciales penales y, así, impugnar la admisibilidad del asunto.

Ahora bien, a pesar de que la Corte haya manifestado que determinados procesos y reformas llevan tiempo, razón por la que podría estar dispuesta a otorgar algo de margen a los Estados, lo cierto es que este espacio temporal podría entrar en contradicción con determinados preceptos del Estatuto de Roma que parecen imponer su actuación en casos de dilación injustificada en el juicio o de colapso en el sistema judicial. Por ello,

consideramos que la clave puede radicar en la concreta interpretación de la demora “injustificada” y, así, podríamos salvar la situación alegando que, en casos de justicia transicional, parece justificado tener que esperar en tanto en cuanto se produzcan las condiciones oportunas para proceder con los enjuiciamientos. Ahora bien, dado que una lectura coherente del Estatuto de Roma nos lleva a la conclusión de que la justicia reclama una actuación temprana, habrá que ser muy cautelosos a la hora de justificar la dilación del proceso ante la Corte. Es más, la discrecionalidad se convertiría en arbitrariedad si no se actuara con los mismos criterios en todos los Estados que solicitan más tiempo.

Sin embargo, el estudio del caso de Afganistán nos permite corroborar que una actuación tardía, si bien permite cierto margen de actuación a los Estados, en el fondo acaba por negar la justicia a las víctimas. Y es que, es posible que la Corte rechace la autorización para iniciar una investigación en base al interés de la justicia, precisamente, por el largo período de tiempo transcurrido desde que comenzaron a cometerse los crímenes, si bien estos lamentables argumentos, a nuestro juicio, contradicen la imprescriptibilidad que caracteriza a los crímenes internacionales y, fundamentalmente, el objetivo mismo del Estatuto de Roma: poner fin a la impunidad.

Décima. El análisis relativo a los procesos de paz que se han producido bajo la supervisión de la Corte se hallaría incompleto sin referirnos al instrumento que, durante años, ha dominado el discurso tanto de los acuerdos de paz como de la propia justicia transicional: las medidas de amnistía.

En pleno 2019 nos parece incomprensible que, tras reconocer que existe una obligación internacional a cargo de los Estados de ejercer su jurisdicción contra los responsables de haber cometido un crimen internacional, tengamos que emplear todos nuestros esfuerzos en justificar que las amnistías están prohibidas en el caso de los crímenes a los que nos referimos. Por ello, solo cabe concluir que, en el fondo, no existe una voluntad real de prohibir estas medidas de impunidad que permiten que los Estados puedan continuar empleando el clásico argumento de la necesidad de lograr la paz con el único propósito de eludir el cumplimiento del Derecho Internacional.

Es más, lejos de avanzar, estamos asistiendo a un peligroso retroceso en el reconocimiento de la prohibición absoluta y expresa de las leyes de amnistía aplicables a los crímenes internacionales. Lo más llamativo es que esta tendencia revisionista no procede únicamente de la práctica estatal o de la presión ejercida por ciertos sectores doctrinales, sino que empieza a apreciarse en determinados pronunciamientos de los

tribunales internacionales de protección de los derechos humanos que parecen estar dispuestos a flexibilizar su postura si lo que está en juego es el logro de la reconciliación o la paz. A nuestro juicio, estos recientes fallos plantean un peligroso retroceso hacia discursos que se creían superados. Por ello, nos parece oportuno insistir en que cualquier amnistía que se adopte tras un conflicto armado puede subsumirse bajo el discurso de la necesidad de reconciliar a las partes enfrentadas, lo que podría conllevar que cualquier amnistía llegara a estar legitimada jurídicamente, posición que no compartimos. Una amnistía seguirá siendo una amnistía independientemente de los objetivos bajo los que se la quiera maquillar: reconciliación, paz o perdón.

Precisamente, y por lo que a la suma de “aditivos” se refiere, resulta llamativo que, en los últimos años, lejos de reducir el debate a las “amnistías”, haya surgido un variado repertorio que, en el fondo, persigue la misma finalidad: impedir la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables de haber cometido determinados crímenes internacionales. Dentro de esta clasificación, entrarían las ya famosas amnistías condicionadas que, lejos de ser una mera reivindicación doctrinal, comienzan a vislumbrarse de manera incipiente en determinados círculos de las Naciones Unidas.

En definitiva, lo que el examen de la práctica parece apuntar es que, pese a la evolución experimentada en el Derecho Internacional, las amnistías -esta vez con nombres y apellidos, como lo corrobora la invención de las “amnistías condicionadas”- siguen campando a sus anchas, tanto en los procesos de justicia transicional como en las situaciones sobre las que ejerce su jurisdicción la Corte Penal Internacional. Por esta razón, defendemos que nos hallamos ante una “amenaza” común más a la que la Corte y la justicia transicional podrían hacer frente de manera conjunta y coordinada.

Decimoprimer. A pesar de que tras la entrada en vigor del Estatuto de Roma los Estados han reconocido el deber de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales y, en consecuencia, la justicia penal siga siendo un requisito indispensable para que los Estados cumplan los compromisos asumidos en el ámbito internacional, ello no obsta para que se pueda responder ante las atrocidades cometidas con un abanico mayor de opciones. Es más, la práctica demuestra que la investigación, el enjuiciamiento y la sanción de los crímenes internacionales no es una tarea sencilla ya que resulta prácticamente inviable dilucidar la responsabilidad penal de toda persona que haya tenido cierta participación en la comisión de un crimen internacional. Por esta razón,

es completamente comprensible que únicamente un número muy reducido de personas sean quienes, finalmente, respondan ante la justicia.

Los tribunales internacionales, conscientes de esta realidad, han centrado, antes o después, sus estrategias de investigación y enjuiciamiento en aquellas personas que puedan ser consideradas como las máximas responsables de los crímenes cometidos y, a este respecto, la Corte Penal Internacional no ha supuesto la excepción a la regla. Si bien el Estatuto no limita el ejercicio de la responsabilidad penal individual, la práctica y las declaraciones vertidas por los órganos de la Corte no hacen sino confirmar que su actividad se centrará en los máximos responsables, con independencia de que, en ocasiones, pueda dirigir su atención a personas con un grado de responsabilidad menor. Esta estrategia, si bien es completamente comprensible, transmite cierta despreocupación para con un amplio grupo de individuos que, no olvidemos, también son responsables de haber cometido los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional.

Si bien podemos entender e, incluso, compartir que un tribunal internacional se vea en la necesidad de limitar los casos objeto de investigación y enjuiciamiento, no cabe trasladar estas conclusiones, directamente, a los sistemas jurisdiccionales nacionales, ya que, si éstos no enjuician a todos los presuntos responsables, estarían incumpliendo los compromisos adquiridos en el ámbito internacional. No obstante, debemos asumir que, en este punto, la necesidad supera al texto de la norma ya que es inviable proceder contra todas y cada una de las personas que hayan tenido algún tipo de responsabilidad, por mínima que sea, en la comisión de los crímenes internacionales. Por esta razón, es lógico que, también a nivel interno, se prevean estrategias para seleccionar los casos a investigar y enjuiciar. El problema jurídico que este hecho provoca es que, en ocasiones, los Estados pueden llegar a tener cierto interés en no proceder contra las personas que, realmente, puedan ser consideradas las máximas responsables de los hechos cometidos. De hecho, a través de una legislación ambigua, es posible desviar la atención hacia otros individuos que, categóricamente, tienen un nivel de responsabilidad menor con el objetivo de “salvar” a ciertas personas de la acción de la justicia.

Ahora bien, la Corte ha sido tajante a la hora de declarar que el hecho de que el órgano internacional se vea en la imperiosa necesidad de seleccionar los casos a investigar no implica que los Estados puedan hacer lo propio. Sin embargo, dado que, en principio, únicamente se centrará en los máximos responsables, es lógico concluir que si los Estados, a nivel interno, también llevan a cabo investigaciones y enjuiciamientos contra

esta categoría de personas el asunto no sería admisible ante la Corte ya que ambas instancias se están centrando en los mismos individuos. En todo caso, que el asunto no sea admisible no implica, como ya hemos señalado, que no se estén vulnerando otra serie de obligaciones que se derivan del Derecho Internacional y, por ello, parece lógico concluir que son necesarias estrategias complementarias que coadyuven a los procesos judiciales penales y que, en última instancia, garanticen una justicia más completa para las víctimas.

Decimosegunda. Debido a que tanto la Corte como las propias jurisdicciones penales nacionales se limitarán, en la mayoría de ocasiones, a investigar y enjuiciar a los máximos responsables, resulta fundamental otorgar una respuesta jurídica apropiada a los crímenes cometidos por el resto de individuos. Por ello, defendemos que éstos podrían responder ante otras instancias no judiciales como, por ejemplo, las comisiones de la verdad o los sistemas de justicia alternativa o local. Ahora bien, reconocemos que esta opción podría plantear ciertas inconsistencias con respecto al Derecho Internacional.

Somos conscientes de que, ante la comisión de los crímenes internacionales que analizamos en la presente Tesis Doctoral, las investigaciones deben dirigirse al enjuiciamiento de los presuntos responsables y, en principio, deberían desarrollarse ante órganos judiciales en sentido estricto. Por ello, y teniendo en cuenta que las comisiones de la verdad no son órganos judiciales, ni tienen la capacidad de investigar todos los ilícitos cometidos, ni dilucidan las responsabilidades penales individuales, no cabe sino concluir que el Estado, mediante la mera instauración de una comisión, no cumple con los compromisos internacionalmente asumidos. Es decir, el desarrollo de las investigaciones ante órganos no judiciales como las comisiones de la verdad podrían suponer una vulneración del Derecho Internacional, también en contextos de transición. Sin embargo, consideramos que no queda otra manera de proceder si se quiere dar una respuesta a estos responsables que podríamos calificar como “menores”. Y es que, insistimos, el cumplimiento de las obligaciones internacionales relativas a la investigación, enjuiciamiento y sanción de todos y cada uno de los responsables de los crímenes cometidos resulta, simplemente, inviable.

Por lo que al Estatuto de Roma respecta, a pesar de que ciertas comisiones de la verdad podrían llegar a tener el potencial de superar el estricto principio de complementariedad (ya que una investigación desarrollada por una comisión podría ser considerada “investigación” siempre y cuando la misma tuviera la capacidad de desembocar en un

ulterior proceso penal con respecto a las personas sobre las que ejercería su jurisdicción la Corte), el órgano de justicia internacional ha concluido con firmeza que éstas harían el asunto admisible. A pesar de que respetamos, como no podía ser de otra forma, la interpretación realizada por la Corte, nos mostramos críticos con la escasa atención que les ha prestado a estos mecanismos no judiciales y, especialmente, la rapidez con la que se ha zanjado el debate. A nuestro juicio, no se ha producido una discusión seria, formada y rigurosa que valore los beneficios que podrían obtenerse de la implementación de una comisión de la verdad y que, por ejemplo, podría contribuir a dilucidar si, en realidad, existe una voluntad por parte del Estado de hacer justicia.

Por esta razón, defendemos que el principio de complementariedad no debería de limitarse a analizar los procesos judiciales penales en sentido estricto, sino que podría tomar en consideración a estos mecanismos alternativos. Y es que, por una parte, es posible que un Estado, tras haber puesto fin a un conflicto armado, no pueda iniciar inminentemente procesos judiciales penales y, por ello, como paso previo al inicio de los procesos penales, podría decidir, legítimamente, instaurar una comisión de la verdad. Si no se han aprobado leyes de amnistía ni se ha cerrado la puerta a la justicia, la Corte podría valorar el trabajo desarrollado por la comisión de la verdad y comprobar si el Estado muestra o no una voluntad genuina para enjuiciar, posteriormente, a los responsables. Es cierto que el problema que esta interpretación plantea es que, atendiendo al Estatuto de Roma, actualmente al menos, parece existir una imperiosa necesidad de proceder lo antes posible con los procesos penales. No obstante, no debemos olvidar que, en procesos de justicia transicional, no siempre será viable iniciar apresuradamente los enjuiciamientos. Por ello, si la “espera penal” pudiera llegar a estar justificada, consideramos que la labor de una comisión de la verdad podría ser valorada, siquiera preliminarmente, por la Corte. En todo caso, qué duda cabe que, una vez finalizado el trabajo de la comisión, si no se iniciaran los correspondientes procesos penales contra los máximos responsables alegando que la investigación ante la primera es suficiente, dicha opción haría la situación admisible, directamente, ante la Corte.

Por otra parte, y recordando las dificultades inherentes a la investigación de los crímenes internacionales y que no todos los casos van a poder someterse a la justicia, nos parece oportuno reivindicar las virtudes de las comisiones de la verdad como mecanismo adicional a los procesos penales con el objetivo de no calificar su inmensa labor como irrelevante. Por ello, mantenemos una posición más abierta a la posible interrelación entre

los mecanismos de la justicia transicional, ya que si se crearan de manera más armoniosa y se regularan minuciosamente los posibles conflictos que pudieran llegar a surgir, así como las garantías mínimas que deberían de respetarse, creemos que podría lograrse esa justicia más completa que es, en última instancia, el objetivo principal de la justicia transicional. Es más, estas sinergias entre los mecanismos también podrían tener la capacidad de promover e incentivar la realización de juicios a nivel interno. Y es que, si contamos con un órgano de investigación como una comisión de la verdad que tuviera la capacidad de remitir la información recopilada a la Corte en la que, incluso, podría mencionarse quiénes considera que pueden ser, presuntamente, los responsables de los crímenes internacionales, puede que las autoridades nacionales tengan un interés manifiesto en poner en marcha los correspondientes procesos penales antes de que la Corte decida iniciar una investigación. Es decir, el trabajo de una comisión y la amenaza que la información recopilada por la misma pudiera ser remitida al órgano de justicia internacional puede funcionar a modo de incentivo para que el Estado no desoiga sus compromisos internacionales y ponga en marcha procesos penales en base a la información recopilada por la comisión de la verdad.

Sin embargo, reconocemos que ésta no es la opción por la que ha optado el órgano de justicia internacional. Y es que, si bien en abstracto la Corte no ha dudado en dar la bienvenida a estas iniciativas no judiciales como complemento a los procesos penales, ha sido tajante a la hora de señalar que, a la hora de valorar el principio de complementariedad, hay que centrarse únicamente en los procesos judiciales penales llevados a cabo en las instancias internas. En definitiva, a la vista de la práctica, solo cabe concluir que, si un Estado decidiera proceder primero con una comisión de la verdad, con independencia de que posteriormente tenga la voluntad y la capacidad de realizar procesos judiciales penales, en ese momento, el asunto sería admisible ante la Corte.

Decimotercera. Dado que la Corte apenas toma en consideración el trabajo realizado por las comisiones de la verdad, hemos acudido a la justicia local o tradicional para estudiar si el Estatuto de Roma permite cierto reparto de funciones entre los diversos mecanismos con la finalidad de lograr esa respuesta más amplia a la que constantemente estamos aludiendo.

Los sistemas tradicionales o locales de resolución de conflictos son necesarios e, incluso, imprescindibles debido a que el sistema de justicia de los Estados siempre va a carecer de los medios necesarios para investigar, enjuiciar y sancionar a todos los

presuntos responsables de haber cometido o participado en la comisión de un crimen internacional. Ahora bien, teniendo en cuenta los derechos internacionalmente reconocidos, solo cabe concluir que estas iniciativas alternativas deben de respetar ciertas garantías básicas durante el proceso y no pueden vulnerar los derechos de las personas. Además, debemos reconocer que estas fórmulas alternativas también tienen importantes límites y, por ello, en ningún caso defendemos su instauración exclusiva y excluyente, sino que abogamos por una mayor complementariedad entre las instancias judiciales y no judiciales.

La Corte Penal Internacional ha mostrado su disposición a que la justicia que imparte se complete con la justicia tradicional de las sociedades en las que se halla ejerciendo su jurisdicción, lo que puede llevarnos a la conclusión de que es posible y viable establecer estructuras complementarias entre las instancias internacionales, internas y locales con la finalidad de dar una respuesta más amplia a los crímenes internacionales cometidos. Ahora bien, a pesar de que la Corte parece aceptar en abstracto esta fórmula, lo cierto es que a la hora de realizar el examen de la admisibilidad estos mecanismos han sido excluidos de raíz por no ser procesos penales en sentido estricto. A nuestro juicio, la ausencia de una mayor consideración al respecto resulta criticable, máxime cuando, ante la relevancia cada vez mayor que parecen estar adquiriendo los mecanismos complementarios a la justicia penal, es plausible que en un futuro la Corte tenga que acabar tomando en consideración estas iniciativas dentro de su examen de admisibilidad.

Si bien estos mecanismos nunca podrían ser considerados como una medida sustitutoria a la justicia penal para con los máximos responsables de los crímenes internacionales sobre los que ejercería su competencia la Corte Penal Internacional, con respecto al resto de personas parece que la puerta se queda abierta. No obstante, dado que, hasta ahora, se ha excluido del examen de admisibilidad cualquier valoración de estos sistemas tradicionales, estas conclusiones no son más que interpretaciones de lo que, consideramos, podría ser el actuar de la Corte. Por esta razón, defendemos que es necesario precisar cuál puede ser el alcance de estos mecanismos dentro de un proceso integral de justicia transicional y, por ello, consideramos que resultaría enriquecedor que se determinara con claridad qué ocurriría si, a nivel interno, se instauran estas fórmulas de justicia alternativa para proceder contra los menores responsables. A nuestro juicio, y siguiendo la posición mantenida por un amplio sector doctrinal, la actuación conjunta de varios instrumentos de la justicia transicional como, por ejemplo, los enjuiciamientos

centrados en los máximos responsables y la instauración de mecanismos de atribución de responsabilidades no penales para con el resto, proporcionaría una fotografía más detallada de todas esas personas que han podido participar en la comisión de un crimen internacional y atribuiría un mayor reproche por los aberrantes hechos cometidos.

Es más, de actuar de dicha manera, puede que la “renuncia” a ejercer la acción penal en el caso de estos menores responsables que también han cometido crímenes internacionales tuviera una mayor legitimación o, al menos, aceptación social. Ahora bien, somos conscientes, tal y como hemos señalado anteriormente, que este planteamiento no respeta plenamente el Derecho Internacional ya que las obligaciones internacionales imponen a los Estados el deber de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables, también para con esta categoría inferior de personas. No obstante, y teniendo en cuenta que la elección podría ser entre esta vía o no actuar contra el resto de perpetradores, defendemos que es mejor que un mecanismo alternativo se centre en esta categoría de personas que no otorgar respuesta jurídica alguna. En todo caso, nos parece oportuno precisar que aquéllos que sean considerados máximos responsables no podrían eludir, de ninguna manera, la actuación de la justicia. Éstos, además de responder ante los tribunales, podrían seguir participando en los mecanismos alternativos y, tal vez, su intervención podría actuar a modo de atenuante a la hora de imponer la pena posterior, tal y como parece sostener un importante sector doctrinal.

Decimocuarta. La Corte Penal Internacional ha reconocido que, en un contexto de justicia transicional, el análisis que lleva a cabo debe de ser holístico. Sin embargo, en la práctica, lo cierto es que únicamente se ha centrado en los procesos judiciales penales. De hecho, las referencias a las comisiones de la verdad o los mecanismos alternativos a la justicia son prácticamente inexistentes en el examen de la admisibilidad ante la Corte.

La justicia penal es solo una de las aristas de un proceso más amplio de justicia transicional y, si bien es imprescindible, por sí sola va a ser insuficiente para hacer frente a los crímenes internacionales que se hayan podido cometer en un territorio. Por ello, consideramos que el análisis que debería llevar a cabo el órgano de justicia internacional podría ser mucho más integrador para tener una opinión fundada de si, en realidad, el Estado tiene o no una voluntad real de llevar a cabo los procesos judiciales penales. Por esta razón, en un proceso de justicia transicional, un análisis del principio de complementariedad centrado en dilucidar si a nivel interno se están llevando a cabo procesos contra las mismas personas por sustancialmente la misma conducta, ofrece una

visión un tanto limitada. Esta estrategia lo único que hace es enviar un mensaje claro a los Estados: céntrense en esas personas, sigan los pasos que les iremos indicando y, así, la Corte no actuará. Consideramos que una respuesta tan restringida podría convertirse en una verdadera “trampa” que no contribuye, ni mucho menos, a erradicar la impunidad. Por ello defendemos que es necesaria una visión más amplia, integradora y completa con la finalidad de otorgar una solución mínimamente satisfactoria a las víctimas que son, en última instancia, las que sufren las consecuencias de estos atroces hechos.

Si bien al inicio de la Tesis Doctoral partíamos de una visión puramente retributiva de la justicia, ha sido este limitado actuar de la Corte el que nos ha llevado a valorar positivamente las virtudes de las comisiones de la verdad y las que nos ha enseñado que ciertas sociedades pueden identificarse con prácticas tradicionales alejadas de las salas de justicia. Esta posición no significa que menospreciemos ni que ignoremos el papel de la justicia penal, ni mucho menos la relevante contribución que la Corte Penal Internacional realiza en la lucha contra la impunidad. Simplemente se trata de asumir que es necesaria una mayor integración entre todas las respuestas posibles, que hay que tener imaginación y, especialmente, no ser imprudentes a la hora de cerrar la puerta a vías complementarias por salirse de los moldes clásicos a los que estamos acostumbrados. De ninguna manera se trata de ignorar el Derecho Internacional, cuya aplicación defendemos férreamente, sino de realizar una interpretación a través de la cual sea viable garantizar los derechos de las miles de víctimas que ha sufrido estos atroces crímenes. Quién sabe si, tal vez, el tiempo se encargue de demostrar que hay otra forma de interpretar el principio de complementariedad que, sin menoscabar la función principal de investigar, enjuiciar y sancionar a los máximos responsables de los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional en su conjunto, contribuye a lograr una justicia más integral.

Decimoquinta. Tomando en consideración las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional, cabe concluir que toda persona que pueda ser considerada como máxima responsable de haber cometido un crimen internacional no puede ser investigada única y exclusivamente ante un mecanismo no judicial. En estos casos, sin ningún género de dudas, debe llevarse a cabo una investigación, un enjuiciamiento y, en el caso de que se demuestre su participación en el crimen cometido, la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de los hechos cometidos.

El hecho de que, en la actualidad, algunos de los responsables de haber cometido crímenes internacionales se hallen cumpliendo una condena puede ser un indicio que nos

permite afirmar que algo se ha avanzado en la exigencia de responsabilidades penales. No obstante, lo cierto es que esta imagen parcial desconoce el patente retroceso que parece estar experimentándose en el ámbito de la sanción, última fase del proceso de la justicia transicional en la que, a nuestro juicio, residen las más sutiles formas de impunidad.

Si nos preguntamos por los objetivos del castigo, no podemos sino mostrar nuestra más absoluta conformidad con los argumentos vertidos por las salas de la Corte al defender que la retribución supone una clara expresión de la condena de la comunidad internacional para con unos aberrantes crímenes internacionales. Tal y como añade, no se trata de una forma de venganza, sino de reconocer el daño causado a las víctimas a través de la cual también se puede promover la paz y la reconciliación de la sociedad.

Si atendemos a las etapas del proceso penal, es lógico concluir que éste debería culminar con la imposición de una sanción en el caso de que se demuestre la participación de determinada persona en la comisión de un crimen internacional. Sin embargo, llamativamente, ciertos sectores defienden que, en la justicia transicional, esta última etapa no es necesaria ya que lo importante es el proceso. Teniendo en cuenta que la impunidad también se produce si no se impone una pena adecuada, defendemos que el proceso para con los máximos responsables debe culminar mediante la imposición de una sanción, es decir, no es suficiente con investigar los hechos, reparar a las víctimas o adoptar ciertas medidas dirigidas a garantizar la no repetición de las violaciones cometidas. Sin embargo, como señalábamos al inicio, es en la fase de la sanción donde comienzan a apreciarse los más sutiles intentos para eludir el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional y, en consecuencia, es en este punto en el que se centran todos los esfuerzos con el objetivo de lograr cierta impunidad.

Decimosexta. Aun existiendo una obligación de sancionar los crímenes internacionales, lo cierto es que los instrumentos internacionales que tipifican las conductas no mencionan qué *concreta* sanción merecen los ilícitos que regulan. Ahora bien, en ocasiones se mencionan ciertos adjetivos como sanciones eficaces, adecuadas, apropiadas o, incluso, severas, conceptos muy imprecisos y un tanto subjetivos. Y es que, nos preguntamos qué es una sanción adecuada ante la comisión de crímenes internacionales cuando, por la inherente gravedad de los mismos, ninguna sanción va a tener la capacidad de mostrar ese especial reproche que merecen estos atroces hechos.

Ahora bien, si atendemos a la práctica seguida ante los tribunales internacionales y, especialmente, si analizamos el Estatuto de Roma, cabe deducir que, cuando se han cometido crímenes internacionales, la pena privativa de libertad parecía ser la única pena “apropiada” o, por lo menos, la única pena que se tenía en mente. Es más, durante el proceso de adopción del Estatuto parecía existir cierto consenso al descartar toda alternativa a la sanción privativa de libertad por considerar que no eran adecuadas teniendo en cuenta la gravedad que caracterizaría a los crímenes sobre los que ejercería su competencia la Corte.

A pesar del margen más o menos amplio que los Estados puedan tener en sus respectivos ordenamientos jurídicos, si la sanción que se impone a nivel interno no se adecua al Estatuto de Roma, el asunto puede ser admisible ante la Corte Penal Internacional en virtud del principio del *non bis in idem*. Concretamente, el Estatuto de Roma prevé como causa de inadmisibilidad que “la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a la que se refiere la denuncia”. Ahora bien, caben ciertas excepciones a la aplicación del *non bis in idem* y, entre ellas, se cita el “propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte” o que el proceso hubiera sido instruido de forma “incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”. Por ello, nos hemos preguntado qué ocurriría si un Estado llevara a cabo una investigación y un enjuiciamiento pero, sin embargo, contemplara penas reducidas, indultara a los condenados, impidiera la ejecución íntegra de la condena o, incluso, previera sanciones no penales ante la comisión de crímenes internacionales.

Por lo que respecta a los indultos, la Corte Penal Internacional ha sido tajante y ha declarado que los indultos están prohibidos respecto de los crímenes internacionales. Por ello, no podemos sino alabar las declaraciones de la Corte y mostrar nuestra más absoluta conformidad con los argumentos esgrimidos ya que consideramos que el otorgamiento de los indultos a los responsables de crímenes internacionales es contrario al Derecho Internacional. Es más, defendemos que, si se aceptara la legalidad internacional de los indultos para con los crímenes internacionales, los Estados tendrían vía libre para poner en marcha todo tipo de procesos penales, a los que los acusados acudirían felizmente a sabiendas de que el proceso culminaría con un “merecido” indulto. Esta posibilidad, además de suponer un claro incentivo para continuar perpetrando los más atroces crímenes internacionales como medio para lograr unos retorcidos objetivos, podría llegar

a vaciar de contenido el principio estructurador de la Corte Penal Internacional: el principio de complementariedad. Y es que, si la Corte no tuviera la capacidad de actuar ante el otorgamiento de un indulto, los Estados no perderían el tiempo con las técnicas cuestionadas que acarrearán los recursos de admisibilidad, sino que, simple y llanamente, tendrían que otorgar un indulto para evitar la intervención del órgano judicial.

La reducción o la suspensión de las penas, si bien mantiene diferencias sustanciales con respecto a los indultos, produce una consecuencia hasta cierto punto similar: el incumplimiento de la pena, en todo o en parte, por la que los responsables fueron condenados. Si nos centramos en la reducción de las penas, podemos comprobar que nos hallamos ante una posibilidad que se prevé en la mayoría de Estatutos de los tribunales creados en el ámbito internacional, también en el Estatuto de Roma. Por ello, y a la vista de la incipiente práctica seguida por la Corte, cabe concluir que esta opción no es contraria al Derecho Internacional, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos que sean valorados por el órgano judicial competente. Lo que, en cambio, produciría una clara violación de la legalidad internacional, tal y como ha señalado la Corte, es su suspensión completa ya que, al no cumplirse pena alguna, nos hallaríamos ante las excepciones al principio de *non bis in idem* previamente citadas. En definitiva, tal y como ha recordado la Corte Penal Internacional, la reducción no podría desembocar en una suspensión absoluta e íntegra de la condena ya que, atendiendo al Estatuto de Roma, ello impediría el castigo de los responsables de haber cometido los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia.

Más complejo resulta valorar hasta qué punto una pena leve y desproporcionada podría hacer el asunto admisible ante la Corte. En un inicio, el órgano de justicia parecía mostrarse firme al declarar que la duración concreta de una condena era un factor a tomar en consideración a la hora de valorar la intención de someter a la persona a la acción de la justicia. Sin embargo, en fechas más recientes, parece haber flexibilizado un tanto su rígida postura al reconocer que, en procesos de justicia transicional, puede llegar a estar justificada la reducción de la pena siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos como, por ejemplo, reconocer la responsabilidad, garantizar la no repetición o participar en mecanismos para esclarecer la verdad. No obstante, nos preguntamos cuánta reducción estaría dispuesta a asumir la Corte, máxime cuando la Fiscalía, por ahora, no ha condenado las leves penas privativas de libertad previstas en el reciente sistema de justicia transicional creado por el Estado colombiano. Precisamente, a este respecto, no podemos

sino mostrar nuestra incredulidad ante el silencio de la Fiscalía al no denunciar públicamente la previsión de una pena de prisión de dos años de duración que cabe imponer a una persona que haya sido condenada por haber cometido un crimen internacional pero cuya participación no pueda calificarse como “determinante”. Ante esta situación, nos preguntamos dónde queda la defensa de la proporcionalidad de las penas que la Fiscalía parecía abanderar en el año 2013.

Decimoséptima. Por lo que respecta a las sanciones restaurativas, actualmente, en los estudios de la justicia transicional, comienzan a adquirir cierto protagonismo los debates relativos a las sanciones alternativas a la prisión. Este debate es un tanto novedoso ya que, hasta ahora, la pena privativa de libertad era la sanción por antonomasia ante la comisión de crímenes internacionales. Es cierto que, con la excepción de los Estatutos de los tribunales penales, ningún tratado ni convenio internacional menciona expresamente que las sanciones hayan de ser privativas de libertad. Ahora bien, a pesar de este aparente margen de discrecionalidad, si acudimos a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, en la mayoría de ocasiones, éstos contemplan la pena privativa de libertad como la sanción aplicable cuando se han perpetrado ciertos crímenes internacionales.

Si atendemos al artículo 80 del Estatuto de Roma, cabe concluir que, en virtud del mismo, los Estados tienen cierto margen de discrecionalidad a la hora de decidir qué sanciones imponer. Ahora bien, cualquier persona que conozca los debates que suscitó el proceso de elaboración del precepto reconocería que no se estaba pensando, de ninguna manera, en dar cabida a sanciones alternativas a la pena privativa de libertad, sino que la razón de ser del artículo se hallaba vinculado con la cuestión de la pena de muerte y la condena a perpetuidad. Por ello, probablemente añadiría que la posibilidad de que los crímenes internacionales fueran sancionados con penas restaurativas bien pudiera ser una idea remota o, incluso, una broma de mal gusto. Sin embargo, si partimos de cero y nos centramos única y exclusivamente en los términos del precepto, la imaginación y el ingenio nos pueden llevar a realizar interpretaciones de lo más creativas sobre el tipo de sanciones que el Estatuto de Roma permite que los Estados adopten en sus correspondientes legislaciones internas, máxime cuando la propia Oficina de la Fiscalía ha corroborado que el Estatuto de Roma no obliga a los Estados a imponer penas privativas de libertad en sus respectivas legislaciones internas. Y es que, a este respecto, simplemente ha argumentado que lo que es imprescindible es que se satisfagan los

objetivos vinculados a la pena lo que, añade, podría garantizarse mediante la imposición de sanciones restaurativas.

Como cabe apreciar, nos hallamos ante declaraciones un tanto genéricas que no especifican qué sanciones restaurativas estarían permitidas en el Estatuto de Roma. Por ello, y tal y como ha demandado cierto sector doctrinal, consideramos que es necesaria una reflexión más profunda en torno a las modalidades de sanción y las condiciones de cumplimiento que la Corte Penal Internacional estaría dispuesta a aceptar. En todo caso, no debemos olvidar que la Fiscalía no ha condenado, públicamente al menos, las concretas sanciones restaurativas previstas en el acuerdo de paz colombiano. Es más, de las declaraciones de la Fiscal bien pudiera parecer que el único requisito que deberían cumplir las autoridades colombianas es que el proceso de justicia transicional contemplase sanciones “efectivas”, sean o no privativas de libertad. Una vez más, podemos apreciar cómo la Fiscal se vale de la ambigüedad para evitar pronunciarse sobre el fondo del asunto, una actitud que, a nuestro juicio, no hace sino contribuir a acrecentar las especulaciones sobre un tema tan sensible como es la imposición de las sanciones.

Por ello, echamos de menos una mayor claridad, y tal vez valentía, en la posición del órgano de la Corte. De hecho, nos preguntamos qué requisitos adicionales exigiría para que las sanciones restaurativas cumplieran el objetivo de poner fin a la impunidad con la que se cometen los crímenes internacionales. Es más, si un Estado no implementara un proceso íntegro de justicia transicional, nos preguntamos si la Corte valoraría como legítima la imposición de este tipo de sanciones. En definitiva, ante la novedad del tema planteado a raíz del Sistema Integral creado por el Estado colombiano, creemos que hubiera sido necesaria una respuesta y un estudio más profundo y preciso por parte de la Fiscalía de la Corte que, conviene tener presente, será uno de los órganos con capacidad para valorar si este tipo de sanciones garantizan o no las obligaciones que se derivan del Estatuto de Roma.

A pesar de esta calculada indeterminación, teniendo en cuenta el trato privilegiado que ha tenido el Estado colombiano hasta el momento, creemos que, tarde o temprano, la Fiscal acabará pronunciándose de manera favorable y, así, concluirá señalando que las sanciones restaurativas son respetuosas con el Estatuto de Roma. No obstante, en el caso de que ésa sea su posición final, creemos que la Fiscal debe aceptar que esta misma tipología de sanciones podrían adoptarse, a partir de ahora, por cualquier Estado que implemente un proceso íntegro de justicia transicional. De esta manera, habremos

concluido aceptando que, ante la comisión de los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional en su conjunto, los máximos responsables pueden acabar cumpliendo una pena restaurativa y limitada en el marco de un proceso íntegro de justicia transicional. Precisamente, parece ser la “integridad” del proceso de justicia transicional el argumento que se emplea a la hora de justificar la “flexibilidad” de la obligación de sancionar los crímenes internacionales y, por esta razón, defendemos que en este punto radica el quid de la cuestión.

Decimoctava. Al integrar el debate relativo a la imposición de sanciones dentro de un proceso más amplio de justicia transicional hemos tratado de comprobar si, cuando el Estado adopta una serie de mecanismos complementarios, es viable que se limite el alcance de la sanción tomando en consideración las obligaciones que se derivan del Estatuto de Roma y del Derecho Internacional en general, tal y como parece defender cierto sector doctrinal. Siguiendo la línea que hemos ido defendiendo a lo largo de toda la investigación, consideramos que no es correcto emplear el discurso de la justicia transicional para modular el alcance de las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional, tampoco en el ámbito de la sanción.

Atendiendo a la práctica de la Corte, cabe concluir que, a la hora de imponer una concreta sanción, ésta puede tomar en consideración varios factores como, por ejemplo, la cooperación realizada por el responsable, las iniciativas adoptadas de cara a resarcir a las víctimas, puede valorar si ha expresado o no su arrepentimiento o, incluso, la contribución a favor de la paz. Ahora bien, independientemente de la reducción de la pena que estos factores puedan conllevar, en ningún caso cabe eludir la misma. Es decir, nos hallamos ante elementos que, aunque se produzcan cumulativamente, no deben excluir la imposición de una condena por los crímenes cometidos.

Dentro de este elenco de factores, las declaraciones de la verdad juegan un papel fundamental a la hora de imponer la concreta sanción. Es más, en el ámbito internacional, comienza a desarrollarse cierta práctica en torno a las confesiones de culpabilidad e, incluso la Corte cuenta ya con su primer caso en el que el acusado se ha declarado culpable, circunstancia que ha sido valorada como atenuante. En definitiva, cabe concluir que las declaraciones de la verdad son una circunstancia atenuante que suele valorarse con cierta asiduidad y, por ello, nada debería impedir que, en un proceso de justicia transicional, también se tome en consideración esta circunstancia en el estadio de imposición de la condena. Ahora bien, la revelación de la verdad no exime de la concreta

sanción penal, sino que simplemente se toma en consideración a la hora de reducir el número concreto de años de privación de libertad.

Si atendemos a las reparaciones, otro de los ejes imprescindibles de un proceso de justicia transicional, cabe concluir que éstas nunca pueden implementarse de manera aislada, sino que deben formar parte de esa estrategia más integral que venimos defendiendo. De hecho, el Estatuto de Roma también hace referencia a la reparación como complemento a la sanción del responsable, nunca como una medida que pueda imponerse al margen de la pena privativa de libertad. Por ello, nos parece oportuno concluir que las reparaciones constituyen otro mecanismo más de la justicia transicional que deben ser otorgadas como complemento al resto de medidas, incluida la investigación, el enjuiciamiento y la sanción penal de los responsables.

Finalmente, conviene hacer referencia a las variadas medidas dirigidas a garantizar la no repetición de los crímenes cometidos como otro más del elenco de mecanismos propios de la justicia transicional y, entre ellas, al proceso de destitución de los funcionarios públicos y la reforma institucional como una de las garantías más efectivas para evitar la reiteración de los ilícitos. Teniendo en cuenta que cuando se cometen crímenes internacionales, no todos los responsables van a ser investigados, enjuiciados y sancionados, compartimos la opinión de quienes defienden que, ante la imposibilidad de sancionar a todas las personas, determinadas medidas disciplinarias o administrativas, siempre respetuosas con las garantías procesales de los perjudicados, pueden ayudar a poner fin a la impunidad y a lograr de manera más eficaz esa complementariedad entre los diversos mecanismos transicionales al que tantas veces estamos aludiendo.

Si aplicamos esta teoría al caso colombiano, cabe concluir que, en un plano teórico, Colombia parece reconocer y asumir plenamente la teoría de la justicia transicional ya que, por una parte, se siguen las directrices marcadas por los tribunales internacionales que centran la valoración de la sanción a imponer en la gravedad de la conducta y el grado de responsabilidad del autor. No obstante, lo realmente novedoso de este sistema es la interrelación que se realiza con el resto de componentes transicionales al prever la graduación de la pena en función de la verdad proporcionada, la reparación a las víctimas y las garantías de no repetición. Por ello, de entrada, no podemos sino alabar la iniciativa del Estado para tratar de lograr una interrelación entre los diversos mecanismos de la justicia transicional. Ahora bien, un análisis más minucioso del modelo creado, y especialmente de las relaciones entre los diversos componentes, nos lleva a la conclusión

que, realmente, el proceso previsto puede suponer una clara violación de las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional bajo el discurso de la integridad del Sistema. Y es que, la concreta regulación de las sanciones restaurativas parece crear un “todo en uno” mediante el cual se diluye el valor de la sanción bajo el discurso de la verdad, la reparación y la no repetición.

Decimonovena. El tema de la sanción ante la comisión de crímenes internacionales, ya sea desde la perspectiva que nos ofrece la justicia transicional, ya sea desde la propia del Derecho Internacional Penal, no ha recibido la suficiente atención. Precisamente, por esta razón, esta laguna jurídica está siendo inteligentemente aprovechada por todos aquellos interesados en “flexibilizar” el Derecho Internacional en los procesos de justicia transicional.

Como hemos señalado previamente, atendiendo a los Estatutos de los tribunales internacionales penales, no se discute que, ante la comisión de crímenes internacionales, la sanción a imponer deba ser la pena privativa de libertad. Sin embargo, la práctica muestra un resultado un tanto insatisfactorio ya que, a pesar de que éstos parecen abanderar la “lucha contra la impunidad”, si analizamos los datos, no sólo las condenas impuestas han sido algo desproporcionadas, sino que, además, la efectiva pena que se ha acabado cumpliendo ha sido todavía menor.

Al margen de la concreta regulación de la sanción en estos Estatutos y centrándonos en el Derecho Internacional, consideramos que no cabe deducir del Ordenamiento Jurídico una obligación que imponga a los Estados el deber de prever, siempre y en todo momento, penas privativas de libertad. Por ello, y tomando en consideración la desproporción entre la pena y el ilícito al que aludíamos, puede que, en ocasiones, determinadas sanciones restaurativas puedan llegar a cumplir los objetivos del castigo y muestren un mayor reproche ante la comunidad local e internacional que la imposición de un número reducido de años de una pena privativa de libertad.

Por ello, no descartamos que, en contextos de justicia transicional, las sanciones restaurativas o alternativas a la pena privativa de libertad estén llamadas a cumplir una relevante función. Es más, si atendemos a la integridad con la que deben implementarse este tipo de procesos, puede que, precisamente, la combinación de mecanismos ofrezca una “justicia” más completa para las víctimas que la mera imposición de sanciones privativas de libertad por un número reducido de años. Así, el establecimiento de cauces de comunicación entre los componentes transicionales puede ser la solución más efectiva

para garantizar los derechos de las víctimas a la justicia, a la verdad, a la reparación y que, en última instancia, contribuya a garantizar la no repetición de las violaciones cometidas. En todo caso, parece indiscutible que las penas deben ser *adecuadas* tomando en consideración el grado de responsabilidad de la persona y el crimen cometido y, por ello, nos parece oportuno realizar las siguientes matizaciones a propósito de la responsabilidad penal individual.

Conviene recordar que, por regla general, las investigaciones y los enjuiciamientos se centrarán en las personas que podemos considerar como las máximas responsables de haber cometido los crímenes internacionales. Por ello, a lo largo del trabajo nos hemos preguntado qué ocurre con el resto de individuos que no merecen esta condición ya que, en virtud del Derecho Internacional, no es viable que queden eximidos, simple y llanamente, de responder por los ilícitos cometidos que, no olvidemos, también podrían ser calificados como crímenes internacionales. Así, en el caso de estos menores responsables, podría llegar a ser legítimo plantear, tal y como ha señalado cierto sector doctrinal, la posibilidad de que respondieran ante los mecanismos alternativos a la justicia como, por ejemplo, comisiones de la verdad o fórmulas de justicia local o tradicional. De esta manera, la “sanción” que pudiera llegar a imponérseles en estos mecanismos transicionales podría suponer, al menos, un mínimo reproche por los graves hechos cometidos. Es más, podríamos defender que, sin perjuicio de las posibles sanciones restaurativas o alternativas a las que pudieran quedar obligados en virtud de los procesos previstos en dichos mecanismos transicionales, estos mismos responsables podrían quedar obligados a esclarecer los hechos, a reparar a las víctimas y a contribuir a garantizar la no repetición de los crímenes cometidos. Así, tal vez, la amalgama de todos estos componentes podría llegar a tener la capacidad de que dicha sanción, si bien pudiera ser considerada un tanto leve o desproporcionada de manera aislada, pueda merecer el calificativo de “adecuada” si la integramos correctamente dentro de un proceso más completo de justicia transicional.

Ahora bien, si nos centramos en aquellas personas que son considerados como las máximas responsables de haber cometido uno o varios crímenes internacionales que, además, serán las únicas que respondan ante la justicia penal, nos preguntamos hasta qué punto podríamos llegar a aplicar estas mismas conclusiones. A este respecto conviene recordar que la distinción que acabamos de realizar entre máximos y menores responsables no es un requisito legal, sino una cuestión de necesidad. Es decir,

defendemos la necesidad de establecer dicha categorización como consecuencia de los límites que presentan los sistemas de justicia para atender a las demandas masivas que provocan la comisión de crímenes internacionales. Por ello, una vez salvado este dilema, es decir, una vez hemos concluido que los máximos responsables deben responder ante la justicia penal, nos preguntamos qué argumento nos puede llevar a concluir que a éstos también deberían de imponérseles una serie de sanciones restaurativas o alternativas a la pena privativa de libertad. A nuestro juicio, las razones obedecerían a meras cuestiones de oportunismo político, ya que no habría un “impedimento legal” u otras razones pragmáticas para culminar el proceso mediante la imposición de una pena privativa de libertad por un número determinado de años.

