

# 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?<sup>1</sup>

JAVIER CHINCHÓN ÁLVAREZ<sup>2</sup>

*Revista de Derecho Comunitario Europeo*  
ISSN-L 1138-4026, núm. 52, Madrid, septiembre/diciembre (2015), pp. 909-947  
<http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.52.03>

## Cómo citar/Citation

Chinchón Álvarez, J. (2015). 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*, 52, 909-947.  
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.52.03>

## Resumen

Este artículo analiza los pronunciamientos de los órganos del sistema europeo de protección de derechos humanos sobre las leyes de amnistía para graves violaciones a los derechos humanos. En el mismo se examina sistemáticamente la posición adoptada respecto a su compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, desde la primera decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el caso *Dujardin* y otros c. Francia, hasta la más reciente y aparentemente completa sentencia

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva» (Referencia DER2013-43760-R, Instituto Universitario Gutiérrez Mellado), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España.

<sup>2</sup> Profesor contratado doctor interino (titular acreditado) de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid.

de la Gran Sala, en el caso *Marguš c. Croacia*. Todo ello, tratando de vincular y contextualizar cada una de las decisiones que se estudiarán tanto en visión comparada con otros sistemas regionales y con el sistema universal como en relación con el propio desarrollo del sistema europeo.

### **Palabras clave**

Leyes de amnistía; obligación de investigar; impunidad; graves violaciones a los derechos humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### **AMNESTY LAWS IN THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS SYSTEM. FROM THE DECISION OF THE COMMISSION IN *DUJARDIN AND OTHERS V. FRANCE* TO THE JUDGMENT OF THE GRAND CHAMBER IN *MARGUŠ V. CROATIA*: PROGRESSIVE OR CIRCULAR DEVELOPMENT?**

### **Abstract**

This article analyses the decisions issued by the bodies of the European Human Rights System concerning the admissibility of amnesty laws in case of gross human rights violations. It aims at describing the position taken by the European bodies as to the compatibility of the amnesty laws with the European Convention on Human Rights, by thoroughly examining its jurisprudence from the first decision of the European Commission of Human Rights in the case *Dujardin and others v. France*, to the most recent judgment of the Grand Chamber in the case *Marguš v. Croatia*. In addition, this analysis points out the existing links between these decisions and both other regional Human Rights systems and the universal one, from a comparative perspective. Lastly, it aims at explaining this jurisprudence in the overall context of the development of the European system itself.

### **Key words**

Amnesty laws; duty to investigate; impunity; gross human rights violations; European Court of Human Rights.

### **LES LOIS D'AMNISTIE DANS LE SYSTÈME EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME. DE LA DÉCISION DE LA COMMISSION DANS *DUJARDIN ET AUTRES CONTRE FRANCE* À L'ARRÊT DE LA GRANDE CHAMBRE DANS *MARGUŠ CONTRE CROATIE*: DÉVELOPPEMENT PROGRESSIF OU DÉVELOPPEMENT CIRCULAIRE?**

### **Résumé**

Cet article analyse les décisions des organes du système européen de protection des droits de l'homme concernant les lois d'amnistie pour des graves violations des droits de l'homme. Le présent article réalise un examen systématique de la position

adoptée par rapport à leur compatibilité avec la Convention Européenne des Droits de l'Homme, depuis la première décision de la Commission Européenne des Droits de l'Homme, dans l'affaire *Dujardin et autres c. France*, jusqu'au plus récent et apparemment complet arrêt de la Grande Chambre dans l'affaire *Marguš c. Croatie*. Tout cela en tâchant de relier et de contextualiser chacune des décisions, qui feront objet d'une étude comparative avec d'autres systèmes régionaux et avec le système universel, ainsi que par rapport au développement du système européen.

### **Mots clés**

Lois d'amnistie; obligation d'enquête; impunité; violations graves des droits de l'homme; Cour Européenne des Droits de l'Homme.

