

44

SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**Notas Iniciales sobre el Alcance de
las Amnistías en relación con los
crímenes de Guerra**

Diego González Medina

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en www.icrp.uexternado.edu.co/

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 44
***Notas Iniciales sobre el Alcance de las Amnistías en relación con los
crímenes de Guerra***
Diego González Medina

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del autor y la editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la editora y la editorial.

© 2015, Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad Externado de Colombia.
Paola Andrea Acosta, Editora
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia
www.icrp.uexternado.edu.co/

Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO
*Directora del Departamento
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.
Editora

Notas Iniciales sobre el Alcance de las Amnistías en relación con los crímenes de Guerra

1. El presente documento contiene un breve estado del arte sobre el alcance material de las amnistías (*es decir, cuáles delitos pueden ser objeto de tal tratamiento*), con particular énfasis en las infracciones al derecho internacional humanitario cometidas en el marco de conflictos armados no internacionales. Para tal efecto, se presentarán las tres posturas identificables en la literatura de derecho internacional al respecto. Finalmente, se incluirán algunas consideraciones sobre el delito político, sus delitos conexos, y la eventual inclusión de las referidas infracciones al DIH dentro de éstos últimos
2. *Primera postura: Las amnistías pueden incluir infracciones al DIH cometidas en el marco de conflictos armados internos.* De conformidad con los Cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I, existe una suerte de prohibición absoluta para incluir dentro de las amnistías las graves infracciones al derecho internacional humanitario en tratándose de conflictos internacionales. En efecto, los artículos 50, 51, 130 y 147 de los Cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente, y 85 del Protocolo Adicional I, establecen listados de conductas consideradas “*graves infracciones*” (*grave breaches*) al DIH. Además, los artículos 49, 50, 129 y 146 de los Cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente, y 85 del Protocolo Adicional I establecen el deber de investigar y

* Docente e investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Abogado y Magister en Derecho de la responsabilidad contractual y extracontractual, civil y del Estado, de la Universidad Externado de Colombia; Se ha desempeñado como asesor del proyecto de apoyo al proceso de paz de la Agencia Alemana de Cooperación GIZ. En calidad de becario Fullbright, obtuvo su título de Magister en Derecho de la Universidad de California, Berkeley. Adicionalmente, Diego ejerce como abogado litigante y consultor. Contacto: diego.gonzalez@uexternado.edu.co.

juzgar dichas *graves infracciones* así como la imposibilidad de los estados de substraerse del cumplimiento de dicha obligación. En conclusión, las “*graves infracciones*” al DIH, propias de la regulación sobre conflictos armados internacionales, no pueden ser objeto de amnistía alguna y, además, están sujetas a jurisdicción universal¹.

3. Sin embargo, el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, atinentes a los conflictos armados no internacionales, no establecen “*graves infracciones*” sino meras “*violaciones al DIH*”, tampoco disponen jurisdicción universal respecto de tales violaciones² y, en consecuencia, *éstas pueden ser objeto de amnistías*. Además, según *Naqvi*, resultaría bastante difícil defender la existencia de un deber consuetudinario de investigar, juzgar y sancionar dichas conductas, dado el histórico rechazo de los estados ha asumir deberes específicos en el marco de conflictos armados internos³. Es más, lo cierto es el que el artículo 6.5 del propio Protocolo II Adicional es la única norma convencional que reconoce la procedencia de las amnistías, según la cual las autoridades “*podrán conceder la más amplia amnistía para las personas que participaron de conflictos armados internos*”⁴.
4. En tales términos, *no existiría límite alguno para que las infracciones al derecho internacional humanitario cometidas en el marco de conflictos armados no internacionales sean objeto de amnistía*.
5. *Segunda postura: Las amnistías no pueden incluir ningún crimen internacional y, en consecuencia, en todo caso deben excluir graves infracciones al DIH cometidas en el marco de conflictos armados internos*. Esta postura es defendida desde el derecho internacional de

¹ NAQVI YASMIN. *Amnesty for War Crimes: Defining the limits of international recognition*. RICR. 2003. P. 604.

² Esta postura es altamente controversial. Ver. ICTRStatute, Art.4, Annex to Security Council Res. 955(1994), S/RES/955(1994), 8 Nov. 1994. ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Appeals Chamber of the ICTY, 2 October 1995, para. 137, 35 I.L.M. 32 (1996). Rome Statute, Art. 8(2)(c) and (e).