Sin embargo, y a pesar de que creemos que, ante la comisión de los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional en su conjunto, la pena aplicable a los máximos responsables *debería* ser la pena privativa de libertad, reconocemos que, atendiendo a las particularidades propias de la justicia transicional, ciertas sanciones restaurativas impuestas en un proceso íntegro *podrían* llegar a ser “legalmente aceptables”. Y es que, en base al Derecho Internacional no cabe defender a capa y espada la “obligación” de imponer una pena privativa de libertad. Lo único que podemos concluir es que las sanciones que se impongan deben ser adecuadas a la gravedad de los hechos y a la responsabilidad de los autores y, en última instancia, deben contribuir a lograr el objetivo por el que se creó el sistema de justicia penal internacional: poner fin a la impunidad con la que se cometen los más atroces crímenes internacionales.

Por esta razón, consideramos que *ciertas* sanciones restaurativas podrían tener la capacidad de mostrar el reproche que merecen estos aberrantes hechos siempre y cuando el contenido de las mismas fuera adecuado, se establecieran infranqueables condiciones en las que debieran de llevarse a cabo, se previeran plazos adecuados de cumplimiento de la sanción y, en definitiva, se establecieran escrupulosos mecanismos de verificación tendentes a comprobar que no se está tratando de eludir el cumplimiento de las mismas. Además, si a este tipo de sanciones les añadiéramos la obligación de contribuir a esclarecer los hechos, a prever verdaderos mecanismos de reparación a las víctimas y, en definitiva, se crearan las más variadas y complementarias garantías de no repetición como, por ejemplo, el establecimiento de ciertos límites para formar parte de las instituciones públicas, tal vez, una sociedad en transición podría superar más

satisfactoriamente ese legado de abusos de los derechos humanos y de brutal violencia que deja tras de sí una cruel dictadura o el más sangriento conflicto armado.

Dado que somos plenamente conscientes de las críticas que la defensa de este tipo de sanciones pudiera ocasionar, creemos oportuno insistir en un aspecto fundamental: si atendemos a los resultados, la práctica internacional nos muestra las leves y, por tanto, desproporcionadas penas privativas de libertad que, en ocasiones, se han impuesto desde que surgiera el Derecho Internacional Penal. Por ello, y aun defendiendo que la prisión continuará siendo una sanción que, a nuestro juicio, reflejará este reproche y condena ante estos ilícitos, no descartamos que se puedan añadir otra serie de alternativas en ciertos contextos y bajo determinadas condiciones. En todo caso, resulta imperativo el cumplimiento de los requisitos a los que previamente hemos aludido para poder acceder a las sanciones que podríamos llegar a aceptar en un proceso integral de justicia transicional. En consecuencia, el más minúsculo atisbo de incumplimiento o de intento de eludir las condiciones exigidas debería acarrear, simple y llanamente, el retorno a la pena privativa de libertad por contradecir los mínimos aplicables o, incluso, la esencia misma de la justicia transicional.

Ahora bien, y tal como hemos ido defendiendo a lo largo del presente trabajo, la adopción de un proceso integral de justicia transicional no implica que sea posible intercambiar unos mecanismos con otros. Así, no aceptaríamos bajo ninguna circunstancia que se acabe imponiendo una desproporcionada sanción restaurativa porque se haya realizado un mínimo “esfuerzo” por relatar la verdad. Por ello, y llegados a este punto, no podemos sino mostrar nuestra perplejidad ante un caso como el colombiano en el que, mediante el discurso de la justicia transicional, se está produciendo una patente vulneración de la normativa internacional bajo la atenta mirada de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y con el consentimiento tácito de la Corte Penal Internacional. Ante el devenir de los acontecimientos, nos preguntamos si ésta es la justicia que merecen las numerosas víctimas que sufren las consecuencias de los crímenes internacionales. En definitiva, no cabe sino concluir que casos como éste muestran que es posible que se esté produciendo un patente retroceso en el ámbito del Derecho Internacional Penal bajo el ambiguo discurso de la justicia transicional.

Vigésima. Abordar el presente estudio desde el prisma del Estatuto de Roma implica asumir, de entrada, una actitud un tanto escéptica ante el tipo de justicia que la justicia transicional puede proporcionar. De hecho, en un inicio, considerábamos el amplio

abanico de mecanismos que la justicia transicional ofrecía como una mera tapadera que no tenía otra finalidad que limitar el alcance del Derecho Internacional Penal, cuyos beneficios llegábamos incluso a idolatrar. Sin embargo, un conocimiento algo más exhaustivo de la materia y del Derecho Internacional en general, nos ha permitido apreciar y valorar la contribución que la justicia transicional puede realizar a la lucha contra la impunidad. Pero, para ello, es necesario llevar a cabo una tarea ingente, compleja y en cuyo camino es frecuente encontrar numerosos obstáculos. Dificultades que, precisamente, construyen y refuerzan, día a día, todos aquellos que prefieren un escenario de transición en el que el Derecho Internacional tenga poco protagonismo y en el que se limiten los espacios de intervención.

La justicia transicional se ha catalogado interesadamente como excepcional con el objetivo de “justificar” que el Derecho Internacional puede flexibilizarse y, de esta manera, permitir que sean los intereses políticos los únicos objetivos que primen. Sin embargo, tras la investigación que hemos llevado a efecto no podemos sino concluir que son numerosas las dimensiones jurídicas que tienen cabida en esta materia y que, consideramos, merece la pena reivindicar. Precisamente, por esta razón, somos plenamente conscientes de las críticas que puede acarrear la defensa de una justicia transicional plenamente respetuosa con la legalidad internacional, una justicia transicional que contribuya a la erradicación de la impunidad y que, en última instancia, garantice los derechos de las víctimas a la justicia, a la verdad, a la reparación y a la no repetición. Defendemos que es posible realizar otra lectura, aunque sea minoritaria y aunque sea criticada de la justicia transicional. Desde la libertad que nos proporciona la investigación, no podemos seguir ignorando el Derecho Internacional, ni mucho menos podemos seguir dejando en el más absoluto desamparo a las víctimas de estos atroces hechos que, no debemos olvidar, son personas con nombre y apellido y con el pleno derecho a que se les repare por unos brutales hechos que no encuentran justificación alguna.

Sin embargo, reconocemos que ésta no es la visión de la justicia transicional que se quiere trasladar. Y es que, especialmente aquéllos que son los responsables de los crímenes internacionales cometidos o de poner en marcha un proceso de transición, no tendrán interés alguno en ver limitadas, todavía más, las opciones por las que es posible eludir la acción de la justicia. Este interés, aunque no lo compartamos, es completamente comprensible. No obstante, lo que merece el más absoluto rechazo es que aquellos

órganos internacionales entre cuyos mandatos se halla la lucha contra la impunidad o la protección de los derechos humanos comiencen a asumir también este discurso. Por ello, nos parece denunciante que éstos no demanden con mayor contundencia la aplicación de la normativa internacional en ambiguos contextos de transición y, por el contrario, parezcan dispuestos a volver a los discursos basados en el objetivo de lograr la paz, la reconciliación o el perdón. En definitiva, en tirar la toalla y asumir indirectamente que, en realidad, la justicia siempre va hallarse subordinada a otros intereses que, en el fondo, son los que verdaderamente importan.

Con la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional creíamos que la impunidad se reduciría, ya fuera mínimamente, que la Corte iba a estar vigilante, que iba a demandar el inicio de investigaciones, enjuiciamientos e iba a sancionar a los responsables de haber cometido los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia. Tal vez era una visión utópica, tal vez una situación demasiado ideal, pero lo que es innegable es que las bases estaban sentadas. Solo había que poner en marcha el mandato previsto en el Estatuto.

En el 2018, se celebraron los 20 años desde que se aprobara el instrumento constituyente de la Corte y parecía asumirse con total sinceridad que el órgano de justicia estaba haciendo su labor. Sin embargo, a nuestro juicio, hay que ser cautos y prudentes a la hora de valorar la actuación de la Corte. No negamos, ni mucho menos, que haya un interés real en poner fin a la impunidad, que las personas que hacen de la Corte una realidad tengan un compromiso firme y claro con el loable fin por el que se creó. Sin embargo, creemos que el apoyo generalizado e incondicional hacia el órgano de justicia empieza a decrecer. Por ello, nos parece fundamental que la Corte refuerce su firme compromiso de poner fin a la impunidad, que abandone la ambigüedad, que dé un paso al frente a la hora de denunciar las tácticas de los Estados para eludir los compromisos internacionales y, especialmente, que no asuma el discurso erróneo de la justicia transicional para dar su apoyo a discutibles procesos que, en el fondo, contradicen la razón de ser del Estatuto: impedir el castigo de los crímenes internacionales.

Defendemos, y también creemos, que la Corte Penal Internacional junto con los mecanismos de la justicia transicional pueden y deben colaborar para que la justicia sea la respuesta a los más atroces crímenes que, como señala el Estatuto de Roma, “desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”. Pero, para ello, hay que seguir trabajando y hay que seguir estudiando las vías de interrelación que

podrían llegar a establecerse entre dos campos de estudio que, hasta ahora, no han confluído. Por esta razón, quisiéramos reconocer humildemente que el resultado de investigación que ahora presentamos no es, de ninguna manera, el punto de llegada, sino una más precisa casilla de salida a un mayor estudio que consideramos oportuno realizar en este interesante campo de conocimiento.

ANEXO DE FUENTES

A) FUENTES DOCTRINALES

I. JUSTICIA TRANSICIONAL

1. RECURSOS GENERALES SOBRE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

a) Obras monográficas

- AMBOS, Kai, LARGE, Judith and WIERDA, Marieke (Eds.), *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Springer - Verlag, Berlin, 2009.
- BARAHONA DE BRITO, Alexandra, AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Carmen (Eds.), *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones y olvido en las nuevas democracias*, Istmo, Madrid, 2002.
- BENAVIDES VENEGAS, Farid Samir, *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2011.
- BERGSMO, Morten, RODRÍGUEZ GARAVITO, César, KALMANOVITZ, Pablo y SAFFON, Maria Paula (Eds.), *Justicia distributiva en sociedades en transición*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2012.
- BERNUZ BENEITEZ, María José y GARCÍA INDA, Andrés (Eds.), *Después de la violencia. Memoria y justicia*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2015.
- BIGGAR, Nigel (Ed.), *Burying the past. Making peace and doing justice after civil conflict*, Georgetown University Press, Washington, D.C., 2003.
- BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009.
- BUCKLEY - ZISTEL, Susanne, BECK, Teresa Koloma, BRAUN, Christian and MIETH, Friederike (Eds.), *Transitional Justice Theories*, Routledge, Abingdon and New York, 2014.
- BUYSE, Antoine (Ed.), *Margins of conflict: The ECHR and transitions to and from armed conflict*, Intersentia, Belgium, 2011.
- BUYSE, Antoine and HAMILTON, Michael (Eds.), *Transitional Jurisprudence and the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Parthenon, Madrid, 2007.
- CORRADETTI, Claudio, EISIKOVITS, Nir and ROTONDI, Jack Volpe (Eds.), *Theorizing Transitional Justice*, Ashgate, England, 2015.
- DE GAMBOA TAPIAS, Camila (Ed.), *Justicia transicional: teoría y praxis*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

- DE LANGE, Roel (Ed.), *Aspects of Transitional Justice and Human Rights: Proceedings of the 2006 Annual Conference of The Netherlands School of Human Rights Research*, Wolf Legal Publishers, The Netherlands, 2008.
- DEUSTO FÓRUM, *Justicia para la convivencia: Los puentes de Deusto: Encuentro 'Justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo'*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2012.
- ELSTER, Jon, *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz, Buenos Aires, 2006.
- ELSTER, Jon (Ed.), *Retribution and reparation in the transition to democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- FIJALKOWSKI, Agata and GROSESCU, Raluca (Eds.), *Transitional Criminal Justice in Post - Dictatorial and Post - Conflict Societies*, Cambridge - Antwerp - Portland, Intersentia, 2015.
- FORCADA BARONA, Ignacio, *Derecho Internacional y Justicia Transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*, Civitas - Aranzadi, Navarra, 2011.
- HENKIN, Alice H. (Ed.), *The Legacy of Abuse. Confronting the Past, Facing the Future*, The Aspen Institute, USA, 2002.
- HUGHES, Edel, SCHABAS, William A. and THAKUR, Ramesh (Eds.), *Atrocities and international accountability: beyond transitional justice*, United Nations University Press, Tokio-New York- Paris, 2007.
- JIMENO ARANGUREN, Roldán (Ed.), *Justicia transicional: historia y actualidad*, Aranzadi, Navarra, 2017.
- KRISTJÁNSDÓTTIR, Edda, NOLLKAEMPER, André and RYNGAERT, Cedric (Eds.), *International law in domestic courts: rule of law reform in post-conflict states*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012.
- KRITZ, Neil J. (Ed.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes, Vol. 1, 2 and 3*, United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995.
- LAWTHER, Cheryl, MOFFET, Luke and JACOBS, Dov (Eds.), *Research Handbook on Transitional Justice*, Edward Elgar Publishing, UK-USA, 2017.
- MAY, Larry and EDENBERG, Elizabeth (Eds.), *Jus Post Bellum and Transitional Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- MAY, Larry and FORCEHIMES, Andrew T. (Eds.), *Morality, Jus Post Bellum, and International Law*, New York, Cambridge University Press, 2012.
- McEvoy, Kieran and Mallinder, Louise (Eds.), *Transitional justice: critical concepts in law (Vol. I - IV)*, Routledge, London and New York, 2017.
- McEVOY, Kieran and MCGREGOR, Lorna (Eds.), *Transitional Justice from Below. Grassroots Activism and the Struggle for Change*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008.
- MINOW, Martha, CROCKER, David A., y MANI, Rama, *Justicia transicional*, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar, Bogotá, 2011.

- ORÉ AGUILAR, Gaby and GÓMEZ ISA, Felipe (Eds.), *Rethinking transitions: Equality and Social Justice in Societies Emerging from Conflict*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011.
- PALMER, Nicola, CLARK, Phil and GRANVILLE, Danielle (Eds.), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2012.
- RETTBERG, Angelika (Comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2005.
- RINCÓN, Tatiana, *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
- ROTH - ARRIAZA, Naomi and MARIEZCURRENA, Javier (Eds.), *Transitional Justice in the Twenty - First Century. Beyond Truth versus Justice*, Cambridge University Press, New York, 2006.
- SHARP, Dustin N., *Rethinking Transitional Justice for the Twenty-First Century: Beyond the end of history*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- SHAW, Rosalind and WALDORF, Lars (Eds.), *Localizing transitional justice: interventions and priorities after mass violence*, Stanford University Press, Stanford, 2010.
- SIMIC, Olivera, *An Introduction to Transitional Justice*, Routledge, London and New York, 2017.
- SRIRAM, Chandra Lekha, *Confronting Past Human Rights Violations. Justice vs Peace in Times of Transition*, Frank Cass, London and New York, 2004.
- SRIRAM, Chandra Lekha, GARCÍA-GODOS HERMAN, Johanna and MARTIN-ORTEGA, Olga (Eds.), *Transitional justice and peacebuilding on the ground: Victims and ex-combatants*, Routledge, London and New York, 2013.
- STAN, Lavinia and NEDELSKY, Nadya (Eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- SRIRAM, Chandra Lekha and PILLAY, Suren (Eds.), *Peace versus justice? The dilemma of transitional justice in Africa*, James Currey, UK-US, 2010.
- SZABLEWSKA, Natalia and BACHMANN, Sascha - Dominik (Eds.), *Current Issues in Transitional Justice. Towards a More Holistic Approach*, Springer International Publishing, Switzerland, 2015.
- TEITEL, Ruti G., *Globalizing transitional justice. Contemporary essays*, Oxford University Press, New York, 2014.
- TEITEL, Ruti G., *Transitional Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- TURGIS, Noémie, *La justice transitionnelle en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2014.
- TURNER, Catherine, *Violence, Law and the Impossibility of Transitional Justice*, Routledge, New York, 2017.
- VILLA - VICENCIO, Charles and DOXTADER, Erik (Eds.), *Pieces of the Puzzle. Keywords on Reconciliation and Transitional Justice*, Institute for Justice and Reconciliation, South – Africa, 2004.
- VV. AA, *Ensayos sobre la justicia transicional*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Nueva York, 2003.

WILLIAMS, Melissa S., NAGY, Rosemary and ELSTER, Jon (Eds.), *Transitional Justice*, New York University Press, New York and London, 2012.

b) Trabajos en obras colectivas

BICKFORD, Louis, "Transitional Justice" en Shelton, Dinah L. (Ed.), *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity Vol. 3*, Macmillan, USA, 2004, pp. 1045 - 1047.

CAREY, Sabine C., GIBNEY, Mark and POE, Steven C., "Rebuilding society in the aftermath of repression" en CAREY, Sabine C., GIBNEY, Mark and POE, Steven C., *The Politics of Human Rights: The Quest for Dignity*, Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 196 - 223.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, "Derecho internacional y transformaciones del Estado". Del desuso, uso y abuso del ordenamiento jurídico internacional cuando de ciertas transformaciones que afectan a la forma de gobierno se trata" en SOROETA LICERAS, J. (Ed.), *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Volumen XI*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2011, pp. 75 - 121.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, "Justicia transicional" en ESCUDERO ALDAY, Rafael (Coord.), *Diccionario de memoria histórica. Conceptos contra el olvido*, Catarata, Madrid, 2011, pp. 101 - 107.

FISCHER, Martina, "Transitional Justice and Reconciliation: Theory and Practice" en AUSTIN, Beatrix, FISCHER, Martina and GIESSMANN, Hans J. (Eds.), *Advancing Conflict Transformation. The Berghof Handbook II*, Barbara Budrich Publishers, Opladen/Farmington Hills, 2011, pp. 405 - 430.

LA ROSA, Anne-Marie and PHILIPPE, Xavier, "Transitional justice" en CHETAIL, Vicent (Ed.), *Post-conflict peacebuilding: A lexicon*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 368 - 379.

McEVOY, Kieran, "Transitional justice" en CANE, Peter and CONAGHAN, Joanne (Eds.), *The New Oxford Companion to Law*, Oxford University Press, Oxford, Published online 2009, disponible en: Oxford Reference.

MÉNDEZ, Juan E., "In Defense of Transitional Justice" en MCADAMS, A. James (Ed.), *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame Press, Notre Dame and London, 1997, pp. 1 - 26.

MÉNDEZ, Juan E. and CONE, Catherine, "Transitional justice" en SHEERAN, Scott and RODLEY, Sir Nigel (Ed.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Routledge, London and New York, 2013, pp. 761 - 780.

MURPHY, Colleen, "Transitional Justice" en Chatterjee, Deen K. (Ed.), *Encyclopedia of Global Justice*, Springer, Dordrecht Heidelberg London New York, 2011, pp. 1089 - 1091.

NEWMAN, Edward, "Transitional Justice: The Impact of Transnational Norms and the UN" en NEWMAN, Edward and SCHNABEL, Albrecht (Eds.), *Recovering from Civil Conflict: Reconciliation, Peace and Development*, Frank Cass, London-Portland-Or, 2002, pp. 31 - 50.

ODIO BENITO, Elizabeth, "Justice for Peace: No to Impunity" en JOYNER, Christopher C. (Ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of*

fundamental human rights: proceeding of the Siracusa conference 17-21 September 1998, Association Internationale de Droit Pénal, Eres, 1998.

RANGELOV, Iavor and TEITEL, Ruti, "Transitional Justice" en KALDOR, Mary and RANGELOV, Iavor (Eds.), *The Handbook of Global Security Policy*, Wiley Blackwell, United Kingdom, 2014, pp. 338 - 352.

STAUFFER, Carl S., "Transitional Justice" en BRUINSMA, Gerben and WEISBURD, David (Eds.), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, Springer, New York Heidelberg Dordrecht London, 2014, pp. 5272 - 5282.

VAN DER MERWE, Hugo and BRANKOVIC, Jasmina, "Transitional Justice and Human Rights" en MIHR, Anja and GIBNEY, Mark (Eds.), *The SAGE Handbook of Human Rights, Vol. 2*, SAGE Publications, Thousand Oaks, CA, 2014, pp. 895 - 908.

c) Trabajos en revistas científicas

AMBOS, Kai, "Evaluando la eficacia de la Justicia Transicional: Unos comentarios preliminares", *ZIS*, 9/2015, pp. 468 - 472.

ANDERS, Gerhard and ZENKER, Olaf, "Transition and Justice: An Introduction", *Development and Change*, Vol. 45, Issue 3, May 2014, pp. 395 - 414.

ANDREEVSKA, Elena, "Transitional justice and democratic change: Key concepts", *Lex ET Scientia International Journal*, Vol. 20, Issue 1, 2013, pp. 54 - 64.

AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed, "Editorial Note: From the Neocolonial 'Transitional' to Indigenous Formations of Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol.7, Issue 2, 2013, pp. 197 - 204.

ARBOUR, Louise, "Economic and social justice for societies in transition", *Journal of International Law and Politics*, Vol. 40, No. 1, 2007, pp. 1 - 27.

ARENHÖVEL, Mark, "Democratization and Transitional Justice", *Democratization*, Vol. 15, Issue 3, 2008, pp. 570 - 587.

ARRIAZA, Laura and ROTH - ARRIAZA, Naomi, "Social Reconstruction as a Local Process", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, Issue 2, 2008, pp. 152 - 172.

ARTHUR, Paige, "How 'Transitions' Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice", *Human Rights Quarterly*, Vol. 31, N°2, May, 2009, pp. 321 - 367.

AUKERMAN, Miriam J., "Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 15, 2002, pp. 39 - 97.

BASSIOUNI, M. Cherif, "Editorial", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 8, Issue 3, 2014, pp. 325 - 338.

BELASCO, Lauren Marie, "The Transitions of Transitional Justice: Mapping the Waves from Promise to Practice", *Journal of Human Rights*, Vol. 12, Issue 2, 2013, pp. 198 - 216.

BELL, Christine, "Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the 'Field' or 'Non - Field'", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, Issue 1, 2009, pp. 5 - 27.

- BELL, Christine, CAMPBELL, Colm and NÍ AOLÁIN, Fionnuala, "Transitional justice: (re)conceptualising the field", *International Journal of Law in Context*, Vol. 3, Issue 2, June 2007, pp. 81 - 88.
- BOHL, Kristin, "Breaking the Rules of Transitional Justice", *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 24, No. 2, 2006, pp. 557 - 585.
- BONACKER, Thorsten and BUCKLEY - ZISTEL, Susanne, "Introduction: Transitions from Violence - Analyzing the Effects of Transitional Justice", *International Journal of Conflict and Violence*, Vol. 7, Issue 1, 2012, pp. 4 - 9.
- BORAINE, Alexander L., "Transitional Justice: a holistic interpretation", *Journal of International Affairs*, Vol. 60, Num. 1, 2006, pp. 17 - 27.
- BREMS, Eva, "Transitional Justice in the Case Law of the European Court of Human Rights", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 5, Issue 2, 2011, pp. 282 - 303.
- CARRANZA, Ruben, "Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes?", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, Issue 3, 2008, pp. 310 - 330.
- COMBS, Nancy Amoury, "From prosecutorial to reparatory: a valuable post-conflict change of focus", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 36, 2015, pp. 219 - 276.
- CROCKER, David A., "Transitional Justice and International Civil Society: Toward a Normative Framework", *Constellations*, Vol. 5, No. 4, 1998, pp. 492 - 517.
- DANCY, Geoff, "Impact Assessment, Not Evaluation: Defining a Limited Role for Positivism in the Study of Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 4, Issue 3, 2010, pp. 355 - 376.
- DANCY, Geoff and WIEBELHAUS-BRAHM, "Timing, sequencing, and transitional justice impact: a qualitative comparative analysis of Latin America", *Human Rights Review*, Vol. 16, 2015, pp. 321 - 342.
- DE GAMBOA TAPIAS, Camila, "Justicia transicional: dilemas y remedios para lidiar con el pasado", *Estudios Socio - Jurídicos*, Vol. 7, agosto 2005, pp. 21 - 40.
- DE GREIFF, Pablo, "Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional", *Anuario de Derechos Humanos*, 2011, pp. 17 - 39.
- DE GREIFF, Pablo, "A Normative Conception of Transitional Justice", *Politorbis*, N.50, Issue 3, 2010, pp. 17 - 29.
- DORADO Porrás, Javier, "Justicia Transicional", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N°8, marzo - agosto 2015, pp. 192 - 204.
- DUGGAN, Colleen, "Editorial Note", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 4, Issue 3, 2010, pp. 315 - 328.
- DUGGAN, Colleen, "'Show me your impact': Evaluating transitional justice in contested spaces", *Evaluation and Program Planning*, Vol. 35, Issue 1, 2012, pp. 199 - 205.
- DUTHIE, Roger, "Toward a Development - sensitive Approach to Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, Issue 3, 2008, pp. 292 - 309.
- ELSTER, Jon, "Coming to terms with the past. A framework for the study of justice in the transition to democracy", *European Journal of Sociology*, Vol. 39, Issue 1, May 1998, pp. 7 - 48.

- FLETCHER, Laurel E. and WEINSTEIN, Harvey M., "Context, timing and the dynamics of transitional justice: a historical perspective", *Human Rights Quarterly*, Vol. 31, 2009, pp. 163 - 220.
- GARAPON, Antoine, "Justicia transicional y justicia reconstructiva", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 29, 2014, pp. 24 - 43.
- GARCÍA-SAYÁN, Diego y GIRALDO MUÑOZ, Marcela, "Reflexiones sobre los procesos de justicia transicional", *EAFIT Journal of International Law*, Vol. 7, Núm. 2, 2016, pp. 96 - 143.
- GREADY, Paul and ROBINS, Simon, "From Transitional to Transformative Justice: A New Agenda for Practice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 8, Issue 3, 2014, pp. 339 - 361.
- FLETCHER, Laurel E., "Editorial Note", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, Issue 2, 2015, pp. 193 - 198.
- FORSYTHE, David P., "Human Rights and Mass Atrocities: Revisiting Transitional Justice", *International Studies Review*, Vol. 13, Issue 1, March 2011, pp. 85 - 95.
- FRIEDMAN, Rebekka and JILLIONS, Andrew, "The Pitfalls and Politics of Holistic Justice", *Global Policy*, Vol. 6, Issue 2, may 2015, pp. 141 - 150.
- GONZÁLEZ ZAPATA, Julio, "La justicia transicional o la relegitimación del derecho penal", *Estudios Políticos*, N°31, 2007, pp. 28 - 29.
- HAFNER, Donald L. and KING, Elizabeth B.L., "Beyond Traditional Notions of Transitional Justice: How Trials, Truth Commissions, and Other Tools for Accountability Can and Should Work Together", *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 30, Article 6, 2007, pp. 91 - 109.
- HANSEN, Thomas Obel, "Transitional Justice: Toward a Differentiated Theory", *Oregon Review of International Law*, Vol. 13, No. 1, 2011, pp. 1 - 46.
- HAZAN, Pierre, "Measuring the impact of punishment and forgiveness: a framework for evaluating transitional justice", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 861, March 2006, pp. 19 - 47.
- HENRY, Nicola, "From Reconciliation to Transitional Justice: The Contours of Redress Politics in Established Democracies", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, Issue 2, 2015, pp. 199 - 218.
- IBARRA PADILLA, Adelaida María, "Justicia transicional: la relación Derecho - Poder en los momentos de transición", *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, Núm. 45, 2016, pp. 239 - 261.
- KAUFMAN, Zachary D., "The Future of Transitional Justice", *St. Antony's International Review, University of Oxford Journal of International Relations*, Vol. 1, 2005, pp. 58 - 81.
- LAMBOURNE, Wendy, "Transitional Justice and Peacebuilding after Mass Violence", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, Issue 1, 2009, pp. 28 - 48.
- LAPLANTE, Lisa J., "Transitional Justice and Peace Building: Diagnosing and Addressing the Socioeconomic Roots of Violence through a Human Rights Framework", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, Issue 3, 2008, pp. 331 - 355.

- LEEBAW, Bronwyn Anne, "The Irreconcilable Goals of Transitional Justice", *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, No. 1, February 2008, pp. 95 - 118.
- LUNDY, Patricia and MCGOVERN, Mark, "Whose justice? Rethinking Transitional Justice from the Bottom Up", *Journal of Law and Society*, Vol. 35, No. 2, June 2008, pp. 265 - 292.
- MALLINDER, Louise and O'ROURKE, Catherine, "Databases of transitional justice mechanisms and contexts: comparing research purposes and design", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 10, 2016, pp. 492 - 515.
- MANI, Rama, "Balancing Peace with Justice in the Aftermath of Violent Conflict", *Development*, Vol. 48, Issue 3, 2005, pp. 25 - 34.
- MANI, Rama, "Editorial: Dilemmas of Expanding Transitional Justice, or Forging the Nexus between Transitional Justice and Development", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, Issue 3, 2008, pp. 253 - 265.
- McADAMS, A. James, "Transitional Justice: The Issue that Won't Go Away", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 5, Issue 2, 2011, pp. 304 - 312.
- McAULIFFE, Pádraig, "Transitional Justice's Expanding Empire: Reasserting the Value of the Paradigmatic Transitions", *Journal of Conflictology*, Vol. 2, Issue 2, 2011, pp. 32 - 44.
- McGREGOR, Lorna, "Transitional Justice and the Prevention of Torture", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, Issue 1, 2013, pp. 29 - 51.
- MÉNDEZ, Juan E., "Editorial Note", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, Issue 2, July 2009, pp. 157 - 162.
- MÉNDEZ, Juan, "Lou Henkin, Transitional Justice and the Prevention of Genocide", *Columbia Human Rights Review*, Vol. 38, No. 3, Spring 2007, pp. 477 - 485.
- MÉNDEZ, Juan E., "Victims as Protagonist in Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 10, Issue 1, 2016, pp. 1 - 5.
- MESQUITA CELA, Eleonora, "The contribution of the Inter-American Court of Human Rights to the development of transitional justice", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 14, 2015, pp. 457 - 475.
- MIHR, Anja, "From Reconciliation to the Rule of Law and Democracy", *Web Journal of Current Legal Issues*, No. 1, February 2009.
- MIHR, Anja, "Transitional Justice and the Quality of Democracy", *International Journal of Conflict and Violence*, Vol. 7, Issue 2, 2013, pp. 298 - 313.
- MILLER, Zinaida, "Effects of Invisibility: In Search of the 'Economic' in Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, Issue 3, 2008, pp. 266 - 291.
- MORENO OCAMPO, Luis, "Transitional justice in ongoing conflicts", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, Issue 1, 2007, pp. 8 - 9.
- MULLEN, Matthew, "Reassessing the focus of transitional justice: the need to move structural and cultural violence to the centre", *Cambridge Review of International Affairs*, Vol. 28, Issue 3, 2015, pp. 462 - 479.

- MUÑOZ NOGAL, Ester y GÓMEZ ISA, Felipe, "Derechos económicos y sociales en procesos de justicia transicional: Debates teóricos a la luz de una práctica emergente", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 30, diciembre 2015, pp. 1 - 33.
- MUTUA, Makau, "What Is the Future of Transitional Justice?", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, Issue 1, March 2015, pp. 1 - 9.
- NAGY, Rosemary, "Transitional Justice as Global Project: critical reflections", *Third World Quarterly*, Vol. 29, No.2, 2008, pp. 275 - 289.
- NALEPA, Monika, "Captured Commitments: An Analytic Narrative of Transitions with Transitional Justice", *World Politics*, Vol. 62, No. 2, April 2010, pp. 341 - 380.
- NÍ AOLÁIN, Fionnuala and CAMPBELL, Colm, "The Paradox of Transition in Conflicted Democracies", *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, No. 1, February 2005, pp. 172 - 213.
- NÍ AOLÁIN, Fionnuala, "Transitional justice and the European Convention of Human Rights", *Geneva Academy Briefing N°10*, October 2017.
- NICKSON, Ray and BRAITHWAITE, John, "Deeper, broader, longer transitional justice", *European Journal of Criminology*, Vol. 11, No. 4, July 2014, pp. 445 - 463.
- OHLIN, Jens David, "On the Very Idea of Transitional Justice", *The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations*, Vol. 8, No. 1, Winter/Spring 2007, pp. 51 - 68.
- OLSEN, Tricia D., PAYNE, Leigh A. and REITER, Andrew G., "The Justice Balance: When Transitional Justice Improves Human Rights and Democracy", *Human Rights Quarterly*, Vol. 32, No. 4, November 2010, pp. 980 - 1007.
- PANEPINTO, Alice, "Transitional Justice: International Criminal Law and Beyond", *Archivio Penale*, N.3, 2014, pp. 1 - 29.
- PHILIPPE, Xavier, "La justice transitionnelle : une nouvelle forme de justice ?", *L'Observateur des Nations Unies*, N°14, 2003, pp. 105 - 127.
- QUESADA ALCALA, Carmen et ZAKERIAN, Mehdi, "La justice transitionnelle : un cadre conceptuel et normatif international contre le terrorisme des territoires occupés", *International Studies Journal*, Vol. 6, No.4, Spring 2010, pp. 1 - 22.
- QUINN, Joanna R, "Whither the `transition´ of transitional justice", *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 8, Issue 1, 2014-2015, pp. 63 - 80.
- RIAÑO ALCALÁ, Pilar and BAINES, Erin, "Editorial Note", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 6, Issue 3, 2012, pp. 385 - 393.
- ROTH - ARRIAZA, Naomi, "Editorial Note", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, Issue 3, 2013, pp. 383 - 393.
- ROTHER, Dawn L. and MAGGARD, Scott, "Factors that impede or facilitate post-conflict mechanisms? An empirical investigation", *International Criminal Law Review*, Vol. 12, 2012, pp. 193 - 217.
- SANDOVAL, Clara, "Transitional justice and social change", *Sur - International Journal on Human Rights*, Vol. 11, N°20, 2014, pp. 181 - 189.
- SANKEY, Diana, "Towards Recognition of Subsistence Harms: Reassessing Approaches to Socioeconomic Forms of Violence in Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 8, Issue 1, 2014, pp. 121 - 140.

- SARKIN, Jeremy, "Refocusing transitional justice to focus not only on the past, but also to concentrate on ongoing conflicts and enduring human rights crises", *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 7, 2016, pp. 294 - 329.
- SAUNDERS, Rebecca, "Questionable Associations: The Role of Forgiveness in Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 5, Issue 1, 2011, pp. 119 - 141.
- SCARLETT, Michael H., "Imagining a World beyond Genocide: Teaching about Transitional Justice", *The Social Studies*, Vol. 100, Issue 4, 2009, pp. 169 - 176.
- SHARP, Dustin N., "Beyond the Post - Conflict Checklist: Linking Peacebuilding and Transitional Justice through the Lens of Critique", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1, Summer 2013, pp. 165 - 196.
- SHARP, Dustin N., "Emancipating Transitional Justice from the Bonds of the Paradigmatic Transition", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, Issue 1, March 2015, pp. 150 - 169.
- SHARP, Dustin N., "Interrogating the Peripheries: The Preoccupations of Fourth Generation Transitional Justice", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 26, Issue 1, 2013, pp. 149 - 178.
- SUBOTIC, Jelena, "The Transformation of International Transitional Justice Advocacy", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 6, Issue 1, 2012, pp. 106 - 125.
- SWEENEY, James A., "Transitional criminal justice at the ECtHR: implications for the universality of human rights", *Baltic Yearbook of International Law*, Vol. 12, 2012, pp. 183 - 210.
- TEITEL, Ruti, "Editorial Note. Transitional Justice Globalized", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, Issue 1, March 2008, pp. 1 - 4.
- TEITEL, Ruti G., "Genealogía de la Justicia Transicional", artículo traducido por el Centro de Derechos Humanos, título original: "Transitional Justice Genealogy", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, Spring 2003, pp. 69 - 94.
- TEITEL, Ruti G., "Transitional Justice in a New Era", *Fordham International Law Journal*, Vol. 26, Issue 4, 2002, pp. 893 - 906.
- THOMS, Oskar N.T., RON, James and PARIS, Roland, "State - Level Effects of Transitional Justice: What Do We Know?", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 4, Issue 3, 2010, pp. 329 - 354.
- TURNER, Catherine, "Deconstructing Transitional Justice", *Law and Critique*, Vol. 24, Issue 2, July 2013, pp. 193 - 209.
- TUTU, Desmond M., "Reflections on Moral Accountability", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, Issue 1, 2007, pp. 6 - 7.
- VANDEGINSTE, Stef and SRIRAM, Chandra Lekha, "Power Sharing and Transitional Justice: A Clash of Paradigms?", *Global Governance*, Vol. 17, No. 4, 2011, pp. 489 - 505.
- VIEILLE, Stephanie, "Transitional Justice: A Colonizing Field?", *Amsterdam Law Forum*, Vol. 4, N°3, September 2012, pp. 58 - 68.
- WINTER, Stephen, "Towards a Unified Theory of Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, Issue 2, 2013, pp. 224 - 244.

d) Otros recursos académicos

AIV/CAVV, *Transitional Justice. Justice and peace in situations of transition*, No. 65, AIV/No. 19, CAVV, April 2009.

BLEEKER, Mò, (Ed.), *La justice transitionnelle dans le monde francophone : état des lieux*, Conference Paper 2/2007, Dealing with the Past - Series, pp. 71 - 81. Disponible online en: <http://www.cedhd.org/wp-content/uploads/2015/06/12-ei.pdf>

BORAINÉ, Alex, "Transitional Justice as an Emerging Field" presented at the "Repairing the Past: Reparations and Transitions to Democracy" symposium, Ottawa, Canada, March 11, 2004, disponible online en: <http://web.idrc.ca/uploads/user-S/10829975041revised-boraine-ottawa-2004.pdf>

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, "El binomio justicia transicional - derecho transicional. Un examen a propósito de algunas reflexiones teóricas y prácticas recientes" en *Actas V Jornadas de Estudios de Seguridad, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa*, 2013, pp. 19 - 39.

DE GREIFF, Pablo, "Some Thoughts on Transitional Justice", *Middle & East - North Africa e-bulletin* N°4, Summer 2013, published by the Association for the Prevention of Torture (APT). Disponible online en: http://www.apr.ch/content/files_res/mena-digest_pablo-degreiff_some-thoughts-on-transitional-justice_04_2013.pdf

ENGSTROM, Par, "Transitional Justice and Ongoing Conflict", November 2011, 18 pp. Disponible online en SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2004313

FERNÁNDEZ Casadevante, José Luis y Ramos, Alfredo, "Entrevista a Pablo de Greiff. Justicia Transicional: Apuntes y reflexiones sobre transiciones a la democracia", en *CIP-Ecosocial*, 2009. Disponible online en: http://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Web/Entrevista_Pablo_Greiff_Justicia_Transicional.pdf

GARZÓN REAL, Baltasar, "Justicia penal vs. justicia transicional: el derecho a la paz en el marco de los estándares internacionales en materia de verdad, justicia y reparación". Carta de Baltasar Garzón en Bogotá, a 23 de mayo de 2011, en calidad de asesor de la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia. Disponible online en: <http://memoriaydignidad.org/memoriaydignidad/index.php/site-administrator/extradicion-y-sus-secuelas/instrumentos-internacionales/131-rutas-para-exigir-los-derechos-de-las-victimimas/700-rutas-juridicas-derechos-victimimas-baltasar-garzon-carta-2011>

HOURQUEBIE, Fabrice, "La notion de `justice transitionnelle´ a-t-elle un sens?" texto presentado en el *VIIe Congrès français de droit constitutionnel: 50e anniversaire de la Constitution de 1958 (Programme de l'Atelier 5)* organizado por la Association française de droit constitutionnel et les Universités Paris I, II, V, VIII, X, XI, XII et XIII et Versailles St Quentin, los días 25, 26 y 27 de septiembre de 2008. Disponible online en: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC5/HourquebieTXT.pdf>

MÉNDEZ, Juan E., "Post - Conflict Justice and State Building", Lectura inaugural en Antonio Cassesse Summer School, Geneva, July 1, 2013.

MÉNDEZ, Juan E., "Speeches: Transitional Justice, Peace and Prevention: University of Baltimore Law School October 26, 2010", *University of Baltimore Law Review*, Vol. 40,

- Issue 3, Article 3, Spring 2011, pp. 363 - 380. Disponible online en: <http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1888&context=ublr>
- MOTTET, Carol and POUT, Christian (Ed.), La justice transitionnelle : une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable, *Conference Paper 1/2011, Dealing with the Past - Series*. Disponible online en <http://www.ohchr.org/Documents/Countries/Africa/ActesConf2JusticeTransit.pdf>
- POSNER, Eric A. and VERMEULE, Adrian, "Transitional Justice as Ordinary Justice", *University of Chicago Public Law and Legal theory Working Paper*, No. 40, March 2003.
- RAMÍREZ BARAT, Clara, *La justicia en el Tiempo. Una aproximación al concepto de justicia en los procesos de transición a la democracia*, Tesis Doctoral, Getafe, septiembre de 2007, p. 3. Disponible online en: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/2541>
- ROTH - ARRIAZA, Naomi, "Transitional Justice and Peace Agreements", *Review Meeting on Peace Agreements: The Role of Human Rights in Negotiations, The International Council on Human Rights Policy*, Belfast, 7 - 8 March 2005. Disponible online en: http://www.ichrp.org/files/papers/63/128_-_Transitional_Justice_and_Peace_Agreements_Roht-Arriaza__Naomi__2005.pdf
- RUBLI, Sandra, "Transitional Justice: Justice by Bureaucratic Means?", *Swisspeace Working Paper*, No.4, October 2012. Disponible online en: http://www.swisspeace.ch/fileadmin/user_upload/Media/Publications/WP4_2012.pdf
- SANDOVAL VILLALBA, Clara, "Transitional Justice: Key Concepts, Processes and Challenges", Institute for Democracy & Conflict Resolution (IDCR) *Briefing Paper*, 2010. Disponible online en: http://www.idcr.org.uk/wp-content/uploads/2010/09/07_11.pdf
- SCHABAS, William, "Transitional Justice and the Norms of International Law", for presentation to the Annual meeting of the Japanese Society of International Law, Kwansai Gakuin University, 8 October 2011.
- SRIRAM, Chandra Lekha, MARTIN - ORTEGA, Olga and HERMAN, Johanna, "Guidance paper: Evaluating and Comparing Strategies of Peacebuilding and Transitional Justice", *Just and Durable Peace by Piece, European Union 7th Framework Programme, Deliverable 3*, Centre on Human Rights in Conflict, Working Paper 2, May 2009. Disponible online en: <https://www.ciaonet.org/attachments/14206/uploads>
- SWISSPEACE, "A Conceptual Framework for Dealing with the Past. Holism in Principle and Practice. Dealing with the Past Background Paper", *Switzerland, Swisspeace*, October 2012. Disponible online en http://www.swisspeace.ch/fileadmin/user_upload/Media/Publications/DwP_Conceptual_Framework_October2012.pdf
- TEITEL, Ruti G., "Global Transitional Justice", *Paper on Human Rights, Global Justice and Democracy, Working Paper No.8, Center for Global Studies*, Spring 2010, disponible online en: https://www.gmu.edu/centers/globalstudies/publications/hjd/hjd_wp_8.pdf
- THOMS, Oskar N.T., RON, James and PARIS, Roland, "The effects of transitional justice mechanisms: a summary of empirical research findings and implications for analysts and practitioners", *Centre for International Policy Studies Working Paper*, April 2008. Disponible online en: http://aix1.uottawa.ca/~rparis/CIPS_Transitional_Justice_April2008.pdf

VALENCIA VILLA, Hernando, "Introducción a la justicia transicional", Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana "Julio Cortázar" de la Universidad de Guadalajara, México, el 26 de octubre de 2007. Disponible online en: <http://escolapau.uab.es/img/programas/derecho/justicia/seminariojt/tex03.pdf>

2. LOS MECANISMOS NO PENALES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL: VERDAD, REPARACIONES Y GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

a) Obras monográficas

BIRD, Elizabeth S. and OTTANELLI, Fraser M. (Ed.), *The performance of memory as transitional justice*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015.