## SUMARIO

---

I. MARCO DE REFERENCIA, DELIMITACIONES CONCEPTUALES Y PLANTEAMIENTO INICIAL. II. PUNTO DE PARTIDA: LA DECISIÓN DEL CASO *DUJARDIN* Y OTROS CONTRA FRANCIA EN SU CONTEXTO. III. EL PERÍODO 1991-2012: DEL CASO *ABDULSAMET YAMAN CONTRA TURQUÍA* A LA SENTENCIA DE SALA EN *MARGUŠ CONTRA CROACIA*. IV. PUNTO DE LLEGADA: LA DECISIÓN DE LA GRAN SALA EN EL CASO *MARGUŠ CONTRA CROACIA*. VALORACIÓN FINAL: 1. Las dos lecturas posibles de la sentencia; 2. Sobre el porqué de la frase: «incluso si se aceptara que las amnistías son posibles en algunas circunstancias». A modo de conclusión.

---

### I. MARCO DE REFERENCIA, DELIMITACIONES CONCEPTUALES Y PLANTEAMIENTO INICIAL

A diferencia de lo acaecido en otros sistemas de protección de derechos humanos, en el seno del sistema europeo han sido escasas las ocasiones en que se ha abordado la valoración jurídica-internacional de las generalmente conocidas como leyes de amnistía; esto es, como es sabido, una de las cuestiones —para algunos «espinosa» casi por definición<sup>3</sup>— que históricamente ha suscitado, y en parte sigue suscitando, importantes debates y una muy reseñable atención institucional y doctrinal. Así, en sentido estricto y hasta el momento contamos con muy pocas decisiones al respecto<sup>4</sup>, la más cercana y destacable, la sentencia de la Gran Sala en el caso *Marguš c. Croacia*<sup>5</sup>, que en buena lógica ha sido objeto de singular atención.

Esta realidad ha conllevado que consiguientemente y hasta fecha muy reciente, en los abundantes trabajos sobre este particular las referencias a la posición mantenida por los órganos del Consejo de Europa hayan sido generalmente marginales<sup>6</sup>; cuando no que se haya afirmado que aun para el

<sup>3</sup> Faustin Z. NTOUBANDI, *Amnesty for Crimes Against Humanity Under International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2007, p. xi.

<sup>4</sup> Para más datos sobre los criterios considerados a este respecto, véase *infra*.

<sup>5</sup> *Marguš v. Croatia* [GC], núm. 445/10, 27 de mayo de 2014.

<sup>6</sup> Resultando imposible detenernos en este particular en esta oportunidad, sobre algunos de los motivos fácticos que explican lo señalado, es interesante la visión de conjunto de trabajos como Antoine BUYSE y Michael HAMILTON (eds.), *Transitional*

año 2009, no se había realizado ningún pronunciamiento al respecto<sup>7</sup>. Pero en cualquier caso, cuando sí se han ofrecido valoraciones sobre las decisiones relevantes del sistema europeo, pudiera decirse que estaba bastante extendida la convicción de que existía cierta diferencia —de grado variable— entre la evaluación y el juicio realizados en su seno y la que han construido y sostenido otros mecanismos internacionales. En este sentido, durante largo tiempo no ha sido extraña la afirmación de que ni la Comisión Europea de Derechos Humanos (Comisión) ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) habían establecido ningún tipo de limitación o exigencia para considerar a las leyes de amnistía compatibles con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH)<sup>8</sup>; o más recientemente y para otros, que cuanto menos habían mantenido una postura ambigua al respecto<sup>9</sup>, así como «sumamente cauta, tibia»<sup>10</sup> o «dispar»<sup>11</sup> en comparación con la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), por referir el ejemplo más recurrente. A su vez y citando un caso muy cercano, incluso en trabajos monográficos que han recogido los últimos pronunciamientos del TEDH se ha considerado que el tribunal nunca ha querido ofrecer más que algunos comentarios generales sobre esta cuestión<sup>12</sup>.

---

*Jurisprudence and the ECHR. Justice, Politics and Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011. Para una visión de interés parcialmente diferente, Eva BREMS, «Transitional Justice in the Case Law of the European Court of Human Rights», *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 5, núm. 2, 2011, pp. 282-303.