³ Ob. Cit. 1.

⁴ Algunas Cortes domésticas han concluido, con fundamento en tal previsión, que las amnistías son válidas a la luz del derecho internacional *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Caso Guevara Portillo. Sentencia de 16 de agosto de 1995. P. 11 y Corte Suprema de Justicia de Chile. Sentencia de 26 de octubre de 1995. P. 12. Tal como se demostrará líneas adelante, la interpretación de este artículo es bastante controversial.

los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. Desde el derecho internacional de los derechos humanos, se acepta de manera generalizada que existe un deber de investigar y juzgar las graves violaciones a derechos humanos⁵. Asimismo se ha sostenido que existe el mismo deber de investigar y juzgar las infracciones al DIH, tanto en conflicto internacionales como no internacionales⁶, que se desprende del derecho consuetudinario humanitario “*sobre todo de la creación de tribunales especiales para juzgar esa clase de crímenes, en particular, cuando se comentan en situaciones de guerra*”⁷.

6. Es más, en relación con el alcance del artículo 6.5. del Protocolo Adicional II, algunos consideran que dicha disposición sólo puede ser aplicada cuando no se vulneren tratados internacionales o el derecho consuetudinario internacional, de lo contrario se desconocería la misma razón de ser de dicho instrumento consistente en dispensar protección a las víctimas de violaciones al derecho internacional humanitario en conflictos armados internos⁸. A su vez, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha señalado que dicha disposición en el sentido de que establece una suerte de “*inmunidad para el combatiente*” en relación con los simples hechos de tomar parte en las hostilidades, “*lo que incluye asesinar a los combatientes enemigos, siempre que respete el derecho internacional humanitario*”⁹, pero resulta inaplicable para extinguir la responsabilidad penal de quienes hubieren violado el derecho

⁵ *Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio*, adoptada por la Resolución 260 (III) A de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948. *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes*, adoptada por la Resolución 39/46 de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobada el 10 de diciembre de 1984. *Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, 38Doc. A/RES/47/133, aprobado por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1992. Dicha obligación también se deriva de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos, del derecho de acceso a un recurso efectivo y, en general, del derecho de las víctimas a la justicia.

⁶ *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad*, aprobada por la Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, 1968.

⁷ MORTEN BERGSMO Y MARÍA PAULA SAFFON, *Perspectiva internacional, Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿Cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales nucleares?* En *Selección y Priorización Como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*. Profis. GIZ. Bogotá, 2011. P. 23.

⁸ ROTH-ARRIAZA AND GIBSON L. *The developing jurisprudence on amnesty, Human Rights Quarterly*. Vol. 20, 1998. P. 866.

⁹ Letter of the ICRC Legal Division to the ICTY Prosecutor of 24 November 1995 and to the Department of Law at the University of California of 15 April 1997.

internacional. Dicha conclusión se funda en que, al momento de su redacción, el fundamento del artículo 6.5 fue que “*dicha clausula propicia la adopción de las amnistías, una suerte de liberación al final de las hostilidades, de quienes fueron detenidos o sancionados por participar en las hostilidades. Dicha disposición no tienen por objeto amnistiar a quienes violaron el derecho internacional humanitario*”¹⁰. Tales planteamientos han sido también acogidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Naciones Unidas¹¹.

7. Finalmente, desde la perspectiva del derecho penal internacional, según algunos autores el mismo establecimiento de la Corte Penal Internacional es expresión de un deber consuetudinario de derecho internacional de investigar y juzgar, sin distinguir, los crímenes de guerra. En efecto, el artículo 8 del Estatuto de Roma le confiere competencia a dicha Corte para juzgar tanto las graves infracciones como las otras violaciones al derecho internacional humanitario¹².
8. A la luz de esta postura, *las amnistías no podrían aplicarse respecto de infracciones al derecho internacional humanitario cometidas en el marco de conflictos armados no internacionales, salvo por los simples hechos relativos a tomar parte en las hostilidades*. En otros términos, una eventual amnistía podría incluir simplemente los delitos de *rebelión, sedición, asonada, porte ilegal de armas, utilización de equipos transmisores o de telecomunicaciones y*

¹⁰ Diplomatic Conference negotiating Protocol II, the delegate for the Soviet Union stated that draft Article 10 (which became Article 6) of Protocol II . *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva, 1974-1977, Vol. 9. Federal Political Department, Berne, 1978, p. 319.*

¹¹ Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 199, Case 10,480, *Lucio Parada Cea and ors.* (El Salvador), 27 January 1999, para. 115. *Cfr.* UN Doc. CCPR/C/79/Add.78, para. 12 (concerning the amnesty for human rights violations committed against civilians during the civil war in Lebanon).