BOTTLIGLIERO, Ilaria, *Redress for victims of crimes under International Law*, Springer, Leiden, 2004.

DE GREIFF, Pablo (Ed.), *The handbook of reparations*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

DWERTMANN, Eva, *The reparation system of the International Criminal Court: its implementation, possibilities and limitations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2010.

DU PLESSIS, Max and PETÉ, Stephen, *Repairing the past? International perspectives on reparations for gross human rights abuses*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2007.

FERSTMAN, Carla, GOETZ, Mariana and STEPHENS, Alan (Eds.), *Reparations for victims of genocide, war crimes and crimes against humanity: Systems in place and systems in the making*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2009.

FREEMAN, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

FEYTER, K. De, PARMENTIER, S., BOSSUYT, M and LEMMENS P. (Eds.), *Out of the Ashes: Reparations for victims of gross and systematic human rights violations*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005.

GÓMEZ ISA, Felipe (Dir.), *El derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

HAYNER, Priscilla B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, Barcelona, Bellaterra, 2014.

IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, *Justicia Transicional y las Comisiones de la Verdad*, Biblioteca de Derechos Humanos, Instituto Berg, Bogotá - Otzenhausen - Madrid, 2014.

JAUDEL. Étienne, *Justice sans châtime nt : Les commissions Vérité-Réconciliation*, Odile Jacob, Paris, 2009.

LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: Derecho Internacional y cambios estructurales del Estado*, Tirant lo Blanch, México, 2014.

LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, *Derecho a la verdad y desapariciones forzadas*, Aranzadi, Navarra, 2015.

- MARTIN, Arnaud (Dir.), *La mémoire et le pardon : Les commissions de la vérité et de la réconciliation en Amérique latine*, L'Harmattan, Paris, 2009.
- MAYER - RIECKH, Alexander and DE GREIFF, Pablo (Eds.), *Justice as prevention: vetting public employees in transitional societies*, Advancing transitional justice series, Social Science Research Council, New York, 2007.
- McCARTHY, Conor, *Reparations and victim support in the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- ROTBURG, Robert I. and THOMPSON, Dennis (Eds.), *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2000.
- SHELTON, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005 (2^oed.).
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad, *Bienes incautados en tiempos de guerra: su protección y restitución*, Biblioteca Nueva: Fundación José Ortega y Gasset-Gregorio Marañón, Madrid, 2013.
- WIEBELHAUS-BRAHM, Eric, *Truth commissions and transitional societies: The impact on human rights and democracy*, Routledge, London and New York, 2010.
- WILSON, Richard Ashby, *Writing History in International Criminal Trials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- WOUTERS, Nico (Ed.), *Transitional Justice and Memory in Europe (1945 - 2013)*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2017.

b) Trabajos en obras colectivas

- DYZENHAUS, David, "Truth and Reconciliation" en CANE, Peter and CONAGHAN, Joanne (Eds.), *The New Oxford Companion to Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008 (online version).
- HORNE, Cynthia M., "Transitional justice: vetting and lustration" en LAWOTHER, Cheryl, MOFFET Luke and JACOBS, Dov (Eds.), *Research Handbook on Transitional Justice*, Edward Elgar Publishing, UK-USA, 2017, pp. 424 - 441.
- KENDE, Mark S., "Truth commissions versus prosecutions: An African perspective", NDULO, Muna (Ed.), *Security, Reconstruction, and Reconciliation: When the wars end*, University College London Press, USA, 2007, pp. 133 - 144.
- LEE, Margaret C., "Truth and Reconciliation Commission" en KRIEGER, Joel (Ed.), *The Oxford Companion to Politics of the World*, Oxford University Press, Oxford, 2004 (2 ed., online version).
- LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Eugenia, "Las comisiones de verdad y reconciliación como instrumentos para la justicia y consolidación de la paz: algunas consideraciones desde el derecho internacional" en VALE PEREIRA, María Da Assuncáo y PONTE IGLESIAS, María Teresa (Coords.), *Conflictos armados, gestión posconflicto y reconstrucción*, Andavira Editorial, Santiago de Compostela, 2011, pp. 515 - 538.
- MARINIELLO, Triestino, "The Impact of International Commissions of Inquiry on the Proceedings before the International Criminal Court" en HENDERSON, Christian (Ed.), *Commissions of Inquiry: Problems and Prospects*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, pp. 171 - 196.

- MENDEZ, Juan E., "An Emerging 'Right to Truth': Latin-America Contributions" en KARSTEDT, Susanne (Ed.), *Legal Institutions and Collective Memories*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, pp. 39 - 60.
- MÉNDEZ, Juan E. and BARIFFI, Francisco J., "Truth, Right to, International Protection" en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press, 2012, pp. 1 - 9 (online version)
- SCHABAS, William A., "Truth Commissions and memory" en Gómez Isa, Felipe and DE FEYTER, Koen (Eds.), *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 657 - 665.

c) Trabajos en revistas científicas

- AMBOS, Kai, "Investigaciones confidenciales (art. 53(3)(e), Estatuto CPI) vs obligaciones de divulgación - el caso *Lubanga* y el Derecho nacional", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 3, 2010, pp. 179 - 208.
- BAKINER, Onur, "Truth commissions impact: an assessment of how commissions influence politics and society", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 8, 2014, pp. 6 - 30.
- BÁRD, Károly, "The difficulties of writing the past through law - historical trials revisited at the European Court of Human Rights", *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 81, 2010, pp. 27 - 45.
- BASSIOUNI, M. Cherif, "International recognition of victims' rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 6, Issue 2, 2006, pp. 203 - 279.
- BICKFORD, Louis, "Unofficial Truth Projects", *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, 2007, pp. 994 - 1035.
- BISSET, Alison, "The Privilege Against Self - Incrimination in Truth Commission-Administered Accountability Initiatives", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 33, 2017, pp. 155 - 176.
- BUERGENTHAL, Thomas, "Truth Commissions: Between Impunity and Prosecution", *Case Western Journal of International Law*, Vol. 38, 2006, pp. 217 - 223.
- CRETOL, Monique and LA ROSA, Anne-Marie, "The missing and transitional justice: the right to know and the fight against impunity", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, Num. 682, 2006, pp. 355 - 362.
- DALY, Erin, "Truth Skepticism: An Inquiry into the Value of Truth in Times of Transition", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, 2008, pp. 23 - 41.
- DE GREIFF, Pablo, "Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 7, 2005, pp. 153 - 199.
- DELLA MORTE, Gabriele, "International Law between the Duty of Memory and the Right to Oblivion", *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, pp. 427 - 440.
- DUGARD, John, "Is the truth and reconciliation process compatible with international law? An unanswered question", *South African Journal on Human Rights*, Vol. 13, 1997, pp. 258 - 268.

- DUKALSKIS, Alexander, "Interactions in Transition: How Truth Commissions and Trials Complement or Constrain Each Other", *International Studies Review*, Vol. 13, 2011, pp. 432 - 451.
- FERSTMAN, Carla, "The reparation regime of the International Criminal Court: practical considerations", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 15, 2002, pp. 667 - 686.
- FRULLI, Micaela, "Fact-Finding or Paving the Road to Criminal Justice: Some Reflections on United Nations Commissions of Inquiry", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 1323 - 1338.
- GAYNOR, Fergal, "Uneasy Partners: Evidence, Truth and History in International Trials", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 1257 - 1275.
- GÓMEZ ISA, Felipe, "El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos", *El otro Derecho*, No. 37, 2007, pp. 11 - 64.
- GROOME, Dermot, "The Right to Truth in the Fight against Impunity", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 29, Issue 1, 2011, pp. 175 - 199.
- HENZELIN, Marc, HEISKANEN, Veijo and METTRAUX, Guénaël, "Reparations to victims before the International Criminal Court: lessons from international mass claims processes", *Criminal Law Forum*, Vol. 17, 2006, pp. 317 - 344.
- JOYCE, Daniel, "The Historical Function of International Criminal Trials: Re-thinking International Criminal Law", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 73, 2004, pp. 461 - 484.
- KAUFMAN, Zachary D., "The Prospects, Problems and Proliferation of Recent UN Investigations of International Law Violations", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 16, 2018, pp. 93 - 112.
- KAVRAN, Olga, "International Criminal Courts and the Right to Information", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 2017, pp. 953 - 983.
- KRITZ, Neil J., "War Crimes and Truth Commissions: Some Thoughts on Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights", *USAID Conference, Promoting Democracy, Human Rights, and Reintegration in Post-Conflict Societies*, October 30 - 31, 1997.
- LANDSAMAN, Stephan, "Alternative Responses to Serious Human Rights Abuses: of Prosecution and Truth Commissions", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, No. 4, 1996, pp. 81 - 92.
- LEFRANC, Sandrine, "Les commissions de vérité : une alternative au droit?", *Droit et cultures: Revue internationale interdisciplinaire*, Vol. 56, 2008, pp. 1 - 8.
- LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma, "Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: caso The Prosecutor c Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXV/2, 2013, pp. 209 - 226.
- McCARTHY, Conor, "Reparations under the Rome Statue of the International Criminal Court and reparative justice theory", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, 2009, pp. 250 - 271.
- McCARTHY, Conor, "Victim redress and international criminal justice: competing paradigms, or compatible forms of justice?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 351 - 372.

- MOFFETT, Luke, "Reparations for victims at the International Criminal Court: a new way forward?", *International Journal of Human Rights*, Vol. 21, No. 9, 2017, pp. 1204 - 1222.
- MOFFET, Luke, "Reparative complementarity: ensuring an effective remedy for victims in the reparation regime of the International Criminal Court", *International Journal of Human Rights*, Vol. 17, Issue 3, 2013, pp. 368 - 390.
- NAQVI, Yasmin, "El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?", *International Review of the Red Cross*, N° 862 de la versión original, 2006, pp. 1 - 33.
- OLSEN, Tricia D., PAYNE, Leigh A., REITER, Andrew G. and WIEBELHAUS-BRAHM, Eric, "When Truth Commissions Improve Human Rights", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 4, 2010, pp. 457 - 476.
- PALASSIS, Stathis N., "From the Hague to the Balkans: a victim-oriented reparations approach to improved international criminal justice", *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, pp. 1 - 41.
- PANEPINTO, Alice M., "The right to the truth in international law: The significance of Strasbourg's contributions", *Legal Studies*, Vol. 37, Issue 4, 2017, pp. 739 - 764.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Jorge, "A propósito del 40 aniversario del Protocolo I a los Convenios de Ginebra: de la construcción del derecho a saber a la unidad para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto colombiano", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 24, 2017, pp. 1 - 28.
- ROTH - ARRIAZA, Naomi, SCHEY, Peter A. and SHELTON, Dinah, "Addressing Human Rights Abuses: Truth Commissions and the Value of Amnesty", *19 Whittier Law Review*, 325, 1997, pp. 325 - 344.
- ROTH-ARRIAZA, Naomi, "Reparations decisions and dilemmas", *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 27, 2004, pp. 157 - 219.
- SCHARF, Michael P., "The case for a permanent international truth commission", *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 7, 1997, pp. 375 - 410.
- SANDER, Barrie, "Unveiling the Historical Function of International Criminal Courts: Between Adjudicative and Sociopolitical Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 12, 2018, pp. 334 - 355.
- SPIGA, Valentina, "No redress without justice: victims and International Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 1377- 1394.
- STAHN, Carsten, "Reparative justice after the Lubanga appeal judgment: new prospects for expressivism and participatory justice or `juridified victimhood` by other means?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, 2015, pp. 801 - 813.
- STOLK, Sofia, "The Victim, the International Criminal Court and the Search for Truth: On the Interdependence and Incompatibility of Truths about Mass Atrocity", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, 2015, pp. 973 - 994.
- SUNGA, Lyal S., "How can UN human rights special procedures sharpen ICC fact-finding?" *International Journal of Human Rights*, Vol. 15, No. 2, 2011, pp. 187 - 205.
- TAMARIT SUMALLA, Josep, "Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición", *InDret*, 2010, pp. 1 - 29.
- TODOROV, Tzvetan, "Memory as Remedy for Evil", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, 2009, pp. 447 - 462.

TOMUSCHAT, Christian, "Reparations in cases of genocide", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 905 - 912.

ZEGVELD, Liesbeth, "Victims' reparations claims and international criminal courts: Incompatible values?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, pp. 79 - 111.

3. MODALIDADES DE JUSTICIA: JUSTICIA ALTERNATIVA, RESTAURATIVA, LOCAL Y TRADICIONAL.

a) Obras monográficas

CLAMP, Kerry, *Restorative Justice in Transition*, Routledge, London and New York, 2014.

CLAMP, Kerry (Ed.), *Restorative Justice in Transitional Settings*, Routledge, London and New York, 2016.

LLEWELLYN, Jennifer J and PHILPOTT, Daniel (Eds.), *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

MUSILA, Godfrey, *Rethinking International Criminal law: Restorative Justice and the Rights of Victims in the International Criminal Court*, LAP Lambert Academic Publishing, Germany, 2010.

b) Trabajos en obras colectivas

BORAINE, Alexander, "Retributive justice and restorative justice: contradictory or complementary?" en ADLER, Nanci (Ed.), *Genocide and Accountability. Three Public Lectures by Simone Veil, Geoffrey Nice, Alex Boraine, Vossiuspers*, Amsterdam, 2004, pp. 39 - 52.

MCEVOY, Kieran and ERIKSSON, Anna, "Restorative justice in transition: Ownership, leadership and 'bottom-up' human rights" en SULLIVAN, Dennis and TIFFT, Larry (Eds.), *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Routledge, London and New York, 2006, pp. 321 - 335.

ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, "¿Justicia restaurativa para las víctimas? El papel de la Corte Penal Internacional" en SOROETA LICERAS, Juan (Ed.), *Conflictos, Nuevos Colonialismos y Derechos Humanos en una Sociedad Internacional en crisis, Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia- San Sebastián*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 23 - 81.

PARMENTIER, Stephan, VANSPAUWEN, Kris and WEITEKAMP, Elmar, "Dealing with the legacy of mass violence: changing lenses to restorative justice" en SMEULERS, Alette and HAVEMAN, Roelof (Eds.), *Supranational criminology: towards a criminology of international crimes*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, pp. 335 - 356.

TAMARIT SUMALLA, Josep, "La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico" en TAMARIT SUMALLA, Josep (Coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, pp. 3 - 60.

VILLA-VICENCIO, Charles, "Transitional justice, restoration and prosecution" en SULLIVAN, Dennis and TIFFT, Larry (Eds.), *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Routledge, London and New York, 2006, pp. 387 - 400.

c) Trabajos en revistas científicas

ALMQVIST, Jessica, "The Impact of Cultural Diversity on International Criminal Proceedings", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006, pp. 745 - 764.

BOHLANDER, Michael, "Language, Culture, Legal Traditions, and International Criminal Justice", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, 2014, pp. 491 – 513.

CLAMP, Kerry and DOAK, Jonathan, "More than Words: Restorative Justice Concepts in Transitional Justice Settings", *International Criminal Law Review*, Vol. 12, 2012, pp. 339 - 360.

EBERECHI, Ifeonu, "Who Will Save These Endangered Species - Evaluating the Implications of the Principle of Complementarity on the Traditional African Conflict Resolution Mechanisms", *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 20, Issue 1, 2012, pp. 22 - 41.

EISNAUGLE, Carrie J. Niebur, "An International Truth Commission: Utilizing Restorative Justice as an Alternative to Retribution", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003, pp. 209 - 241.

GARBETT, Claire, "The International Criminal Court and restorative justice: victims, participation and the processes of justice", *Restorative Justice: An International Journal*, Vol. 5, Issue 2, 2017, pp. 198 - 220.

KENDALL, Sara, "Restorative justice at the International Criminal Court", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70/2, 2018, pp. 217 - 221.

RAIMONDO, Fabián O., "For Further Research on the Relationship between Cultural Diversity and International Criminal Law", *International Criminal Law Review*, Vol. 11, 2011, pp. 299 - 317.

ROCHE, Declan, "Dimensions of Restorative Justice", *Journal of Social Issues*, Vol. 62, No. 2, 2006, pp. 217 - 238.

STAHN, Carsten, "International Criminal Justice and Reconciliation: Beyond the Retributive v. Restorative Divide", *FICHL Policy Brief Series*, No. 36, 2015.

SHARP, Dustin N., "Addressing Dilemmas of the Global and the Local in Transitional Justice", *Emory International Law Review*, Vol. 29, 2017, pp. 71 - 117.

ULLRICH, Leila, "Beyond the `Global-Local Divide: Local Intermediaries, Victims and the Justice Contestation of the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, 2016, pp. 543 - 568.

WILL, Mary, "A Balancing Act: The Introduction of Restorative Justice in the International Criminal Court's Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo", *Journal of Transnational Law and Policy*, Vol. 17, Issue 1, 2007, pp. 85 - 120.

4. VÍCTIMAS

a) Obras monográficas

- BACHAVAROVA, Tatiana, *The standing of victims in the procedural design of the International Criminal Court*, Brill Nijhoff, Leiden and Boston, 2017.
- BONACKER, Thorsten and SAFFERLING, Christoph (Eds.), *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, TMC Asser Press, The Hague, 2013.
- DEL CARPIO DELGADO, Juana, *Las víctimas ante los tribunales penales internacionales ad hoc*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos, *International Law of Victims*, Springer, Berlin, 2012.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (Dir.), *Nuevos desarrollos en el Derecho internacional de los derechos humanos: los derechos de las víctimas*, Aranzadi, Navarra, 2014.
- FUNK, T. Markus, *Victims' Rights and Advocacy at the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- GIL GIL, Alicia y MACULAN, Elena (Dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017.
- GUERRERO PALOMARES, Salvador, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, Aranzadi, Navarra, 2014.
- MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de las víctimas*, Fundación para el Debido Proceso, Washington, D.C., 2014.
- MICHELON, Claudio, CLUNIE, Gregor, MCCORKINDALE, Christopher and PSARRAS, Haris (Eds.), *The public in law: representations of the political in legal discourse*, Ashgate, Great Britain, 2012.
- MOFFETT, Luke, *Justice for victims before the International Criminal Court*, Routledge, London and New York, 2014.
- ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, *Las víctimas y la Corte Penal Internacional: Análisis de la participación de las víctimas ante la Corte*, Aranzadi, Navarra, 2014.
- RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo and BURBANO-HERRERA, Clara (Eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015.

b) Trabajos en obras colectivas

- OLÁSULO ALONSO, Héctor y GALAIN PALERMO, Pablo, "Diálogo jurisprudencial en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas entre el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos y el sistema de aplicación del Derecho penal internacional del Estatuto de Roma" en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (Eds.), *Diálogo jurisprudencia en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, México DC, 2013, pp. 1261 - 1314.

c) Trabajos en revistas científicas

- ALDANA-PINDELL, Raquel, "An emerging universality of justiciable victim's right in the criminal process to curtail impunity for state-sponsored crimes", *Human Rights Quarterly*, Vol. 26, Issue 3, 2004, pp. 605 - 686.
- BACHVAROVA, Tatiana, "Victims' eligibility before the International Criminal Court in historical and comparative context", *International Criminal Law Review*, Vol. 11, 2011, pp. 665 - 706.
- BASSIOUNI, M. Cherif, "International recognition of victims' rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 6, Issue 2, 2006, pp. 203 - 279.
- BAUMGARTNER, Elisabeth, "Aspects of victim participation in the proceedings of the International Criminal Court", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, Num. 870, 2008, pp. 409 - 440.
- BOYLE, David, "The rights of victims: participation, representation, protection, reparation", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006, pp. 307 - 313.
- BUNDSCHUH, Thomas, "Enabling transitional justice, restoring capabilities: the imperative of participation and normative integrity", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, 2015, pp. 10 - 32.
- CARAYON, Gaelle and O'DONOHUE, Jonathan, "The International Criminal Court's Strategies in Relation to Victims", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 2017, pp. 567 - 591.
- CATANI, Lucia, "Victims at the International Criminal Court: some lessons learned from the Lubanga Case", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 905 - 922.
- DEMBOUR, Marie-Bénédicte and HASLAM, Emily, "Silencing hearings? Victim-witnesses at war crimes trials", *European Journal of International Law*, Vol. 15, No. 1, 2004, pp. 151 - 177.
- DOAK, Jonathan, "The therapeutic dimension of transitional justice: emotional repair and victim satisfaction in international trials and truth commissions", *International Criminal Law Review*, Vol. 11, 2011, pp. 263 - 298.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos, "Las víctimas y el derecho internacional", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. XXV, 2009, pp. 3 - 66.
- GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel, "El derecho a la justicia de las víctimas de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LVIII, 2006, pp. 119 - 145.
- GRECO, Gioia, "Victims' rights overview under the ICC legal framework: a jurisprudential analysis", *International Criminal Law Review*, Vol. 7, 2007, pp. 531 - 547.
- HOYLE, Carolyn and ULLRICH, Leila, "New court, new justice? The evolution of 'Justice for Victims' at domestic courts and at the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, 2014, pp. 681 - 703.
- LACERDA, Tessa, "'Victim': What is hidden behind this word?", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 10, 2016, pp. 179 - 188.

- LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma, "Los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de Derechos Humanos en Derecho internacional", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Vol. XLVII, 2014, pp. 133 - 162.
- McGONINGLE LEYH, Brianne, "Victim-oriented measures at the international criminal institutions: participation and its pitfalls", *International Criminal Law Review*, Vol. 12, 2012, pp. 375 - 408.
- MÉNDEZ, Juan E., "Victims as protagonist in transitional justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 10, 2016, pp. 1 - 5.
- MOFFETT, Luke, "Elaborating justice for victims at the International Criminal Court: Beyond rhetoric and The Hague", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, 2015, pp. 281 - 311.
- MOFFETT, Luke, "Meaningful and effective? Considering victims' interests through participation at the International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, Vol. 26, 2015, pp. 255 - 289.
- MOFFETT, Luke, "The role of victims in the International Criminal Tribunals of the Second World War", *International Criminal Law Review*, Vol. 12, 2012, pp. 245 - 270.
- OLÁSULO, Héctor y KISS, Alejandro, "El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 12-13, 2010, pp. 1 - 37.
- PENA, Mariana and CARAYON, Gaele, "Is the ICC making the most of victim participation?", *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, 2013, pp. 518 - 535.
- PLEVIN, Adrian M., "Beyond a 'victim right': Truth-finding power and procedure at the ICC", *Criminal Law Forum*, Vol. 25, 2014, pp. 441 - 464.
- PUES, Anni, "A victim's right to a fair trial at the International Criminal Court? Reflections on Article 68 (3)", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, 2015, pp. 951 - 972.
- RAUSCHENBACH, Mina and SCALIA, Damien, "Victims and international criminal justice: a vexed question?", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, Num. 870, 2008, pp. 441 - 459.
- ROBINS, Simon, "Failing victims? The limits of transitional justice in addressing the needs of victims of violations", *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 11, 2017, pp. 41 - 58.
- SPIGA, Valentina, "Indirect victims' participation in the Lubanga trial", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, pp. 183 - 198.
- STAHN, Carsten, OLÁSULO, Héctor and GIBSON, Kate, "Participation of victims in Pre-Trial proceedings of the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006, pp. 219 - 238.
- VAN DEN WYNGAERT HON, Christine, "Victims before International Criminal Courts: Some views and concerns of an ICC trial judge", *Case Westerns Reserve Journal of International Law*, Vol. 44, Issue 1, 2011, pp. 475 - 496.
- WEMMERS, Jo-Anne, "Victims' right and the International Criminal Court: perceptions within the Court regarding the victims' right to participate", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23, 2010, pp. 629 - 643.

WHEELER, Caleb H., "No longer just a victim: the impact of victim participation on trial proceedings at the International Criminal Court", *International Criminal Law Review*, Vol. 16, 2016, pp. 525 - 546.

ZAPPALÀ, Salvatore, "The rights of victims v. the rights of the accused", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, pp. 137 – 164

5. ESTUDIOS QUE RELACIONAN LA JUSTICIA TRANSICIONAL O SUS MECANISMOS CON EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y/O LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

a) Obras monográficas

BISSET, Alison, *Truth Commissions and Criminal Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

OLÁSOLO ALONSO, Héctor, *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017.

SCHABAS, William A. and DARCY, Shane (Eds.), *Truth Commissions and Courts: The Tension Between Criminal Justice and the Search for Truth*, Kluwer Academic Publishers, The Netherlands, 2004.

TAMARIT SUMALLA, Josep (Coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2012.

b) Trabajos en obras colectivas

ATWOOD, Emily R., "In Pursuit of Restorative Justice: The South African Truth and Reconciliation Commission in Light of the Rome Statute for the International Criminal Court" en BACKER, Larry Catá (Ed.), *Harmonizing Law in an Era of Globalization: Convergence, Divergence, and Resistance*, Carolina Academic Press, USA, 2007, pp. 55 - 80.

KIRS, Eszter, "Possible Models for the Regulation of Simultaneous Functioning of Truth and Reconciliation Commissions and Criminal Courts" en MATHESON, Michael J. and MOMTAZ, Djamchid, *Les règles et institutions du droit international humanitaire à l'épreuve des conflits armés récents*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2010, pp. 821 - 861.

LLEWELLYN, Jennifer J., "Justice To The Extent Possible - The Relationship Between The International Criminal Court And Domestic Truth Commissions", en DUMONT, Hélène et BOISVERT, Anne-Maire (Eds.), *La voie vers la Cour Pénale Internationale: Tous les chemins mènent à Rome*, Éditions Thémis, Québec, 2004, pp. 327 - 335.

LINDENMANN, Jürg, "Transitional justice and the International Criminal Court: some reflections on the role of the ICC in conflict transformation" en KOHEN, Marcelo G. (Ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law/ La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, *Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2007, pp. 315 – 338.

- PHILIPPE, Xavier, "Les solutions alternatives et complémentaires à la justice pénale internationale : la justice transitionnelle exercée à travers les commissions vérité et réconciliation" en Institut de Sciences Pénales et Criminologie (ISPEC) et Centre de Recherche en Matière Pénale Fernand Boulan (CRMP), *L'actualité de la justice pénale internationale*, Colloque organisé par le Centre de recherche en matière pénale F. Boulan (CRMP) - Faculté de droit (Aix-en-Provence, 12 mai 2007). Sous la direction de Monsieur le Professeur Xavier Philippe et de Madame le Professeur Dominique Viriot-Barrial. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, pp. 131 - 141.
- PHILLIPS, Timothy and ALBON, Mary, "When Prosecution Is Not Possible: Alternative Means of Seeking Accountability for War Crimes", COOPER, Belinda (Ed.), *War Crimes: The Legacy of Nuremberg*, TV Books, New York, 1999, pp. 244- 264.
- RYNGAERT, Cedric, "The principle of complementarity: a means of ensuring effective international criminal justice" en RYNGAERT, Cedric (Ed.), *The Effectiveness of International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, pp. 145 - 172.
- SCHABAS, William A., (Chair), 'Truth Commissions, Accountability and the International Criminal Court', en VAN GENUGTEN, Willem J.M., SCHARF, Michael P. and RADIN, Sasha E., *Criminal Jurisdiction 100 Years After the 1907 Hague Peace Conference : proceedings of the eighth Hague Joint Conference held in The Hague, the Netherlands, 28-30 June 2007*, TMC Asser, The Hague, 2009, pp. 112 - 137.
- SUNGA, Lyal S., "Ten Principles for Reconciling Truth Commissions and Criminal Prosecutions" en DORIA, José, GASSER, Hans-Peter and BASSIOUNI, M. Cherif, *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, pp. 1071 - 1104.

c) Trabajos en revistas científicas

- AKHAVAN, Payam, "Complementarity Conundrums: The ICC Clock in Transitional Times", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, Issue 5, 2016, pp. 1043 - 1059.
- BISSET, Alison, "Rethinking the Powers of Truth Commissions in Light of the ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, Issue 5, 2009, pp. 963 - 982.
- CAMPBELL, Kirsten, "Reassembling International Justice: The Making of 'the Social' in International Criminal Law and Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 8, Issue 1, 2014, pp. 53 - 74.
- DOAK, Jonathan, "The Therapeutic Dimension of Transitional Justice: Emotional Repair and Victim Satisfaction in International Trials and Truth Commissions", *Int'l Crim. L. Rev.*, Vol. 11, 2011, pp. 263 - 298.
- DUKIC, Drazen, "Transitional justice and the International Criminal Court - in 'the interests of justice'?", *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, Num. 867, September 2007, pp. 691 - 718.
- ESSOMBA, S., "Quelle complémentarité entre la justice transitionnelle et la justice pénale internationale ?", *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 84, 2013, pp. 181 - 204.
- FLETCHER, Laurel E. "A Wolf in Sheep's Clothing? Transitional Justice and the Effacement of State Accountability for International Crimes", *Fordham International Law Journal*, Vol. 39, 2016, pp. 447 - 531.

- FLORY, Philippe, "International Criminal Justice and Truth Commissions: From Strangers to Partners?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, 2015, pp. 19 - 42.
- IVERSON, Jens, "Transitional Justice, Jus Post Bellum and International Criminal Law: Differentiating the Usages, History and Dynamics", *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, Issue 3, 2013, pp. 413 - 433.
- LUDWIN KING, Elizabeth B., "Does justice always require prosecution? The International Criminal Court and transitional justice measures", *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, Vol. 45, 2013, pp. 85 - 120.
- MEGRET, Frederic, "Of Shrines, Memorials and Museums: Using the International Criminal Court's Victim Reparation and Assistance Regime to Promote Transitional Justice", *Buff. Hum. Rts. L. Rev.*, Vol. 16, 2010, pp. 1 - 56.
- MÉNDEZ, Juan, "Reconciliación nacional, justicia transicional y el Tribunal Penal Internacional", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N°6, 2002, pp. 473 - 490.
- OKAFOR, Obiora Chinedu and NGWABA, Uchechukwu, "The International Criminal Court as a 'Transitional Justice' Mechanism in Africa: Some Critical Reflections", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, Issue 1, 2015, pp. 90 - 108.
- OLÁSULO ALONSO, Héctor, MATEUS RUGELES y CONTRERAS FONSECA, Andrés, "La naturaleza imperativa del principio 'no hay paz sin justicia' respecto a los máximos responsables del fenómeno de la lesa humanidad y sus consecuencias para el ámbito de actuación de la llamada 'justicia de transición'", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N. 145, 2016, pp. 1 - 18.
- PANEPINTO, Alice, "Transitional Justice: International Criminal Law and Beyond", *Archivio Penale*, N.3, 2014, pp. 1 - 29.
- ROCHE, Declan, "Truth commissions, amnesties and the International Criminal Court", *British Journal of Criminology*, 45, 2005, pp. 565 - 581.
- ROBINSON, Darryl, "Serving the Interest of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, Vol, 14, No.3, 2003, pp. 481 - 505.
- SARKIN, Jeremy, "Enhancing the legitimacy, status, and role of the International Criminal Court globally by using transitional justice and restorative justice strategies", *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 6, Issue 1, 2011 - 2012, pp. 83 - 101.
- SARKIN, Jeremy, "The Role of the International Criminal Court (ICC) in Reducing Massive Human Rights Violations Such as Enforced Disappearances in Africa: Towards Developing Transitional Justice Strategies", *Studies in Ethnicity and Nationalism*, Vol. 11, No. 1, 2011, pp. 130 - 141.
- SEIBERT-FOHR, Anja, "The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003, pp. 553 - 590.
- STAHN, Carsten, "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court" en *Journal of International Criminal Justice*, N°3, 2005, pp. 695 - 720.

- STAHN, Carsten, "United Nations peace-building, amnesties and alternative forms of justice: A change in practice?", *IRRC*, Vol. 84, N° 845, March 2002, pp. 191 - 205.
- SULLO, Pietro, "The ICC as a Transitional Justice Actor: New Space for Victims?", *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol. 11, n.1, 2017, pp. 239 - 275.
- TEITEL, Ruti, "Rethinking Jus Post Bellum in an Age of Global Transitional Justice: Engaging with Michael Walzer and Larry May", *The European Journal of International Law*, Vol. 24, No. 1, 2013, pp. 335 - 342.
- TOTTEN, Christopher D., "The International Criminal Court and Truth Commissions: A Framework for Cross-Interaction in the Sudan and Beyond", *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 7, Issue 1, 2009, pp. 1 - 33.
- VILLA - VICENCIO, Charles, "Why perpetrators should not always be prosecuted: where the International Criminal Court and truth commissions meet", *Emory Law Journal*, Vol. 49, Issue, 1, Winter 2000, pp. 205 - 222.

d) Otros recursos académicos

African Truth and Reconciliation Commission and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *IGD Occasional Paper*, No. 19, July 1999.

II. DERECHO INTERNACIONAL PENAL

1. RECURSOS GENERALES SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL, LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS PROCESOS JUDICIALES PENALES COMO MECANISMO DE JUSTICIA TRANSICIONAL

a) Obras colectivas

- AMBOS, Kai and TRIFFTERER, Otto (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos, Munich-Oxford-Baden-Baden, 2016.
- AMBOS, Kai, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Ad-Hoc, Argentina, 1999.
- AMBOS, Kai (Coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales: Un estudio comparado*, GmbH, Bogotá, 2011.
- AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel y STEINER, Christian (Eds.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*, Fundación Konrad Adenauer, Colombia, 2014.
- AMBOS, Kai, *Temas de Derecho penal Internacional y Europeo. Derechos humanos. Fines de la pena. Ius puniendi. Responsabilidad individual. Crímenes más graves. Derecho penal y guerra. Proceso penal internacional y europeo. Inmunidades*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006.
- AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Vol. I and II*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- AMBOS, Kai y GUERRERO, Oscar Julián (Comp.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999.

- ANKUMAH, Evelyn A. (Ed.), *The International Criminal Court and Africa: One Decade On*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2017.
- BANTEKAS, Ilias, *International Criminal Law*, Hart Publishing, UK, 2010.
- BASSIOUNI, M. Cherif (Ed.), *International Criminal Law. Third Edition*. Koninklijke Brill NV, The Netherlands, 2008.
- BASSIOUNI, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, 2013.
- BASSIOUNI, M. Cherif (Ed.), *Post - Conflict Justice*, Transnational Publishers, New York, 2002.
- BASSIOUNI, M. Cherif (Ed.), *The International Criminal Court: observations and issues before the 1997 - 98 preparatory committee; and administrative and financial implications*, Érès: Nouvelles études pénales, USA, 1997.
- BASSIOUNI, M. Cherif (Ed.), *The pursuit of International Criminal Justice: a world study on conflicts, victimization, and post conflict justice. Vol. 1 and 2*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010.
- BASSIOUNI, M. Cherif (Compiler), *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, Transnational Publishers, New York, 1998.
- BASSIOUNI, M. Cherif and SCHABAS, William A. (Eds.), *The Legislative History of the International Criminal Court. Second Revised and Expanded Edition, Volume 1, 2 and 3*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2016.
- BELLELLI, Roberto (Ed.), *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Ashgate, England, 2010.
- BENEDETTI, Fanny, BONNEAU, Karine and WASHBURN, John L., *Negotiating the International Criminal Court: New York to Rome, 1994 - 1998*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2014.
- BERGSMO, Morten (Ed.), *Active Complementarity: Legal Information Transfer*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2011.
- BERGSMO, Morten (Ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, TOAEP, Oslo, 2010.
- BERGSMO, Morten, WUI LING, Cheah and PING, Yi, (Eds.), *Historical Origins of International Criminal Law*, TOAEP, Brussels, 2014.
- BERNARD, Diane et SCALIA, Damien, *Vingt ans de justice internationale pénale*, La Charte professional publishing, France, 2013.
- BOAS, Gideon and CHIFFLET, Pascale, *International Criminal Justice*, Edward Elgar, UK-USA, 2017.
- BOAS, Gideon, BISCHOFF, James L. and REID, Natalie, *International Criminal Law Practitioner Library*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- BOLLO AROCENA, M.^a Dolores, *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004.
- BROOMHALL, Bruce, *International justice and the International Criminal Court: between sovereignty and the rule of law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

- BROWN, Bartram S. (Ed.), *Research handbook of International Criminal Law*, Edward Elgar, UK, 2011.
- ÇAKMAK, Cenap, *A brief history of International Criminal Law and International Criminal Court*, Palgrave Macmillan, USA, 2017.
- CÁRDENAS ARAVENA, Claudia y FUENTES TORRIJO, Ximena (Coords.), *Corte penal internacional y jurisdicciones estatales: El principio de complementariedad*, Thomson Reuters, Chile, 2012.
- CARRILLO Salcedo (Coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- CARTER, Linda, ELLIS, Mark S. and JALLOH, Charles Chernor, *The International Criminal Court in an Effective Global Justice System*, Edward Elgar, UK-USA, 2016
- CASSESE, Antonio, ACQUAVIVA, Guido, Fan Mary and WHITING, Alex, *International Criminal Law: Cases and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- CASSESE, Antonio, GAETA, Paola and JONES, John R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary (Vol. I and II)*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2002.
- CASSESE, Antonio (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- CASTILLO DAUDÍ, Mireya y SALINAS ALCEGA, Sergio, *Responsabilidad penal del individuo ante los tribunales internacionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- CLARKE, Kamari M., KNOTTNERUS, Abel S. and DE VOLDER, Eefje (Eds.), *Africa and the ICC: Perceptions of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- CRANE, David M., SADAT, Leila N. and SCHARF, Michael P. (Eds.), *The Founders: Four pioneering individuals who launched the first modern-era international criminal tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- CRYER, Robert, FRIMAN, Hakan, ROBINSON, Darryl, WILMSHURST, Elizabeth, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010 (2^{ed.}).
- CRYER, Robert, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- DE VOS, Christian, KENDALL, Sara and STAHN, Carsten (Eds.), *Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- DU PLESSIS, Max (Ed.), *African Guide to International Criminal Justice*, Institute for Security Studies, South Africa, 2008.
- DU PLESSIS, Max, *The International Criminal Court that Africa wants*, Institute for Security Studies, South Africa, 2010.
- EL ZEIDY, Mohamed M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2008.
- FERNANDEZ, Julian (Dir.), *Justice pénale internationale*, CNRS Éditions, Paris, 2016.

- FERNANDEZ, Julian and PACREAU, Xavier (Dirs.), *Statut de Rome de La Cour pénale internationale. Commentaire article par article, Vol. I et II*, Editions A. Pedone, Paris, 2012.
- FERNÁNDEZ RUÍZ-GÁLVEZ, Encarnación, *¿Estados fallidos o Estados en crisis?*, Comares, Granada, 2009.
- GIL GIL, Alicia y MACULAN, Elena (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016.
- GRECIANO, Philippe, *Justice pénale internationale : Les nouveaux enjeux de Nuremberg à La Haye*, Mare&Martin, France, 2016.
- HALDEMANN, Frank and UNGER, Thomas, *The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law Series, Oxford, 2018.
- HENCKAERTS, Jean-Marie and DOSWALD-BECK, Louise, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- ICHRDD, *Accountability for Serious International Crimes: Towards the Creation of the International Criminal Court*, 1998.
- IMOEDEMHE, Ovo Catherine, *The Complementarity Regime of the International Criminal Court: National Implementation in Africa*, Springer, United Kingdom, 2017.
- ISRAËL, Liora and MOURALIS, Guillaume (Eds.), *Dealing with Wars and Dictatorships. Legal Concepts and Categories in Action*, T.M.C Asser Press, The Hague, 2014.
- JALLOH, Charles Chernor and BANTEKAS, Ilias (Eds.), *The International Criminal Court and Africa*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- KAYITANA, Evode, *Complementarity, State Sovereignty and Universal Jurisdiction: A South African Perspective*, Galda Verlag, Glienicke, 2016.
- KERR, Rachel and MOBEKK, Eirin, *Peace and Justice: Seeking Accountability after War*, Polity Press, UK, 2007.
- KER, Rachel, *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: An Exercise in Law, Politics and Diplomacy*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- KERSTEN, Mark, *Justice in Conflict: The Effects of the International Criminal Court's Interventions on Ending Wars and Building Peace*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- KLEFFNER, Jann K., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- KLEFFNER, Jann K. and KOR, Gerben (Eds.), *Complementary views on complementarity: Proceeding of the International Roundtable on the Complementary Nature of the International Criminal Court, Amsterdam, 25/26 June 2004*, T.M.C. Asser press, The Hague, 2006.
- KLOSS, Bertram, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court: Towards a more Principled Approach*, Herbert Utz Verlag, München, 2017.
- LEE, Roy S. (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999.

- LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., *La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001.
- LUTZ, Ellen L. and REIGER, Caitlin (Eds.), *Prosecuting Heads of State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- MACEDO, Stephen (Ed.), *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 2004.
- MAISON, Rafaëlle, *Justice pénale internationale*, Presses Universitaires de France/Humensis, Paris, 2017.
- MINOW, Martha, TRUE-FROST, C. Cora and WHITING, Alex (Eds.), *The First Global Prosecutor: Promise and Constraints*, University of Michigan Press, USA, 2015.
- NATARAJAN, Mangai (Ed.), *International Crime and Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- OLÁSOLO, Héctor, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005.
- PASTOR, Daniel R., *El poder penal internacional: Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona, 2006.
- PIKIS, Georghios M., *The Rome Statute for the International Criminal Court. Analysis of the Statute, the Rules of Procedure and Evidence, the Regulations of the Court and Supplementary Instruments*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2010.
- POLITI, Mauro and NESI, Giuseppe (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A challenge to impunity*, Ashgate, England, 2001.
- QUEL LÓPEZ, F. Javier (Ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Coedición de la Escuela Diplomática, la AEPDIRI y el BOE, Madrid, 2000.
- QUÈNIVET, Noëlle and SHAH-DAVIS, Shilan, *International Law and Armed Conflict: Challenges in the 21st Century*, TMC Asser Press, The Hague, 2010.
- QUESADA ALCALÁ, Carmen, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- RATNER, Steven R., ABRAMS, Jason S. and BISCHOFF, James L., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- RAZESBERG, Florian, *The International Criminal Court: The Principle of Complementarity*, Peterlang, Germany, 2006.
- ROHT - ARRIAZA, Naomi (Ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, New York - Oxford, 1995.
- SADAT, Leila Nadya, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, Transnational Publishers, Ardsley-New York, 2002.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- SANDS, Philippe (Ed.), *From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

- SCHABAS, William A. and BERNAZ, Nadia (Eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, London-New York, 2011.
- SCHABAS, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017 (5^aed.).
- SCHABAS, William A., MCDERMOTT, Yvonne and HAYES, Niamh (Eds.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, Ashgate, England, 2013.
- SCHABAS, William A. (Ed.), *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- SCHABAS, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, United Kingdom, 2016 (2^oed.).
- SCHABAS, William A., *The UN International Criminal Tribunals. The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- SCHABAS, William, *Unimaginable Atrocities: Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford Scholarship Online, Oxford, 2012.
- SCHENSE, Jennifer and CARTER, Linda (Ed.), *Two Steps Forward, One Step Back: The Deterrent Effect of International Criminal Tribunals*, TOAEP, Brussels, 2017.
- SCOVAZZI, Tullio and CITRONI, Gabriella, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007.
- SEILS, Paul, *Manual de complementariedad: Una introducción al papel de los tribunales nacionales y la de CPI en el enjuiciamiento de crímenes internacionales*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2018.
- SIKKINK, Kathryn, *La cascada de la justicia. Cómo los juicios de lesa humanidad están cambiando el mundo de la política*, Gedisa, Barcelona, 2016.
- SLUITER, Göran and VASILIEV, Sergey (Eds.), *International Criminal Procedure: Towards a coherent body of law*, Cameron May, UK, 2009.
- SMEULERS, Alette and GRÜNFELD, Fred, *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations: A Multi- and Interdisciplinary Textbook*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, 2011.
- STAHN, Carsten, *A critical introduction to International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- STAHN, Carsten (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015
- STAHN, Carsten and EL ZEIDY, Mohamed M (Eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- STAHN, Carsten and SLUITER, Gören (Eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2009.
- STAHN, Carsten, EASTERDAY, Jennifer S. and IVERSON, Jens (Eds.), *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

- STAHN, Carsten and KLEFFNER, Jann K. (Eds.), *Jus Post Bellum: Towards a Law of Transition from Conflict to Peace*, Asser Press, The Hague, 2008.
- STEGMILLER, Ignaz, *The Pre-Investigation Stage of the ICC: Criteria for Situation Selection*, Duncker und Humblot, Berlin, 2009.
- STEINBERG, Richard H. (Ed.), *Contemporary Issues Facing the International Criminal Court*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2016.
- STIGEN, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008.
- TOCHILOVSKY, Vladimir, *The law and jurisprudence of the International Criminal Tribunals and Courts: Procedure and Human Rights Aspects*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014 (2ªed.).
- TOFAN, C., and van der Wolf, R. (Eds.), *The Long and Winding Road to... Rome: A Brief History of the ICC*, International Courts Association, The Netherlands, 2011.
- VAN DEN HERIK, Larissa and Stahn, Carsten (Eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, MartinusNijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012.
- VAN DER WOLF, W. and TOFAN, C. (Eds.), *Documentary History of the International Criminal Court*, International Courts Association Press, 2009.
- VAN DER WOLF, Willem, *The Ad hoc tribunals and the International Criminal Court and International criminal law*, International Courts Association, The Hague, 2011.
- WEGNER, Patrick S., *The International Criminal Court in Ongoing Intrastate Conflicts: Navigating the Peace-Justice Divide*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- WERLE, Gerhard, FERNANDEZ, Lovell and VORMBAUM, Moritz (Eds.), *Africa and the International Criminal Court*, Springer, The Hague, 2014.
- WERLE, Gerhard, *Tratado de derecho penal internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011 (2ª ed.).
- ZAKERHOSSEIN, Mohammad Hadi, *Situation Selection Regime at the International Criminal Court: Law, Policy, Practice*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2017.
- ZAPPALÀ, Salvatore, *Qué es la justicia penal internacional*, Edición Proteus, Capalledes, 2010.

b) Trabajos en obras colectivas

- CASSEL, Douglas, "Las mejores prácticas para el procesamiento judicial de las violaciones de derechos humanos", en MACEDO, Francisco (Coord), *Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos*, Idehpucp, Perú, 2007, pp. 167 - 174.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, "Viejos retos y nuevas amenazas para el sistema de justicia penal internacional: del sentido e importancia estructurales del principio de complementariedad y del deber de cooperar con la Corte Penal Internacional" en LÓPEZ MARTÍN (Ed.) y CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (Coord.), *Nuevos retos y amenazas a la protección de los derechos humanos en la era de la globalización*, Tirant lo blanch, Valencia, 2016, pp. 211 - 234.