<sup>7</sup> Mark FREEMAN, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 49.

<sup>8</sup> En este sentido, por ejemplo, Helmut GROPPENGIESSER y Jörg MEISSNER, «Amnesties and the Rome Statute», en Flavia LATTANZI y William A. SCHABAS (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. II, Editrice il Sirente Piccola, Ripa de Fagnano Alto, 2003, pp. 171-199, p. 179.

<sup>9</sup> Así, Dov JACOBS, «Puzzling Over Amnesties: Defragmenting the Debate for International Criminal Tribunals», en Larissa VAN DEN HERIK y Carsten STAHN (eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012 pp. 305-345, p. 333.

<sup>10</sup> Alicia GIL GIL, «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*, 4/2012, pp. 1-28, pp. 11-13.

<sup>11</sup> Karen ENGLE, «Anti-Impunity and the Turn to Criminal Law in Human Rights», *Cornell Law Review*, vol. 100, 2015, pp. 1069-1127, p. 1115.

<sup>12</sup> Louise MALLINDER, Luke MOFFET, Kieran MCEVOY y Gordon ANTHONY, *Investigations, Prosecutions, and Amnesties under Articles 2 & 3 of the European Convention on Human Rights*, Queens University Belfast, Belfast, 2015, p. 2.

Sin adelantarnos al análisis y valoración que realizaremos en las próximas páginas, es cierto que desde una perspectiva comparada la posición exteriorizada en un inicio por la Comisión y después y sobre todo por el TEDH ha sido singular. Como veremos, respecto a la primera su interpretación probablemente es menos problemática por el momento en que se emitió su decisión en el caso *Dujardin y otros c. Francia*<sup>13</sup>, esto es, el primer asunto en el que se valoró una ley de amnistía; pero en cuanto al segundo, hay que convenir en que los problemas aumentan para comprender algunos de sus posicionamientos, en cierto modo susceptibles de una conclusión y la contraria. Resultando, finalmente, que a la vista de las reacciones, lecturas y conclusiones que se han dado a partir del texto de la sentencia de *Marguš c. Croacia* [GC], pareciera aún vigente el estatus de cierta indefinición avanzado; el cual, de hecho ha sido expresamente señalado por algún juez en decisiones posteriores como la del caso *Mocanu y otros c. Rumanía* [GC]<sup>14</sup>, afirmando que: «The Court's precise position on the issues of limitation and amnesty has thus yet to be clarified»<sup>15</sup>.

Para poder afrontar este estado de cosas, en lo que vendrá trataremos de construir un estudio sistemático en el que contextualizaremos y vincularemos cada una de las decisiones que se examinarán, tanto en visión comparada con otros sistemas regionales y con el sistema universal, como en relación con el desarrollo mismo del sistema europeo. De este modo, cuando alcancemos nuestro general punto de llegada, la sentencia de *Marguš c. Croacia* [GC], podremos ofrecer una evaluación final lo más completa posible, que tratará también de responder al interrogante que se incluye en el título de esta contribución. Esto es, la duda y también diversidad de pareceres<sup>16</sup> acerca de si en estos últimos casi veinticinco años, el sistema europeo ha ido elaborando progresivamente una evaluación distinta respecto a las leyes de amnistías, o si en el fondo, la postura sigue siendo similar o idéntica a la que se expuso a inicios de la década de los noventa del siglo pasado.

Ahora bien, con carácter previo al análisis que se desplegará es preciso aclarar un concepto clave en lo que nos ocupa. Tanto en la muy abundante práctica estatal —cuyas primeros antecedentes suelen situarse siglos antes de

<sup>13</sup> *Dujardin et autres contre la France*, núm. 16734/90, decisión de la Comisión, 2 de septiembre de 1991, *Decisions and Reports* 72.

<sup>14</sup> *Mocanu and Others v. Romania* [GC], nsº. 10865/09, 45886/07 y 32431/08, 17 de septiembre de 2014.