¹² Esta postura es bastante controversial. En efecto, varios autores sostienen que las amnistías por crímenes internacionales pueden ser aceptadas por la Corte Penal Internacional a partir de la lectura de los artículos 16, 17 y 53 del Estatuto de Roma. En tal sentido, ver: HAYNER PRISCILLA. *Unspeakable Truths: Facing The Challenge of Truth Commissions.* New York and London: Routledge. 2011. P. 115. NAQVI YASMIN. *Amnesties and the ICC, The peace and Justice Initiative.* DJUKIĆ DRAZAN. *Transitional Justice and the ICC, In the “Interests of Justice”?* P. 59. *Cfr.* Freeman Mark and Pensky Max. *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability.* Chapter 2. *The Amnesty Controversy in International Law.* Cambridge University Press. 2012. P. 23-25. CASSESE Antonio. *International Criminal Law,* New York, Oxford University Press Inc., 2003, at pp. 450-451.

utilización ilegal de uniformes, sin que resultará extensible a las infracciones al DIH.

9. ***Tercera postura: En el derecho internacional hay una suerte de ambigüedad para optar por cualquiera de las dos posturas anteriores, razón por la cual, los delitos políticos y conexos se han ofrecido como una buena herramienta para determinar si las infracciones al DIH, en el marco de conflictos armados internos, pueden ser objeto de amnistía.*** De acuerdo con Mallinder, son al menos tres factores que contribuyen a dicha ambigüedad: (i) el derecho internacional convencional y consuetudinario no ofrece total certeza sobre cuáles son los límites materiales de las amnistías¹³; (ii) no existe una práctica generalizada de los estados relativa a excluir los crímenes internacionales de su ámbito de aplicación: algunos estados excluyen y otros incluyen crímenes internacionales dentro del alcance de las amnistías *fundados en consideraciones especialmente políticas, que no de legalidad internacional*¹⁴; y, finalmente, (iii) el lenguaje empleado en los textos que conceden amnistías es ambiguo en tanto frecuentemente dichos documentos utilizan expresiones como: “*crímenes atroces*”, “*crímenes sangrientos*”, “*crímenes barbaros*”¹⁵, etc .
10. A partir de una constatación estadística en el marco del proyecto *Amnesty Law Data Base*, Mallinder concluye que, en todo caso, el alcance material de las amnistías ha sido definido de diferentes maneras¹⁶. En algunos casos, se han concedido amnistías por todos los delitos cometidos en un intervalo de tiempo determinado, con o sin la exclusión de crímenes internacionales. En otros casos, se ha establecido que la amnistía procede en relación con los *delitos políticos y conexos*¹⁷. La definición de cuáles delitos se consideran conexos por regla general se confía a la autoridad (Comisión de la Verdad, por ejemplo) que concederá la amnistía y se desarrolla a la luz del *principio de proporcionalidad y en atención a las circunstancias de contexto*¹⁸. Finalmente, en otros casos, se

¹³ *The Belfast Guidelines on Amnesties and Accountability*. University of Ulster. Transitional Justice Institute. P. 41

¹⁴ *Id.* P. 43.

¹⁵ LOUISE MALLINDER, *AMNESTY, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*. 2008. P. 120

¹⁶ *Ob. Cit.* 13. 7 (b) Eligible offenses.

¹⁷ *Ob. Cit.* 15. P. 117

¹⁸ *Id.*

establecen explícitamente listados de crímenes en relación con los cuales sí es procedente dicho tratamiento.