- CRYER, Robert, "Selectivity in International Criminal Law" en MEDJOUBA, Faria (Ed.), *Building peace in post-conflict situations. ATLAS*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2012, pp.153 - 191.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, "Consideraciones finales: límites y significado de la Corte Penal Internacional" en GARCÍA ARÁN, Mercedes y LÓPEZ GARRIDO, Diego (Coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal: El caso Pinochet*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 265 - 269.
- HUESA VINAIXA, Rosario, "Las `cláusulas derogatorias´ de los Convenios de Derechos Humanos en el marco de la guerra global contra el terrorismo", SOROETA LICERAS, Juan (Ed.), *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Volumen XI, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2011, pp. 149 - 173.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, "Uso de la fuerza, consejo de seguridad y corte penal internacional: la represión penal del crimen de agresión" en HUESA VINAIXA, Rosario (Coord.), *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva: intersección de sistemas; estudios en homenaje al profesor Eloy Ruiloba Santana*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 219-259.
- SCHABAS, William A., "Gravity and the International Criminal Court" en EBOE - OSUJI, Chile (Ed.), *Protecting Humanity: Essays in International Law and Policy in Honour of Navanethem Pillay*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, 2010, pp. 689 - 706.
- TRUCHE, Pierre, "Deux réponses africaines à des crimes contre l'humanité" en MARGUENAUD, Jean-Pierre, MASSE, Michel et POULET-GIBOT LECLERC, Nadien (Eds.), *Apprendre à douter : Questions de droit, Questions sur le droit*, Presses Universitaire Limoges, Limoges, 2004, pp. 775 - 780.
- WOUTERS, Jan and CHAN, Kenneth, "Policies, Not Politics: The Pursuit of Justice in Prosecutorial Strategy at the International Criminal Court" en MULLER, Sam and ZOURIDIS, Stavros (Eds.), *Law and Justice: A Strategy Perspective*, TOAEP, The Hague, 2012, pp. 143 - 168.

c) Trabajos en revistas científicas

- AKHAVAN, "Whither National Courts? The Rome Statute's Missing Half: Towards an Express and Enforceable Obligation for the National Repression of International Crimes", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, pp. 1245 - 1266.
- AMBOS, Kai and STEGMILLER, Ignaz, "Prosecuting international crimes at the International Criminal Court: is there a coherent and comprehensive prosecution strategy?", *Crime Law Soc Change*, Vol. 59, 2013, pp. 415 - 437.
- AMBOS, Kai, "El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma): Un análisis sistemático de la compleja relación entre jurisdicciones nacionales y la Corte Penal Internacional", *Indret*, Barcelona, abril 2010, pp. 1 - 47.
- APTEL, Cécile, "Prosecutorial Discretion at the ICC and Victims' Right to Remedy: Narrowing the Impunity Gap", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 1357 - 1375.
- ARMENIAN, Andre Vartan, "Selectivity in International Criminal Law: An Assessment of the `Progress Narrative´", *International Criminal Law Review*, Vol. 16, Issue 4, 2016, pp. 642 - 672.

- BASSIOUNI, M. Cherif, "Justice and Peace: The Importance of Choosing Accountability Over Realpolitik", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 35, Num. 2, 2003, pp. 191 - 204.
- BIRN, Ruth Bettina, "How often Must We Re-Invent the Wheel? Reflections on the Most Efficient Structure of Prosecutions Offices in International Courts and Why It Is Not Generally Used", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 30, 2017, pp. 987 - 1002.
- BLATTMANN, René and BOWMAN, Kirsten, "Achievements and Problems of the International Criminal Court: A View from Within", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, 2008, pp. 711 - 730.
- BOLLO AROCENA, M.^a Dolores, "La declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional (artículo 12.3 del ECPI). De la formulación estatutaria a su puesta en práctica (Costa de Marfil, Uganda, Palestina, Ucrania...)", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 31, 2016, pp. 1 - 34.
- BOSCO, David, "Discretion and State Influence at the International Criminal Court: The Prosecutor's Preliminary Examinations", *The American Journal of International Law*, Vol 111, Issue 2, 2017, pp. 395 - 414.
- BRUBACHER, Matthew R., "Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 71 - 95.
- BUCHAN, Russell, "The Mavi Marmara incident and the International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, Vol. 25, 2014, pp. 465 - 503.
- BURKE-WHITE, William W., "Implementing a policy of positive complementarity in the Rome system of justice", *Criminal Law Forum*, Vol. 18, 2008, pp. 59 - 85
- CALVET MARTÍNEZ, Elisenda, "Impunidad" en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N°10, abril - septiembre 2016, pp. 144 - 157.
- CÁRDENAS ARAVENA, Claudia, "Revisión crítica del criterio 'interés de la justicia' como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18 N° 1, 2011, pp. 21 - 47.
- CARNERO ROJO, Enrique, "The Role of Fair Trial Considerations in the Complementarity Regime of the International Criminal Court: From 'No Peace without Justice' to 'No Peace with Victor's Justice'?", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 18, Issue 4, 2005, pp. 829 - 869.
- CASSESE, Antonio, "Is the ICC Still Having Teething Problems?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006, pp. 434 - 441.
- CASSESE, Antonio, "The ICTY: A Living and Vital Reality", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 585 - 597.
- CHARITY, Matthew H., "Defying Gravity: The Development of Standards in the International Prosecution of International Atrocity Crimes", *Indiana International and Comparative Law Review*, Vol. 23, 2013, pp. 429 - 477.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, "El concepto de impunidad a la luz del Derecho internacional: una aproximación sistémica desde el Derecho internacional penal y el Derecho internacional de los derechos humanos" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 24, 2012, pp. 1 - 31.

- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, "Impunidad, sistema de Justicia, estado de Derecho y democracia. ¿Es peor la impunidad que el crimen en sí mismo?", *Espacio Abierto-Revista del Centro de Investigación y Estudios Judiciales*, N. 20, 2014, pp. 18 - 22.
- CLARK, Thomas Hethe, "The Prosecutor of the International Criminal Court, Amnesties, and the "Interest of Justice": Striking a Delicate Balance", *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 4, Issue 2, 2005, pp. 389 - 414.
- CROQUET, Nicolas A.J., "The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights: A Mirror of the European Court of Human Rights' Jurisprudence", *Human Rights Law Review*, Vol. 11, Issue 1, 2011, pp. 91 - 131.
- DAVIDSON, Alex, "Human Rights Protection before the International Criminal Court: Assessing the Scope and Application of Article 21(3) of the Rome Statute", *International Community Law Review*, Vol. 18, 2016, pp. 72 - 101.
- DAVIS, Cale, "Political Considerations in Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court", *International Criminal Law Review*, Vol. 15, 2015, pp. 170 - 189.
- DE FROUVILLE, Olivier, "The Influence of the European Court of Human Rights' Case Law on International Criminal Law of Torture and Inhuman or Degrading Treatment", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, pp. 633 - 649.
- DE GUZMAN, Margaret M., "Choosing to prosecute: expressive selection at the International Criminal Court", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 33, 2012, pp. 265 - 320.
- DE GUZMAN, Margaret M., "Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court", *Fordham International Law Journal*, Vol. 32, 2009, pp. 1400 - 1465.
- DE GUZMAN, Margaret M., "The International Criminal Court's Gravity Jurisprudence at Ten", *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 12, 2013, pp. 475 - 486.
- DEL PONTE, Carla, "Investigation and Prosecution of Large-scale Crimes at the International Level: The Experience of the ICTY", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006, pp. 539 - 558.
- DEL PONTE, Carla, "Prosecuting the Individuals Bearing the Highest Level of Responsibility", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 516 - 519.
- DEPREZ Christophe, "Extent of Applicability of Human Rights Standards to Proceedings before the International Criminal Court: On Possible Reductive Factors", *International Criminal Law Review*, Vol. 12, 2012, pp. 721 - 741.
- DE SOUEZA DIAS, Talita, "'Interests of justice': Defining the scope of Prosecutorial discretion in Article 53(I)(c) and (2)(c) of the Rome Statute of the International Criminal Court", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 30, 2017, pp. 731 - 751.
- DONDÉ MATUTE, Javier, "La política criminal de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional para el inicio de investigaciones", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIV, 2014, pp. 31 - 76.
- FORD, Stuart, "The International Criminal Court and Proximity to the Scene of the Crime: Does the Rome Statute Permit All of the ICC's Trials to Take Place at Local or Regional Chambers", *John Marshall Law Review*, Vol. 43, 2010, pp. 715 - 752.
- EBERECHI, Ifeonu, "Rounding up the Usual Suspects: Exclusion, Selectivity, and Impunity in the Enforcement of International Criminal Justice and the African Union's Emerging Resistance", *African Journal of Legal Studies*, Vol. 4, 2011, pp. 51 - 84.

- EL ZEIDY, Mohamed, "The gravity threshold under the Statute of the International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, Vol. 19, 2008, pp. 35 - 57.
- EL ZEIDY, Mohamed M., "The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 23, Issue 4, 2002, pp. 869 - 975.
- ENGLE, Karen, "Anti-impunity and the turn to criminal law in human rights", *Cornell Law Review*, Vol. 100, 2015, pp. 1069 - 1128.
- ESCOBAR HERNANDEZ, Concepción, "La Corte Penal Internacional en construcción: nuevos retos veinte años después de la Conferencia de Roma", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70/2, 2018, pp. 209 - 215.
- EZENNIA, Celestine Nchekwube, "The Modus Operandi of the International Criminal Court System: An Impartial or a Selective Justice Regime?", *International Criminal Law Review*, Vol. 16, Issue 3, 2016, pp. 448 - 479.
- FOSTER, Jacob N., "A Situational Approach to Prosecutorial Strategy at the International Criminal Court", *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 47, 2016, pp. 439 - 505.
- FRY, Elinor, "Between show trials and sham prosecutions: the Rome Statute's potential effect on domestic due process protections", *Criminal Law Forum*, Vol. 23, 2012, pp. 35 - 62.
- GALLAVIN, Chris, "Prosecutorial discretion within the ICC: under the pressure of justice", *Criminal Law Forum*. Vol. 17, 2006, pp. 43 - 58.
- GREENAWALT, Alexander K.A., "Justice without politics? Prosecutorial discretion and the International Criminal Court", *International Law and Politics*, Vol. 39, 2007, pp. 583 - 673.
- GOLDSTON, James A., "More Candour about Criteria: The Exercise of Discretion by the Prosecutor of the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, pp. 383 - 406.
- GOLDSTONE, Richard, "A view from the prosecution", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 380 - 384.
- GOLDSTONE, Richard J. and FRITZ, Nicole, "In the Interest of Justice and Independent Referral: The ICC Prosecutor's Unprecedented Powers", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 13, Issue 3, 2000, pp. 655-667.
- HAFETZ, Jonathan, "Fairness, Legitimacy, and Selection Decision in International Criminal Law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 50, 2017, pp. 1133 - 1171.
- HARMON, Mark B. and GAYNOR, Fergal, "Prosecuting Massive Crimes with Primitive Tools: Three Difficulties Encountered by Prosecutors in International Criminal Proceedings", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 403 - 426.
- HELLER, Kevin Jon, "The shadow side of complementarity: the effect of article 17 of the Rome Statute on national due process", *Criminal Law Forum*, Vol. 17, 2006, pp. 255 - 280.
- HUESA VINAIXA, Rosario, "El Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", Ponencia realizada en los *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz*, 1994. Disponible online en: <https://www.ehu.es/es/web/cursosderechointernacionalvitoria/-/el-tribunal->

internacional-para-juzgar-los-crímenes-cometidos-en-la-ex-yugoeslavia-y-la-sancion-internacional-de-los-crímenes-contrala-paz-y-la-seguri

- JAIMES-AMADO, María Cecilia y PRIETO-SANJUÁN, Rafael A., "Justicia y paz, o cuando todos los caminos conducen a... ¡La Haya!", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Núm. 17, 2010, pp. 165 - 230.
- JESSBERGER, Florian and GENEUSS, Julia, "The Many Faces of the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 1081 - 1094.
- JONES, Annika, "Insights into an Emerging Relationship: Use of Human Rights Jurisprudence at the International Criminal Court", *Human Rights Law Review*, Vol. 16, 2016, pp. 701 - 729.
- KAUFMAN, Zachary D., "The Prospects, Problems and Proliferation of Recent UN Investigations of International Law Violations", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 16, 2018, pp. 93 - 112.
- KELLER, Linda M., "The False Dichotomy of Peace versus Justice and the International Criminal Court", *Hague Justice Journal*, Vol. 3, Nº1, 2008, pp. 12 - 47.
- KOOREN, Michael, "The International Criminal Court on Trial: A Conversation with Fatou Bensouda", *Foreign Affairs*, Vol. 96, 2017, pp. 48 - 53.
- LEWKOWICZ, Gregory, "Jus Post Bellum : vieille antienne ou nouvelle branche du droit ? Sur le mythe de l'origine vénérable du Jus Post Bellum", *Revue Belge de Droit International/Belgian Review of International Law*, 2011, Vol. 44, No.1, pp. 9 - 25.
- LONGOBARDO, Marco, "Everything Is Relative, Even Gravity: Remarks on the Assembly of Gravity in ICC Preliminary Examinations, and the *Mavi Marmara* Affair", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, 2016, pp. 1011 - 1030.
- LOVAT, Henry, "Delineating the interests of justice", *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 35, Issue 2, 2007, pp. 275 - 286.
- MALARINO, Ezequiel, "Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º9, enero 2013, pp. 205 - 222.
- McDONALD, Avril and HAVEMAN, Roelof, "Prosecutorial Discretion - Some Thoughts on 'Objectifying' the Exercise of Prosecutorial Discretion by the Prosecutor of the ICC", *Expert consultation process on general issues relevant to the ICC Office of the Prosecutor*, 15 April 2003.
- MAY, Larry, "Jus Post Bellum Proportionality and the Fog of War", *The European Journal of International Law*, Vol. 24, No. 1, 2013, pp. 315 - 333.
- MÉNDEZ, Juan E., "Responsabilización por los abusos del pasado", *Revista de Relaciones Internacionales*, Vol. 6, Núm. 13, 1997, pp. 1 - 20.
- MEYER, Frank, "Complementing Complementarity", *International Criminal Law Review*, Vol. 6, 2006, pp. 549 - 583.
- MORENO Ocampo, Luis, "Keynote Address: Integrating the Work of the ICC into Local Justice Initiatives", *American University International Law Review*, Vol. 21, Issue 4, 2005, pp. 497 - 503.

- MURPHY, Ray, "Gravity issues and the International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, Vol. 17, 2006, pp. 281 - 315.
- NSEREKO, Daniel D. Ntanda, "Prosecutorial discretion before national courts and international tribunals", *Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor*, 2004.
- NSEREKO, Daniel, "The ICC and Complementarity in Practice", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 26, 2013, pp. 427 - 447.
- OREND, Brian, "Jus Post Bellum: The Perspective of a Just-War Theorist", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 20, Issue 3, 2007, pp. 571 - 591.
- ORENTLICHER, Diane F., "Setting Accounts' Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007, pp. 10 - 22.
- ORENTLICHER, Diane F, "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *The Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 8, 1991, pp. 2537 - 2615.
- ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, "La cooperación internacional contra la impunidad: llenando los vacíos de la jurisdicción territorial", Ponencia realizada en los *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz*, 2000. Disponible online en: <https://www.ehu.es/es/web/cursosderechointernacionalvitoria/-/cooperacion-internacional-contra-la-impunidad-llenando-los-vacios-de-la-jurisdiccion-territorial>
- ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, "La obligación *aut dedere aut iudicare* y su cumplimiento en España", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/2, 2016, pp. 207 - 228.
- OSIEL, Mark, "How Should the ICC Office of the Prosecutor Choose its Cases? The Multiple Meaning of 'Situational Gravity'", *The Hague Justice Portal*, March 2009.
- ÖSTERDAHL, Inger and VAN ZADEL, Esther, "What Will Jus Post Bellum Mean? Of New Wine and Old Bottles", *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 14, No. 2, 2009, pp. 175 - 207.
- PIERET, Julien et HEBERT-DOLBEC, Marie - Laurence, "La justice pénale internationale comme projet politique et sélectif : une exploration de plusieurs zones d'ombre de la pénalité internationale", *Revue Québécoise de Droit International*, Hors-série décembre 2015, pp. 1 - 13.
- PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge, "La Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales a la luz del principio de complementariedad", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 31, 2015, pp. 115 - 154.
- POHRIB, Aurelia Marina, "Frustrating Noble Intentions: The Clash between ICC's Deterrent Effects and the Prosecutor's Policy of Focused Investigations on Perpetrators Situated at the Highest Echelons of Responsibility", *International community Law Review*, Vol. 15, 2013, pp. 225 - 236.
- PONS, Niccolo and DUKIC, Dražan, "Perspectives on the Interplay between the Inter-American Court of Human Rights and the International Criminal Court", *Inter-american and European Human Rights Journal*, Vol. 7, 2014, pp. 159 - 173.
- PUES, Anni, "Towards the 'Golden Hour'? A Critical Exploration of the Length of Preliminary Examinations", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 2017, pp. 435 - 453.

- QUEL LÓPEZ, Francisco Javier y BOLLO AROCENA, M.^a Dolores, "La Corte Penal Internacional: ¿Un instrumento contra la impunidad?", en Blanc Altemir, Antonio (Ed.), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 147 - 168.
- RADULETU, Sebastian, "National Prosecutions as the Main Remedy in Cases of Massive Human Right Violations: An Assessment of the Approach of the European Court of Human Rights", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, 2015, pp. 449 - 468.
- RASTAN, Rod, "What is a 'case' for the purpose of the Rome Statute", *Criminal Law Forum*, Vol. 19, 2008, pp. 435 - 448.
- RASTAN, Rod, "What is 'Substantially the Same Conduct'? Unpacking the ICC's 'First Limb' Complementarity Jurisprudence", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 2017, pp. 1 - 29.
- RELVA, Hugo A., "Three Propositions for a Future Convention on Crimes Against Humanity: The Prohibition of Amnesties, Military Courts, and Reservations", *Journal of International Criminal Justice*, Advance articles, 12 October 2018, pp. 1 - 19.
- ROBINSON, Darryl, "The mysterious mysteriousness of complementarity", *Criminal Law Forum*, Vol. 21, 2010, pp. 67 - 102.
- RODMAN, Kenneth A., "Is Peace in the Interests of Justice? The Case for Broad Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, 2009, pp. 99 - 126.
- ROTH-ARRIAZA, Naomi, "Combating Impunity: Some Thoughts on the Way Forward", *Law and Contemporary Problems*, 59, Fall 1996, pp. 93-102.
- ROTH-ARRIAZA, Naomi, "State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law", *California Law Review*, Vol. 78, Issue 2, 1990, pp. 449 - 513.
- ROTHER, Dawn K. and COLLINS, Victoria E., "The International Criminal Court: A Pipe Dream to End Impunity", *International Criminal Law Review*, Vol. 13, 2013, pp. 191 - 209.
- SACOUTO, Susana and CLEARY, Katherine, "The Gravity Threshold of the International Criminal Court", *American University Washington College of Law*, Vol. 23, 2008, pp. 807 - 854.
- SAROOSHI, Dan, "Prosecutorial Policy and the ICC: Prosecutor's *Proprio Motu* Action or Self-Denial?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 940 - 943.
- SCHABAS, William A., "'Complementarity in practice': Some uncomplimentary thoughts", *Criminal Law Forum*, Vol. 19, 2008, pp. 5 - 33.
- SCHABAS, William A., "International Criminal Tribunals: A Review of 2007", *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 6, Issue 3, 2008, pp. 382 - 414.
- SCHABAS, William A., "Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, 2008, pp. 731 - 761.
- SCHABAS, William A., "Synergy or Fragmentation? International Criminal Law and the European Convention on Human Rights", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, pp. 609 - 632.

- SCHABAS, William A., "Victor's Justice: Selecting Situations at the International Criminal Court", *The John Marshall Law Review*, Vol. 43, 2010, pp. 535 - 552.
- SCHARF, Michael, "The letter of the law: the scope of the international legal obligation to prosecute human rights crimes", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, No. 4, 1996, pp. 41 - 61.
- SHEPPARD, Daniel, "International Criminal Court and Internationally Recognized Human Rights: Understanding Article 21(3) of the Rome Statute", *International Criminal Law Review*, Vol. 10, 2010, pp. 43 - 71.
- SIMONOVIC, Ivan, "Dealing with the Legacy of Past War Crimes and Human Rights Abuses: Experiences and Trends", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 701 - 710.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "¿Nullim crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor", en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. 29, Nº 86-87, 2008, pp. 149 - 171.
- SLUITER, Göran, "Fairness and the Interests of Justice: Illusive Concepts in the *Milosevic* Case", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 9 - 19.
- SMEULERS, Alette, WEERDESTIEN, Maartje and HOLA, Barbora, "The Selection of Situations by the ICC: An Empirically Based Evaluation of the OTP's Performance", *International Criminal Law Review*, Vol. 15, 2015, pp. 1 - 39.
- SMITH, Stephen Eliot, "Inventing the Laws of Gravity: The ICC's Initial *Lubanga* Decision and its Regressive Consequences", *International Criminal Law Review*, Vol. 8, 2008, pp. 331 - 352.
- STAHN, Carsten, "Complementarity: A tale of two notions", *Criminal Law Forum*, Vol. 19, 2008, pp. 87 - 113.
- STAHN, Carsten, "Damned If You Do, Damned If You Don't: Challenges and Critiques of Preliminary Examinations at the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 2017, pp. 413 - 434.
- STAHN, Carsten, "'Jus ad bellum', 'jus in bello'... 'jus post bellum'? Rethinking the Conception of the Law of Armed Force", *The European Journal of International Law*, Vol. 17, No. 5, 2007, pp. 921 - 943.
- STAHN, Carsten, "Jus Post Bellum: Mapping the Discipline(s)", *American University International Law Review*, Vol. 23, Issue 2, 2007, pp. 311 - 347.
- STEGMILLER, Ignaz, "The Gravity Threshold under the ICC Statute: Gravity Back and Forth in *Lubanga* and *Ntaganda*", *International Criminal Law Review*, Vol. 9, 2009, pp. 547 - 565.
- TAKEMURA, Hitomi, "Big Fish and Small Fish Debate - An Examination of the Prosecutorial Discretion", *International Criminal Law Review*, Vol. 7, 2007, pp. 677 - 685.
- VAN DER MERWE, H.J., "The Show Must Not Go on: Complementarity, the Due Process Thesis and Overzealous Domestic Prosecutions", *International Criminal Law Review*, Vol. 15, 2015, pp. 40 - 75.
- VAN DER WILT, Harmen and LYNGBORF, Sandra, "Procedural Obligations under the European Convention on Human Rights: Useful Guidelines for the Assessment of

- Unwillingness and Inability in the Context of the Complementarity Principle", *International Criminal Law Review*, Vol. 9, 2009, pp. 39 - 75.
- VARAKI, Maria, "Revisiting the 'Interests of Justice' Policy Paper", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 2017, pp. 455 - 470.
- VIANES, Emmanuel, "Le jus post bellum: rupture ou continuité", *Études internationales*, Vol. 44, n° 4, 2013, pp. 621 - 639.
- WAR CRIMES RESEARCH OFFICE, "Investigative management, strategies, and techniques of the International Criminal Court's Office of the Prosecutor", *International Criminal Court Legal Analysis and Education Project*, October 2012.
- WEBB, Philippa, "The ICC Prosecutor's Discretion Not to Proceed in the Interests of Justice", *Criminal Law Quarterly*, Vol. 50, 2005, pp. 305 - 348.
- WEDGWOOD, Ruth, "The International Criminal Court: An American View", *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 1, 1999, pp. 97 - 107.
- ZIMMERMANN, Andreas, "Finally... Or Would Rather Less Have Been More? The Recent Amendment on the Deletion of Article 124 of the Rome Statute and the Continued Quest for the Universality of the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, 2016, pp. 505 - 517.

2. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA PAZ Y LA SEGURIDAD INTERNACIONAL: LA PAZ, EL CONSEJO DE SEGURIDAD, LOS CONFLICTOS ARMADOS, LOS ACUERDOS DE PAZ Y EL DEBATE PAZ VS. JUSTICIA

a) Obras monográficas

- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Declaración de Luarca sobre el Derecho Humano a la Paz*, AEDIDH, España, 2010.
- BAILLIET, Cecilia Marcela and LARSEN, Kljetil Mujezinovic (Eds.), *Promoting Peace Through International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- BELL, Christine, *On the Law of Peace: Peace Agreements and the Lex Pacificatoria*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- BELL, Christine, *Peace Agreements and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- BERGSMO, Morten and Kalmanovitz, Pablo (Eds.), *Law in Peace Negotiations*, FICHL Publication Series, Oslo, 2010.
- ESCUADERO ESPINOSA, Juan Francisco, *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad: Hacia la paz por la justicia*, Dilex, Madrid, 2004.
- GARRIDO GÓMEZ, M.^a Isabel (Ed.), *El derecho a la paz como derecho emergente*, Atelier, Barcelona, 2011.
- KÖCHLER, Hans, *The Security Council as Administrator of Justice? Reflections on the Antagonists Relationship between Power and Law*, Vienna, 2011.
- MENDES, Errol P., *Peace and Justice at the International Criminal Court: A court of Last Resort*, Edward Elgar, UK-USA, 2010.

- RAMÓN CHORNET, Consuelo y DE LUCAS MARTÍN, Javier, *Querela pacis, perpetua? Una reivindicación del Derecho internacional*, Publicacions de la Universitat de València, Valencia, 2006.
- RUEDA CASTAÑÓN, Carmen Rosa y VILLÁN DURÁN, Carlos (Eds.), *La Declaración de Luarca sobre el Derecho Humano a la Paz*, AEDIDH, España, 2008 (2ed.).
- VILLÁN DURÁN, Carlos y FALEH PÉREZ, Carmelo (Eds.), *Contribuciones regionales para una declaración universal del derecho humano a la paz*, AEDIDH, España, 2010.
- WADDELL, Nicholas and CLARK, Phil (Eds.), *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa*, The Royal African Society, 2008.
- YOUNG, Nigel J. (Ed.), *The Oxford International Encyclopedia of Peace*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

b) Trabajos en obras colectivas

- ALAMUDDIN, Amal, "The Role of the Security Council in Starting and Stopping Cases at the International Criminal Court: Problems of Principle and Practice" en ZIDAR, Andraz and BEKOU, Olympia (Eds.), *Contemporary Challenges for the International Criminal Court*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2014, pp. 103 - 130.
- ANDERSON, Kjell, "The universality of war: Jus ad bellum and the right to peace in non-international armed conflicts" en KEANE, David and McDERMOTT, Yvonne (Eds.), *The Challenge of Human Rights: Past, Present and Future*, Edward Elgar, UK-USA, 2012, pp. 52 - 73.
- BERMAN, Franklin, "The relationship between the International Criminal Court and the Security Council", en VON HEBEL, Lammers and SCHUKKING (Eds.), *Reflections on the International Criminal Court: Essays in Honour of Adriaan Bos*, T.M.C Asser Press, The Hague, 1999, pp. 173 - 180.
- DENIS, Catherine, "Problèmes liés à l'application des articles 16 et 98.2 du Statut de Rome : quelques commentaires sur deux obstacles potentiels à l'exercice par la Cour de sa compétence" en *La Belgique et la Cour Pénale Internationale : Complémentarité et coopération. Actes du colloque du 17 Mai 2004*, Bruylant, 2005, pp. 109 - 136.
- ELIAS, Olufemi, "The law of treaties and the relationship between the Security Council and the International Criminal Court" en CRAVEN, M. and FITZMAURICE, M. (Eds.), *Interrogating the Treaty: Essays in the Contemporary Law of Treaties*, The Netherlands, Wolf Legal Publishers, 2005, pp. 177 - 192.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, "Corte penal internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable", MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. (Ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 243 - 264.
- GARGIULO, Pietro, "The controversial relationship between the International Criminal Court and the Security Council", en LATTANZI, Flavia and SCHABAS, William A. (Eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, Vol. 1*, Editrice il Sirente, Rome, 2000, pp. 67 - 103.
- HAYNER, Priscilla, "Negotiating Justice: The Challenge of Addressing Past Human Rights Violations" en DARBY, John and GINTY, Roger Mac (Eds.), *Contemporary*

- Peacemaking: Conflict, Peace Processes and Post-war Reconstruction*, Palgrave Macmillan, UK, 2008 (2ed.), pp. 328 - 338.
- LAFONTAINE, Fannie, "Le conseil de sécurité et la Cour pénale internationale: complémentarité ou confrontation entre justice pénale internationale et sécurité internationale?" en FADEL, Fady et EID, Cynthia (Eds.), *Le Liban au Conseil de Sécurité: Nouvel Acteur, Ancien Sujet*, Bruylant, Belgique, 2010, pp. 199 - 217.
- LAFONTAINE, Fannie and TACHOU-SIPOWO, Alain-Guy, "The Contribution of International Criminal Justice to Sustainable Peace and Development" en JODOIN, Sébastien and CORDONIER SEGGER, Marie-Claire (Eds.), *Sustainable Development, International Criminal Justice, and Treaty Implementation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 212 - 241.
- LEHTO, Marja, "The ICC and the Security Council: About the Argument of Politicization" en POLITTI, Mauro and NESI, Giuseppe (Eds.), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Ashgate, USA, 2004, pp. 145 - 149.
- OKOWA, Phoebe, "The Security Council, the African Union and the International Criminal Court: Anatomy of a Problematic Relationship" en VVAA, *International Law and Changing Perceptions of Security: Liber Amicorum Said Mahmoudi*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2014, pp. 225 - 243.
- POPOVSKI, Vesselin, "The Security Council and the International Criminal Court" en POPOVSKI, Vesselin and FRASER, Trudy (Eds.), *The Security Council as Global Legislator*, Routledge, London and New York, 2014, pp. 266 - 287.
- ROHT-ARRIAZA, Naomi, "Human Rights and Strategic Peacebuilding: The Roles of Local, National, and International Actors" en PHILPOTT, Daniel and POWERS, Gerard F. (Eds.), *Strategies of Peace: Transforming Conflict in a Violent World*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 231 - 246.
- SAROOSHI, Dan, "The Peace and Justice Paradox: The International Criminal Court and the UN Security Council", en MCGOLDRICK, Dominic and DONNELLY, Eric (Eds.), *The Permanent International Criminal Court: Legal And Policy Issues*, Hart Publishing, 2004, Oxford and Portland Oregon, pp. 96 - 120.
- SCHABAS, William A., "Freedom from fear and the human right to peace" en KEANE, David and McDERMOTT, Yvonne (Eds.), *The Challenge of Human Rights: Past, Present and Future*, Edward Elgar, UK-USA, 2012, pp. 36 - 51.
- SRIRAM, Chandra Lekha, "Transitional justice and the liberal peace" en NEWMAN, Edward, PARIS, Roland and RICHMOND, Oliver (Eds.), *New perspectives on liberal peacebuilding*, United Nations University Press, Tokyo - New York - Paris, 2009, pp. 112 - 129.
- VAN BOVEN, Theo, "The right to peace as an emerging solidarity right" en RIETER, Eva and DE WAELE, Henri (Eds.), *Evolving Principles of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 137 - 147.
- ZIMMERMANN, Andreas, "Two steps forward, one step backwards? Security Council Resolution 1593 (2005) and the Council's Power to Refer Situations to the International Criminal Court" en VVAA, *Common Values in International Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, Germany, 2006, pp. 681 - 700.

c) Trabajos en revistas científicas

- AKANDE, Dapo, "The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, 2009, pp. 333 - 352.
- AKHAVAN, Payam, "Are International Criminal Tribunals a Disincentive to Peace? Reconciling Judicial Romanticism with Political Realism", *Human Rights Quarterly*, Vol. 31, 2009, pp. 624 - 654.
- ALOISI, Rosa, "A Tale of Two Institutions: The United Nations Security Council and the International Criminal Court", *International Criminal Law Review*, Vol. 13, 2013, pp. 147 - 168.
- APUULI, Kasija Philip, "The ICC's Possible Deferral of the LRA Case to Uganda", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, 2008, pp. 801 - 813.
- ARCARI, Maurizio, "A vetoed international criminal justice? Cursory remarks on the current relationship between the UN Security Council and International Criminal Courts and Tribunals", *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol. 10, n°1, 2016, pp. 363 - 374.
- ARMSTRONG, Andrea and NTEGEYE, Gloria, "The Devil Is in the Details: The challenges of Transitional Justice in Recent African Peace Agreements", *African Human Rights Law Review*, Vol. 6, 2006, pp. 1 - 25.
- AYAT, Mohammed, "Justice pénale internationale pour la paix et la réconciliation", *International Criminal Law Review*, Vol. 7, 2007, pp. 391 - 424.
- BAKER, Catherine and OBRADOVIC-WOCHNIK, Jelena, "Mapping the Nexus of Transitional Justice and Peacebuilding", *Journal of Intervention and Statebuilding*, Vol. 10, Issue 3, 2016, pp. 281 - 301.
- BELL, Christine, "Peace agreements: their nature and legal status", *The American Journal of International Law*, Vol. 100, Issue 2, 2006, pp. 373 - 412.
- BLOME, Kerstin and MARKARD, Nora, "'Contested Collisions': Conditions for a Successful Collision Management - the example of Article 16 of the Rome Statute", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29, 2016, pp. 551 - 575.
- BOLLO AROCENA, M. Dolores, "La adopción de las Resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) o el bloqueo preventivo de la Corte Penal Internacional por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas", *Anuario Español de Derecho Internacional*, N° 20, 2004, pp. 375 - 408.
- BORJAS M., Alma C., "La potestad del Consejo de Seguridad para solicitar a la Corte Penal Internacional la suspensión de una investigación o de un enjuiciamiento", *Revista Derecho del Estado*, N.º 27, 2011, pp. 123 - 152.
- CERVELL Hortal, María José, "La resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad y la remisión de la cuestión libia a la CPI: ¿la unión hace la fuerza?", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 27, 2011, pp. 77 - 107.
- CLARK, Janine Natalya, "Peace, Justice and the International Criminal Court: Limitations and Possibilities", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, pp. 521 - 545.
- CONDORELLI, Luigi and CIAMPI, Annalisa, "Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 590 - 599.

- CRYER, Robert, "Sudan, Resolution 1593, and International Criminal Justice", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, 2006, pp. 195–222.
- ELIAS, Olufemi and QUAST, Anneliese, "The Relationship between the Security Council and the International Criminal Court in the Light of Resolution 1422", *Non-State Actors and International Law*, Vol. 3, 2003, pp. 165-185.
- EL ZEIDY, Mohamed, "The United States Dropped the Atomic Bomb of Article 16 of the ICC Statute: Security Council Power of Deferrals and Resolution 1422", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 35, 2002, pp. 1503 - 1544.
- ESCUADERO ESPINOSA, Juan Francisco, "Los poderes del Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma", *Anuario Español de Derecho Internacional*, 19, 2003, pp. 185 - 261.
- FALLIGANt, Jennifer, "The Prosecution of Sudanese President Al Bashir: Why a Security Council Deferral Would Harm the Legitimacy of the International Criminal Court", *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 27, 2009, pp. 727 - 756.
- FROHLICH, Anita, "Reconciling Peace with Justice: A Cooperative Division of Labor", *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 30, 2007, pp. 271 - 315.
- GALLAVIN, Chris, "The Security Council and the ICC: Delineating the Scope of Security Council Referrals and Deferrals", *New Zealand Armed Forces Law Review*, Vol. 5, 2005, pp. 19 - 38.
- GISSEL, Line Engbo, "Justice Tides: How and When Levels of ICC Involvement Affect Peace Processes", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, 2015, pp. 428 – 448.
- GOLDSTONE, Richard J., "Justice as a Tool for Peace-Making: Truth Commissions and International Criminal Tribunals", *NYU Journal of Law and Politics*, Vol. 28, 1996, pp. 485 - 503.
- GUILLERMET FERNANDEZ, Christian and FERNADEZ PUYANA, "Implementing the Declaration on the Right to Peace in the world", *European Human Rights Law Review*, Vol. 3, 2017, pp. 285 - 297.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, "La Corte penal internacional (CPI) y las Naciones Unidas. La discutida posición del Consejo de Seguridad", *Anuario español de derecho internacional*, N°18, 2002, pp. 3 - 61.
- HAPPOLD, Matthew, "Darfur, the Security Council, and the International Criminal Court", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, 2006, pp. 226 - 236.
- JAIN, Neha, "A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court", *EJIL*, Vol. 16 No. 2, 2005, pp. 239–254.
- JALLOH, Akande and DU PLESSIS, "Assessing the African Union Concerns about Article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court", *African Journal of Legal Studies*, Vol. 4, 2011, pp. 5 - 50.
- KASTNER, Philipp, "Armed Conflicts and Referrals to the International Criminal Court: From Measuring Impact to Emerging Legal Obligations", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, 2014, pp. 471 - 490.
- KIM, Sun, "Maintaining the Independence of the International Criminal Court: The Legal and Procedural Implications of an Article 16 Deferral Request", *Agenda Internacional*, No. 29, 2011, pp. 175 - 212.

- KNOTTNERUS, Abel, "The Security Council and the International Criminal Court: The unsolved puzzle of Article 16", *Netherlands International Law Review*, Vol. 61, Issue 2, 2014, pp. 195 - 224.
- KRZAN, Bartłomiej, "International Criminal Court Facing the Peace vs. Justice Dilemma", *International Comparative Jurisprudence*, No. 2, 2016, pp. 81 - 88.
- LAVALLE, Roberto, "A vicious storm in a teacup: the action by the United Nations Security Council to narrow the jurisdiction of the International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, Vol. 14, 2003, pp. 195–220.
- LOMELI, Maria C., "Never Again Again and Again: The International Criminal Court's Inability to Deter Mass Atrocities and the Security Council's Failure to Act", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 31, No. 1, 2014, pp. 81 - 124.
- MINOGUE, Elizabeth C., "Increasing the Effectiveness of the Security Council's Chapter VII Authority in the Current Situations before the International Criminal Court", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 61, 2008, pp. 647 - 680.
- NOUWEN, Sarah M.H. and WERNER, Wouter G., "Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan", *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4, 2011, pp. 941 - 965.
- NSEREKO, Danuel D. Ntanda, "The role of the International Criminal tribunals in the promotion of peace and justice: the case of the International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, Vol. 19, 2008, pp. 373 - 393.
- OBURA, Ken, "The Security Council's Power to Defer ICC Cases under Article 16 of the Rome Statute", *JAIL*, Vol. 4, Num. 3, 2011, pp. 563 - 588.
- OPOLOT, Deogratius O., "The International Criminal Court Versus Peace Agreements: Juba Peace Talks between the LRA Rebels and the Government of Uganda", *JAIL*, Vol. 2, Num. 2, 2009, pp. 39 - 50.
- PREZAS, Ioannis, "Justice Pénale Internationale a l'Epreuve du Maintien de la Paix: A Propos de la Relation entre la Cour Pénale Internationale et le Conseil de Sécurité", *Revue Belge de Droit International*, Vol. 1, 2006, pp. 57 - 98.
- PROROK, Alyssa K., "The (In)compatibility of Peace and Justice? The International Criminal Court and Civil Conflict Termination", *International Organization*, N° 71, 2017, pp. 213 – 243.
- SCHABAS, William A., "United States Hostility to the International Criminal Court: It's All About the Security Council", *European Journal of International Law*, Vol. 15, 2004, pp. 701 - 720.
- SCHICHO, Luca, "The Security Council and the International Criminal Court: An Awkward Partnership", *Austrian Review of International and European Law*, Vol. 13, 2008, pp.115-136.
- STAHN, Carsten, "The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002)", *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1, 2003, pp. 85 - 104.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad, "El control de legalidad de las decisiones del Consejo de Seguridad", *Agenda Internacional*, N.º 28, 2010, pp. 103 - 131.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad, "La dudosa competencia del Consejo de Seguridad para adoptar algunas medidas decididas a partir de 1990", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 4, 2011, pp. 15 - 45.

- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad, "La expansión de las funciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: problemas y posibles soluciones", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2012, pp. 365 - 406.
- TRAHAN, Jennifer, "The relationship between the International Criminal Court and the U.N. Security Council: parameters and best practices", *Criminal Law Forum*, Vol. 24, 2013, pp. 417 - 473.
- WAR CRIMES RESEARCH OFFICE, *The relationship between the International criminal Court and the United Nations*, International Criminal Court Legal Analysis and Education Project August 2009.
- WELDEHAIMANOT, Simon, "Arresting Al-Bashir: The African Union's Opposition and the Legalities", *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19.2, 2011, pp. 208-235.
- ZAMBELLI, Mirko, "Les relations entre la Cour pénale internationale et le Conseil de sécurité : la nécessaire conciliation entre justice et paix internationales", *Observateur des Nations Unies : revue de l'Association française pour les Nations Unies, Section Aix-en-Provence*, No, 20 - 21, 2006, pp. 197 - 222.
- ZAPPALA, Salvatore, "Are Some Peacekeepers Better Than Others - UN Security Council Resolution 1497 (2003) and the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003, pp. 671-678.
- ZAPPALA, Salvatore, "The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003, pp. 114 - 134.
- ZOLO, Danilo, "Peace through Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 727 - 734.

d) Otros recursos académicos

- CRYER, Robert, "The Security Council, Article 16 and Darfur", *Oxford Transitional Justice Research Working Paper Series*, 29 October 2008.
- HUMAN RIGHT WATCH, "The June 29 Agreement on Accountability and Reconciliation and the Need for Adequate Penalties for the Most Serious Crimes Human Rights Watch's Second Memorandum on Justice Issues and the Juba Talks", July 2007.
- HUMAN RIGHTS WATCH, *Selling Justice Short: Why Accountability Matters for Peace*, 2009.
- INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, *Negotiating Justice? Human Rights and Peace Agreements*, Switzerland, 2006.
- SEILS, Paul and WIERDA, Marieke, "The International Criminal Court and Conflict Mediation", *International Center for Transitional Justice, Occasional Paper Series*, June 2005.
- The UN Security Council and the International Criminal Court: How Should They Relate? *Report of the Twenty - Ninth United Nations Issues Conference*. Sponsored by The Stanley Foundation. February 20-22, 1998. Convened at Arden House, Harriman, New York.