<sup>15</sup> Véase el voto particular en esa sentencia del juez Wojtyczek, párr. 11. Respecto a la posición de fondo que no obstante, mantiene este juez, acúdase al apartado IV.2 de este trabajo.

<sup>16</sup> Consúltase el apartado IV.1 de esta contribución.

nuestra era<sup>17</sup>— como en la literatura especializada, es posible encontrar diversas normas o medidas que generalmente se han enmarcado bajo el rótulo de «leyes de amnistía». No es el momento de profundizar en toda esta casuística<sup>18</sup>, pero sí de precisar que dentro de las posibilidades de este artículo, en él utilizaremos el concepto de leyes de amnistía para referirnos no a aquellas medidas que, en todo o en parte, pretenden acabar con las consecuencias penales de un hecho, sino que están dirigidas a eliminar su propio carácter criminal; de tal suerte que con este tipo de leyes lo que se intentaría impedir no es solo la sanción en sí misma —ámbito más propio de las medidas de gracias, indultos, conmutaciones, suspensión o establecimiento de penas alternativas, etc.—, sino la propia investigación y enjuiciamiento sobre ese hecho o hechos que, en suma, se dice que no deberían perseguirse<sup>19</sup>. Ciertamente, en la práctica ambas dimensiones pueden presentarse y se han presentado formalmente juntas, pero desde una perspectiva jurídica, el análisis que debería realizarse es a mi entender distinto, cuanto menos en parte. Pues son diferentes las posibles obligaciones internacionales en juego cuando se examina una ley de amnistía tal y como la hemos caracterizado, y una medida que solo se refiere al efectivo cumplimiento de la sanción impuesta<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Andrea O'SHEA, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, pp. 7 y ss. En este sentido, de hecho algunos especialistas han afirmado que: «Amnesty is a practise that has its roots in the early history of mankind. From time immemorial successor regimes have sought to secure peace through the pardoning of their enemies». John DUGARD, «Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, núm. 4, 1999, pp. 1001-1015, p. 1002.

<sup>18</sup> En una perspectiva contemporánea, para una primera aproximación sobre la práctica estatal en este punto, puede verse la recopilación que se realiza en Louise MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions. Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2008, en especial pp. 415 y ss. Más reciente en el tiempo, y sustentando en una base de datos que puede consultarse *online*: Tricia OLSEN, Leigh A. PAINE y Andrew G. REITER, *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*, United States Institute of Peace, Washington, 2010 (para acceder a la base: <https://sites.google.com/site/transitionaljusticedatabase/>. Consultado por última vez el 16 de julio de 2015). Igualmente, Lavinia STAN y Nadya NEDELSKY (eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, 3 volúmenes, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

<sup>19</sup> En este sentido, véase la explicación que comparto de Naomi ROHT-ARRIAZA, «Conclusion: Combating Impunity», en Naomi ROHT-ARRIAZA, N. (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 1995, pp. 281-304, pp. 299 y ss.

<sup>20</sup> No pudiendo detenernos aquí en esta cuestión, para el lector interesado en mis impresiones al respecto puede acudir, para una primera aproximación y en lo más

Con todo, la conclusión sobre ambas cuestiones puede ser, parecer ser o llegar a ser idéntica, y de hecho y como apuntaremos, esta pudiera decirse que es la posición adoptada por el TEDH<sup>21</sup>; también parcialmente sustentada en la definición general manejada por algunos jueces tal y como consta, por ejemplo, en sus votos concurrentes en el caso *Marguš* [GC]<sup>22</sup>. Pero aunque haremos algunas menciones a casos desde *Abdulsamet Yaman c. Turquía*<sup>23</sup> hasta el más reciente *Cestaro c. Italia*<sup>24</sup>, nuestro objeto de análisis serán solamente las leyes de amnistía tal y como las hemos definido. En consecuencia, en esta oportunidad no entraremos a valorar en detalle decisiones como las de *Albayrak c. Turquía*,<sup>25</sup> *Ali y Ayse Duran c. Turquía*<sup>26</sup>, o *Yeter c. Turquía*<sup>27</sup>, ya que aunque en ellas el TEDH se manifestase sobre lo que nominalmente calificó como Ley de Amnistía 4455 de Turquía<sup>28</sup>, la finalidad de esta medida se centraba, sustancialmente, en la suspensión de la condena penal impuesta tras la debida investigación y procedi-

---

reciente, a Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ, «El Derecho penal internacional en contextos transicionales», en Alicia GIL GIL (coord.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2015.