11. En el marco del mismo proyecto, *Malinder* ha arribado, entre otras, a las siguientes conclusiones: (i) la gran mayoría de amnistías han sido concedidas por delitos políticos¹⁹; y, (ii) es usual que se incluyan dentro del alcance las amnistías *crímenes menores en contra de civiles, por oposición a los crímenes graves en contra de los mismos*, los cuales son excluidos²⁰. No obstante, resulta paradójico que la misma autora concluye que, tras los Acuerdos de Lomé (1999) y hasta diciembre de 2007, 34 amnistías excluyeron algunas categorías de crímenes internacionales, mientras que 28 incluyeron algunos de tales crímenes²¹.
12. Tal vez el ejemplo más conocido de amnistía restringida a los delitos políticos y conexos es el caso Sudafricano²². Dentro de las etapas de negociación previa entre el Gobierno Sudafricano y el CNA, particularmente al interior del Grupo de Trabajo sobre Delitos Políticos, se adoptaron los conocidos *Principios de Norgaard*. Conforme a tales principios, la decisión relativa a si un delito en particular constituía un crimen político o conexo dependía de la evaluación de los siguientes factores: (i) *la finalidad de agente*, (ii) *el contexto, es decir, si el delito fue cometido en el marco de un levantamiento político*, (iii) *la naturaleza del objetivo político*, (iv) *la condición legal y fáctica del agente y la conducta*, (v) *el objeto de la conducta*, y, finalmente, (vi) *la relación entre el crimen y el objetivo político*²³.
13. Pues bien, con base en tales principios, el *Reporte Final* de dicho grupo de trabajo, proferido el día 21 de mayo de 1990, estableció

¹⁹

²⁰ LOUISE MALLINDER, *Global Comparison on Amnesty Laws*. University of Ulster - Transitional Justice Institute. August 1, 2009

²¹ LOUISE MALLINDER, *Amnesties' Challenge to the Global Accountability Norm? Interpreting Regional and International Trends in Amnesty Enactment, Amnesty in the Age of Human Rights Accountability: Comparative and International Perspectives*. Leigh A. Payne & Francesca Lessa eds., 2012)

²² LOUISE MALLINDER, *Indemnity, Amnesty, Pardon And Prosecution Guidelines In South Africa*. QUEEN'S UNIVERSITY BELFAST. 2009.

²³ KEIGHTLEY (N 45) 345; EMILY H. MCCARTHY, Note, *South Africa's Amnesty Process: A Viable Route Toward Truth and Reconciliation?* (1997) 3 Michigan Journal of Race and Law 183, P. 210. Cfr. NICHOLAS HAYSOM, *Negotiating a Political Settlement in South Africa' in Glenn Moss and Ingrid Obery* (eds), South African Review 6, Ravan Press, Johannesburg 1992. P. 29.

que “*en ciertas circunstancias un delito común, inclusive un crimen grave como el asesinato, podría considerarse un delito político*”²⁴. Además, señaló que la determinación de tal naturaleza debería realizarse en una revisión caso por caso y debería atender las circunstancias particulares y contextuales, así como que dichos principios y tal consideración serían aplicados a las dos partes: *anti apartheid* y *agentes estatales*²⁵. Dichos principios, y en particular la consideración según la cual un crimen grave podría ser considerado como un delito políticos, fueron adoptados en la *Guía para la Definición del Crimen Político* adoptada por el Ministerio de Justicia de Sudáfrica el 9 de noviembre de 1990²⁶.

14. Finalmente, el Acto No. 24 de 1995, de la Promoción de la Unidad Nacional y de la Reconciliación, recogió tales principios dentro de la sección 20, a la luz de la cual procedió la amnistía por todos los actos u omisiones asociados a un objetivo político, independientemente de la gravedad de los mismo, siempre que hubiesen sido cometidos para apoyar o rechazar una lucha política²⁷.
15. Pues Pues bien, a la luz de esta última postura, dada la ambigüedad del derecho internacional sobre los precisos límites materiales de las amnistías, así como la práctica internacional, la decisión de respecto de cuáles infracciones al derecho internacional humanitaria puede ser objeto de amnistía se funda *en consideraciones especialmente políticas, que no de legalidad internacional*. En este contexto, los delitos políticos y conexos han cobrado especial importancia dado que incluso las infracciones graves al derecho internacional humanitario, en el marco de conflictos armados internos, podrían ser objeto de amnistía siempre que su comisión estuviese vinculada a un objetivo de naturaleza política.

²⁴ *The final report of the Working Group on political offences dated 21 May 1990*

²⁵ *Id.*

²⁶ *Ministry of Justice of South Africa. Guidelines for Defining Political Offenses.* 9 November 1990.

²⁷ *Promotion of National Unity and Reconciliation Act*, s 20, 1995.