VINJAMURI, Leslie and BOESENECKER, Aaron P., "Accountability and Peace Agreements: Mapping trends from 1980 to 2006", *HD Report*, Centre for Humanitarian Dialogue, September 2007.

3. LAS AMNISTÍAS

a) Obras monográficas

FREEMAN, Mark, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

HUYSE, Lucien, *Young Democracies and the Choice between Amnesty, Truth Commissions and Prosecutions*. Instituut Recht en Samenleving, Leuven, 1998.

MALLINDER, Louise, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008.

MICUS, Annelen, *The Inter-American Human Rights System as a Safeguard for Justice in National Transitions: From Amnesty Laws to Accountability in Argentina, Chile and Peru*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2015.

MOREL, Sophie, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la Cour pénale internationale : le cas particulier des amnisties*, Collection quater, Vol.14, Editions bis et ter, Lausanne, 2005.

O'SHEA, Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2002.

TORRES ARGÜELLES, Alfredo, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

VRIEZEN, Vera, *Amnesty justified? The need for a case by case approach in the interests of human rights*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012.

b) Trabajos en obras colectivas

AMBOS, Kai, "La ley de amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional" en AMBOS, Kai, CORTÉS RODAS, Francisco y ZULUAGA, John (Coords.), *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*, Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL), Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, Bogotá, 2018, pp. 119 – 166.

BINDER, Christina, "The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights" en VON BOGDANDY, Armin and VENZKE, Ingo (Eds.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer, Heidelberg, 2012, pp. 295 – 328.

BROOMHALL, Bruce, "The International Criminal Court: A Checklist for National Implementation" en ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL, *ICC ratification and national implementing legislation*, Érès, 1999, pp. 113 – 159.

- CARLETTI, Cristiana, “La responsabilité pénale internationale et l’institution de l’amnistie : complémentarité entre la Cour Pénale Internationale et le juge national ” en ZANGHI, Claudio et ACHOUR, Rafaà Ben (Eds.), *Droits de l’homme et juridictions pénales internationales. Séminaires italo-tunisiens (Tunis-Rome) Mai-Novembre 2009*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 113 – 139.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, "Modelos de persecución penal y justicia transicional en Iberoamérica. Algunas enseñanzas jurídico-internacionales tras los procesos de transición iberoamericanos: impunidad fáctica, amnistías e indultos" en Capellà I Roig, M. y GINARD I FERÓN, D. (coords.), *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936 - 2008)*, Ediciones Documenta Balear, Palma de Mallorca, 2009, pp. 255 - 339.
- DAL MASO JARDIM, Tarciso, “Les amnisties” en ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel et PELLET, Alain (Eds.), *Droit International Penal*, Pedone, Paris, 2012 (2^aed.), pp. 565 – 572.
- GARCÍA PINO, Gonzalo, “La vanguardia de la Corte IDH. Decisiones sobre amnistía e impunidad, sobre desapariciones forzadas y sobre acceso a la información pública” en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y WENCES, Isabel (Eds.), *La América de los Derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 109 – 132.
- MALLINDER, Louise, “Beyond the Courts? The Complex Relationship of Trials and Amnesties” en SCHABAS, William A. (Ed.), *International Criminal Law, Volume II*, ç Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2012, pp. 758 – 775.
- MALLINDER, Louise, "Peacebuilding, the Rule of Law and the Duty to Prosecute: What Role Remains for Amnesties?" en MEDJOUBA, Faria (Ed.), *Building peace in post-conflict situations. ATLAS*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2012, pp. 9 - 42.
- MÉNDEZ, Juan E., and CONE, Catherine, “Human rights make a difference: lessons from Latin America” en SHELTON, Dinah (Ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 955 – 979.
- MENSA GONZÁLEZ, di Andrea, "La atribución constitucional de indultar y el derecho internacional de los derechos humanos" en MEZZETTI, Luca e PIZZOLO, Calogero, *Diritto costituzionale transnazionale. Atii del Seminario internazionale di studi Bologna, 6 marzo 2012*, Filo diritto Editore, Bologna, 2013, pp. 163 - 191.
- MOON, Claire, "Amnesty (criminal justice)" en CANE, Peter and CONAGHAN, Joanne (Eds.), *The New Oxford Companion to Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008 (online version).
- ORENTLICHER, Diane, "Immunities and Amnesties" en SADAT, Leila Nadya (Ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 202 - 222.
- ROHT-ARRIAZA, Naomi, “Amnesty and the International Criminal Court” en SHELTON, Dinah (Ed.), *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*, Transnational Publishers, USA, 2000, pp. 77 – 82.
- SADAT, Leila Nadya, “Universal Jurisdiction, National Amnesties, and Truth Commissions: Reconciling the Irreconcilable” en MACEDO, Stephen, *Universal*

Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 2004, pp. 193 – 213.

SLYE, Ron, “Amnesties, international crimes and the ICC” en *Report from a symposium on the investigation and prosecution of ‘core international crimes’ and the role of the International Criminal Court in Africa, Zevenwacht, Cape Town, 2-4 August 2006*, Institute for Security Studies, 2007, pp. 79 – 87.

c) Trabajos en revistas científicas

ALLAN, Kate, "Prosecution and Peace: A Role for Amnesty before the ICC?", *Denver Journal of International Law and Policy*, N° 39, 2011, pp. 239 - 301.

ALVIRA, Gustavo, "Toward a New Amnesty: The Colombian Peace Process and the Inter-American Court of Human Rights", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 22, 2013, pp. 119 - 144.

ANGERMAIER, Claudia, "The ICC and Amnesty: Can the Court Accommodate a Model of Restorative Justice", *Eyes on the ICC*, vol. 1, No.1, 2004, pp. 131 - 146.

ARSANJANI, Manhous H., "The International Criminal Court and National Amnesty Laws", *American Society of International Law. Proceeding of the Annual Meeting*, 1999, pp. 65 - 68.

BAKAYANA, Isaac, “Enforcing Uganda’s amnesty act (2000) within the context of the Rome Statute”, *East African Journal of Peace and Human Rights*, Vol. 13, Issue 2, 2007, pp. 321 – 333.

BLUMMENSON, Eric, "National Amnesties and International Justice", *Eyes on the ICC*, Vol.2, 2005, pp. 1 - 15.

BRADFIELD, Paul, "Reshaping Amnesty in Uganda: The Case of Thomas Kwoyelo", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 2017, pp. 827 - 855.

CARLSON, Sara L., "To Forgive and Forget: How Reconciliation and Amnesty Legislation in Afghanistan Forgives War Criminals while Forgetting their Victims", *Penn State Journal of Law and International Affairs*, Vol. 1, Issue 2, 2012, pp. 390 - 418.

CASSESE, Antonio, "The Special Court and International Law: The Decision Concerning the Lomé Agreement Amnesty", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 1130 - 1140.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, “Las leyes de amnistía en el sistema europeo de derechos humanos. De la decisión de la Comisión en Dujardin y otros contra Francia a la sentencia de la Gran Sala en Marguš contra Croacia: ¿progresivo desarrollo o desarrollo circular?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 52, 2015, pp. 909-947.

CORTÉS-RODAS, Francisco, "¿Justicia o paz? El problema de la amnistía", *Ra-Ximhai*, Vol. 9, Núm. 2, 2013, pp. 131 - 159.

DAVIS, Jeffrey, "Resuscitating Justice: The Inter-American Court Confronts the Entrenched Impunity of National Amnesty Laws", *Interamerican and European Human Rights Journal*, Vol. 7, 2014, pp. 3 - 16.

DJAMCHIDMOMTAZ, Téhéran, « La compétence complémentaire de la Cour Pénale Internationale à l’épreuve des lois d’amnistie inconditionnelle », *Die Friedens-Warte*, Num. 78, Issue 1, 2003, pp. 53 – 62.

- DUGARD, John, "Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 12, Issue 4, 1999, pp. 1001-1015.
- ESTEVE MOLTO, José Elías, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía: un referente para la necesaria "fertilización" trasatlántica", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. N°9, octubre 2015 – marzo 2016, pp. 105 – 123.
- FIDDLER, Grace, "Using a Conditional Amnesty and Truth and Reconciliation Commission as a Transitional Justice Mechanism in Syria", *Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, Vol. 47, 2015, pp. 893 - 918.
- GOMEZ, Robert, "Transitional States, the ICC, and Amnesties, Establishing an Advisory Commission", *Eyes on the ICC*, Vol. 3, No.1, 2006, pp. 57 - 83.
- GAVRON, Jessica, "Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, January 2002, pp. 91-117.
- GROPENGIESSER, Helmut and MEISSNER, Jörg, "Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court", *International Criminal Law Review*, Vol. 5, Issue 2, 2005, pp. 267-300.
- HAN, Sang Wook Daniel, "The International Criminal Court and National Amnesty", *Auckland University Law Review*, No. 12, 2006, pp. 97 - 124.
- LESSA, Francesca, OLSEN, Tricia D., PAYNE, Leigh A., PEREIRA, Gabriel and REITER, Andrew G., "Persistent or Eroding Impunity? The Divergent Effects of Legal Challenges to Amnesty Laws for Past Human Rights Violations", *Israel Law Review*, Vol. 47, Issue 1, 2014, pp. 105 - 131.
- LYONS, Scott W., "Ineffective Amnesty: The Legal Impact on Negotiating the End to Conflict", *Wake Forest Law Review*, Vol. 47, 2012, pp. 799 - 842.
- LUDWIN KING, Elizabeth B., "Amnesties in a Time of Transition", *George Washington International Law Review*, Vol. 41, 2010, pp. 577 - 618.
- MACALUSO, Daniel J., "Absolute and Free Pardon: The Effect of the Amnesty Provision in the Lome Peace Agreement on the Jurisdiction of the Special Court for Sierra Leone", *Brooking Journal of International Law*, Vol. 27, 2001, pp. 347 - 380.
- MACHADO RAMÍREZ, Sebastián, "Límites a la exoneración de responsabilidad en el derecho internacional: amnistías, selección y priorización de casos en la jurisdicción nacional", *ACDI*, Vol. 7, 2017, pp. 13 - 37.
- MCEVOY, Kieran and MALLINDER, Louise, "Amnesties in Transition: Punishment, Restoration, and the Governance of Mercy", *Journal of Law and Society*, Vol. 39, Num. 3, September 2012, pp. 410 - 440.
- MAJZUB, Diba, "Peace or Justice - Amnesties and the International Criminal Court", *Melbourne Journal of International Law*, Vol.3, 2002, pp. 247 - 279.
- MALLINDER, Louise, "Can Amnesties and International Justice be Reconciled?", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007, pp. 208 - 230.
- MALLINDER, Louise, "Court decision on post-war amnesties is lesson for EU", *Ulster*, 4 June 2014. Disponible online en: <https://euobserver.com/opinion/124455>

- MALLINDER, Louise, "The end of amnesty or regional overreach? Interpreting the erosion of South America's amnesty laws", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 65, July 2016, pp. 645 - 680.
- MALLINDER, MOFFETT, McEVOY and ANTHONY, *Investigations, Prosecutions, and Amnesties under Articles 2 & 3 of the European Convention on Human Rights, March 2015*. (Report produced as part of a project on Amnesties, Prosecutions, and the Public Interest in the Northern Ireland Transition).
- MBOKANI, Jacques B., "L'amnistie et la répression des crimes de droit international au regard de l'avènement de la Cour pénale internationale: le Statut de Rome à l'épreuve des impératifs de la justice transitionnelle", *Annales de Droit de Louvain*, Vol. 75, N° 2, 2015, pp. 239 - 276.
- McNAMARA, Kirsty, "Seeking Justice in Ugandan Courts: Amnesty and the Case of Thomas Kwoyelo", *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 12, 2013, pp. 653 - 671.
- MURPHY, Robin, "Establishing a Precedent in Uganda: The Legitimacy of National Amnesties under the ICC", *Eyes on the ICC*, Vol. 33, No.1, 2006, pp. 33 - 55.
- NAQVI, Yasmin, "Amnesty for war crimes: Defining the limits of international recognition", *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, N°851, September 2003, pp. 583 - 626.
- NEWMAN, Dwight G., "The Rome Statute, Some Reservations Concerning Amnesties, and a Distributive Problem", *American University International Law Review*, Vol. 20, Issue 2, 2005, pp. 293 - 357.
- NWANKPA, Michael, "The Politics of Amnesty in Nigeria: A Comparative Analysis of the Boko Haram and Niger Delta Insurgencies", *Journal of Terrorism Research*, Vol. 5, Issue 1, February 2014, pp. 67 - 77.
- O'BRIEN, Roderick, "Amnesty and International Law", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 74, 2005, pp. 261 - 278.
- OLSON, Laura M., "Provoking the dragon on the patio. Matters of transitional justice: penal repression vs. amnesties", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, Num. 862, June 2006, pp. 275 - 294.
- PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, "Corte penal internacional y amnistía", *Derecho penal y criminología*, Vol. 27, Núm. 81, 2006, pp. 159 - 171.
- PERRY, Robin, "The Nature, Statues and Future of Amnesties under International Criminal Law", *Australian International Law Journal*, Vol. 18, 2011, pp. 77 - 104.
- PIERINI, Jean Paul, "Prosecuting Acts of Torture Committed Abroad Despite Foreign Amnesty: the ECtHR Decision in Ely Ould Dah v. France", *Military Law and the law of war review*, N°48, Issue 1- 2, 2009, pp. 211 - 234.
- ROHT-ARRIAZA, Naomi, "After Amnesties are Gone: Latin American National Courts and the new Contours of the Fight Against Impunity", *Human Rights Quarterly*, Vol. 37, 2015, pp. 341-382.
- ROHT-ARRIAZA, Naomi and Gibson, Lauren, "The Developing Jurisprudence on Amnesty", *Human Rights Quarterly*, Vol. 20, 1998, pp. 843 - 885.

- SARKIN, Jeremy Julian, "How Conditional Amnesties Can Assist Transitional Societies in Delivering on the Right to the Truth. Are Such Processes Compatible with International Law?", *International Human Rights Law Review*, Vol. 6, Issue 2, 2017, pp. 143 -175.
- SCHABAS, William A., "Amnesty, the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone", *U. C. Davis Journal of International Law and Policy*, 2004, Vol. 11, pp. 145 - 169.
- SCHARF, Michael P., "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", *Cornell International Law Journal*, Vol. 32, Issue 3, 1999, pp. 507-527.
- SLYE, Ronald C., "The Cambodian Amnesties: Beneficiaries and the Temporal Reach of Amnesties for Gross Violation of Human Rights", *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 22, 2004, pp. 99 - 123.
- SSENYONJO, Manisuli, "The International Criminal Court and the Lord's Resistance Army Leaders: Prosecution or Amnesty", *International Criminal Law Review*, Vol. 7, 2007, pp. 361 - 389.
- URIBE, Camila, "Do amnesties preclude justice?", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Núm. 21, 2012, pp. 297-359.
- USHIE, Vanessa, "Nigeria's Amnesty Programme as a Peacebuilding Infrastructure: A Silver Bullet?", *Journal of Peacebuilding & Development*, Vol. 8, No.1, 2013, pp. 30 - 44.
- WILLIAMS, Sarah, "Amnesties in International Law: The Experience of the Special Court for Sierra Leone", *Human Rights Law Review*, Vol. 5, Issue 2, 2005, pp. 271 - 309.
- YARBROUGH, Stella, "Amnesty or Accountability: The Fate of High-Ranking Child Soldiers in Uganda's Lord's Resistance Army", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2014, pp. 531 - 568.

4. LA SANCIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES Y EL PRINCIPIO DE *NON BIS IN IDEM*

a) Obras monográficas

- AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- BERNARD, Diane, *Juger et juger encore les crimes internationaux : étude du principe ne bis in idem*, Bruyant, Bruxelles, 2014.
- BOOK, Jan Philipp, *Appeal and Sentence in International Criminal Law*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Wien, 2011.
- COMBS, Nancy Amoury, *Guilty pleas in International Criminal Law: Constructing a Restorative Justice Approach*, Stanford University Press, Stanford, 2007.
- D'ASCOLI, Silvia, *Sentencing in International Criminal Law. The UN ad hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Hart, Oxford and Portland, Oregon, 2011.
- DRUMBL, Mark A., *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

- EIROA, Pablo D., *Políticas del castigo y derecho internacional: Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Ad-hoc, Argentina, 2009.
- FUTAMURA, Madoka and BERNAZ, Nadia (Eds.), *The Politics of the Death Penalty in Countries in Transition*, Routledge, London-New York, 2014.
- HAVEMAN, Roelof and OLUSANYA Olaoluwa (Ed.), *Sentencing and sanctioning in supranational criminal law*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2006.
- HENHAM, Ralph and BEHRENS, Paul (Eds.), *The Criminal Law of Genocide. International, Comparative and Contextual Aspects*, Ashgate, England, 2007.
- HODGKINSON, Peter and SCHABAS, William A. (Eds.), *Capital Punishment: Strategies for Abolition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- MULGREW, Róisín, *Towards the Development of the International Penal System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- PLENET, Evelise, *Vers la création d'une prison internationale : L'exécution des peines prononcées par les juridictions pénales internationales*, L'Harmattan, Paris, 2010.
- RICCARDI, Alice, *Sentencing at the International Criminal Court: From Nuremberg to The Hague*, Eleven, Den Haag, 2016.
- SCHABAS, William A., *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009 (3^{ed.}).

b) Trabajos en obras colectivas

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, "Sobre algunos problemas relativos a la falta de taxatividad en las normas del Estatuto del Tribunal Penal Internacional" en CUERDA RIEZU, Antonio y JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco (Eds.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional: terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 205 – 236.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y GÓRRIZ ROYO, Elena, "Ne bis in idem y determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional" en GÓMEZ COLOMER, Juna Luis, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, CARDONA LLORÉNS, Jorge (Coords.), *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp. 219 - 274.
- LONGWORTH, Sally Alexandra, "Sentencing at the International Criminal Court" en HIÉRAMENTE, Mayeul and SCHNEIDER, Patricia, *The Defence in International Criminal Trials*, Nomos, Germany, 2016, pp. 200 - 226.
- LOG, Sure, "The Practical Application of Ne Bis in Idem in International Criminal Law" en YEE, Siehno (Ed.), *International Crime and Punishment: Selected Issues, Volume 2*, University Press of America, Oxford, 2004, pp. 169 - 204.
- OLÁSULO ALONSO, Héctor, "De los riesgos y las precauciones necesarias en la aplicación del principio de complementariedad por la Corte Penal Internacional: el estudio de la determinación de las penas como objeto de análisis de admisibilidad" en OLÁSULO ALONSO, Héctor, *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional. Con inclusión de la lección inaugural como Catedrático de Derecho penal y procesal internacional de la Universidad de Utrecht (Holanda) Dictada el 18 de octubre de 2010*, Diké, Colombia, 2011, pp. 183 - 226.

- PHILIPPE, Xavier, "Breaching the principle of proportionality between the gravity of the crime and the weight of the sanction in international justice systems" en BERUTO, Gian Luca (Ed.), *Justice and reconciliation: an integrated approach, Current Problems of International Humanitarian Law*. Sanremo, 7-9 September 2006, International Institute of Humanitarian Law, pp. 74 - 80.
- RODRÍGUEZ - VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, "El sistema de penas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional" en VVAA, *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1195 - 1236.
- SATZGER, Helmut y KAYSER, Julia, "Ne Bis in Idem en el Derecho penal internacional: muchas preguntas a segunda vista", en ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTIN (Coords.), *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2007, pp. 95 - 112.
- SCALIA, Damien, "Les peines et les juridictions internationales pénales: TIP et CPI", en KOLB, Robert (Ed.), *Droit international pénal: Précis*, Bruylant, Bruxelles, 2008 (1 ed.), pp. 341 - 374.
- SEDMAN, Dawn, "Article 20 ICCSt and the principle of Ne Bis In Idem", en BURCHARD, TRIFFTERER and VOGEL (Eds.), *The Review Conference and the Future of the International Criminal Court: Proceedings of the First AIDP Symposium for Young Penalists in Tübingne, Hermany, co-organized by the AIDP YP Committee*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2010, pp. 277 - 285.
- TRIGEAUD, Laurent, "La règle ne bis in idem devant les juridictions pénales internationales", en PUECHAVY, Michel (Dir.), *Le principe ne bis in idem*, Anthemis, Bruxelles, 2012, pp. 33 - 73.

c) Trabajos en revistas científicas

- BAGARIC, Mirko and MORSS, John, "International Sentencing Law: In Search of a Justification and Coherent Framework", *International Criminal Law Review*, Vol. 6, 2006, pp. 191 - 255.
- BERNARD, Diane, "Le rôle dévolu au principe ne bis in idem en droit international pénal: une nouvelle fonction pour la règle?", *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Num. 7, 2011, pp. 703 - 726.
- BERNARD, Diane, "Ne bis in idem - Protector of Defendants' Rights or Jurisdictional Pointsman", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, pp. 863 - 880.
- BISHAI, Christine, "Superior Responsibility, Inferior Sentencing: Sentencing Practice at the International Criminal Tribunals", *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 11, Issue 3, 2013, pp. 83 - 108.
- BONAFE, Beatrice I., "Sentencing Practice and the Contribution of International Criminal Tribunals to the Maintenance of Peace", *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol. 11, 2017, pp. 101 - 113.
- BRUNNER, Lisl, "Double Jeopardy in the Inter-American System of Human Rights: Balancing the Right and the Remedy", *Intercultural Human Rights Law Review*, Vol. 7, 2012, pp. 243 - 276.

- CARCANO, Andrea, "Sentencing and the Gravity of the Offence in International Criminal Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, 2002, pp. 583 - 609.
- CARLSON, Kerstin Bree, "Reconciliation through a Judicial Lens: Competing Legitimation Framework in the ICTY's Plavsic and Babic Judgments", *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 44, 2016, pp. 281 - 322.
- CARTER, Linda E., "The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of Ne Bis in Idem", *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 8, 2010, pp. 165 - 198.
- CHIFFLET, Pascale and BOAS, Gideon, "Sentencing coherence in international criminal law: the cases of Biljana Plavsic and Miroslaw Bralo", *Criminal law forum*, 23, 2012, pp. 135 - 159.
- CLARK, Janine Natalya, "Plea Bargaining at the ICTY: Guilty Pleas and Reconciliation", *EJIL*, Vol. 20, No. 2, 2009, pp. 415 - 436.
- COMBS, Nancy Amoury, "Procuring Guilty Pleas for International Crimes: The Limited Influence of Sentence Discounts", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 59, 2006, pp. 67 - 151.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, "Elementos y modalidades para incrementar la eficacia de las sanciones", octubre de 2008. Disponible online en: <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/sanciones.pdf>
- CONWAY, Gerard, "*Ne bis in idem* and the International Criminal Tribunals", *Criminal Law Forum*, Vol. 14, 2003, pp. 351 - 383.
- CONWAY, Gerard, "*Ne Bis in Idem* in International Law", *International Criminal Law Review*, Vol. 3, 2003, pp. 217 - 244.
- DAMASCA, Mirjan, "Negotiated Justice in International Criminal Courts", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 1018 - 1039.
- D'ASCOLI, Silvia, "Sentencing Contempt of Court in International Criminal Justice: An Unforeseen Problem Concerning Sentencing and Penalties", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 735 - 756.
- DE GUZMAN, Margaret M., "Harsh Justice for International Crimes?", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 39:1, 2014, pp. 1 - 35.
- DE LA CUESTA, José Luis, "Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio ne bis in idem: Relación general", *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 73, 2002/3, pp. 737 - 769.
- DE LA CUESTA, José Luis, "Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio ne bis in idem: Proyecto de resolución", *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 73, 2002/3, pp. 1185 - 1190.
- DE SANCTIS, Francesco, "Reconciling Justice and Legality. A Quest for Fair Punishment in Cases on Bosnian Atrocity Crimes", *Journal of International Criminal Justice*, 12, 2014, pp. 847 - 870.
- DIGGELMANN, Oliver, "International Criminal Tribunals and Reconciliation: Reflections on the Role of Remorse and Apology", *Journal of International Criminal Justice*, 14, 2016, pp. 1073 - 1097.

- DIXON, Rodney and DEMIRDJIAN, Alexis, "Advising Defendants about Guilty Pleas before International Courts", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 680 - 694.
- DOHERTY, Joseph W. and Steinberg, Richard H., "Punishment and Policy in International Criminal Sentencing: An Empirical Study", *American Journal of International Law*, Vol. 49, 2016, pp. 1 - 40.
- GIL GIL, Alicia, "Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena", *InDret*, 4/2016, pp. 1 - 39.
- GRAYBILL, Lyn, "To Punish or Pardon: A Comparison of the International Criminal Tribunal for Rwanda and the South African Truth and Reconciliation Commission", *Human Rights Review*, July - September 2001, pp. 3 - 18.
- HENHAM, Ralph and DRUMBL, Mark, "Plea bargaining at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Criminal Law Forum*, Vol. 16, 2005, pp. 49 - 87.
- HARMON, Mark B. and GAYNOR, Fergal, "Ordinary Sentences for Extraordinary Crimes", *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 683 - 712.
- HENHAM, Ralph, "Developing Contextualized Rationales for Sentencing in International Criminal Trials. A Plea for Empirical Research", *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 767 - 778.
- HENHAM, Ralph, "Some issues for sentencing in the International Criminal Court", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, January 2013, pp. 81 - 114.
- HENHAM, Ralph, "The ethics of plea bargaining in international criminal trials", *Liverpool Law Review*, 206, 2005, pp. 209 - 224.
- HENHAM, Ralph, "The Philosophical Foundations of International Sentencing", *Journal of International Criminal Justice*, 1, 2003, pp. 64 - 85.
- HOLÁ, Barbora, "Sentencing of International Crimes at the ICTY and ICTR", *Amsterdam law Forum*, Vol 4, Issue 4, 2012, pp. 1 - 24.
- HOLÁ, Barbora and VAN WIJ, Joris, "Life after Convictions at International Criminal Tribunals: An Empirical Overview", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, 2014, pp. 109 - 132.
- HOLÁ, Barbora, SMEULERS, Alette, and BIJLEVELD, Catrien, "International Sentencing Facts and Figures. Sentencing Practice at the ICTY and ICTR", *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, pp. 411 - 439.
- HOLÁ, Barbora, SMEULERS, Alette, and BIJLEVELD, Catrien, "Is ICTY Sentencing Predictable? An Empirical Analysis of ICTY Sentencing Practice", *Leiden Journal of International Law*, 22, 2009, pp. 79 - 97.
- ICRC LEGAL DIVISION, "Analysis of the punishment applicable to international crimes (war crimes, crimes against humanity and genocide) in domestic law and practice", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, Num. 870, June 2008, pp. 461 - 468.
- EL ZEIDY, Mohamed, "The doctrine of double jeopardy in International Criminal and Human Rights Law", *Mediterranean Journal of Human Rights*, Vol. 6 (Double Issue), 2002, pp. 183 - 246.

- EWALD, Uwe, "Predictably Irrational - International Sentencing and its Discourse against the Backdrop of Preliminary Empirical Findings on ICTY Sentencing Practices", *International Criminal Law Review*, Vol. 10, 2010, pp. 365 - 402.
- FATTAH, Ezzat A., "Is Punishment the Appropriate Response to Gross Human Rights Violations - Is a Non-Punitive Justice System Feasible", *Acta Juridica*, 2007, pp. 209 - 227.
- FINLAY, Lorraine, "Does the International Criminal Court protect against double jeopardy: An analysis of article 20 of the Rome Statute", *University of California Davis Journal of International Law and Policy*, Vol. 15, Issue 2, 2009, pp. 221 - 248.
- FLACKS, Marti, "Combining Retribution and Reconciliation: The Role of Community Service Sentencing in Transitional Justice", *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 1, 2006, pp. 1 - 25.
- GLICKMAN, Steven, "Victims' Justice: Legitimizing the Sentencing Regime of the International Criminal Court", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 43, 2004, pp. 229 - 268.
- HELLER, Kevin Jon, "The *Taylor* Sentencing Judgment: A Critical Analysis", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, 2013, pp. 835 - 855.
- HENHAM, Ralph, "International Sentencing in the Context of Collective Violence", *International Criminal Law Review*, Vol. 7, 2007, pp. 449 - 468.
- HENHAM, Ralph, "Towards Restorative Sentencing in International Criminal Trials", *International Criminal Law Review*, Vol. 9, 2009, pp. 809 - 832.
- HERZOG, Felix, "How to Find the Proportionate Criminal Sentence for Crimes against Humanity", *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 12, 2001, pp. 269 - 279.
- HOLA, Barbora, BIJLEVELD, Catrien and SMEULERS, Alette, "Punishment for Genocide - Exploratory Analysis of ICTR Sentencing", *International Criminal Law Review*, Vol. 11, 2011, pp. 745 - 773.
- JORGENSEN, Nina H.B., "The Genocide Acquittal in the *Sikirica* Case Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Coming of Age of the Guilty Plea", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 15, 2002, pp. 389 - 407.
- KELDER, Jessica M., Holá, Barbora and van Wijk, Joris, "Rehabilitation and Early Release of Perpetrators of International Crimes: A Case Study of the ICTY and ICTR", *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, pp. 1177 - 1203.
- LA ROSA, Anne-Marie, "Sanctions as a means of obtaining greater respect for humanitarian law: a review of their effectiveness", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, Num. 870, June 2008, pp. 221 - 247.
- LEINDWAND, Jessica, "Punishing Horrific Crime: Reconciling International Prosecution with national Sentencing Practices", *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 40, 2009, pp. 799 - 852.
- McCLEERY, Kyle, "Guilty Pleas and Plea Bargaining at the Ad Hoc Tribunals: Lessons from Civil Law Systems", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, 2016, pp. 1099 - 1120.
- MEERNIK, James, "What Kind of Bargain Is a Plea" *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, pp. 200 - 217.

- MERRYLESS, Andrew, "Two-thirds and you're out? The practice of early release at the ICTY and ICC, in light of the goals of international criminal justice", *Amsterdam Law Forum*, Vol. 8:2, 2016, pp. 69 – 76.
- MUJUZI, Jamil Ddamulira, "(Mis)interpreting the Statute; The International Criminal Court, the Sentence of Life Imprisonment and Other Emerging Sentencing Issues: A Comment on the Trial Chamber I Decision on the Sentence in Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo", *International Criminal Law Review*, Vol. 13, 2013, pp. 1037 - 1045.
- MULGREW, Róisín, "On the Enforcement of Sentences Imposed by International Courts: Challenges Faced by the Special Court for Sierra Leone", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, 2009, pp. 373 - 396.
- OLUSANYA, Olaoluwa Abiola, "Do crimes against humanity deserve a higher sentence than war crimes?", *International Criminal Law Review*, Vol. 4, 2004, pp. 431 - 473.
- PATHMANATHAN, Anjali, "Round Peg, Square Hole - The Viability of Plea Bargaining in Domestic Criminal Justice Systems Prosecuting International Crimes", *International Criminal Law Review*, Vol. 13, 2013, pp. 319 - 384.
- PRICE, Melynda J., "Balancing Lives: Individual Accountability and the Death Penalty as Punishment for Genocide (Lessons from Rwanda)", *Emory International Law Review*, Vol. 21, 2007, pp. 563 - 600.
- PRINCIPATO, Daniel A., "Defining the Sovereign in Dual Sovereignty: Does the Protection against Double Jeopardy Bar Successive Prosecutions in National and International Courts", *Cornell International Law Journal*, Vol. 47, 2014, pp. 767 - 785.
- PRUITT, William R., "Aggravating and Mitigating Sentencing Factors at the ICTR - An Exploratory Analysis", *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, pp. 148 - 176.
- RADOSAVLJEVIC, Dragana, "Restorative Justice under the ICC Penalty Regime", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 7, 2008, pp. 235 - 255.
- RAUXLOH, Regina E., "Negotiated History: The Historical Record in International Criminal Law and Plea Bargaining", *International Criminal Law Review*, Vol. 10, 2010, pp. 739 - 770.
- SALTER, Michael and EASTWOOD, Maggi, "Negotiating Nolle Prosequi at Nuremberg: The Case of Captain Zimmer", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 649 - 665.
- SCALIA, Damien, "Le sens de la peine dans la première condamnation par la Cour pénale internationale", *Revue Études internationales*, volume XLV, n°1, 2014, pp. 67 - 83.
- SCALIA, Damien, "Long - Term Sentences in International Criminal Law. Do They Meet the Standards Set Out by the European Court of Human Rights?", *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, pp. 669 - 687.
- SCHABAS, William A., "Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach", *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 7, 1997, pp. 461 - 517.
- SCHARF, Michael P. "Trading Justice for Efficiency: Plea-Bargaining and International Tribunals", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 1070 - 1081.
- SCHOLEM, Gershom, "On Sentencing Eichmann to Death", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006, pp. 859 - 861.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'", *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29, Núm. 86 - 87, 2008, pp. 149 - 171.
- SLOANE, Robert D., "Sentencing for the 'Crime of Crimes'. The Evolving 'Common Law' of Sentencing of the International Criminal Tribunal for Rwanda", *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 713 - 734.
- SOTTAS, Eric, "Transitional justice and sanctions", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, Num. 870, June 2008, pp. 371 - 398.
- SLOANE, Robert D., "The expressive capacity of international punishment: the limits of the national law analogy and the potential of international criminal law", *Stanford Journal of International Law*, Num. 43, 2007, pp. 39 - 94.
- SPINELLIS, Dionysios, "Global report the *ne bis is idem* principle in 'global' instruments", *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 73, 2002/3, pp. 1149 - 1162.
- STEIN, Ashley Joy, "Reforming the Sentencing Regime for the Most Serious Crimes of Concern: The International Criminal Court through the Lens of the Lubanga Trial", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 39, 2014, pp. 521 - 562.
- SZDLO, Marek, "Reduction of Life Sentences Imposed by International Criminal Tribunals after the *Galic* Decision: Is There Need for Further Improvement?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, 2015, pp. 1099 - 1120.
- SZOKE-BURKE, Sam, "Avoiding Belittlement of Human Suffering. A Retributive Critique of ICTR Sentencing Practices", *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, pp. 561 - 580.
- TIEGER, Alan and Shin, Milbert, "Plea Agreements in the ICTY: Purpose, Effects and Propriety", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 666 - 679.
- TIEGER, Alan, "Remorse and Mitigation in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 16, 2003, pp. 777 - 786.
- WEINBERG DE ROCA, Ines Monia and RASSI, Christopher M., "Sentencing and Incarceration in the Ad Hoc Tribunals", *Stanford Journal of International Law*, Vol. 44, 2008, pp. 1 - 62.
- WILSON, Sandra, "The Sentence is Only Half the Story. From Stern Justice to Clemency for Japanese War Criminals, 1945 - 1958", *Journal of International Criminal Justice*, 13, 2015, pp. 745 - 761.

III. DOCTRINA ESPECÍFICA SOBRE CASOS

a) Obras monográficas

- AMBOS, Kai and MAUNGANIDZE, Otilia A (Eds.), *Power and Prosecution: Challenges and Opportunities for International Criminal Justice in Sub-Saharan Africa*, Konrad Adenauer Stiftung, Göttingen, 2012.

- AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel (Eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con informes adicionales de España e Italia*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008.
- AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel (Eds.), *Justicia de transición: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Temis, Bogotá, 2010.
- AMBOS, Kai (Coord.), *Justicia de transición y constitución: análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Temis, Bogotá, 2014.
- AMBOS, Kai, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho penal internacional: estudio de la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de 'justicia y paz' en Colombia*, Temis, Bogotá, 2010.
- AMBOS, Kai, CORTÉS, Rodas y ZULUAGA, John (Coords.), *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (cedpal) de la Georg-August-Universität Göttingen, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, Bogotá, 2018.
- ALMQVIST, Jessica y ESPÓSITO, Carlos (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (Eds.), *Justicia de transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2009.
- BARBOSA, Francisco, *¿Justicia transicional o impunidad? La encrucijada de la paz en Colombia*, Géminis, Bogotá, 2017.
- BOIS-PEDAIN, Antje, *Transitional amnesty in South Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- BOTHMANN, Astrid, *Transitional justice in Nicaragua 1990 - 2012. Drawing a Line Under the Past*, Springer, Germany, 2014.
- BUBENZER, Ole, *Post-TRC prosecutions in South Africa: Accountability for political crimes after the Truth and Reconciliation Commission's Amnesty Process*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2009.
- CASTELLANOS MORALES, Ethel Nataly, *Justicia Transicional en Colombia. Formulación de propuestas desde un análisis comparado*, Universidad nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico - Sociales Gerardo Molina, Bogotá, 2008.
- CHERNOR JALLOH, Charles, *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy. The Impact for Africa and International Criminal Law*, Cambridge University Press, USA, 2014.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España: Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos Núm. 67, Bilbao, 2012.
- CLARK, Phil and Kaufman, Zachary D., *After genocide: transitional justice, post-conflict reconstruction and reconciliation in Rwanda and beyond*, Hurst and company, London, 2008.

- COLLINS, Cath, *Post - transitional justice. Human rights trials in Chile and El Salvador*, The Pennsylvania State University, USA, 2010.
- DÍAZ BARRADO, Cástor M., FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. y RODRÍGUEZ - VILLASANTE Y PRIETO, José Luis (Dirs.), *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el Conflicto Colombiano*, Aranzadi, Navarra, 2013.
- DU BOIS, François and DU BOIS-PEDAIN, Antje, *Justice and reconciliation in Post-Apartheid South Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Memoria histórica y democracia en España: la brecha de la transición*, Fontamara, México, 2016.
- ESCUDERO ALDAY, Rafael y PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen (Eds.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Trotta, Madrid, 2013.
- FUTAMURA, Madoka, *War Crimes Tribunals and Transitional Justice: The Tokyo Trial and the Nuremberg legacy*, Routledge, London and New York, 2008.
- FISHER, Kirsten J. and STEWART, Robert (Eds.), *Transitional Justice and the Arab Spring*, Routledge, London and New York, 2014.
- GIL GIL, Alicia, MACULAN, Elena y FERREIRA, Susana (Eds.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado - UNED, Madrid, 2017.
- GIL GIL, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona, 2009.
- HINZ, Manfred O. and MAPAURE, Clever (Eds.), *In Search of Justice and Peace: Traditional and Informal Justice Systems in Africa*, Namibia Scientific Society, Windhoek, 2010.
- HORNE, Cynthia M. and STAN, Lavinia (Eds.), *Transitional justice and the former Soviet Union: reviewing the past, looking toward the future*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- HUYSE, Luc and SALTER, Mark (Eds.), *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict: Learning from African Experiences*, International IDEA, Sweden, 2008.
- JEFFERY, Renée and KIM, Hun Joon (Eds.), *Transitional Justice in the Asia - Pacific*, Cambridge University Press, New York, 2014.
- JIMENO, Roldan, *Amnesties, Pardons and Transitional Justice: Spain's Pact of Forgetting*, Routledge, New York, 2018.
- LANDA, Jon-Mirena (Dir.), *Justicia transicional: propuestas para el caso vasco Justizia Trantsizionala: proposamenak Euskal Herriarentzat/Justice Transitionnelle: propositions pour le Pays Basque/Transitional Justice: proposals for the Basque case*, Institut Universitaire Varenne, Collection Transition & Justice, 3, 2014.
- MWAMBA Matanzi, Godefroid, *La justice transitionnelle en RDC: Quelle place pour la commission vérité et réconciliation?*, L'Harmattan, Paris, 2016.
- NALEPA, Monika, *Skeletons in the Closet: transitional justice in post-communist Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

- NOUWEN, Sarah M.H., *Complementarity in the Line of Fire: The Catalysing Effect of the International Criminal Court in Uganda and Sudan*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- NYAWO, James, *Selective enforcement and International Criminal law: the International Criminal Court and Africa*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2017.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2009.
- REÁTEGUI, Félix (Ed.), *Justicia transicional: manual para América Latina*, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia y el Centro Internacional para la Justicia Transicional, Nueva York y Brasilia, 2011.
- REED, Michael y RIVERA, María Cristina (Ed.), *Transiciones en contienda: Disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá, 2010.
- RIPOL CARULLA, Santiago y VILLÁN DURÁN, Carlos (Dirs.), *Justicia de Transición: El caso de España*, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2012.
- SARKIN, Jeremy, *Carrots and sticks: the TRC and the South African amnesty process*, Intersentia, Anrwerp-Oxford, 2004.
- SKAAR, Elin, GARCÍA-GODOS, Jemima and COLLINS, Cath (Eds.), *Transitional justice in Latin America: the uneven road from impunity towards accountability*, Routledge, New York, 2016.
- STAN, Lavinia and NEDELSKY, Nadya (Ed.), *Post-Communist Transitional Justice: Lessons from twenty-five years of experience*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- STAN, Lavinia (Ed.), *Transitional justice in Eastern Europe and the Former Soviet Union: reckoning with the communist past*, Routledge, London and New York, 2009.
- STAN, Lavinia, *Transitional Justice in Post-Communist Romania: The politics of memory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- SVARCA, Inga, *The procedure of the European Court of Human Rights regarding countries in transition: the ECtHR's transitional justice cases against Latvia*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2014.
- TAMARIT SUMALLA, Josep M., *Historical memory and criminal justice in Spain: a case of late transitional justice*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013.
- TORREGROSA JIMÉNEZ, Rodolfo y TORREGROSA JIMÉNEZ, Norhys, *Justicia transicional. Paz vs Justicia: El dilema en Colombia*, Universidad Libre, Bogotá, 2012.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo, SAFFON SANÍN, María Paula, BOTERO MARINO, Catalina y RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Ediciones Antropos, Bogotá, 2006.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo, SÁNCHEZ DUQUE, Luz María y SÁNCHEZ LEÓN, Nelson Camilo, *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2014.
- VANDEGINSTE, Stef, *Stones left unturned: law and transitional justice in Burundi*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010.

VILLA VICENCIO, Charles and VERWOERD, Willhelm, *Looking back reaching forward: reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, University of Cape Town Press, South Africa, 2000.

VV.AA., *Manual de procedimiento de Justicia y Paz*, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), Colombia, 2009.

b) Trabajos en obras colectivas

AKSENOVA, Marina, "The ICC involvement in Colombia: walking the fine line between peace and justice" en BERGSMO, Morten and STAHN, Carsten (Eds.), *Quality control in preliminary examination: Volume I*, TOAEP, Bursseles, 2018, pp. 257 - 282.

ASAALA, Evelyne Owiye, "The International Criminal Court Factor on Transitional Justice in Kenya", en AMBOS, Kai and MAUNGANIDZE, Ottilia A (Eds.), *Power and Prosecution: Challenges and Opportunities for International Criminal Justice in Sub-Saharan Africa*, Konrad Adenauer Stiftung, Göttingen, 2012, pp. 119 - 143.

BENNETT, Tom, "Access to justice and human rights in the traditional courts of sub-Saharan Africa" en BENNETT, Brems, CORRADI, Nijzink and SCHOTSMANS (Eds.), *African perspectives on tradition and justice*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, pp. 19 - 45.

NEE, Ann and UVIN, Peter, "Silence and Dialogue. Burundians' Alternatives to Transitional Justice" en SHAW, Rosalind, WALDORF, Lars and HAZAN, Pierre (Eds.), *Localizing Transitional Justice. Interventions and priorities after mass violence*, Stanford Studies in Human Rights, Stanford, 2010, pp. 157 - 182.