<sup>21</sup> Por ejemplificar lo afirmado con una de las formulaciones más condensadas del TEDH: «... the Court has already indicated, an amnesty is generally incompatible with the duty incumbent on the States to investigate acts of torture [...] and to combat impunity for international crimes. This is also true in respect of pardon...». *Association «21 December 1989» and Others v. Romania*, núm. 33810/07 y 18817/08, 24 de mayo de 2011, § 144. No obstante, en otras decisiones sí parece discriminar entre ambas cosas, y así, por ejemplo, señala que: «It has to be said that in the present case the Mauritanian amnesty law was enacted not after the applicant had been tried and convicted, but specifically with a view to preventing him from being prosecuted», *Ould Dah v. France*, núm. 13113/03, 17 de marzo de 2009, p. 17.

<sup>22</sup> En concreto y en el caso de los jueces Spielmann, Power-Forde y Nußberger: «[T]he term amnesty implies the notion of something being *forgotten* (αμνηστια, from ἀ meaning 'without', and μνησμαι, meaning 'I remember'). Amnesty is an act of sovereign authority whose purpose and outcome is to allow certain offences to be forgotten: it puts an end to past and future proceedings and to the convictions handed down in connection with those offences. An amnesty can be applied in two sets of circumstances: either immediately after commission of the offence, in which case it terminates the proceedings, or following the person's conviction, which is thereby erased». En un sentido similar, consúltese el voto de los jueces Ziemele, Berro-Lefevre y Karakas. Para más datos, véase el apartado final de este estudio.

<sup>23</sup> *Abdulsamet Yaman v. Turkey*, núm. 32446/96, 2 de noviembre de 2004.

<sup>24</sup> *Cestaro c. Italie*, núm. 6884/11, 7 de abril de 2015.

<sup>25</sup> *Albayrak v. Turkey*, núm. 38406/97, 31 de enero de 2008.

<sup>26</sup> *Ali and Ayse Duran v. Turkey*, núm. 42942/02, 8 de abril de 2008.

<sup>27</sup> *Yeter v. Turkey*, núm. 33750/03, 13 de enero de 2009.

<sup>28</sup> Véase, por ejemplo, *ibid.* § 52.

miento judiciales. No obstante, sí incorporaremos un examen de alguna de las afirmaciones realizadas en *obiter dicta* en estas —y otras— sentencias, pues con ello podremos aportar algo de luz adicional a nuestro empeño.

Al mismo tiempo, por el ámbito de este trabajo, y a pesar de que haremos algunas consideraciones al calor de casos como *Tarbuk c. Croacia*<sup>29</sup>, advertir que nos concentraremos en aquellas medidas que lo que pretenden amnistiar son lo que comúnmente se denominan como graves violaciones a los derechos humanos<sup>30</sup>.

En atención a todo lo anterior, subrayar finalmente que aunque es común la equiparación entre los términos «leyes de amnistía» y «leyes de impunidad», en el sentido expuesto y en lo que aquí interesa, las primeras no solamente pretenderían lograr lo segundo, es decir, la «no punición», pese a que obviamente la supondrán. Desde este punto de vista, cabría recordar entonces algunos documentos como la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, «State of human rights in Europe: the need to eradicate impunity»<sup>31</sup>, o las posteriores «Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on eradicating impunity for serious human rights' violations»<sup>32</sup>, en tanto que en ellos se afirmaba con rotundidad que es prioritario y fundamental que la organización y sus Estados miembros combatan y erradiquen la impunidad de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos<sup>33</sup>. A su luz, entonces, podría tenerse la impresión de partida de que toda medida legislativa que al fin y a la postre garantizase esta impunidad habría de ser incompatible con, en concreto, el CEDH. Dicho de otro modo, ya como hipótesis inicial, ya como mera derivación lógica de lo citado, pudiera entenderse que es tan claro como capital e irrenunciable acabar con cualquier situación de impunidad, de

<sup>29</sup> *Tarbuk v Croatia*, núm. 31360/10, 11 de diciembre 2012.