PINTO SOARES, Patricia, "Transitional justice in the DRC: The 2014 Amnesty Law and the principle of complementarity - *Quid Juris?*" en MARINIELLO, Triestino (Ed.), *The International Criminal Court in Search of its Purpose and Identity*, Routledge, London and New York, 2013, pp. 174 - 189.

MANIRAKIZA, Pacifique, "Customary African Approaches to the Development of International Criminal Law" en LEVITT, Jeremy I. (Ed.), *Africa: Mapping New Boundaries in International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008, pp. 35 - 63.

OJIELO, Ozonnia, "Justice versus reconciliation: the dilemmas of transitional justice in Kenya" en OMEJE, Kenneth and HEPNER, Tricia Redeker (Eds.), *Conflict and peacebuilding in the African Great Lakes Region*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 2013, pp. 122 - 140.

OLÁSOLO ALONSO, Héctor, "Sobre la idoneidad de los procesos penales y las comisiones de la verdad para abordar situaciones de crímenes internacionales de ius cogens. Especial referencia a la Jurisdicción Especial para la Paz y la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición en Colombia", en CÉSPEDES-BAÉZ, Lina M. y PRIETO - RÍOS, Enrique (Eds.), *Utopía u oportunidad fallida: Análisis crítico del Acuerdo de paz*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2017, pp. 111 - 158.

ROACH, Steven C., "Multilayered Justice in Northern Uganda: ICC Intervention and Local Procedures of Accountability", en ROTHE, Dawn L., MEERNIK, James and INGADÓTTIR, Þórdís (Eds.), *The Realities of International Criminal Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2013, pp. 249 - 268.

SCHABAS, William A., "Internationalized Courts and their Relationship with Alternative Accountability Mechanisms: The Case of Sierra Leone" en ROMANO, NOLLKAEMPER and KLEFFNER (Eds.), *Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 157 - 180.

SCHOTSMANS, Martien, "Official complementarity: a case study of Northern Uganda" en BREMS, CORRADI and SCHOTSMANS (Eds.), *International actors and traditional justice in Sub-Saharan Africa: Policies and Interventions in Transitional Justice and Justice Sector Aid*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015, pp. 71 - 83.

SLYE, Ronald C., "Putting the J into the TRC: Kenya's Truth Justice and Reconciliation Commission" en SWART, Mia and VAN MARLE, Karin (Eds.), *The limits of transition: the South African Truth and Reconciliation Commission 20 Years on*, Brill Nijhoff, Leiden and Boston, 2017, pp. 282 - 307.

c) Trabajos en revistas científicas

ABOU-EL-FADL, Reem, "Beyond conventional transitional justice: Egypt's 2011 revolution and the absence of political will", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 6, Issue 2, 2012, pp. 1 - 13.

ACOSTA ARCARAZO, Diego, BUCHAN, Russell and URUEÑA, Rene, "Beyond justice, beyond peace? Colombia, the interests of justice, and the limits of International Criminal Law", *Criminal Law Forum*, Vol. 26, 2015, pp. 291 - 318.

ACOSTA LÓPEZ, Juana-Inés, "Symposium on the colombian peace talks and international law: the Inter-American Human Rights System and the Colombian peace: redefining the fight against impunity", *ASIL*, Vol. 110, 2016, pp. 178 - 182.

ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés y ARÉVALO NARVÁEZ, Carlos Enrique, "Constitucionalización del sistema integral de verdad, justicia y reparación en Colombia: algunos comentarios sobre la participación política y la responsabilidad de mando", *Cuadernos de estrategia (Ministerio de Defensa)*, N° 189 dedicado a: El posconflicto colombiano: una perspectiva transversal, 2017, pp. 233 - 264.

AKHAVAN, Payam, "Is Grassroots Justice a Viable Alternative to Impunity? The Case of the Iran People's Tribunal", *Human Rights Quarterly*, Vol. 39, 2017, pp. 73 - 103.

ALSTON, Philip, "The Darfur Commission as a Model for Future Responses to Crisis Situations", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 600 - 607.

APONTE CARDONA, Alejandro, "Colombia: un caso sui generis en el marco de la justicia de transición", *International Law: Revista colombiana de Derecho Internacional*, N° 12, Edición Especial 2008, pp. 395 - 434.

APONTE CARDONA, Alejandro, "Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional: aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición", *Cuadernos de estrategia (Ministerio de Defensa)*, N.º 189 dedicado a: El posconflicto colombiano: una perspectiva transversal, 2017, pp. 27 - 52.

APUULI, Kasaija Phillip, "The ICC Arrest Warrants for the Lord's Resistance Army Leaders and Peace Prospects for Northern Uganda", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006, pp. 179 - 187.

- ASAALA, Evelyne, "Exploring transitional justice as a vehicle for social and political transformation in Kenya", *African Human Rights Law Journal*. Vol. 10, 2010, pp. 377 - 406.
- BACHMANN, Klaus and Lyubashenko, Igor, "The puzzle of transitional justice in Ukraine", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 11, 2017, pp. 297 - 314.
- BAINES, Erin K., "The haunting of Alice: local approaches to justice and reconciliation in Northern Uganda", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007, pp. 91 - 114.
- BASSIOUNI, M. Cherif, "Post-conflict justice in Iraq: an appraisal of the Iraq Special Tribunal", *Cornell International Law Journal*, Vol. 38, Issue 2, 2005, pp. 101 – 166.
- BENGOETXEA, Joxerramon, "Transitional Justice versus Traditional Justice: The Basque Case", *JEMIE- Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, Vol. 12, 2013, pp. 30 - 58.
- BIRKENKÖTTER, Hannah, "Explaining Srebrenica: Establishing a Narrative Through Criminal Trials", *Vereinte Nationen*, Vol. 88, 2013, pp. 177 - 205.
- BOISTER, Neil, "Failing to get to the Heart of the Matter in Sierra Leone? The Truth Commission is Denied Unrestricted Access to Chief Hinga Norman", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 1100 - 1117.
- BUDAK, Yeliz, "Dealing with the Past: Transitional Justice, Ongoing Conflict and the Kurdish Issue in Turkey", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 9, Issue 2, July, 2015, pp. 219 - 238.
- BURBIDGE, Peter, "Justice and peace? - The role of law in resolving Colombia's civil conflict", *International Criminal Law Review*, Vol. 8, 2008, pp. 557 - 587.
- BURBIDGE, Peter, "Walking the dead of the Spanish civil war: Judge Baltasar Garzón and the Spanish Law of Historical Memory", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, pp. 753 - 781.
- BURGESS, Patrick, "Justice and reconciliation in East Timor. The relationship between the Commission for Reception, truth and reconciliation and the Courts", *Criminal Law Forum*, Vol. 15, 2004, pp. 135 – 158.
- CAPELLA I ROIG, Margalida, "Jurisdicciones Gacaca: Una Solución Local al Genocidio Ruandés", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 56, 2004, pp. 765 - 776.
- CAPELLÀ I ROIG, Margalida, "La recuperación de la memoria histórica desde la perspectiva jurídica e internacional", *Entelequia. Revista Interdisciplinar: Monográfico*, nº 7, septiembre 2008, pp. 273 – 279.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, "El viaje a ninguna parte: memoria, leyes, historia y olvido sobre la guerra civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 45, 2007, pp. 119 - 233.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, "Justicia transicional: 'Memoria Histórica', y responsabilidad internacional del Estado: Un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas del inicio formal de la transición política española", *Revista de Derecho de Extremadura*, 2009, pp. 49 – 74.

- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, "La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas: nunca es tarde si la dicha es ¿buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la `Ley de memoria histórica", *Foro, Nueva Época*, Núm. 7, 2008, pp. 13 - 55.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, "TEDH- Decisión de 27.03.2012, *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*, 301410/09- Arts 2, 3, 5, 8 y 13 CEDH - Desaparición forzada de personas durante la Guerra Civil Española: Incompetencia (sobreenvenida) respecto a la obligación autónoma, independiente y continuada de investigar", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 56, 2013, pp. 741 - 759.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, "Transición española y justicia transicional: ¿Qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de Derecho internacional postergados en la transición política de España", *Entilequia. Revista Interdisciplinaria*, Monográfico Núm. 7, 2008, pp. 331 - 354.
- CHINCHÓN, J., VICENTE, L. y MORENO, A., "La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España: Un análisis jurídico tras los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, el Comité contra la Desaparición Forzada y el Relator Especial sobre Justicia Transicional de las Naciones Unidas", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, pp. 66-101.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier y VICENTE MÁRQUEZ, Lydia, "La investigación de los crímenes cometidos en la Guerra Civil y el Franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del Derecho internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 19, 2010, 43 pp.
- CIAMPI, Annalisa, "The Proceedings against President Al Bashir and the Prospect of their Suspension under Article 16 ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, 2008, pp. 885 - 897.
- CRIPPA, Matteo, "A Long Path toward Reconciliation and Accountability: A Truth and Reconciliation Commission and a Special Chamber for Burundi", *International Criminal Law Review*, Vol. 12, 2012, pp. 71 - 100.
- CHRISTIAN, Emily, "Violations of International Criminal Law in the Israel-Palestinian Conflict: Why the International Criminal Court Should Not Prosecute in the Interests of Justice", *International and Comparative Law Journal*, Vol. 29, 2015, pp. 275 - 307.
- DALY, Erin, "Transitional justice in Iraq: learning the hard way", *Israel Law Review*, Vol. 47, Issue 1, 2014, pp. 63 - 83.
- DE BERTODANO, Sylvia, "Were there more acceptable alternatives to the Iraqi High Tribunal?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 294 - 300.
- DE BROUWER, Anne-Marie and RUVEBANA, Etienne, "The Legacy of the Gacaca Courts in Rwanda: Survivors' Views", *International Criminal Law Review*, Vol. 13, 2013, pp. 937 - 976.
- DE LA CUESTA, José Luis y ODRIOZOLA, Miren, "Marco normativo de la memoria histórica en España: legislación estatal y autonómica", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 20, 2018, 38 pp.

- DE YEAZA, Carla, "A Search for Truth: A Critical Analysis of the Liberian Truth and Reconciliation Commission", *Human Rights Review*, N°14, 2013, pp. 189 - 212.
- DRAGOVIC-SOSO, Jasna, "History of a failure: attempts to create a national truth and reconciliation commission in Bosnia and Herzegovina, 1997 - 2006", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 10, 2016, pp. 292 - 310.
- DUFFY, Aoife, "A truth commission for Northern Ireland", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 4, 2010, pp. 26 - 46.
- DUDAI, Ron, "A Model for Dealing with the Past in the Israel - Pelestinian Context", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007, pp. 249 - 267.
- DU PLESSIS, Max and FORD, Jolyon, "Transitional justice: a future truth commission for Zimbabwe?", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, January, 2009, pp. 73 - 117.
- EASTERDAY, Jennifer S., "Deciding the fate of complementarity: a Colombian case study", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 26, No. 1 2009, pp. 50 - 111.
- EICHLIN, John, "Undercutting the Political Economy of Conflict in Bosnia and Herzegovina: A Transitional Justice Approach to Prosecuting Systemic Economic Crimes", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 48, 2010, pp. 353 - 398.
- ELLIOTT, Ingrid, "A meaningful step towards accountability? A view from the field on the United Nations International, Impartial and Independent Mechanism for Syria", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 2017, pp. 239 - 256.
- ELLIS, Mark, "Beyond a Flawed Trial: ICC Failures to Ensure International Standards of Fairness in the Trails of Former Libyan Regime Members", *American University International Law Review*, Vol. 33, 2017, pp. 75 - 145.
- EVENSON, Elizabeth M., "Truth and Justice in Sierra Leone: Coordination between Commission and Court", *Columbia Law Review*, Vol. 104, 2004, pp. 730 - 767.
- FERRAJOLI, Luigi, "La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna", *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 10, marzo 2016, pp. 146 - 161.
- FIERENS, Jacques, "Gacaca Courts: Between Fantasy and Reality", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 896 - 919.
- FOULADVAND, Shahrzad, "Complementarity and cultural sensitivity: decision-making by the International Criminal Court Prosecutor in the Darfur situation", *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, pp. 1028-1066.
- FRICHOVA, Magdalena, "Transitional Justice and Georgia's Conflicts: Breaking the Silence", *International Center for Transitional Justice*, May 2009, 39 pp.
- GARCÍA OTERO, Ruth, "Activación de la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional en Colombia", *Justicia Juris*, Vol. 8. N° 1, 2012, pp. 40-52.
- GARIBIAN, Sévane, "Ghosts Also Die: Resisting Disappearance through the 'Right to the Truth' and the *Juicios por la Verdad* in Argentina", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, 2014, pp. 515 - 538.

- GEE-KIN IP, Ken, "Fulfilling the mandate of national reconciliation in the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) - An evaluation through the prism of victims' rights", *International Criminal Law Review*, Vol. 13, 2013, pp. 865 - 894.
- GIL GIL, Alicia, "Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado Español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos? Análisis de la decisión del TEDH de 27 de marzo de 2012, caso Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España, y de sus antecedentes en la jurisdicción española", *InDret*, Núm. 4, 2012, 29 pp.
- GÓMEZ ISA, Felipe, "El fenómeno de la impunidad: luces y sombras en América Latina", *Pensamiento Iberoamericano*, N.º2, 2008, pp. 163 - 185.
- GÓMEZ Isa, Felipe, "Justicia, verdad y reparación en el proceso de paz en Colombia", *Derecho del Estado*, N.º 33, julio-diciembre 2014, pp. 35-63.
- GOMEZ ISA, Felipe, "Retos de la Justicia Transicional en contextos no transicionales: el caso español", *Interamerican and European Human Rights Journal*, Vol. 3, 2010, pp. 70 - 85.
- GÓMEZ-VELÁSQUEZ, Alejandro y CORREA-SAAVEDRA, Julián, "¿Sobredimensión de la tensión entre justicia y paz? Reflexiones sobre justicia transicional, justicia penal y justicia restaurativa en Colombia", *International Law: Revista colombiana de Derecho Internacional*, N.º 26, 2015, pp. 193 - 247.
- GREENAWALT, Alexander K.A., "Complementarity in Crisis: Uganda, Alternative Justice, and the International Criminal Court", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, Issue 1, 2009, pp. 107 - 162.
- HANSEN, Thomas Obel, "Kenya's power-sharing arrangement and its implications for transitional justice", *International Journal of Human Rights*, Vol. 17, Issue 2, 2013, pp. 307 - 327.
- HEMPTINNE, Jérôme de, "Challenges raised by victims' participation in the proceedings of the Special Tribunal for Lebanon", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, pp. 165 - 179.
- HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Norberto, "El 'nuevo' acuerdo final para la paz a través del lente del derecho penal", *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 13, No. 88, enero-junio 2017, pp. 217 - 239.
- GÓMEZ ISA, Felipe, "El fenómeno de la impunidad: luces y sombras en América Latina", *Pensamiento Iberoamericano*, N.2, 2008, pp. 163 - 185.
- GONZÁLEZ CUEVA, Eduardo, "The contribution of the Peruvian Truth and Reconciliation Commission to Prosecutions", *Criminal Law Forum*, Vol. 15, 2004, pp. 55 - 66.
- KANDIC, Natasa, "The ICTY Trials and Transitional Justice in Former Yugoslavia", *Cornell Int'l L.J.*, Vol. 38, 2005, pp. 789 - 792.
- KAUFMAN, Zachary D., "Transnational Justice for Tojo's Japan: The United States Role in the Establishment of the International Military Tribunal for the Far East and Other Transitional Justice Mechanisms for Japan after World War II", *Emory International Law Review*, Vol. 27, 2013, pp. 755 - 789.
- KELLER, Linda M., "Achieving Peace with Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice Mechanisms", *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 23, 2008, pp. 209 - 279.

- KOURABAS, Michael, "A Vienna Convention interpretation of the 'interest of justice' provision of the Rome Statute, the legality of domestic amnesty agreements, and the situation in Northern Uganda: a 'great qualitative step forwards', or a normative retreat?", *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, Vol. 14, 2007, pp. 1 - 34.
- KUCZYNSKA, Hanna, "The scope of appeal on complementarity issues before the ICC: on the example of appeal of Côte d'Ivoire against the Decision of Pre-Trial Chamber I in the Simone Gbagbo Case", *The law and practice of international courts and tribunals*, Vol. 15, 2016, pp. 326 - 344.
- JANKOWITZ, Sarah, "The 'hierarchy of victims' in Northern Ireland: a framework for critical analysis", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 12, 2018, pp. 216 - 236.
- LACHOWSKI, Tomasz, "International Criminal Court - the central figure of transitional justice? Tailoring the post - violence strategies with special reference to Ukraine", *Polish Quarterly of International Affairs*, No. 3, 2015.
- LAHIRI, Karan, "Rwanda's 'Gacaca' Courts A Possible model for local Justice in International Crime?", *International Criminal Law Review*, Vol. 9, 2009, pp. 321 - 332.
- LANDA, Jon - M., "Human rights and politically-motivated violence in the Basque Country", *Journal of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, Vol. 12, No. 2, 2013, pp. 7 - 29.
- LAPLANTE, Lisa J. and THEIDON, Kimberly, "Truth with Consequences: Justice and Reparations in Post-Truth Commission Peru", *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, 2007, pp. 228 - 250.
- LAWTHER, Cheryl, "Denial, silence and the politics of the past: unpicking the opposition to truth recovery in Northern Ireland", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, 2013, pp. 157 - 177.
- LECLERCQ, Sidney, "Injustice through transitional justice? Subversion strategies in Burundi's peace process and postconflict developments", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 11, 2017, pp. 525 - 544.
- LIPSCOMB, Rosanna, "Restructuring the ICC Framework to Advance Transitional Justice: A Search for a Permanent Solution in Sudan", *Columbia Law Review*, Vol. 106, 2006, pp. 182 - 212.
- LLEWELLYN, Jennifer J., "A Comment on the Complementary Jurisdiction of the International Criminal Court: Adding Insult to Injury in Transitional Contexts", *Dalhousie Law Journal*, Vol. 24, 2001, pp. 192 - 217.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Roberto y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen Alicia, "La lucha contra la impunidad de los crímenes políticos en Venezuela", *Historia Actual Online*, Núm. 33, 2014, pp. 133 - 142.
- MACULAN, Elena, "El acuerdo de paz colombiano ante la obligación internacional de persecución penal y castigo", *Cuadernos de estrategia (Ministerio de Defensa)*, N° 189 dedicado a: El posconflicto colombiano: una perspectiva transversal, 2017, pp. 91 - 123.
- MACULAN, Elena, "Límites a la expansión de la persecución por crímenes internacionales y al papel del juez-historiador: la aportación de la STS 101/2012", *Revista de Derecho penal y criminología*, Vol. 8, 2012, pp. 497 - 518.

- MAJINGE, Charles, "The International Criminal Court and the question of alternative justice system in Africa: a case of be careful of what you wish for?", *Verfassung und Techt in Übersee*, Vol 42, 2009, pp. 151 - 172.
- MARTÍNEZ VOLKMAR, Juan José, "Jurisdicción Especial para la Paz y su relevancia en la convulsa coyuntura política colombiana", *Revista Ratio Juris*, Vol. 12, N.º 25, 2017, pp. 131 - 150.
- McGONIGLE Leyh, Brianne, "Nuremberg's Legacy within Transitional Justice: Prosecutions Are Here to Stay", *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 15, 2016, pp. 559 - 574.
- McKNIGHT, Janet, "Accountability in Northern Uganda: Understanding the Conflict, the Parties and the False Dichotomies in International Criminal Law and Transitional Justice", *Journal of African Law*, Vol.59, Issue 2, 2015, pp. 193 - 219.
- MEDELLÍN MESTRA, Katierrh y MÉNDEZ HERNÁNDEZ, Luis, "Análisis de la aplicación de penas alternativas para los delitos cometidos en el marco del conflicto armado colombiano; desde la jurisdicción especial para la paz", *Derecho y Sociedad*, N.º.3, Vol. 1, 2018, pp. 47 - 53.
- MEDINA AGUILAR, Claudia, "La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): claridades e incertidumbres de un modelo innovador de justicia transicional", *Cuadernos de estrategia (Ministerio de Defensa)*, N.º 189 dedicado a: El posconflicto colombiano: una perspectiva transversal, 2017, pp. 221 - 231.
- MEYERSTEIN, Ariel, "Transitional justice and post-conflict Israel/Palestine: assessing the applicability of the truth commission paradigm", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 38, Issue 2, 2006/2007, pp. 281 - 361.
- MORENO OCAMPO, Luis, "Un vistazo al proceso de paz en Colombia: entrevista a Luis Moreno Ocampo", *Orbis*, No. 22, Edición: Colombia en el camino hacia la reconciliación, 2018, pp. 35 - 37.
- MUSILA, Godfrey M., "Options for Transitional Justice in Kenya: Autonomy and the Challenge of External Prescriptions", *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, 2009, pp. 445 - 464.
- MUTUA, Makau, "Beyond Juba: Does Uganda need a national truth and reconciliation process?" *East African Journal of Peace and Human Rights*, Vol. 13, Issue 1, 2007, pp. 142 - 155.
- NESBITT, Michael, "Lessons from the Sam Hinga Norman Decision of the Special Court for Sierra Leone: How Trials and Truth Commissions Can Co-Exist", *German Law Journal*, Vol. 8, 2007, pp. 977 - 1014.
- NEWTON, Michael A., "El Alto Tribunal Penal Iraquí: controversias y contribuciones", *International Review of the Red Cross*, N.º 862, junio de 2006, 30 pp.
- NKANSAH, Lydia A., "The dance of truth and justice in postconflict peacebuilding in Sierra Leone", *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 23, Issue, 2, 2015, pp. 199 - 225.
- NOUWEN, Sarah M.H. and Werner, Wouter G., "Monopolizing global justice: International Criminal Law as challenge to human diversity", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, 2015, pp. 157 - 176.

- NWOYE, Leo C., "Partners or Rivals in Reconciliation: The ICTR and Rwanda's Gacaca Courts", *San Diego International Law Journal*, Vol. 16, 2014, pp. 119 - 208.
- NYBERG, Tove, "International Commission against Impunity in Guatemala: A Non-Traditional Transitional Justice Effort", *Revue Québécoise de Droit International*, Vol. 28, 2015, pp. 157 - 184.
- OETTE, Lutz, "Peace and Justice, or Neither? The Repercussions of the *al-Bashir* Case for International Criminal Justice in Africa and Beyond", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, pp. 345 - 364.
- OKOGBULE ESQ, Nlerum, "The abortion of transitional justice mechanisms in Nigeria: the Oputa Panel in perspective", *East African Journal of Peace and Human Rights*, Vol. 15, Issue 2, 2009, pp. 441 - 450.
- OLÁSULO, Héctor and RAMIREZ MENDOZA, Joel M.F., "The Colombian Integrated System of Truth, Justice, Reparation and Non-Repitition", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 2017, pp. 1011 - 1047.
- OLÁSULO ALONSO, Héctor, "El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación sobre la situación en Colombia?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 24, 2012, pp. 1 - 45.
- OLÁSULO ALONSO, Héctor, "La inseguridad jurídica de los acuerdos de paz a la luz del régimen jurídico internacional de los crímenes de ius cogens y la justicia de transición", *Política criminal*, Vol. 12, Nº 23, 2017, pp. 78-102.
- OLASOLO, Héctor y CANOSA, Jannluck, "La responsabilidad del superior en el Acuerdo de paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional", *Política criminal*, Vol. 13, Nº 25, 2018, pp. 444 - 500.
- ORJUELA RUIZ, Astrid y LOZANO ACOSTA, Carlos, "La indeterminación del campo de la justicia transicional en Colombia", *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 14(1), 2012, pp. 255-281.
- O. YUSUF, Hakeem, "Calling the judiciary to account for the past: transitional justice and judicial accountability in Nigeria", *Law and policy*, Vol. 30, No. 2, 2008, pp. 194 - 226.
- PARMENTIER, Stephan and WEITEKAMP, Elmar, "Punishing perpetrators or seeking truth for victims: Serbian options on dealing with war crimes", *International Criminal Law Review*, Vol. 13, 2013, pp. 43 - 62.
- PARMENTIER, Stephan and Weitekamp, Elmar, "Punishing Perpetrators or Seeking Trust for Victims: Serbian Opinions on Dealing with War Crimes", *International Criminal Law Review*, Vol. 13, 2013, pp. 43 - 62.
- PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, "Garantismo versus impunidad en el contexto del final de ETA", *Hermes: pentsamendu eta historia aldizkaria/Revista de pensamiento e historia*, Nº. 47, 2014, pp. 58 - 59.
- QUINN, Joanna R., "Chicken and egg? Sequencing in transitional justice: the case of Uganda", *International Journal of Peace Studies*, Vol. 14, Num. 2, 2009, pp. 35 - 53.
- QUINN, Joanna R., "Social reconstruction in Uganda: the role of customary mechanisms in transitional justice", *Human Rights Review*, Vol. 8, 2007, pp. 389 - 407.

- RAKATE, Pheny Tshenolo Keiseng, "Truth commissions and international criminal tribunals as mechanisms for conflict resolution in transitional societies with specific reference to South Africa and the Former *Yugoslavia*", *Lesotho Law Journal*, Vol. 11, No. 1, 1998, pp. 177 - 198.
- REYES REYES, Magda Stella, "Desafíos de la puesta en marcha de la Jurisdicción Especial para la Paz", *Dos Mil Tres Mil*, Vol. 20, 2019, pp. 87-107.
- RIPOL CARULLA, Santiago, "La justicia de transición: concepto y práctica española (selección de bibliografía y documentación)", *Historiografías*, Vol. 8, 2014, pp. 76 - 107.
- ROSE, Cecily, "Looking beyond Amnesty and Traditional Justice and Reconciliation Mechanisms in Northern Uganda: A Proposal for Truth-Telling and Reparations", *Boston College Third World Law Journal*, Vol. 28, 2008, pp. 345 - 399.
- RÚA DELGADO, Carlos Felipe, "Los momentos de la justicia transicional en Colombia", *Revista de Derecho*, N.º. 43, 2015, pp. 71 - 109.
- SCHARF, Michael P., "Is it international enough? A critique of the Iraqi Special Tribunal in Light of the Goals of International Justice", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 330 – 337.
- SCHARF, Michael P., "The Iraqi High Tribunal: a viable experiment in international justice", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 258 – 263.
- SAETHER, Gjermund, "The complementarity of ICC and other instruments in transitional justice - The case of Northern Uganda", *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, Vol. 27, 2009, pp. 467–486.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, "El fin del modelo español de jurisdicción universal", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 27, 2014, pp. 1 - 40.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, "Los juicios argentinos sobre los crímenes del franquismo", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 67/1, 2015, pp. 298 - 303.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, "Spanish Practice in the Area of Universal Jurisdiction", *Spanish Yearbook of International Law*, Vol. VIII, 2001 - 2002, pp. 17 - 52.
- SARKIN, Jeremy, "Preconditions and processes for establishing a Truth and Reconciliation Commission in Rwanda - the possible interim role of Gacaca community courts", *Law, Democracy and Development*, Vol. 3, No. 2, 1999, pp. 223 - 237.
- SAVINI, Lucía E., "Avoiding amnesty in the age of accountability: Colombia's proposal for alternative sentencing", *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos/Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights*, No. 13, 2015, pp. 125 - 158.
- SCHABAS, William A., "A synergistic relationship: the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone", *Criminal Law Forum*, Vol. 15, 2004, pp. 3 - 54.
- SCHABAS, William A., "Conjoined Twins of Transitional Justice - The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 1082 - 1099.
- SCHABAS, William A., "Darfur and the 'Odious Scourge': The Commission of Inquiry's Findings on Genocide", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 18, 2005, pp. 871 - 885.

- SCHABAS, William A., "Genocide Trials and Gacaca Courts", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 879 - 895.
- SCHABAS, William A., "The Relationship between Truth Commissions and International Courts: The Case of Sierra Leone", *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, 2003, pp. 1035 - 1066.
- SCHEIDER, Jan y TABORDA OCAMPO, Francisco, "Alcance de la declaración colombiana según el artículo 124 del Estatuto de Roma", *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*, N.º 36, 2011, pp. 297 - 329.
- SCHOTTEL, Bas, "Doing Justice to the Political. The International Criminal Court in Uganda and Sudan: A Reply to Sarah Nouwen and Wouter Werner", *European Journal of International Law*, Vol. 22, No. 4, 2011, pp. 1153 - 1160.
- SSENYONJO, Manisuli, "The International Criminal Court and the Warrant for Sudan's President Al-Bashir: A Crucial Step towards Challenging Impunity or a Political Decision", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 78, 2009, pp. 397 - 431.
- STAHN, Carsten, "Accommodating Individual Criminal Responsibility and National Reconciliation: The UN Truth Commission for East Timor", *American Journal of International Law*, Vol. 95, 2001, pp. 952 - 966.
- STEGMILLER, Ignaz, "Legal developments in civil party participation at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 27, Issue 2, 2014, pp. 465 - 477.
- SULLO, Pietro, "Justice for Darfur: the ICC and domestic justice initiatives eleven years after the UN Security Council referral", *International Criminal Law Review*, Vol. 16, 2016, pp. 885 - 912.
- TAMARIT SUMALLA, Josep, "Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, pp. 43 - 65.
- TAMARIT SUMALLA, Josep, "Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español", *Política criminal*, Vol. 7, Núm. 13, 2012, pp. 74 - 93.
- TAMARIT SUMALLA, Josep, "Transition, historical memory and criminal justice in Spain", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, pp. 729 - 752.
- TEJAN-COLE, Abdul, "The complementarity and conflict relationship between the Special Court for Sierra Leone and the Truth and Reconciliation Commission", *Yale Human Rights and Development Journal*, Vol. 6, 2014, pp. 139 - 159.
- TOTTEN, Christopher D. and TYLER, Nicholas, "Arguing for an Integrated Approach to Resolving the Crisis in Darfur: the Challenges of Complementarity, Enforcement, and Related Issues in the International Criminal Court", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98, Issue 3, 2008, pp. 1069 - 1118.
- TRIPONEL, Anna F. and Williams, Paul R., "The Clash of the Titans: Justice and Realpolitik in Libya", *American University International Law Review*, Vol. 28, 2013, pp. 775 - 834.
- TUNAMSIFU, Shirambere philippe, "Transitional justice and peacebuilding in the Democratic Republic of the Congo", *African Journal on Conflict Resolution*, Vol. 15 Issue 1, 2015, pp. 59 - 83.

- UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula, "Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia", *Anuario de Derechos Humanos*, Núm. 4, 2008, pp. 165 - 195.
- URUEÑA, René, "Prosecutorial politics: the ICC's influence in Colombian peace processes, 2003 - 2017", *American Journal of International Law*, Vol. 111, 2017, pp. 1 - 21.
- VILLÁN DURÁN, Carlos y FALEH PÉREZ, Carmelo, "Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los Derechos Humanos cometidas en España durante la Guerra Civil y la Dictadura", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 16, 2008, 51 pp.
- WAMEYO, Amboko, "Transitional Justice, a Two-Prong Approach: Reconciliation and Criminal Responsibility for Kenya Post 2007 Elections Violence", *African Yearbook of International Law*, Vol. 17, 2009, pp. 411 - 446.
- WEAH, Aaron, "Hopes and uncertainties: Liberia's Journey to End Impunity", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 6, Núm. 2, 2012, pp. 331 - 343.
- WEINER, Allen S., "Ending wars, doing justice: Colombia, transitional justice and the International Criminal Court", *Stanford Journal of International Law*, Vol. 52, 2016, pp. 211 - 241.
- WELDEHAIMANOT, Simon, "Arresting Al-Bashir: The African Union's Opposition and the Legalities", *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19.2, 2011, pp. 208-235.
- WILLIAMS, Sarah, "The Extraordinary African Chambers in the Senegalese Courts: An African Solution to an African Problem?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, 2013, pp. 1139 - 1160.
- WILSON, Richard Ashby, "Judging history: the historical record of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, Issue 3, 2005, pp. 908 - 1146.
- WINTERBOTHAM, Emily, "The State of Transitional Justice in Afghanistan. Actors, Approaches and Challenges", *Afghanistan Research and Evaluation Unit, Discussion Paper*, April 2010.
- ZAPICO BARBEITO, Mónica, "Investigating the crimes of the Franco Regime: legal possibilities, obligations of the Spanish State and duties towards the victims", *International Criminal Law Review*, Vol. 10, 2010, pp. 243 - 274.

d) Otros recursos académicos

- AMERICAN BAR ASSOCIATION RULE OF LAW INITIATIVE (ABA ROLI), "A transitional justice strategy for Mali: Analysis based on input civil society and local communities. Executive summary and recommendations", 2015.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Afrontar el pasado para construir el futuro: Verdad, justicia y reparación en el contexto del País Vasco*, Informe de 10 de febrero de 2017.
- CHITSIKE, Kudakwashe, "Transitional justice options for Zimbabwe: a guide to key concepts", *Institute for Justice and Reconciliation. Africa Programme*, 2012.

- HAYNER, Priscilla, "Negotiating peace in Liberia: Preserving the possibility for Justice", *November 2007 report, Herny Durnant Centre for Humanitarian Dialogue, 2007*, pp. 1 - 31.
- HONG, Seong - Phil, "Transitional Justice in North Korea: Accountability for Human Rights Atrocities" en *The Korea Project: Planning for the Long Term*, 1st Annual Conference of the CSIS -U SC Korea Project, August 20 - 21, 2010, Korean Studies Institute, University of Southern California, 8pp.
- INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE, "Criminal Accountability, the ICC and the Politics of Succession", *The Kenya transitional justice brief*, Vol.1, N°1, April 2011, 8pp.
- INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE, "Navigating Paths to Justice in Myanmar's Transition", June 2014, 20 pp.
- KERSTEN, Mark, "Transitional Justice Without a Peaceful Transition - The Case of Post - Gaddafi Libya", *CRPD Working Paper* N°38, London School of Economics, UK, 2015, 30 pp.
- LADISCH, Virginie, "Possibilities and Challenges for Transitional Justice in Mali. Assessment Report", *ICTJ briefing*, September 2014, 16 pp.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena (Dirección de Derechos Humanos, Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco), "Bases para la puesta en marcha de una Comisión de la Verdad en Euskadi", Vitoria - Gasteiz, 31 de marzo de 2009.
- LEVITT, Jeremy I., "Domesticating International Law Thought Truth and Reconciliation Commission: The Case of the Liberian TRC", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 104, March 24 - 27, 2010, pp. 333 - 336.
- OTIM, Michael and KIHKA, Kasande Sarah, "On the Path to Vindicate Victims' Rights in Uganda. Reflections on the Transitional Justice Process Since Juba", *ICTJ briefing*, June 2015, 12 pp.
- RISHMAWI, Mona, "Transitional Justice in the Arab Countries: Opportunities and Challenges", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 106, March 2012, pp. 497 - 504.
- SALVIOLI, Fabián, "La ley 12/2016 de la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre 'Reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999', y su compatibilidad con el régimen internacional de los derechos humanos", Conferencia impartida dentro de la Jornada: Ley de víctimas 12/2016 y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Organizada por la Cátedra de Derechos Humanos y Poderes Públicos de la UPV/EHU, disponible online en: <http://katedraddhh.eus/documentos/pdf/seminarios/Dictamen Ley 12 de 2016 .pdf>

B) FUENTES JURISPRUDENCIALES

I. CORTE PENAL INTERNACIONAL

a) Buques de matrícula de las Islas Comoras, Grecia y Camboya

Pre - Trial Chamber I, Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Public redacted version with confidential annexes 1, 2 and 3: Application for review pursuant to Article 53(3)(a) of the Prosecutor's Decision of 6 November 2014 not to initiate an investigation in the Situation. ICC-01/13, 29 January 2015.

Pre - Trial Chamber I, Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation. ICC-01/13, 16 July 2015.

Partly dissenting opinion of Judge Péter Kovács to the Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation (ICC-01/13, 16 July 2015). ICC-01/13-34-Anx 16-07-2015 1/25 EC PT

Comoros situation: Dismissal of the Prosecutor's appeal against the decision requesting reconsideration of the decision not to initiate an investigation. 6 November 2015.

The Appeals Chamber, Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Decision on the admissibility of the Prosecutor's appeal against the "Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation", ICC-01/13 OA, 6 November 2015.

Pre - Trial Chamber I, Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Public with Annexes 1, A-C, and E-G, and Confidential Annex D. Notice of Prosecutor's Final Decision under Rule 108(3). ICC-01/13-57, 29 November 2017.

Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Final decision of the Prosecution concerning the "Article 53(1) Report" (ICC-01/13-6-AnxA), dated 6 November 2014 with Public Annexes A-C, E-G and Confidential Annex D. ICC-01/13-57-Anx1, 29 November 2017.

Situation On Registered Vessels Of The Union Of The Comoros, The Hellenic Republic Of Greece And The Kingdom Of Cambodia, Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros, No.: ICC-01/13, Date: 23 February 2018.

Decision on the "Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros", ICC-01/13-68, 15 November 2018.

Partly Dissenting Opinion Of Judge Péter Kovács to the Decision on the "Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros", ICC-01/13-68, 15 November 2018, ICC-01/13-68-Anx 15-11-2018.

Situation On Registered Vessels Of The Union Of The Comoros, The Hellenic Republic And The Kingdom Of Cambodia, Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chamber I's 'Decision on the "Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros"', ICC-01/13-98 02-09-2019, 2 September 2019.

Partly Dissenting Opinion of Judge Eboe-Osuji, ICC-01/13-98-Anx 02-09-2019.

b) Bangladesh/Myanmar

Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute". No. ICC-RoC46(3)-01/18, 6 September 2018.

c) Georgia

Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Report on the Victims' Representations Received Pursuant to Article 15(3) of the Rome Statute. ICC-01/15-11, 4 December 2015.

Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Corrected Version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 16 October 2015, ICC-01/15-4-Corr, 17 November 2015.

Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation. ICC-01/15-12, 27 January 2016.

Separate opinion of Judge Péter Kovács to "Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation. ICC-01/15-12, 27 January 2016." ICC-01/15-12-Anx-Corr, 27 January 2016.

d) Burundi

Pre-Trial Chamber III: Situation in Burundi. Public redacted version of "Request for authorization of an investigation pursuant to article 15", 6 September 2017, ICC-01/17-5-US-Exp. ICC-01/17-5-Red, 15 November 2017.

Pre-Trial Chamber III: Situation in the Republic of Burundi. Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017. ICC-01/17-9-Red, 9 November 2017.

e) Kenia

Inicio de la investigación:

Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15. ICC-01/09-3, 26 November 2009. (lectura de los Anexos: 25, 23, 26, 18, 5 y 4).

Pre-Trial Chamber II. Public Redacted Version of Corrigendum to the Report on Victims' Representations (ICC-01/09-17-Conf-Exp-Corr) and annexes 1 and 5. ICC-01/09-17-Corr-Red, 29 March 2010.

Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010.

Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010". ICC-01/09-19-Corr., 31 March 2010.

Ordenes de comparecencia:

Public Redacted Version of Document ICC-01/09-30-Conf-Exp. Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. ICC-01/09-30-Red, 15 December 2010.

Public Redacted Version of Document ICC-01/09-30-Conf-Exp. Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. ICC-01/09-30-Red2, 15 December 2010.

Public Redacted Version of document ICC-01/09-31-Conf-Exp. Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. ICC-01/09-31-Red2, 15 December 2010.

Situation in the Republic of Kenya in the Case of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Decision on the Prosecutor's Application for Summons to Appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. ICC-01/09-01/11, 8 March 2011.

Situation in the Republic of Kenya in the Case of The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. ICC-01/09-02/11, 8 March 2011.

Impugnación de la admisibilidad:

Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, Joshua Arap Sang and The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. Application on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to Article 19 of the ICC Statute. ICC-01/09-01/11 and ICC-01/09-02/11, 31 March 2011.

Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Response on behalf of Mr. William Samoei Ruto and Mr. Joshua Arap Sang to the 'Application on Behalf of the Government of the Republic of Kenya Pursuant to Article 19 of the ICC Statute'. ICC-01/09-01/11, 28 April 2011.

Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Observations on behalf of victims on the Government of Kenya's Application under Article 19 of the Rome Statute With Public Annexes 1 and 2. ICC-01/09-01/11, 28 April 2011.

Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Prosecution Response to "Application on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to Article 19 of the ICC Statute". ICC-01/09-01/11, 28 April 2011.

Situation in the Republic of Kenya in the Cases of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute. ICC-01/09-01/11, 30 May 2011.

Situación en la República de Kenia en la Causa del Fiscal c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang. Sentencia relativa a la apelación de la República de Kenia contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II de 30 de mayo de 2011 titulada “Decisión relativa a la impugnación de la admisibilidad de la causa presentada por el Gobierno de Kenia con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto”. ICC-01/09-01/11 OA, de 30 de agosto de 2011.

Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber H of 30 May 2011 entitled "Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute". Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka. ICC-01/09-01/11 OA, 20 September 2011.

Confirmación de cargos:

Situation in the Republic of Kenya in the case of The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute. ICC-01/09-02/11, 23 January 2012.

f) Costa de Marfil

Inicio de la investigación:

Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Decision Assigning the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire to Pre-Trial Chamber II. ICC-02/11-1, 20 May 2011.

Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15. ICC-02/11-3, 23 June 2011.

Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Report on Victims' Representations. ICC-02/11-11-Red, 29 August 2011.

Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Corrigendum to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire". ICC-02/11-14-Corr, 15 November 2011.

Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Decision on the "Prosecution's provision of further information regarding potentially relevant crimes committed between 2002 and 2010". ICC-02/11-36, 22 February 2012

Órdenes de detención:

Situación en la República de Côte d'Ivoire. Orden de detención de Laurent Koudou Gbagbo. ICC-02/11-01/11-1-tSPA, 23 de Noviembre de 2011.

Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. “Decision on the Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Laurent Koudou Gbagbo”. ICC-02/11-01/11-9-Red, 30 November 2011.

Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Warrant Of Arrest For Charles Blé Goudé. CC-02/11-02/11-1-US-Exp, 21 December 2011.

Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Warrant of Arrest for Simone Gbagbo. ICC-02/11-01/12-1-US-Exp, 29 February 2012.

Impugnación de la admisibilidad (Laurent Gbagbo):

Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. The Prosecutor v. Laurent Gbagbo. Decision on the "Requête relative à la recevabilité de l'affaire en vertu des Articles 19 et 17 du Statut. ICC-02/11-01/11-436-Red, 11 June 2013.

Impugnación de la admisibilidad (Simone Gbagbo):

Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the Case of The Prosecutor v. Simone Gbagbo. Decision on Côte d'Ivoire's challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo. ICC-02/11-01/12-47-Red, 11 December 2014.

Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the Case of The Prosecutor v. Simone Gbagbo. Judgment on the appeal of Côte d'Ivoire against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014 entitled "Decision on Côte d'Ivoire's challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo". ICC-02/11-01/12-75-Red, 27 May 2015.

Impugnación de la admisibilidad (Blé Goudé):

Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the Case of The Prosecutor v. Charles Blé Goudé. Decision on the Defence challenge to the admissibility of the case against Charles Blé Goudé for insufficient gravity. ICC-02/11-02/11-185, 12 November 2014.

Lugar de celebración de determinadas partes del proceso:

Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the Case of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé. Decision on the Gbagbo Defence Request to hold opening statements in Abidjan or Arusha. ICC-02/11-01/15-316, 26 October 2015.

g) República Democrática del Congo

Inicio de la investigación:

Situation in the Democratic Republic of Congo. Decision assigning the Situation in the Democratic Republic of Congo to Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-1, 5 July 2004.

Ordenes de arresto:

The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo:

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Warrant of Arrest. ICC-01/04-01/06-2-tEN, 10 February 2006.

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest. Article 58, ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, 10 February 2006.

Situation in the Democratic Republic of Congo. Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58". ICC-01/04-169-US-Exp, 16 July 2006.

Situation in the Democratic Republic of Congo. Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58". ICC-01/04-169-US-Exp, 16 July 2006. Separate and partly dissenting opinion of Judge Georghios M. Pikis.

The Prosecutor v. Bosco Ntaganda:

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Warrant of Arrest. ICC-01/04-02/06-2-US-tEN, 22 August 2006.