<sup>30</sup> Para más datos, consúltense apartados siguientes.

<sup>31</sup> Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, «State of human rights in Europe: the need to eradicate impunity», Resolución 1675 (2009), 24 de junio de 2009.

<sup>32</sup> Comité de Ministros del Consejo de Europa, «Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on eradicating impunity for serious human rights violations», CM/Del/Dec(2011)1110, 4 de abril de 2011.

<sup>33</sup> Literalmente, en la Resolución de la Asamblea Parlamentaria, punto 6, se decía que: «The Assembly considers the fight against the impunity of perpetrators of serious human rights violations as a priority for the Council of Europe and all national and international law-enforcement bodies. Impunity must be eradicated both as a matter of individual justice and as a deterrent to future human rights violations». Por su parte, la Guía del Comité de Ministros, punto I.3, señalaba que: «States are to combat impunity as a matter of justice for the victims, as a deterrent with respect to future human rights violations and in order to uphold the rule of law and public trust in the justice system».

*facto o de iure*. No obstante, es mejor no precipitarse porque como comenzaremos a ver, no es este un ámbito donde las cosas son como parecieran deber ser.

## II. PUNTO DE PARTIDA: LA DECISIÓN DEL CASO DUJARDIN Y OTROS CONTRA FRANCIA EN SU CONTEXTO

Como avanzamos, no sería hasta el inicio de la última década del siglo pasado cuando el sistema europeo de protección de derechos humanos ofreció su valoración jurídica sobre una ley de amnistía. En concreto, se trató del ya citado caso *Dujardin y otros c. Francia* en el que en lo que nos ocupa, los demandantes mantenían que con la aprobación, en el proceso de descolonización de Nueva Caledonia, de la *Loi portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie* y especialmente de la posterior *LOI 90-33 du 10 janvier 1990 portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie*, que contenía una amnistía general<sup>34</sup>, se había

<sup>34</sup> En concreto, en la primera disposición de 1988: «Article 80. Sont amnistiées les infractions commises avant le 20 août 1988, à l'occasion des événements d'ordre politique, social ou économique en relation avec la détermination du statut de la Nouvelle-Calédonie ou du régime foncier du territoire. Toutefois, le bénéficiaire de l'amnistie ne s'étend pas à ceux qui, par leur action directe et personnelle, ont été les auteurs principaux du crime d'assassinat prévu par l'article 296 du code pénal. Les effets de l'amnistie prévue par la présente loi sont ceux que définissent les dispositions du chapitre IV de la loi n° 88-828 du 20 juillet 1988 portant amnistie. Les contestations relatives au bénéfice de l'amnistie sont, si elles concernent des condamnations pénales définitives, soumises aux règles de compétence et de procédure prévues par l'article 778 du code de procédure pénale. En l'absence de condamnation définitive, les contestations sont soumises à la juridiction compétente pour statuer sur la poursuite. L'amnistie résultant des dispositions de la présente loi est constatée, pour l'application de l'article 769 du code de procédure pénale, par le ministère public près la juridiction ayant prononcé la condamnation, agissant soit d'office, soit sur requête du condamné ou de ses ayants droit. La décision du ministère public peut être contestée dans les conditions prévues aux quatrième et cinquième alinéas du présent article. Article 81. Les dispositions du code de procédure pénale relatives au placement et au maintien en détention provisoire ne sont pas applicables dans le cas de poursuites concernant les infractions commises avant le 20 août 1988, à l'occasion des événements d'ordre politique, social ou économique en relation avec la détermination du statut de la Nouvelle-Calédonie ou du régime foncier du territoire». En la fórmula de la posterior ley aprobada en 1990, *Loi n° 90-33 du 10 janvier 1990 portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie*: «Art. 1er. — Sont amnistiées les infractions commises avant le 20 août 1988 à l'occasion des événements d'ordre