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Decision on the Prosecution Application for a Warrant of Arrest. ICC-01/04-02/06-6-US-tENG, 6 March 2007.

The Prosecutor v. Germain Katanga:

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga. Warrant of arrest for Germain Katanga. ICC-01/04-01/07-1-US-tENG, 2 July 2007.

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga. Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga. ICC-01/04-01/07-4, 6 July 2007.

The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui:

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui. Warrant o arrest for Mathieu Ngudjolo Chui. ICC-01/04-01/07-260-tENG, 6 July 2007.

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui. ICC-01/04-01/07-262, 6 July 2007.

The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana:

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana. Warrant of Arrest for Callixte Mbarushimana. ICC-01/04-01/10-2-tENG, 28 September 2010.

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana. Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest Mbarushimana. ICC-01/04-01/10-1, 28 September 2010.

The Prosecutor v. Sylvestre Mudacumura:

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Sylvestre Mudacumura. Prosecution's Application under Article 58. ICC-01/04-616-Red2, 4 July 2012.

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Sylvestre Mudacumura. Decision on the Prosecutor's Application under Article 58. ICC-01/04-01/12-1-Red, 13 July 2012.

Impugnación de la jurisdicción de la Corte:

The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana:

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana. Decision on the "Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court". ICC-01/04-01/10-451, 26 October 2011.

Impugnación de la admisibilidad:

The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui:

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Reasons for the Oral Decision on the Motion

Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute). ICC-01/04-01/07-1213-tENG, 16 June 2009.

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case. ICC-01/04-01/07-1497, 25 September 2009.

Fallo:

The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo:

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. ICC-01/04-01/06-2842, 14 March 2012.

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012.

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment on the appeals of the Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyilo against the “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”. ICC-01/04-01/06-3122, 1 December 2014.

Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-3173, 22 September 2015.

Second Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-3375, 3 November 2017.

Decision designating a State of enforcement. ICC-01/04-01/06-3185, 8 December 2015. + Annex.

The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui:

Judgment pursuant to article 74 of the Statute. ICC-01/04-02/12-3-tENG, 18 December 2012.

The Prosecutor v. Germain Katanga:

Judgment pursuant to article 74 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3436-tENG, 7 March 2014.

Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, 23 May 2014.

Dissenting opinion of Judge Christine Van den Wyngaert. ICC-01/04-01/07-3484-Anx1, 23 May 2014.

Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr Germain Katanga. ICC-01/04-01/07-3615, 15 November 2015.

Decision designating a State of enforcement. ICC-01/04-01/07-3626, 8 December 2015. + Annex

Decision pursuant to article 108(1) of the Rome Statute. ICC-01/04-01/07-3679, 7 April 2016.

Reparación:

The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo:

Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations. ICC-01/04-01/06-2904, 7 August 2012.

Appeal against Trial Chamber I's Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations of 7 August 2012. ICC-01/04-01/06-2909-tENG, 24 August 2012.

Judgment on the appeals against the "Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations" of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2. ICC-01/04-01/06-3129, 3 March 2015.

Order For Reparations. ICC-01/04-01/06-3129-AnxA 03-03-2015

The Prosecutor v. Germain Katanga:

Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute With one public annex (Annex I) and one confidential annex ex parte, Common Legal Representative of the Victims, Office of Public Counsel for Victims and Defence team for Germain Katanga (Annex II). ICC-01/04-01/07-3728-tENG, 24 March 2017.

Situation In The Democratic Republic Of Congo In The Case Of The Prosecutor V. Germain Katanga, Judgment on the appeals against the order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled "Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute", ICC-01/04-01/07-3778-Red, 8 March 2018.

h) Mali

ICC-OTP, Situation in Mali: Article 53 Report, 13 January 2013.

Mandat d'arrêt à l'encontre d'Ahmad Al Faqi Al Mahdi. ICC-01/12-01/15-1-Red, 18 September 2015.

Version publique expurgée du «Dépôt de l'Accord sur l'aveu de culpabilité de M. Ahmad Al Faqi Al Mahdi», 25 février 2016, ICC-01/12-01/15-78-Conf-Exp. ICC-01/12-01/15-78-Red2, 19 Août 2016.

Version publique expurgée du «Dépôt de l'Accord sur l'aveu de culpabilité de M. Ahmad Al Faqi Al Mahdi», 25 février 2016, ICC-01/12-01/15-78-Conf-Exp. ICC-01/12-01/15-78-Red2, 19 Août 2016. Annex 1. Agreement regarding admission of guilt. ICC-01/12-01/15-78-Anx1-Red2.

Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016.

Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Reparations Order. ICC-01/12-01/15-236, 17 August 2017.

Situation in the Republic of Mali in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment on the appeal of the victims against the "Reparations Order", ICC-01/12-01/15-259-Red2, 8 March 2018.

i) Uganda

Request For Information From The Republic Of Uganda On The Status Of Execution Of The Warrants Of Arrest. ICC-02/04-01/05-286-Anx2 28-03-2008.

Situation in Uganda. Decision Assigning The Situation In Uganda To Pre-Trial Chamber II. ICC-02/04-1, 5 July 2004.

Ordenes de arresto:

Situation in Uganda. Warrant Of Arrest For Dominic Ongwen. ICC-02/04-01/05-10, 8 July 2005.

Situation in Uganda. Warrant Of Arrest For Joseph Kony Issued ON 8 JULY 2005 AS AMENDED ON 27 september 2005. ICC-02/04-01/05-53, 27 September 2005.

Situation in Uganda. Warrant Of Arrest For Okot Odhiambo. ICC-02/04-01/05-56, 8 July 2005.

Situation in Uganda. Decision terminating proceedings against Okot Odhiambo. ICC-02/04-01/05-431, 10 September 2015.

Situation in Uganda. Warrant Of Arrest For Raska Lukwiya. ICC-02/04-01/05-55, 8 July 2005.

Situation in Uganda. Decision to Terminate the Proceedings Against Raska Lukwiya. ICC-02/04-01/05-248, 11 July 2007.

Situation in Uganda. Warrant Of Arrest For Vincent Otti. ICC-02/04-01/05-54, 8 July 2005.

Request For Information From The Republic Of Uganda On The Status Of Execution Of The Warrants Of Arrest. ICC-02/04-01/05-286-Anx2 28-03-2008.

Admisibilidad:

Situation In Uganda In The Case Of The Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Ottl, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Decision initiating proceedings under article 19, requesting observations and appointing counsel for the Defence. ICC-02/04-01/05-320, 21 October 2008.

Situation In Uganda In The Case Of The Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Ottl, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Amicus Curiae submitted pursuant to the Pre-Trial Chamber II “Decision on application for leave to submit observations under Rule 103” dated 5 November 2008. ICC-02/04-01/05-353, 18 November 2008.

Situation In Uganda In The Case Of The Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Ottl, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute. ICC-02/04-01/05-377, 10 March 2009.

Situación En Uganda En El Caso Del Fiscal C. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Sentencia relativa a la apelación de la Defensa contra la decisión de 10 de marzo de 2009 relativa a la admisibilidad del caso con arreglo al párrafo 1 del artículo 19 del Estatuto. ICC-02/04-01/05-408-tSPA, 16 Septiembre 2009.

Confirmación de los cargos:

Situation In Uganda In The Case Of The Prosecutor V. Dominic Ongwen. Decision on the recommendation to the Presidency to hold the confirmation of charges hearing in the Republic of Uganda. ICC-02/04-01/15-330, 28 October 2015.

j) República Centroafricana

Inicio de la investigación:

Situation In The Central African Republic. Decision Assigning The Situation In The Central African Republic To Pre-Trial Chamber III. ICC-01/05-1, 19 January 2005.

Situation in the Central African Republic. Decision Requesting Information on the Status of the Preliminary Examination of the Situation in the Central African Republic. ICC-01/05-6, 30 November 2006.

Situation in the Central African Republic. Prosecution's Report Pursuant to Pre-Trial Chamber III's 30 November 2006 Decision Requesting Information on the Status of the Preliminary Examination of the Situation in the Central African Republic. ICC-01/05-7, 15 December 2006.

ICC-OTP, Situation in the Central African Republic, The Hague, 22 May 2007. ICC-OTP-BN-20070522-220-A_EN.

Ordenes de arresto:

Situation in the Central African Republic. Prosecutor's Application for Warrant of Arrest under Article 58. ICC-01/05-01/08-26-Red, 9 May 2008.

Situación en la República Centroafricana en el Caso del Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo. Orden De Detención De Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-1-tSPA, 23 May 2008.

Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Warrant Of Arrest For Jean-Pierre Bemba Gombo Replacing The Warrant Of Arrest Issued On 23 MAY 2008. ICC-01/05-01/08-15-tENG, 10 June 2008.

Confirmación de los cargos:

Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo. ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009.

Impugnación de la admisibilidad:

Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges. ICC-01/05-01/08-802, 24 June 2010.

Sentencia:

Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3343, 21 March 2016.

Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Separate Opinion Of Judge Kuniko Ozaki to the Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3343, 21 March 2016. ICC-01/05-01/08-3343-AnxII.

Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399, 21 June 2016.

Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Separate Opinion Of Judge Kuniko Ozaki to Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399, 21 June 2016. ICC-01/05-01/08-3399-AnxI.

Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/05-01/08-3636-Red, 8 June 2018.

Decision on Mr Bemba's Application for Release, ICC-01/05-01/13-2291, 12 June 2018.

Decision Re-sentencing Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba and Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, ICC-01/05-01/13-2312, 17 September 2018.

k) República Centrofricana II

ICC-CPI, Situation in the Central African Republic II: Article 53(1) Report, 24 September 2014.

l) Darfur, Sudan

Inicio de la investigación:

Situation in Sudan. Decision Assigning The Situation In Darfur, Sudan To Pretrial Chamber I. ICC-02/05-1-Corr, 21 April 2005.

Situation in Sudan. Carta del Fiscal de la Corte. ICC-02/05-2, 1 June 2005.

Situation Darfour, Soudan. Conclusions Aux Fins D'exception D'incompetence Et D'irrecevabilite. ICC-02/05-20-Corr, 09/10/2006.

Situation Au Darfour, Soudan, Décision relative aux conclusions aux fins d'exception d'incompétence et d'irrecevabilité. ICC-02/05-34, 22 novembre 2006.

Ordenes de arresto:

Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb").

Situation in Sudan. Prosecutor's Application under Article 58(7). ICC-02/05-56, 27 February 2007.

Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb"). Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute. ICC-02/05-01/07-1-Corr, 27 April 2007.

Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb"). Orden de detención de Ahmad Harun. ICC-02/05-01/07-2-Corr-tSPA, 27 de abril de 2007.

Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb"). Orden de detención de Ali Kushayb. ICC-02/05-01/07-3-Corr-tSPA, 27 de abril de 2007.

Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR ("OMAR AL BASHIR").

Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"). Public Redacted Version of the Prosecutor's Application under Article 58. ICC-02/05-157-AnxA, 14 July 2008.

Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. ICC-02/05-01/09-3, 4 March 2009.

Situation In Sudan. In The Case Of The Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"). Orden de detención de Omar Hassan Ahmad Al Bashir. ICC-02/05-01/09-1-tSPA, 4 de marzo de 2009.

Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"). Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest. ICC-02/05-01/09-94, 12 July 2010.

Situation in Sudan. In the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"). Segunda orden de detención de Omar Hassan Ahmad Al Bashir. ICC-02/05-01/09-95-tSPA, 12 July 2010.

SITUATION IN DARFUR, SUDAN IN THE CASE OF THE PROSECUTOR V. BAHR IDRIS ABU GARDA

Situation In Darfur, Sudan In The Case Of The Prosecutor V. Bahr Idriss Abu Garda. Decision on the Prosecutor's Application under Article 58. ICC-02/05-02/09-1, 7 May 2009.

Situation In Darfur, Sudan In The Case Of The Prosecutor V. Bahr Idriss Abu Garda. Summons To Appear For Bahr Idriss Abu Garda. ICC-02/05-02/09-2, 7 May 2009.

Situation In Darfur, Sudan In The Case Of The Prosecutor V. Bahr Idriss Abu Garda. Decision on the Confirmation of Charges. ICC-02/05-02/09-243-Red, 8 February 2010.

SITUATION IN DARFUR, SUDAN IN THE CASE OF THE PROSECUTOR V. ABDALLAH BANDA ABAKAER NOURAIN AND SALEH MOHAMMED JERBO JAMUS.

Situation In Darfur, Sudan In The Case Of The Prosecutor V. Abdallah Banda Abakaer Nourain And Saleh Mohammed Jerbo Jamus. Public Redacted Version of Prosecutor's Application under Article 58 filed on 20 November. ICC-02/05-03/09-20-Red, 20 November 2008.

Situation In Darfur, Sudan In The Case Of The Prosecutor V. Abdallah Banda Abakaer Nourain And Saleh Mohammed Jerbo Jamus. Second Decision on the Prosecutor's Application under Article 58. ICC-02/05-03/09-1, 27 August 2009.

Situation In Darfur, Sudan In The Case Of The Prosecutor V. Abdallah Banda Abakaer Nourain And Saleh Mohammed Jerbo Jamus. Summons To Appear For Saleh Mohammed Jerbo Jamus. ICC-02/05-03/09-2, 27 August 2009.

Situation In Darfur, Sudan In The Case Of The Prosecutor V. Abdallah Banda Abakaer Nourain And Saleh Mohammed Jerbo Jamus. Summons To Appear For Abdallah Banda Abakaer Nourain. ICC-02/05-03/09-3, 27 August 2009.

Situation In Darfur, Sudan In The Case Of The Prosecutor V. Abdallah Banda Abakaer Nourain. Warrant of arrest for Abdallah Banda Abakaer Nourain. ICC-02/05-03/09-606, 11 September 2014.

SITUATION IN DARFUR, THE SUDAN IN THE CASE OF THE PROSECUTOR V. ABDEL RAHEEM MUHAMMAD HUSSEIN.

Situation In Darfur, The Sudan In The Case Of The Prosecutor V. Abdel Raheem Muhammad Hussein. Public redacted version of "Decision on the Prosecutor's application under article 58 relating to Abdel Raheem Muhammad Hussein". ICC-02/05-01/12-1-Red, 1 March 2012.

SITUACIÓN EN DARFUR (SUDÁN) EN EL CASO DEL FISCAL C. ABDEL RAHEEM MUHAMMAD HUSSEIN. Orden de detención de Abdel Raheem Muhammad Hussein. ICC-02/05-01/12-2-tSPA, 1 de marzo de 2012.

Otras

Icc, Pre-Trial Chamber I. Situation in Darfur, Sudan. Decision on Application under Rule 103, ICC-02/05-185, 4 February 2009.

m) Libia

Inicio de la investigación:

Situation In The Libyan Arab Jamahiriya. Decision Assigning the Situation in the Libyan Arab Jamahiriya to Pre-Trial Chamber I. ICC-01/11-1, 4 March 2011.

Ordenes de detención:

Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah AL-SENUSSI

Situation In The Libyan Arab Jamahiriya. Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi. ICC-01/11-4-Red, 16 May 2011.

Situation In The Libyan Arab Jamahiriya. Orden de detención de Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi. ICC-01/11-13-tSPA, 27 de junio de 2011.

Situation In The Libyan Arab Jamahiriya. Orden de detención de Abdullah Al-Senussi. ICC-01/11-15-tSPA. 27 de junio de 2011.

Situation In The Libyan Arab Jamahiriya. Orden de detención de Saif Al-Islam Qadhafi. ICC-01/11-01/11-3-tSPA, 27 de junio de 2011.

El resto de decisiones se refieren a la falta de cooperación con las ordenes de detención de la Corte. No analizadas.

SITUATION IN LIBYA IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. AL-TUHAMY MOHAMED KHALED

Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Al-Tuhamy Mohamed Khaled. Warrant of Arrest for Al-Tuhamy Mohamed Khaled with under seal and *ex parte* Annex. ICC-01/11-01-13-1, 18 April 2013.

SITUATION IN LIBYA IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. MAHMOUD MUSTAFA BUSAYF AL-WERFALLI

Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli. Warrant of Arrest. ICC-01/11-01/17-2, 15 August 2017.

Segunda orden de detención:

Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli, Warrant of Arrest, ICC-01/11-01/17-2, 15 August 2018.

Impugnación de la admisibilidad:

SITUATION IN LIBYA IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. SAIF AL-ISLAM GADDAFI and ABDULLAH AL-SENUSSI.

SAIF AL-ISLAM GADDAFI:

Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi. ICC-01/11-01/11-344-Red, 31 May 2013.

Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi". ICC-01/11-01/11-547-Red, 21 May 2014.

Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Separate Opinion of Judge Sang-Hyun Song to the Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi". ICC-01/11-01/11-547-Red, 21 May 2014. ICC-01/11-01/11-547-Anx1.

Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka to the Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi". ICC-01/11-01/11-547-Red, 21 May 2014. ICC-01/11-01/11-547-Anx2.

ABDULLAH AL-SENUSSI:

Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi. ICC-01/11-01/11-466-Red, 11 October 2013.

Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi". ICC-01/11-01/11-565, 24 July 2014.

Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Separate Opinion of Judge Sang-Hyun Song to the Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi". ICC-01/11-01/11-565, 24 July 2014. ICC-01/11-01/11-565-Anx1.

Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi. Separate Opinion of Judge Anita Usacka to the Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi". ICC-01/11-01/11-565, 24 July 2014. ICC-01/11-01/11-565-Anx2.

II. TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

ICTY, Appeal Chamber, Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "DULE", Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995.

ICTY, Appeal Chamber, Prosecutor v Joseph Kanyabashi: Decision on the defense motion on jurisdiction. 18 June 1997 (ICTR-96-15-T).

ICTY, *Furundzija*, núm. IT-95-17/1-T, fallo de 10 de diciembre de 1998.

ICTY, *Karadzic*, núm. IT-95-5/18-PT, de 10 de diciembre de 1998.

Trial Chamber of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. The Prosecutor V. Drazen Erdemovic, Sentencing Judgement. Case No. IT-96-22-T, 29 November 1996.

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Prosecutor V. Anto Furundija, Judgement, Case No.: IT-95-17/1-T, 10 December 1998.

ICTY, Appeal Chamber, PROSECUTOR V Zejnil DELALIC, Zdravko MUCIC (aka "PAVO"), Hazim DELIC and Esad LANDŽO (aka "ZENGA") ("^ELEBICI Case"), Case No.: IT-96-21-A, 20 February 2001.

III. TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA RUANDA

ICTR, The Prosecutor Vo Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-A, 1 June 2001.

ICTR, The Prosecutor V. Elizaphan And Gérard Ntakirutimana Cases No. ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T, 21 February 2003.

III. CORTE ESPECIAL PARA SIERRA LEONA

Prosecutor v. Moinina Fofana, núm. SCSL-2004-14-AR72(E) y Decision on the Preliminary Defence Motion on the Lack of Personal Jurisdiction Filed on Behalf of Accused Fofana, 3 March 2004, Case No. SCSL-04-14-PT.

Prosecutor v. Kallon and Kamara, núm. SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E)

Prosecutor v. Gbao, Decision No. SCSL-04-15-PT-141, Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao, Case No. SCSL-04-15-T

Case of Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao, Case No. SCSL-04-15-T.

Appeals Chamber of the Special Court for Sierra Leone: Decisión on challenge to jurisdiction: Lomé accord amnesty, 13 March 2004.

IV. SALAS ESPECIALES DE CAMBOYA:

Decision on Ieng Sary's rule 89 preliminary objections (ne bis in idem and amnesty and pardon), Case File Dossier No. 002/19-09-2007, 3 november 2011.

Special Edition - Case 002: Release of Ieng Thirith, Posted Fri, 10/12/2012, Updated Sun, 01/15/2017. Disponible online en: <https://www.eccc.gov.kh/en/publication/special-edition-case-002-release-ieng-thirith>

V. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Case of Association “21 December 1989” and others v. Romania (Application No. 33810/07). Judgment (Merits), Strasbourg 24 May 2011.

Case of El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia (Application No. 39630/09) Judgment Strasbourg 13 December 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Gran Sala, Asunto Margus contra Croacia, (Demanda núm. 4455/10), Sentencia, Estrasburgo, 27 de mayo de 2014.

Grand Chamber, Case of Margaš v. Croatia, (Application No. 4455/10), Judgment, Strasbourg, 27 May 2014, Joint concurring opinion of Judges Šikuta, Wojtyczek and Vehabović.

VI. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No.37.

Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42.

Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48.

Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo). Serie C No. 75.

Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

Corte IDH. Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela Sentencia de 5 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Caso La Cantuta Vs. Perú Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.

Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán en la Sentencia de la Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.

Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C No. 259.

Corte IDH. Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286.

Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.

Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292.

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos y caso La Cantuta vs Perú: Supervisión de cumplimiento de sentencia, obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar, de 30 de mayo de 2018.

VII. JURISPRUDENCIA NACIONAL¹

a) España

Sentencia del Tribunal Supremo N° 101/2012, de 27 de febrero de 2012.

b) Colombia: Sentencias dictadas por la Corte Constitucional

Sentencia C-370/06: demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz.

¹ Al igual que en el Anexo documental, únicamente vamos a recoger en el presente apartado la jurisprudencia de los casos de España y Colombia.

Sentencia C-820/12, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 99 de la Ley 1448 de 2011.

Sentencia C-253A/12, alcance de la Ley 1448 de 2011.

Sentencia C-099/13, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 79, 88 y 132 de la Ley 1448 de 2011.

Sentencias C-579 y C- 577/14: demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) y el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2012 “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

Sentencia C-332/17 y Sentencia C-699/16.

Sentencia C-630/17, de 11 de octubre de 2017, Acto Legislativo 2/17 por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

Sentencia C-674, del 14 de noviembre de 2017, Acto Legislativo 1/17 “por medio del cual se crea un Título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”.

Sentencia C-007/18, de 1 de marzo de 2018, Ley 1820/16 por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

Sentencia C-017/18, de 21 de marzo de 2018.

Sentencia C-025/18, de 11 de abril de 2018, Decreto-Ley 277/17 Por el cual se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016 "por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones"

Sentencia C-027/18, de 18 de abril de 2018, Acto Legislativo 03 de 23 de mayo de 2017, Por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

Sentencia C-070/18, de 4 de julio de 2018, Decreto-Ley 706/17 por el cual se aplica un tratamiento especial a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y se dictan otras disposiciones

Sentencia de la Corte Constitucional C-80, de 15 de agosto de 2018.

C) FUENTES DOCUMENTALES

I. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS²

a) Asamblea General

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992.

General Assembly, Elimination of apartheid and establishment of a united, democratic and non-racial South Africa: A. International efforts towards the total eradication of apartheid and support for the establishment of a united, non-racial and democratic South Africa, A/RES/48/159, 85th plenary meeting, 20 December 1993.

Resolución 56/83 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 28 de enero de 2002: Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (A/RES/56/83).

Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005: Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147).

Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2007: Moratoria del uso de la pena de muerte, A/RES/62/149.

Carta de fecha 13 de junio de 2008 dirigida al Secretario General por los Representantes Permanentes de Alemania, Finlandia y Jordania ante las Naciones Unidas: Declaración de Nuremberg sobre Paz y Justicia. Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, distribución general 19 de junio de 2008 (A/62/885).

Resolución 65/196, aprobada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 2010.

Asamblea General, Sexagésimo octavo período de sesiones, 5ª sesión plenaria, martes 24 de septiembre de 2013, a las 9.00 horas, Nueva York. A/68/PV.5. Discurso del Presidente de la República Francesa, Sr. François Hollande.

Resolución Núm. 68/165 aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013, [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/68/456/Add.2)], Sexagésimo octavo período de sesiones, Tema 69b) del programa, El derecho a la verdad, A/RES/68/165.

Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2014: Resolución 69/188. Situación de los derechos humanos en la República Popular Democrática de Corea. A/RES/69/188.

² Dentro de cada bloque, los recursos se hallan ordenados de manera cronológica.

Resolución 71/189, aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2016, relativa a la Declaración sobre el Derecho a la Paz.

b) Consejo de Seguridad

Resolución 134 (1960), aprobada por el Consejo de Seguridad el 1 de abril de 1960, S/RES/134 (1960).

Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad, de 6 de octubre de 2004 (S/PRST/2004/34).

Resolución 808 (1993) aprobada por el Consejo de Seguridad en su sesión 3175a, celebrada el 22 de febrero de 1993, S/RES/808 (1993).

Resolución 827 (1993) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 3217a sesión, celebrada el 25 de mayo de 1993, S/RES/827 (1993).

Resolución 955 (1994) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 3453a sesión, celebrada el 8 de noviembre de 1994, S/RES/955 (1994).

Resolución 1315 (2000), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4186ª sesión, celebrada el 14 de agosto de 2000.

Letter dated 12 January 2001 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council. S/2001/40, 12 January 2001.

Carta de fecha 6 de marzo de 2002 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General. S/2002/246, 8 de marzo de 2002.

Declaración del Sr. Heinbecker (Canadá) en el Consejo de Seguridad, Quincuagésimo séptimo año 4568ª sesión, miércoles 10 de julio de 2002, a las 10.00 horas, Nueva York. S/PV.4568: La situación en Bosnia y Herzegovina. Carta de fecha 3 de julio de 2002 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente del Canadá ante las Naciones Unidas (S/2002/723).

Carta de fecha 17 de junio de 2002 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General. S/2002/678, de 19 de junio de 2002.

Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad, S/PRST/2002/21, 23 de julio de 2002.

Resolución 1497 (2003), Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4803ª sesión, celebrada el 1º de agosto de 2003. S/RES/1497 (2003), 1 de agosto de 2003.

Resolución 1503 (2003) del Consejo de Seguridad, Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4817ª sesión, celebrada el 28 de agosto de 2003. S/RES/1503 (2003), de 28 de agosto de 2003.

Consejo de Seguridad, Resolución 1534 (2004), Aprobada por el Consejo de Seguridad, en su 4935ª sesión, celebrada el 26 de marzo de 2004. S/RES/1534 (2004), de 26 de marzo de 2004.

UNSC, Letter dated 11 March 2005 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council. Report of the assessment mission on the establishment of an international judicial commission of inquiry for Burundi. S/2005/158, 11 March 2005.

Resolución 1593 (2005), Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5158ª sesión, celebrada el 31 de marzo de 2005. S/RES/1593 (2005), 31 de marzo de 2005.

Address by Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the International Criminal Court. Address to the United Nations Security Council, New York, 13 December 2005. Disponible online en: http://iccnow.org/documents/LMO_ProStatementSC_13Dec05_Eng.pdf

Resolución 1674 (2006) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5430 sesión, celebrada el 28 de abril de 2006, S/RES/1674 (2006).

Consejo de Seguridad, Sexagésimo primer año 5459ª sesión, miércoles 14 de junio de 2006, a las 15.00 horas, Nueva York, Informes del Secretario General sobre el Sudán, S/PV.5459.

UNSC, Carta de fecha 21 de julio de 2008 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por la Observadora Permanente de la Unión Africana ante las Naciones Unidas. S/2008/481, 23 de julio de 2008.

Resolución 1828 (2008) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5947ª sesión, celebrada el 31 de julio de 2008. S/RES/1828 (2008).

Consejo de Seguridad Sexagésimo tercer año 5947ª sesión jueves 31 de julio de 2008, a las 21.40 horas Nueva York. S/PV.5947.

Resolución 1894 (2009) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6219ª sesión, celebrada el 11 de noviembre de 2009, S/RES/1894 (2009).

Resolución 1970 (2011) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6491ª sesión, celebrada el 26 de febrero de 2011. S/RES/1970 (2011), 26 de febrero de 2011.

Letter dated 23 March 2011 from the Permanent Representative of Kenya to the United Nations addressed to the President of the Security Council: Request of Kenya for deferral under article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court, S/2011/201, 29 March 2011.

Resolución 2009 (2011) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6620ª sesión, celebrada el 16 de septiembre de 2011. S/RES/2009 (2011), punto 12d).

UNSC, Azerbaiyán, Burundi, Etiopía, Gabón, Ghana, Kenya, Marruecos, Mauritania, Mauricio, Namibia, Rwanda, Senegal, Togo y Uganda: proyecto de resolución: S/2013/660, 15 de noviembre de 2013.

Consejo de Seguridad Sexagésimo octavo año 7060ª sesión viernes 15 de noviembre de 2013, a las 10.00 horas Nueva York, S/PV.7060.

Resolución 2261 (2016) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7609ª sesión, celebrada el 25 de enero de 2016, S/RES/2261 (2016).

Resolución 2307 (2016), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7768ª sesión, celebrada el 13 de septiembre de 2016. S/RES/2307 (2016), de 13 de septiembre de 2016.

c) Secretario General

Carta de fecha de 9 de febrero de 1993 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General. S/25274, de 9 de febrero de 1993.

Letter dated 24 may 1994 from the Secretary-General to the President of the Security Council, S/1994/674.

Cartas idénticas de fecha 21 de agosto de 2000 dirigidas al Presidente de la Asamblea General y al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General, A/55/305–S/2000/809, 21 de agosto de 2000.

Secretary-General's statement to the Security Council on the renewal of a resolution regarding the International Criminal Court and peacekeeping, 12 June 2003. Disponible online en: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2003-06-12/secretary-generals-statement-security-council-renewal-resolution>

Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, de 3 de agosto de 2004.

Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad, de 18 de septiembre de 2004. S/2005/60, 7 de febrero de 2005.

Informe del Secretario General, Aunar nuestras fuerzas para fortalecer el apoyo de las Naciones Unidas al estado de derecho, A/61-636 - S/2006/980, de 14 de diciembre de 2006.

Carta de fecha 18 de diciembre de 2009 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General. Anexo: Informe de la Comisión internacional de investigación encargada de determinar los hechos y las circunstancias de los acontecimientos del 28 de septiembre de 2009 en Guinea. S/2009/693, de 18 de diciembre de 2009.

Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, March 2010.

Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, de 12 de octubre de 2011.

Informe del Secretario General sobre la situación de Mali (S/2015/732) de 22 de septiembre de 2015.

Informe del Secretario General de las Naciones Unidas (S/2015/902), del 23 de noviembre de 2015.

Informe del Secretario General: Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia. S/2018/1159, 26 de diciembre de 2018.

d) Consejo Económico y Social

Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal, Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social, aprobada en 37º sesión plenaria el 24 de julio de 2002.

Resolución 2005/30 del Consejo Económico y Social.

e) Comisión de Derecho Internacional

Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 69º período de sesiones (1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017). Asamblea General, Documentos Oficiales, Septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10).

Tercer informe sobre los crímenes de lesa humanidad, Presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial. Comisión de Derecho Internacional, 69º período de sesiones, Ginebra,

1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017. A/CN.4/704, 27 de enero de 2017.

Cuarto informe sobre los crímenes de lesa humanidad, Presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial. Comisión de Derecho Internacional, 71er período de sesiones, Ginebra, 29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019. A/CN.4/725, 18 de febrero de 2019.

f) Comisión de Derechos Humanos

Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, The administration of justice and the human rights of detainees. Question of the human rights of persons subjected to any form of detention or imprisonment: Study on amnesty laws and their role in the safeguard and promotion of human rights. Preliminary report by Mr. Louis Joinet, Special Rapporteur. E/CN.4/Sub.2/1985/16, 21 June 1985.

Informe del Sr. M. Cherif Bassiouni, experto independiente sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, presentado de conformidad con la resolución 1998/43 de la Comisión de Derechos Humanos. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, E/CN.4/1999/65, de 8 de febrero de 1993.

Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1993/8, de 2 de julio de 1993.

Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, de 2 de octubre de 1997. Comisión de Derechos Humanos, 49º período de sesiones, Tema 9 del programa.

Informe final del Relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la resolución 1999/33 de la Comisión, “El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, E/CN.4/2000/62, de 18 de enero de 2000.

Comisión De Derechos Humanos, 58º período de sesiones, Tema 9 del programa provisional: Cuestión de la violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquier parte del mundo: Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, presentado de conformidad con la resolución 2001/20 de la Comisión de Derechos Humanos Situación de los derechos humanos en Sierra Leona. E/CN.4/2002/37, 18 de febrero de 2002.

Resolución sobre impunidad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2003/72, de 25 de abril de 2003, aprobada sin votación, 62º sesión.

Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, E/CN.4/2004/59, 23 de febrero de 2004.

Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad, elaborado por la Profesora Diane Orentlicher. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 27 de febrero de 2004 (E/CN.4/2004/88).

Resolución sobre impunidad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2004/72, de 21 de abril de 2004, aprobada sin votación, 57º sesión.

Nota de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos “El derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, E/CN.4/2005/59, de 21 de diciembre de 2004.

Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad: Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005. Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones, Tema 17 del programa provisional.

Resolución sobre Derechos Humanos y justicia de transición, aprobada sin votación por la Comisión de Derechos Humanos, en su 59ª sesión, el 20 de abril de 2005: (E/CN.4/RES/2005/70).

Resolución sobre el derecho a la verdad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2005/66, de 20 de abril de 2005, aprobada sin votación, 59º sesión.

Resolución 2005/35 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/RES/2005/35, de 20 de abril de 2005.

Resolución sobre impunidad de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Número 2005/81, de 21 de abril de 2005, aprobada sin votación, 60º sesión.

Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas: Observación General sobre el artículo 18 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 62º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos. U.N. Doc. E/CN.4/2006/56, de 27 de diciembre de 2005

Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006.

g) Consejo de Derechos Humanos

Resolución aprobada sin votación por el Consejo de Derechos Humanos, en su 30º sesión, el 1 de octubre de 2009: Derechos Humanos y justicia de transición (A/HCR/RES/12/11).

Informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, 2010. Documento A/HRC/16/48.

Informe de la Comisión Internacional de Investigación encargada de investigar todas las presuntas violaciones de las normas internacionales de derechos humanos en la Jamahiriya Árabe Libia. A/HRC/17/44, 12 de enero de 2012.

Resolución aprobada sin votación por el Consejo de Derechos Humanos en su 35ª sesión, el 29 de septiembre de 2011: Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (A/HRC/RES/18/7).

Resolución aprobada sin votación por el Consejo de Derechos Humanos, en su 37º sesión, el 27 de septiembre de 2012: Derechos Humanos y justicia de transición (A/HRC/RES/21/15).

Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 21/7. El derecho a la verdad, A/HRC/RES/21/7, de 10 de octubre de 2012.

Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Libia. A/HRC/19/68, 28 de enero de 2014.

Resolución aprobada sin votación por el Consejo de Derechos Humanos en su 39ª sesión, el 25 de septiembre de 2014: Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (A/HRC/RES/27/3).

Resolución aprobada sin votación por el Consejo de Derechos Humanos, en su 59º sesión, el 27 de marzo de 2015: Prevención del genocidio (A/HRC/RES/28/34).

Human Rights Council, Report of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1. A/HRC/29/52, 24 June 2015.

Resolution adopted by the Human Rights Council on 17 December 2015. S-24/1. Preventing the deterioration of the human rights situation in Burundi. A/HRC/RES/S-24/1, 22 December 2015.

Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos, en 40º sesión, el 30 de septiembre de 2016: Derechos Humanos y justicia de transición, A/HRC/RES/33/19.

Informe de la investigación independiente sobre Burundi realizada en virtud de la resolución S-24/1 del Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/33/37, de 25 de octubre de 2016.

Human Rights Council Thirty-ninth session 10–28 September 2018 Agenda item 4 Human rights situations that require the Council's attention: Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar. A/HRC/39/64, 24 August 2018.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/1).

Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Cartografía del sector de la justicia, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/2).

Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Supervisión del sistema de justicia, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/3).

Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4).

Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Procesos de depuración: marco operacional, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006, (HR/PUB/06/5).

Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006.

Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos": El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, de 7 de junio de 2007. Consejo de Derechos Humanos, Quinto período de sesiones, Tema 2 del programa provisional.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1).

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2009, (HR/PUB/09/1).

Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General: Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/12/18, de 6 de agosto de 2009. Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, Tema 2 de la agenda.

Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El derecho a la verdad. A/HRC/12/19, de 21 de agosto de 2009.

Estudio sobre los derechos humanos y la justicia de transición efectuado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Adición: Inventario de los aspectos de los derechos humanos y de justicia de transición incluidos en los acuerdos de paz recientes de 21 de agosto de 2009. Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, Tema 2 de la agenda (A/HRC/12/18/Add.1).

Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el derecho a la verdad. A/HRC/15/33, de 28 de julio de 2010.

Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el seminario de experiencias en materia de archivos como medio de garantizar el derecho a la verdad, A/HRC/17/21, de 14 de abril de 2011.

Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/18/23, de 4 de julio de 2011. Consejo de Derechos Humanos, 18º período de sesiones, Temas 2 y 3 de la agenda.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2014 (HR/PUB/13/5).

Situation of human rights in Yemen, including violations and abuses since September 2014: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights containing the findings of the Group of Independent Eminent International and Regional Experts and a summary of technical assistance provided by the Office of the High Commissioner to the National Commission of Inquiry. A/HRC/39/43/EN, 17 August 2018.

Informes del Relator Especial sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de no Repetición

A/HRC/21/46, de 9 de agosto de 2012.

A/67/368, de 13 de septiembre de 2012.

A/HRC/24/42/Add.1, 30 de julio de 2013.
A/68/345, de 23 de agosto de 2013.
A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013.
A/HRC/27/56/Add.3, de 17 de septiembre de 2014.
A/HRC/27/56/Add.1, 22 de julio de 2014.
A/HRC/27/56, de 27 de agosto de 2014.
A/69/518, de 14 de octubre de 2014.
A/HRC/30/40/Add.1, 10 de agosto de 2015.
A/HRC/30/42, de 7 de septiembre de 2015.
A/HRC/30/CRP.1, 14 de septiembre de 2015.
A/70/438, de 21 de octubre de 2015.
A/HRC/34/62/Add.1, 17 de noviembre de 2016.
A/HRC/34/62/Add.2, 18 de noviembre de 2016.
A/HRC/34/62, de 27 de diciembre de 2016.
A/HRC/36/50/Add.1, 7 de agosto de 2017.
A/HRC/36/50, 21 de agosto de 2017.
A/72/523, 12 de octubre de 2017.
A/HRC/37/65, de 6 de junio de 2018.
A/HRC/39/53, de 25 de julio de 2018.
A/HRC/42/45 de 11 de julio de 2019.
A/74/147, de 12 de julio de 2019.

Otros relatores especiales

Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Sr. Frank La Rue, A/HRC/14/23, de 20 de abril de 2010.

Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson. Principios marco para garantizar la rendición de cuentas de los funcionarios públicos por las violaciones manifiestas o sistemáticas de los derechos humanos cometidas en el transcurso de iniciativas de lucha contra el terrorismo respaldadas por los Estados. A/HRC/22/52, de 17 de abril de 2013.

Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed: A/68/296, de 9 de agosto de 2013 (escritura y enseñanza de la historia).

Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, A/68/362, de 4 de septiembre de 2013.

Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed: Procesos de preservación de la memoria histórica, A/HRC/25/49, de 23 de enero de 2014.

II. TRIBUNALES INTERNACIONALES

a) Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia

The Judges of the Tribunal for the former Yugoslavia express their concern regarding the substance of their programme of judicial work for 1995. Press Release (Exclusively for the use of the media. Not an official document), La Haye, 1 February 1995, CC/PIO/003E. Disponible online en: <http://www.icty.org/sid/7251>

Statement by the Prosecutor following the withdrawal of the charges against 14 accused. Press Release. Communiqué de presse (Exclusively for the use of the media. Not an official document), Office Of The Prosecutor/Bureau Du Procureur, CC/PIU/314-E, The Hague, 8 May 1998. Disponible online en: <http://www.icty.org/sid/7671>

"The ICTY and the Truth and Reconciliation Commission in Bosnia and Herzegovina", President Claude Jorda's speech made on 12 May 2001 in Sarajevo. The Hague, 17 May 2001. JL/P.I.S./591-e. Disponible online en: <http://www.icty.org/en/press/icty-and-truth-and-reconciliation-commission-bosnia-and-herzegovina>.

Address by the Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Carla Del Ponte, to the UN Security Council. Press Release. Communiqué de presse (Exclusively for the use of the media. Not an official document). OFFICE OF THE PROSECUTOR/BUREAU DU PROCUREUR, The Hague, 27 November 2001. GR/P.I.S./642-e Disponible online en: <http://www.icty.org/en/press/address-prosecutor-international-criminal-tribunal-former-yugoslavia-carla-del-ponte-un>

Practice Direction on the Procedure for the Determination of Applications for Pardon, Commutation of Sentence, and Early Release of Persons Convicted by the International Tribunal (IT/146/Rev.3), IT/146/Rev.3, 16 September 2010, Disponible online en: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Practice_Directions/IT146Rev3en.pdf

Directive Pratique Relative à l'appréciation des Demandes de Grâce, de Commutation de la Peine et de Libération Anticipée Despersonnes Condamnéespar le TPIR, le TPIY ou le Mécanisme (MICT/3), 5 juillet 2012, Disponible online en: http://www.irmct.org/sites/default/files/documents/pd_mict3_fr.pdf

b) Corte Penal Internacional

b.1) Documentación general

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. A/CONF.183/9.

Reglas de procedimiento y prueba. Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002 (ICC-ASP/1/3 y Corr.1), parte II.A.

Acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte Penal Internacional. Naciones Unidas, 2002.

ICC-OTP, Draft Regulations of the Office of the Prosecutor, 3 June 2003. Disponible online en <http://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/satzger/materialien/istghdrre.pdf>

Regulations of the Court. Adopted by the judges of the Court on 26 May 2004.

Resolución ICC-ASP/3/Res.1, Aprobada por consenso en la tercera sesión plenaria, celebrada el 7 de septiembre de 2004. ICC-ASP/3/Res.1, Texto negociado del proyecto de Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas.

Reglamento de la Secretaría, ICC-BD/03-01-06, 6 de marzo de 2006.

Headquarters Agreement between the International Criminal Court and the Host State, ICC-BD/04-01-08. Date of entry into force: 1 March 2008.

Regulations of the Office of the Prosecutor. ICC-BD/05-01-09, 23th April 2009.

Declaraciones de retirada del Estatuto

South Africa: Withdrawal of the Rome Statute of the International Criminal Court (C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10, 25 October 2016). Y Withdrawal of notification of withdrawal of the Rome Statute of the International Criminal Court (C.N.121.2017.TREATIES-XVIII.10, 7 March 2017).

Burundi: Withdrawal of the Rome Statute of the International Criminal Court (C.N.805.2016.TREATIES-XVIII.10, 28 October 2016).

Gambia: Withdrawal of the Rome Statute of the International Criminal Court (C.N.862.2016.TREATIES-XVIII.10, 11 November 2016). Y: Withdrawal of notification of withdrawal of the Rome Statute of the International Criminal Court (C.N.62.2017.TREATIES-XVIII.10, 16 February 2017).

Filipinas: Withdrawal of the Rome Statute of the International Criminal Court (C.N.138.2018.TREATIES-XVIII.10, 17 March 2018).

Propuestas de enmiendas al ECPI

Netherlands: proposal of amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court. Rome, 17 July 1998. Reference: C.N.723.2009.TREATIES-5, 29 October 2009.

Trinidad and Tobago: proposal of amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court. Rome, 17 July 1998. Reference: C.N.737.2009.TREATIES-9, 29 October 2009.

South Africa: proposal of amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court. Rome, 17 July 1998. Reference: C.N.851. 2009.TREATIES-10, 30 November 2009.

Kenya: proposal of amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court. Rome, 17 July 1998. Reference: C.N.1026.2013.TREATIES-XVIII.10, 14 march 2014.

Documentación relativa a la Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/9/11. Documentos oficiales. Publicación de la Corte Penal Internacional, La Haya, 2010.

Mr. Ban Ki-Moon, Secretario General de las Naciones Unidas: "Una era de rendición de cuentas". Discurso ante la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo de 2010.

Declaración RC/Decl.1. Declaración de Kampala. Aprobada por consenso en la cuarta sesión plenaria el 1 de junio de 2010.

Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/9/11. Documentos oficiales. Publicación de la Corte Penal Internacional, La Haya, 2010. Anexo V b): Balance de la justicia penal internacional. Paz y justicia. Publicado anteriormente con la signatura RC/ST/PJ/1/Rev.1.

Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/911. Documentos oficiales. Publicación de la Corte Penal Internacional, La Haya, 2010. Anexo V c): Balance de la justicia penal internacional. Balance sobre el principio de complementariedad: salvar la brecha de la impunidad. Publicado anteriormente con la signatura RC/ST/CM/1.

Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/911. Documentos oficiales. Publicación de la Corte Penal Internacional, La Haya, 2010. Anexo V d): Balance de la justicia penal internacional. Cooperación. Publicado anteriormente con la signatura RC/ST/CP/1/Rev.1.

Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, aprobada por consenso en la décima sesión plenaria el 25 de marzo de 2010. Apéndice. Informe de la Mesa sobre el balance: Complementariedad. Balance sobre el principio de complementariedad: salvar la brecha de la impunidad.

Anexo II. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Conferencia de Revisión. ICC-ASP/8/20.

Documentos de política general de la Oficina de la Fiscalía

ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003. Annex to the "Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor": Referrals and Communications.

ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003.

ICC-OTP, Report on Prosecutorial Strategy, The Hague, 14 September 2006.

ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007.

ICC-OTP, Policy Paper on Victims' Participation, April 2010.

ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013.

ICC-OTP, Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes. June 2014.

ICC-OTP, Policy paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016.

Planes estratégicos de la Fiscalía

The Office of the Prosecutor, Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006), The Hague, 12 September 2006.

The Office of the Prosecutor, Prosecutorial Strategy 2009-2012, The Hague, 1 February 2010.

The Office of the Prosecutor, Strategic Plan June 2012-2015, 11 October 2013.

The Office of the Prosecutor, Strategic Plan 2016-2018, 15 November 2015.

The Office of the Prosecutor, Strategic Plan 2019-2021, 17 July 2019.

Informes anuales de los exámenes preliminares de la Fiscalía

The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination activities. 13 December 2011.

The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2012. November 2012.

The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2013. November 2013.

The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2014. 2 December 2014.

The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2015. 12 November 2015.

The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2016. 14 November 2016.

The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017.

The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities, 5 December 2018.

Declaraciones de diversas autoridades de la Corte Penal Internacional

ICC - Statements by ICC Chief Prosecutor and the visiting Delegation of Acholi leaders from northern Uganda ICC-OTP-20050318-95

ICC - Joint Statement by ICC Chief Prosecutor and the visiting Delegation of Lango, Acholi, Iteso and Madi Community Leaders from Northern Uganda, ICC-OTP-20050416-99.

ICC-OPT, Discurso pronunciado por el Sr. Luis Moreno-Ocampo, Fiscal de la Corte Penal Internacional, "Un futuro basado en la paz y la justicia", Núremberg, 24 y 25 de junio 2007.

Statement by Mr. Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the International Criminal Court. Eleventh Diplomatic Briefing of the International Criminal Court, The Hague, 10 October 2007, p. 5. Disponible online en: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E4C106AC-F03F-40C2-A1B2-DF80D3B813E5/0/ICCDB11STLMOENG.pdf>

Key note address by Mrs. Fatou Bensouda, Prosecutor of the International Criminal Court, Seminar Institute for Security Studies (ISS), Pretoria, October 10 2012. Setting the record straight: the ICC's new Prosecutor responds to African concerns: Reconciling the independent role of the ICC Prosecutor with conflict resolution initiatives. Disponible online en: <http://www.politicsweb.co.za/documents/the-icc-a-response-to-african-concerns--fatou-bens>

ICC-OTP, Mr. Phakiso Mochochoko, Director, Jurisdiction, Complementarity and Cooperation Division, Open Debate of the United Nations Security Council on "Peace and Justice, with a special focus on the role of the International Criminal Court" Address on behalf of the Prosecutor, New York, 17 October 2012. Disponible online en: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/ENGPMatUNSC_17102012.pdf

ICC-OPT, ICC President tells World Parliamentary Conference "ICC brings retributive and restorative justice together with the prevention of future crimes", Press Release: 11 December 2012, ICC-CPI-20121211-PR860. Disponible online en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr860>.

ICC-OTP, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the alleged crimes committed by ISIS, 8 April 2015.

ICC-OPT, International Criminal Court: 'Justice is key to durable peace', Press Release: 21 September 2015, ICC-CPI-20150921-PR1152. Disponible online en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1152>

ICC - OTP, Judge Silvia Fernández de Gurmendi, President of the International Criminal Court, "International Criminal Court Today: Challenges and Opportunities", Keynote

speech at Seminar “International Criminal Court – the Past, the Present and the Future”, 9 June 2016, Helsinki, Finland. Disponible online en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/1600609-Helsinki-keynote-speech-ICC-President-Fernandez.pdf>

ICC - OPT, Herman von Hebel, Registrar, Remarks to the 15th session of the Assembly of States Parties, The Hague, 21 November 2016, p. 11. Disponible online en: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP15/ASP15-Opening-Statement-Registrar-ENG.pdf

Statement ICC-OTP: 12 September 2018: The ICC will continue its independent and impartial work, undeterred, ICC-CPI-20180912-PR1406. Disponible online en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1406>

Mrs Fatou Bensouda, Prosecutor of the International Criminal Court: Launch of the Truth, Reconciliation and Reparations Commission of The Gambia, Banjul, The Gambia, 15 October 2018.

Informes anuales de la Corte Penal Internacional a la Asamblea General

Informe de la Corte Penal Internacional correspondiente a 2004 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sexagésimo período de sesiones, tema 82 del programa provisional. A/60/177, de 1 de agosto de 2005.

Informe de la Corte Penal Internacional correspondiente a 2006/2007 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sexagésimo segundo período de sesiones, tema 72 del programa provisional. A/62/314, de 31 de agosto de 2007.

Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2007/2008. Sexagésimo tercer período de sesiones, tema 72 del programa provisional. A/63/323, de 22 de agosto de 2008.

Informe de la Corte Penal Internacional correspondiente a 2012/2013 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sexagésimo octavo período de sesiones, tema 75 del programa provisional. A/68/314, de 13 de agosto de 2013.

Informe de la Corte Penal Internacional sobre su labor realizada en el período 2013/14 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sexagésimo noveno período de sesiones, tema 74 del programa provisional. A/69/321, de 18 de septiembre de 2014.

Informe de la Corte Penal Internacional sobre su labor realizada en el período 2014/15 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Septuagésimo período de sesiones, tema 79 del programa provisional. A/70/350, de 28 de agosto de 2015.

Informe de la Corte Penal Internacional sobre sus actividades en a 2015/16 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Septuagésimo primer período de sesiones, tema 73 del programa provisional. A/71/342, de 19 de agosto de 2016.

Informe de la Corte Penal Internacional sobre sus actividades en 2016/17 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Septuagésimo segundo período de sesiones, Tema 77 del programa provisional. A/72/349, de 17 de agosto de 2017.

Resoluciones anuales aprobadas por la Asamblea General sobre el Informe de la Corte Penal Internacional

Resolución aprobada por la Asamblea General el 30 de octubre de 2017: Resolución 72/3. Informe de la Corte Penal Internacional. Septuagésimo segundo período de sesiones, tema 76 del programa. A/RES/72/3, 6 de noviembre de 2017.

Asamblea de los Estados Partes

Resoluciones:

Resolución ICC-ASP/2/Res.9: Papel de las Naciones Unidas en el establecimiento de la Corte Penal Internacional. Aprobada por consenso en la quinta sesión plenaria, celebrada el 12 de septiembre de 2003.

Resolución RC/Res.2, Aprobada por consenso en la novena sesión plenaria el 8 de junio de 2010: Impacto del sistema del Estatuto de Roma sobre las víctimas y las comunidades afectadas.

Resolución RC/RES.1: Complementariedad. Aprobada por consenso en la novena sesión plenaria el 8 de junio de 2010.

Resolución ICC-ASP/11/Res.6: Complementariedad. Aprobada por consenso en la octava sesión plenaria el 21 de noviembre de 2012.

Resolución ICC-ASP/12/Res.4: Complementariedad. Aprobada por consenso en la duodécima sesión plenaria el 27 de noviembre de 2013.

Resolución ICC-ASP/14/Res.2, aprobada por consenso en la undécima sesión plenaria el 26 de noviembre de 2015.

Resolución ICC-ASP/16/Res.5 Adoptada por consenso en la decimotercera sesión plenaria, el 14 de diciembre de 2017. ICC-ASP/16/Res.5: Activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión.

Resoluciones relativas al fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes:

Resolución ICC-ASP/16/Res.6 Adoptada por consenso en la decimotercera sesión plenaria, el 14 diciembre de 2017. ICC-ASP/16/Res.6: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes.

Resolución ICC-ASP/17/Res.5 Adoptada por consenso en la decimotercera sesión plenaria, el 12 diciembre de 2018. ICC-ASP/17/Res.5: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes.

Resolución ICC-ASP/15/Res.5, adoptada por consenso en la undécima sesión plenaria, el 26 de noviembre de 2016: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes.

Resolución ICC-ASP/14/Res.4, adoptada por consenso en la duodécima reunión plenaria, el 26 de noviembre de 2015: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes.

Corte Penal Internacional, Asamblea de los Estados Partes, duodécimo período de sesiones, La Haya, 20 a 28 de noviembre de 2013: Segmento especial a petición de la Unión Africana: "Acta de acusación de Jefes de Estado y de Gobierno en ejercicio y sus consecuencias para la paz, la estabilidad y la reconciliación". Resumen no oficial preparado por el moderador. ICC-ASP/12/61, de 27 de noviembre de 2013.

Resolución ICC-ASP/10/Res.5. Aprobada por consenso en la novena sesión plenaria el 21 de diciembre de 2011: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes.

Resolución ICC-ASP/6/Res.2. Aprobada por consenso en la séptima sesión plenaria el 14 de diciembre de 2007: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes.

Resolución ICC-ASP/5 Res.3. Aprobada por consenso en la séptima sesión plenaria el 1º de diciembre de 2006: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes.

Relativas al principio de complementariedad:

Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Noveno período de sesiones, Nueva York, 6 a 10 de diciembre de 2010: Informe de la Mesa sobre la complementariedad. ICC-ASP/9/26, de 17 de noviembre de 2010.

Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Décimo período de sesiones, Nueva York, 12 a 21 de diciembre de 2011: Informe de la Mesa sobre la complementariedad. ICC-ASP/10/24, de 22 de noviembre de 2011.

Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Décimo período de sesiones, Nueva York, 12 a 21 de diciembre de 2011: Informe de la Corte sobre la complementariedad. ICC-ASP/10/23, de 11 de noviembre de 2011.

Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Undécimo período de sesiones, La Haya, 14 a 22 de noviembre de 2012: Informe de la Corte sobre la complementariedad. ICC-ASP/11/39, de 16 de octubre de 2012.

Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Undécimo período de sesiones, La Haya, 14 a 22 de noviembre de 2012: Informe de la Mesa sobre la complementariedad. ICC-ASP/11/24, de 6 de noviembre de 2012.

Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Duodécimo período de sesiones, La Haya, 20 a 28 de noviembre de 2013: Informe de la Corte sobre la complementariedad. Conclusión de las actividades de la Corte en un país de situación. ICC-ASP/12/32, de 15 de octubre de 2013.

Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Duodécimo período de sesiones, La Haya, 20 a 28 de noviembre de 2013: Informe de la Mesa sobre la complementariedad. ICC-ASP/12/31, de 15 de octubre de 2013.

ASP, Decimoséptimo período de sesiones, La Haya, 5 al 12 de diciembre de 2018: Informe de la Mesa sobre complementariedad. ICC-ASP/17/34, 29 de noviembre de 2018.

Relativas a los planes estratégicos:

Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Quinto período de sesiones. La Haya, 23 de noviembre a 1º de diciembre de 2006: Plan Estratégico de la Corte Penal Internacional. ICC-ASP/5/6, de 4 de agosto de 2006.

Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Quinto período de sesiones. La Haya, 23 de noviembre a 1º de diciembre de 2006: Plan Estratégico de Proyección Exterior de la Corte Penal Internacional. ICC-ASP/5/12, de 29 de septiembre de 2006.

Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Séptimo período de sesiones. La Haya, 12 a 22 de noviembre de 2008: Informe de la Mesa sobre el proceso de planificación estratégica de la Corte Penal Internacional. ICC-ASP/7/29, de 6 de noviembre de 2008.

Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Decimoquinto período de sesiones. La Haya, 16 a 24 de noviembre de 2016: Informe de la Mesa sobre el proceso

de planificación estratégica de la Corte Penal Internacional. ICC-ASP/15/29, de 11 de noviembre de 2016.

Sobre cooperación y víctimas:

Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional. Duodécimo período de sesiones. La Haya, 20 a 28 de noviembre de 2013: Informe de la Corte sobre la situación de la cooperación en curso entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, incluso sobre el terreno. ICC-ASP/12/42, de 14 de octubre de 2013.

Report of the Court on the strategy in relation to victims, Assembly of States Parties of the ICC, Eighth session, The Hague, 18-26 November 2009. ICC-ASP/8/45.

"Court's Revised Strategy in Relation to Victims", ICC-ASP/11/38, 5 November 2012.

Report of the Court on the Revised strategy in relation to victims: Past, present and future, Assembly of State Parties, Eleventh session The Hague, 14-22 November 2012, ICC-ASP/11/40.

ICC - OTP, Assembly of State Parties, Report of the Court on the implementation in 2013 of the revised strategy in relation to victims, Twelfth session, The Hague, 20-28 November 2013, ICC-ASP/12/41

Resolución de la Asamblea de Estados Parte ASP/1/RES.6: Establishment of a fund for the Benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court.

Informes sobre las actividades de la Corte:

Corte Penal Internacional, Asamblea de los Estados Partes. Quinto período de sesiones, La Haya, 23 de noviembre a 1º de diciembre de 2006. Informe sobre las actividades de la Corte. ICC-ASP/5/15, de 17 de octubre de 2006.

Corte Penal Internacional, Asamblea de los Estados Partes. Sexto período de sesiones, Nueva York, 30 de noviembre a 14 de diciembre de 2007. Informe sobre las actividades de la Corte. ICC-ASP/6/18, de 18 de octubre de 2007.

Corte Penal Internacional, Asamblea de los Estados Partes. Séptimo período de sesiones, La Haya, 14 a 22 de noviembre de 2008. Informe sobre las actividades de la Corte. ICC-ASP/7/25, de 29 de octubre de 2008.

Documentación relativa al Fondo Fiduciario

Annual report of the Trust Fund for Victims, 2016, p. 10. Disponible online en: https://www.trustfundforvictims.org/sites/default/files/reports/Annual%20Report-2016_ENG_September_Online.pdf

Report of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims, Sixteenth Session of the Assembly of States Parties, New York, 4 December 2017, Delivered by Mr Motoo Noguchi, Chair of the Board of Directors the Trust Fund for Victims.

Statement by Trust Fund for Victims Board of Directors: Under the Rome Statute, reparative justice provides undeniable value to victims, 14 September 2018. Disponible online en : <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180914-stat-tfv>

b.2) Documentación de la Corte Penal Internacional relacionada con los casos

Venezuela:

The Office of the Prosecutor, OTP response to communications received concerning Venezuela, The Hague, 9 February 2006.

Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Sra. Fatou Bensouda, sobre la apertura de exámenes preliminares en Filipinas y Venezuela, 8 de febrero de 2018.

Informe sobre las actividades de examen preliminar, 2018: Venezuela, 5 de diciembre de 2018.

Remisión de la situación en Venezuela con arreglo al artículo 14 del Estatuto de Roma realizada por la República Argentina, Canadá, la República de Colombia, la República de Chile, la República del Paraguay y la República del Perú.

Honduras:

Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination into the situation in Honduras. 28 October 2015.

Situation in Honduras: Article 5 Report. 28 October 2015.

República de Corea:

ICC Prosecutor: alleged war crimes in the territory of the Republic of Korea under preliminary examination. 6 December 2010.

Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the situation in the Republic of Korea. 23 June 2014.

Office of the Prosecutor. Situation in the Republic of Korea: Article 5 Report. 23 June 2014.

Buques de matrícula de las Islas Comoras, Grecia y Camboya:

Statement of the Office of the Prosecutor, ICC Prosecutor receives referral by the authorities of the Union of the Comoros in relation to the events of May 2010 on the vessels 'MAVI MARMARA'. 14 May 2013.

Referral under Articles 14 and 12(2)(a) of the Rome Statute arising from the 31 May 2010, Gaza Freedom Flotilla situation, 14 May 2013.

Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on concluding the preliminary examination of the situation referred by the Union of Comoros: "Rome Statute legal requirements have not been met", 6 November 2014.

The Office of the Prosecutor, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia. Article 53(1) Report. 6 November 2014.

ICC Pre-Trial Chamber I request Prosecutor to reconsider decision not to investigate situation referred by the Union of Comoros. 16 July 2015.

Filipinas:

Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda concerning the situation in the Republic of the Philippines. 13 October 2016.

Gabón:

Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, concerning referral from the Gabonese Republic, 29 September 2016.

Situation in the Gabonese Republic, Article 5 Report. 21 September 2018.

Guinea:

ICC Prosecutor confirms situation in Guinea under examination, Statement of 14 October 2009.

OTP Mission to Guinea: Statement by Mrs Fatou Bensouda, Deputy Prosecutor of the International Criminal Court. Conakry, Guinea, 19 February 2010.

ICC-OPT, Statement by the ICC Prosecutor on the Situation in Guinea. The Hague, 15 September 2010.

Statement to the press by Ms Fatou Bensouda, Deputy Prosecutor. Conakry, 10 November 2010.

ICC-OPT, ICC Deputy Prosecutor: We are keeping an eye on events in Guinea. 19 November 2010.

ICC-OPT, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Mrs Fatou Bensouda, following growing tensions reported in Guinea. 14 October 2015.

Iraq/UK:

OTP response to communications received concerning Iraq, 9 February 2006.

ICC-OPT, Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, re-opens the preliminary examination of the situation in Iraq, 13 May 2014.

Nigeria:

ICC-OPT, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Luis Moreno-Ocampo in relation to Nigeria. 21 April, 2011.

ICC-OTP, Situation in Nigeria: Article 5 Report, 5 August 2013.

Speech of Mrs Fatou Bensouda, Prosecutor of the International Criminal Court, Seminar Hosted by the Attorney General of the Federation and Minister of Justice of Nigeria: International Seminar on the Imperatives of the Observance of Human Rights and International Humanitarian Law Norms in International Security Operations. Abuja, Nigeria, 24 February 2014.

Palestina:

ICC-OTP, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda: 'The Public Deserves to know the Truth about the ICC's Jurisdiction over Palestine'. 2 September 2014.

ICC-OTP, The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination of the situation in Palestine. 16 January 2015.

Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, regarding the worsening situation in Gaza, 8 April 2018.

Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, regarding the Situation in Palestine, 17 October 2018.

Afganistán:

Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp.

Bangladesh/Myanmar:

Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute. ICC-RoC46(3)-01/18-1, 9 April 2018.

Colombia:

Oficina del Fiscal de la CPI. Situación en Colombia: Reporte Intermedio. Noviembre 2012.

Carta de la Fiscal de la CPI al Presidente de la Corte Constitucional acerca del Marco Jurídico para la Paz de 26 de julio de 2013. Ref. 2013/025/FB/JCCD-evdu. Disponible online: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/cpicol7.html>

Keynote speech by James Stewart, Deputy Prosecutor of the ICC: "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional". Conferencia organizada por: La Universidad del Rosario, El Tiempo, el Centro Cyrus R Vance para las Iniciativas de Justicia Internacional, la Fundación Hanns Seidel, las Naciones Unidas en Colombia, el Centro Internacional para la Justicia Transicional y la Coalición por la Corte Penal Internacional. Bogotá, Colombia, 13 de mayo de 2015.

Statement OTP-ICC of 24 September 2015. Declaración de la Fiscal sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia.

Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the peace negotiations between the Government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia – People's Army. 1 September 2016.

Artículo de la fiscal de la Corte Penal Internacional publicado en la revista Semana: "El acuerdo de paz de Colombia demanda respeto, pero también responsabilidad", de 21 de enero de 2017.

Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, al concluir su visita a Colombia (10 a 13 de septiembre de 2017). 13 September 2017.

Escrito de Amicus Curiae de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, de 18 de octubre de 2017.

Mr. James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: "El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia", Conferencia organizada por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, la Universidad Externado en Bogotá y la Universidad EAFIT en Medellín. Bogotá y Medellín, Colombia, 30 - 31 de mayo de 2018.

Mr. James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: "El artículo 28 del Estatuto de Roma", Cámara de Comercio de Bogotá, 1 de noviembre de 2018.

Burundi:

ICC-OPT, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, regarding the recent pre-election violence in Burundi, 8 May 2015.

ICC-OPT, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, regarding the worsening security situation in Burundi, 6 November 2015.

ICC-OPT, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on opening a Preliminary Examination into the situation in Burundi. 25 April 2016.

Kenia:

ICC-OTP, ICC Prosecutor receives materials on post-election violence in Kenya. ICC-OTP-20090716-PR438, 16 July 2009.

ICC-OTP, ICC Prosecutor Supports Three-Pronged Approach to Justice in Kenya. ICC-OTP-20090930-PR456, 30 September 2009. Disponible online: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr456&ln=en>

Sudan:

Informes anuales del Fiscal de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad sobre la Situación en Dárfur, Sudán:

First Report of the Prosecutor of the ICC to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 29.06.2005

Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court Mr. Luis Moreno Ocampo, to the Security Council pursuant to UNSC 1593. 13.12.2005

Third Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 14.06.2006

Fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593. 14 December 2006

Fifth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 7 June 2007

Sixth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). Report: 05.12.2007

Seventh Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005). Report: 05.06.2008

Eight Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). Report: 03.12.2008

Ninth Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). Report: 05.06.2009

Tenth Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). Report4 December 2009

Eleventh Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005). 17 June 2010

Twelfth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), 10 December 2010

Fifteen report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005), 5 June 2012

Seventeenth report of the Prosecutor of International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), 5 June 2013

Eighteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSCR 1593 (2005), 11 December 2013

Nineteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSCR 1593 (2005), 23 June 2014

Twentieth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSC 1593 (2005), 12 December 2014

Twenty-first report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), 29 June 2015

Twenty-second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSC 1593 (2005), 15 December 2015

Twenty-third Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSC 1593 (2005), 9 June 2016

Twenty-fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSC 1593 (2005), 13 December 2016

Twenty-fifth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSC 1593 (2005), 8 June 2017

Twenty-Seventh Report Of The Prosecutor Of The International Criminal Court To The United Nations Security Council Pursuant To UNSCR 1593 (2005).

Twenty-Eighth Report Of The Prosecutor Of The International Criminal Court To The United Nations Security Council Pursuant To UNSCR 1593 (2005).

Libia:

Informes anuales del Fiscal de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad:

First report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 4 May 2011.

Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 2 November 2011.

Third Report Of The Prosecutor Of The International Criminal Court To The Un Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 16 May 2012.

Fourth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1970 (2011), 7 November 2012.

Fifth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 8 May 2013.

Sixth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSCR 1970 (2011), 14 November 2013.

Seventh Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSCR 1970 (2011), 13 May 2014.

Eighth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSCR 1970 (2011), 11 November 2014.

Tenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 5 November 2015.

Twelfth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 9 November 2016.

Thirteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 8 May 2017.

Fourteenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 8 November 2017.

Fifteenth Report of The Prosecutor Of The International Criminal Court To The United Nations Security Council Pursuant To UNSCR 1970 (2011).

Sixteenth Report of The Prosecutor Of The International Criminal Court To The United Nations Security Council Pursuant To UNSCR 1970 (2011).

III. OTROS RECURSOS DOCUMENTALES

a) Unión Europea

Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de diciembre de 2013, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2012) y la política de la Unión Europea al respecto (2013/2152(INI)).

b) Consejo de Europa

Council of Europe. Committee of Ministers. Recommendation No. R (2000) 13 of the Committee of Ministers to member states on a European policy on access to archives (Adopted by the Committee of Ministers on 13 July 2000, at the 717th meeting of the Ministers' Deputies).

Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Résolution 1336 (2003): Menaces qui pèsent sur la Cour pénale internationale. Disponible online en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-fr.asp?fileid=17122&lang=fr>

Report of the Rapporteur Ms Herta Daübler-Gmelin: "The state of human rights in Europe: the need to eradicate impunity", Parliamentary Assembly, Council of Europe, Doc. 11934, 3 June 2009.

Eradicating impunity for serious human rights violations. Guidelines adopted by the Committee of Ministers on 30 March 2011 at the 1110th meeting of the Ministers' Deputies and reference texts.

c) Unión Africana

Decision on the International Criminal Court Doc. EX.CL/1138(XXXIV), Assembly/AU/Dec.738(XXXII), 10 – 11 February 2019.

Decision of the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, Doc. Assembly/AU/13 (XIII), Assembly/AU/Dec.245(XIII) Rev.1, 1 – 3 July 2009.

African Union, Assembly/AU/Dec.366(XVII) Decision on the Implementation of the Assembly Decisions On The International Criminal Court Doc. EX.CL/670(XIX).

Assembly of The African Union, Sixteenth Ordinary Session, 30 - 31 January 2011, Addis Ababa, Ethiopia. Assembly/AU/ Dec.334(Xvi) Decision On The Implementation Of The Decisions On The International Criminal Court Doc. Ex.Cl/639(Xviii).

d) Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985 – 1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, 26 septiembre 1986.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de derechos humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, 2006.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Verdad, justicia y reparación: cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2014, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II, 9 marzo 2015.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2015, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II., 31 diciembre 2015.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2016, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II., 15 marzo 2017.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2017, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II., 31 diciembre 2017.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2018, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos.

e) Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos:

Caso de Malawi African Association et autres c. Mauritania, Communication No. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 à 196/97 et 210/98, decisión del 11 de mayo de 2000.

African Commission on Human and Peoples' Rights, Principles and guidelines on the right to a fair trial and legal assistance in Africa, 2003 (disponible online en: <http://www.achpr.org/instruments/principles-guidelines-right-fair-trial/>)

Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique (2003). Disponible online en: http://www.achpr.org/files/instruments/principles-guidelines-right-fair-trial/achpr33_guide_fair_trial_legal_assistance_2003_fra.pdf

Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique (2003). Disponible online en: http://www.achpr.org/files/instruments/principles-guidelines-right-fair-trial/achpr33_guide_fair_trial_legal_assistance_2003_fra.pdf

African Commission on Human and Peoples' Rights, 87: Resolution on Ending impunity in Africa and on the Domestication and Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court, Banjul, 5, December 2005.

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe, Comunicación N° 245/2002, decisión de 15 de mayo de 2006.

Caso de la ONG Zimbabwe Human Rights Forum vs. Zimbabwe, Communication No. 245/02, decisión del 26 de mayo de 2006.

African Commission on Human and Peoples' Rights, 235: Resolution on Transitional Justice in Africa, Banjul, The Gambia, 23 April 2013.

African Commission on Human and People's Rights, Report of the Delegation of the African Commission on Human and People's Rights on its Fact-finding Mission to Burundi, 7-13 December 2015.

f) Human Rights Watch:

Human Rights Watch, The Meaning of "the interest of Justice" in Article 53 of the Rome Statute, June 1, 2005.

Human Right Watch, "The June 29 Agreement on Accountability and Reconciliation and the Need for Adequate Penalties for the Most Serious Crimes Human Rights Watch's Second Memorandum on Justice Issues and the Juba Talks", July 2007.

HRW, Central African Republic (CAR), Events of 2008, World Report 2009. Disponible online en: <https://www.hrw.org/world-report/2009/country-chapters/central-african-republic>.

HRW, Análisis de Human Rights Watch sobre el "Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto" alcanzado por el gobierno de Colombia y las FARC, 21 de diciembre de 2015.

HRW, Colombia: un acuerdo de impunidad, 22 de diciembre de 2015.

HRW, Colombia: Acuerdo de paz en una oportunidad histórica para reducir abusos", 25 de agosto de 2016.

HRW, Carta al Presidente Juan Manuel Santos sobre la firma del acuerdo de paz, 23 de septiembre de 2016.

HRW, La promesa del acuerdo de paz en Colombia y sus graves defectos, 30 de septiembre de 2016.

HRW, Pronunciamiento de Human Rights Watch sobre el resultado del plebiscito sobre el acuerdo de paz con las FARC, 3 de octubre de 2016.

HRW, Carta al Presidente Santos sobre el futuro del proceso de paz, 6 de octubre de 2016.

HRW, Paz y justicia en Colombia, 18 de octubre de 2016.

HRW, Carta al Presidente Santos sobre el nuevo acuerdo de paz con las FARC, 23 de noviembre de 2016.

HRW, Carta al Presidente Santos sobre la ley de amnistía, 25 de diciembre de 2016.

HRW, Colombia debe corregir defectos de legislación de justicia transicional, 8 de octubre de 2017.

HRW, Los ex comandantes de las FARC deben responder por sus crímenes en Colombia antes de ser extraditados, 7 de mayo de 2018.

HRW, Amicus curiae sobre proyecto de ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz, 5 de junio de 2018.

HRW, Un limbo de impunidad para los generales, 9 de julio de 2018.

HRW, Informe mundial: Colombia, 2018.

g) Amnistía Internacional:

AI, Colombia: El acuerdo debe garantizar justicia a los millones de víctimas del conflicto armado, 24 de septiembre de 2015.

AI, Colombia: Fin de negociaciones sobre conflicto trae esperanzas de paz, 25 de agosto de 2016.

AI, Colombia: El acuerdo de paz debe abrir la puerta a la justicia, 1 de diciembre de 2016.

AI, Informe 2015/2016 de Amnistía Internacional: la situación de los derechos humanos en el mundo.

AI, Informe 2016/2017 de Amnistía Internacional: la situación de los derechos humanos en el mundo.

AI, Informe 2017/2018 de Amnistía Internacional: la situación de los derechos humanos en el mundo.

Amnesty International. Open letter to the Chief Prosecutor of the International Criminal Court: Comments on the concept of the interests of justice. AI Index: IOR 40/023/2005, 17 June 2005. Disponible online en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/84000/ior400232005en.pdf>

h) Centro Internacional para la Justicia Transicional:

Centro Internacional para la Justicia Transicional, "¿Qué es la justicia transicional?", 2009, Disponible online en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>

Centro Internacional para la Justicia Transicional, "¿Justicia, paz o las dos?", 2009, Disponible online en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Peace-Justice-2009-Spanish.pdf>

ICTJ briefing, "Transitional Justice in the United Nations Human Rights Council", International Policy Relations, June 2011, disponible online en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-TJ-In-HRC-2011-English.pdf>

Seils, Paul, "Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de Justicia y Paz en Colombia", ICTJ, marzo de 2012.

Seils, Pail, "La cuadratura del círculo en Colombia: los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz", ICTJ, Junio de 2015.

ICTJ, Acuerdo de Justicia de La Habana: el diablo está en los detalles, 14 de octubre de 2015.

Travesí, Fernando y Rivera, Henry, "Delito político, amnistías e indultos: alcances y desafíos", ICTJ, marzo de 2016.

IV. DOCUMENTACIÓN RELACIONADA CON LOS CASOS³

a) Colombia

Acuerdo de paz:

Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, firmado el 26 de agosto de 2012 en La Habana, Cuba.

Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Firmado el 24 de noviembre de 2016.

Oficina del Alto Comisionado para la paz, equipo paz Gobierno: "Notas sobre los cambios, ajustes y precisiones del nuevo acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de la paz estable y duradera", La Habana, 13 de noviembre de 2016.

Comunicados conjuntos:

Comunicados específicos sobre el punto V. Víctimas: Comunicado conjunto de 7 de junio de 2014, La Habana: "Declaración de principios para la discusión del Punto 5 de la Agenda: "Víctimas".

Informe conjunto de la mesa de conversaciones entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo, La Habana, 4 de junio de 2015: Avances de la discusión del punto 5: Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no repetición.

Comunicado conjunto No. 60 sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz, La Habana, Cuba, 23 de septiembre de 2015.

Comunicado Conjunto No. 64, Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto "Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición", incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos, La Habana, 15 de diciembre de 2015.

Bases del acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz, Sistema Informativo del Gobierno, Bogotá, 15 de diciembre de 2015.

Borrador conjunto sobre el punto 5. Acuerdo sobre las víctimas del conflicto: "Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición", incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos, de 15 de diciembre de 2015.

Comunicado Conjunto N°.4, de 12 de noviembre de 2016 y Comunicado Conjunto No. 5, firmado en La Habana el 14 de noviembre de 2016.

Actos Legislativos, Leyes y Decretos:

Acto Legislativo No. 01 de 31 de julio de 2012 (Marco Jurídico para la Paz) "Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

Acto legislativo No. 1 de 7 de julio de 2016 por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

³ Si bien los casos analizados en la presente Tesis Doctoral no se reducen a los casos de España y de Colombia, en el presente Anexo documental únicamente recogeremos de manera detallada los mismos.

Acto legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017 “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”.

Acto legislativo No. 02 de 11 de mayo de 2017 "por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera".

Acto Legislativo No 03 de 23 de mayo de 2017 "por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera".

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

Ley 1424 de 2010 (Ley de Desmovilizados), por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones.

Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas y Restitución de Tierras), por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

Ley 1592 de 2012, por la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005.

Ley No. 1820 de 30 de diciembre de 2016 “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”.

Ley 1922, de 18 de julio de 2018, “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”.

Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”. La Corte Constitucional ya se ha pronunciado sobre el proyecto de Ley en la Sentencia de la Corte Constitucional C-80 de 15 de agosto de 2018.

Decreto 2601/11, por el cual se reglamenta la Ley 1424/10 y Decreto 2637/14, por el cual se adiciona un párrafo al artículo 9 del decreto 2601/11.

Decreto núm. 1391 de 30 de agosto de 2016, por el cual se convoca a un plebiscito y se dictan otras disposiciones.

Decreto 277 de 17 de febrero de 2017 “por el cual se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016 `por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”.

Decreto 588 de 5 de abril de 2017 “por el cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición”.

Decreto Ley 706 de 3 de mayo de 2017 por el cual se aplica un tratamiento especial a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y se dictan otras disposiciones.

Decreto 589 de 5 de abril de 2017 Por el cual se organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado. Y Sentencia C-067/18, Revisión de constitucionalidad del Decreto Ley 589 de 2017, “Por el cual se organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado”.

Otros:

Directiva 001 de 2012: Estrategia de priorización de la Fiscalía General de la Nación.

Disposiciones internas de la Jurisdicción Especial para la Paz:

Acuerdo No. 001 de 9 de marzo de 2018, por el cual se adopta el Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Acuerdo ASP No. 002 de 5 de junio de 2018, por el cual se modifica el artículo 42 del Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Acuerdo ASP No. 003 de 3 de septiembre de 2018 por el cual se modifica el artículo 29 del Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz.

JEP, Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas. Bogotá, 28 de junio de 2018. Estos criterios cuentan con un "Salvamento de Voto" dictado por la Magistrada Nadiezhda Henríquez Chacín, de 18 de julio de 2018.

b) España

Quinto informe periódico España: CCPR/C/ESP/5, 5 de febrero del 2008.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a España: CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009.

Comentarios del Gobierno de España sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/ESP/CO/5). CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, 26 de enero de 2009.

Observaciones finales del Comité contra la Tortura. CAT/C/ESP/CO/5, 9 de diciembre de 2009.

Comentarios del Gobierno de España sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/ESP/CO/5). Respuesta a las recomendaciones formuladas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas relativas al quinto informe periódico de España. CCPR/C/ESP/CO/5/Add.2, 6 de agosto de 2010.

Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 29 de la Convención Informes de los Estados partes en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención que debían presentarse en 2012 España. CED/C/ESP/1. Distribución general 28 de enero de 2013.

Sexto informe periódico España: CCPR/C/ESP/6, 10 de mayo de 2013.

Observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención. CED/C/ESP/CO/1, distribución general 12 de diciembre de 2013.

Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición Misión a España. A/HRC/27/49/Add.1, distribución general 2 de julio de 2014.

Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a España: Comentarios de España al informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias tras su misión a España. A/HRC/27/49/Add.3, distribución general 23 de diciembre de 2014.

Observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención. Adición. Información recibida de España sobre el seguimiento de las observaciones finales. CED/C/ESP/CO/1/Add.1, distribución general 23 de febrero de 2015.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a España: CCPR/C/ESP/CO/6, 14 de agosto de 2015.

Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España. CAT/C/ESP/CO/6, 29 de mayo de 2015.

Informe sobre el seguimiento de las observaciones finales del Comité contra la Desaparición Forzada. CED/C/9/2, distribución general 16 de octubre de 2015.

Información recibida de España sobre el seguimiento de las observaciones finales: CCPR/C/ESP/CO/6/Add.1, 27 de septiembre de 2016.

V. OTROS RECURSOS

a) Principales páginas web consultadas⁴

African Transitional Justice Research Network: http://www.transitionaljustice.org.za/index.php?option=com_content&task=view&id=314&Itemid=36

Assembly of State Parties of the International Criminal Court: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/Pages/asp_home.aspx

Beyond Conflict: <http://www.beyondconflictint.org/>

Centro Internacional para la Justicia Transicional: <https://www.ictj.org/es>

Corte Penal Internacional: <https://www.icc-cpi.int/Pages/Main.aspx>

Jurisdicción Especial para la Paz: <https://www.jep.gov.co/Paginas/Inicio.aspx>

Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/TruthJusticeReparation/Pages/Index.aspx>

Trust Fund for Victims: <https://trustfundforvictims.org/>

United Nations Treaty Collection: <https://treaties.un.org/Pages/Home.aspx?clang=en>

b) Prensa

Bachelet insta a los legisladores salvadoreños a abstenerse de restablecer la amnistía para graves violaciones a los derechos de derechos humanos, Ginebra, 6 de marzo de 2019. Disponible online en:

⁴ Todos los recursos citados en la presente Tesis Doctoral fueron consultados por última vez el: 31/10/2019.

<https://www.ohchr.org/sp/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24267&LangID=S>

Bensouda, Fatou, "International Justice and Diplomacy", The New York Times, MARCH 19, 2013. Disponible online en:

https://www.nytimes.com/2013/03/20/opinion/global/the-role-of-the-icc-in-international-justice-and-diplomacy.html?_r=0

Carta de Alejandro Ordoñez Maldonado, Procurador General de la Nación, a la Sña. Fatou Bensouda, Fiscal Jefe de la Corte Penal Internacional, Bogotá, a 19 de enero de 2016.

Disponible online en:

http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/portal_doc_interes//216_190116COM_UNICACION.pdf

CIDH expresa preocupación por iniciativa de ley que dejaría en la impunidad las graves violaciones a los derechos humanos del pasado en El Salvador, 25 de abril de 2019.

Disponible online en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/104.asp>

Comisión Colombiana de Juristas, "Un acuerdo admirable y promisorio para la paz y la justicia en Colombia", 25 de septiembre de 2015. Disponible online en:

http://www.coljuristas.org/documentos/documento.php?id_doc=510&idioma=es&grupo=4

Coordinación Colombia - Europa - Estados Unidos (CCEEU), "Con el acuerdo sobre justicia: el fin del conflicto armado con las FARC al alcance de la mano", 25 de septiembre de 2015. Disponible online en: <http://coeuropa.org.co/252/>

Declaraciones del ex Presidente de Colombia, Juan Manuel Santos, en un entrevista en: El País, "Nunca habíamos visto a las FARC tan comprometidas", 1 de marzo de 2015.

Disponible online en:

http://internacional.elpais.com/internacional/2015/02/28/actualidad/1425158156_968471.html

Duque pide a CIDH exigir pena mínima para delitos abominables, El Tiempo, 26 de agosto de 2019.

Disponible online en: <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/proceso-de-paz-duque-pide-a-cidh-exigir-pena-minima-para-delitos-graves-405040>

"El disidente de las FARC Iván Márquez anuncia que retoma las armas en Colombia", El País, 29 de agosto de 2019. Disponible online en:

https://elpais.com/internacional/2019/08/29/actualidad/1567065255_850419.html

El País.com.co, "'El proceso de paz de Colombia es ejemplar": experta en justicia transicional", 10 de febrero de 2016. Disponible online en:

<http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/proceso-paz/noticias/proceso-paz-colombia-ejemplar-experta-justicia-transicional>

El Tiempo, "El acuerdo cumple con criterios de Fiscal de la CPI", 27 de septiembre de 2015.

Fabian Salvioli: "El Salvador: La Asamblea Legislativa no debe aprobar un proyecto de ley de "amnistía de facto" para las violaciones de derechos humanos, dicen expertos de la ONU", Ginebra, 19 de mayo de 2019. Disponible online en:

<https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24619&LangID=S>

ICC Newsletter, Victims before the ICC, October 2004, p. 7. Disponible online en:

https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/4E898258-B75B-4757-9AFD-47A3674ADBA5/278481/ICCNL2200410_En.pdf

- ICC-OPT, Conférence de presse d'une délégation du Bureau du Procureur avec les journalistes guinéens. Déclaration à la presse Guinéenne, 24 May 2010.
- Kai Ambos, "¡Tanta justicia sí permite la paz!" en El Espectador, 26 de septiembre de 2015. Disponible online en: <http://www.elespectador.com/opinion/tanta-justicia-si-permite-paz>
- Kai Ambos, "Derechos humanos y pena" en El Espectador, 1 de marzo de 2016. Disponible online en: <http://www.elespectador.com/opinion/derechos-humanos-y-pena>
- Kroc Institute for International Peace Studies, "Peace Accord Implementation in Colombia Continues to Progress Two Years In", Media Advisory, April 9, 2019. Disponible online en: https://kroc.nd.edu/assets/316152/190409_pam_media_advisory_final.pdf
- Maseruka, Josephine, 'Traditional Justice not Applicable to War Suspects', New Vision, 30 June 2009. Disponible online en: https://www.newvision.co.ug/new_vision/news/1210379/traditional-justice-applicable-war-suspects
- Moreno Ocampo, Luis, "Between Bombing or Doing Nothing", Huffingtonpost, 4 November 2013. Disponible online en: https://www.huffingtonpost.com/luis-moreno-ocampo/between-bombing-or-doing-b_3869088.html?guccounter=1
- Las FARC y la deriva de Iván Márquez", El País, 30 de agosto de 2019. Disponible online en: https://elpais.com/internacional/2019/08/29/actualidad/1567077386_488333.html
- "López Obrador asegura en su carta al Rey que los abusos de la conquista `aún generan encendidas polémicas'", El País, 27 de marzo de 2019. Disponible online en: https://elpais.com/internacional/2019/03/27/mexico/1553651641_263448.html
- Observaciones Preliminares sobre la Visita Oficial a El Salvador por el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la reparación y las garantías de no repetición, Señor Fabián Salvioli, 23 de abril a 3 de mayo de 2019, San Salvador, 3 de mayo de 2019. Disponible online en: <https://www.ohchr.org/sp/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24557&LangID=S>
- Presidencia de la República de Colombia, Noticias: "Alta Representante de la Unión Europea exalta nuevo Acuerdo de Paz", Bruselas, 13 de noviembre de 2016.
- Rodrigo Uprimny, "Justicia imperfecta, paz posible" en El Espectador, 26 de septiembre de 2015. Disponible online en: <http://www.elespectador.com/opinion/justicia-imperfecta-paz-posible>
- Rodrigo Uprimny, "¿Piñata de impunidad?" en El Espectador, 26 de diciembre de 2015. Disponible online en: <http://www.elespectador.com/opinion/pinata-de-impunidad>
- Smith, David, Congo Conflict: 'The Terminator' Lives in Luxury While Peacekeepers Look on, The Guardian, 5 February 2011. Disponible online en: <https://www.theguardian.com/world/2010/feb/05/congo-child-soldiers-ntaganda-monuc>
- Smith, David, New chief prosecutor defends International Criminal Court, The Guardian, 23 May 2012. Disponible online en: <https://www.theguardian.com/law/2012/may/23/chief-prosecutor-international-criminal-court>
- The Guardian, John Bolton threatens war crimes court with sanctions in virulent attack, 10 September 2018. Disponible online en: <https://www.theguardian.com/us-news/2018/sep/10/john-bolton-castigate-icc-washington-speech>

Uganda: ICC could suspend northern investigations - spokesman, Published on 18 Apr 2005.
Disponibile online en: <https://reliefweb.int/report/uganda/uganda-icc-could-suspend-northern-investigations-spokesman>