vulnerado el art. 2 del CEDH<sup>35</sup>. Ello así porque esa medida había supuesto el fin de los procedimientos judiciales referidos a varios «asesinatos» de gendarmes franceses perpetrados en aquel contexto. La Comisión respondió comenzando con la exposición de unas consideraciones que podrían entenderse como una suerte de introducción, entre las que se indicaba que la legislación francesa aseguraba incuestionablemente la protección de la vida en la medida en que el derecho penal francés reprimía el asesinato, pero que como toda infracción penal podía ser objeto de una ley de amnistía; añadiendo, no obstante, que esta posibilidad contravendría el CEDH si respondiera a una práctica general destinada a impedir sistemáticamente las actuaciones judiciales contra los autores de tales crímenes<sup>36</sup>. En este punto podría abrirse una primera línea de reflexión, en la que preguntarse si lo que se quería apuntar como contrario al CEDH sería (solo) una ley de amnistía que se refiriese a todos los «asesinatos» que se cometieran ¿en cualquier circunstancia y siempre? Pues una amnistía general lo que busca es, en esencia y por definición, impedir sistemática y precisamente esas acciones judiciales frente a los hechos que incorpore. La respuesta probablemente sea afirmativa, aunque no es fácil saberlo, pues fue en solo dos breves párrafos donde se desplegó la argumentación y conclusión final de la Comisión.

---

politique, social ou économique en relation avec la détermination du statut de la Nouvelle-Calédonie ou du régime foncier du territoire, par les personnes mentionnées au deuxième alinéa de l'article 80 de la loi no 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998. Les dispositions du troisième au septième alinéa du même article sont applicables à l'amnistie résultant de la présente loi. Art. 2. — Le deuxième alinéa de l'article 79 de la loi no 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 est ainsi rédigé: 'Les demandes d'indemnisation sont, à peine de forclusion, adressées au haut-commissaire avant le 1<sup>er</sup> janvier 1990'. Los textos de estas normas pueden consultarse en Cédric MICHALSKI, «L'assaut de la grotte d'Ouvéa (Nouvelle-Calédonie, 22 avril-5 mai 1988). Questions de fait, réponses de droit», 25 de enero de 2007, disponible en <http://acatparis5.free.fr/telechargement/support25.1.07.pdf> (consultado por última vez el 18 de julio de 2015).

<sup>35</sup> «Art. 2. 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima. b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente. c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección».

<sup>36</sup> *Dujardin et autres contre la France, doc. cit.*, p. 240.

Por su indudable trascendencia, es preciso reproducir lo nuclear: «La Commission estime à cet égard que la loi d'amnistie, qui présente un caractère tout à fait exceptionnel, a été adoptée dans le cadre d'un processus de règlement du contentieux entre les diverses communautés de l'archipel. Il n'appartient pas à la Commission de porter un jugement sur l'opportunité des mesures prises par la France à cet égard. En effet, l'État est en droit d'adopter, dans le cadre de sa politique criminelle, les lois d'amnistie qu'il juge nécessaires à condition toutefois qu'un équilibre soit ménagé entre les intérêts légitimes d'un État et l'intérêt des justiciables à ce que le droit à la vie soit protégé par la loi»<sup>37</sup>.

De este modo, criterios como la excepcionalidad, la finalidad de la medida y la ponderación entre los intereses del Estado y los derechos de los individuos fueron los elementos que la Comisión esgrimió para considerar, o no, compatible una ley de amnistía con el art. 2 del CEDH. El preciso contenido de todos ellos resulta realmente imposible de determinar, porque tras lo reproducido la Comisión se limitó a afirmar que a su juicio concurrían en el caso, de tal forma que concluyó que no existía vulneración del CEDH<sup>38</sup>. Así, aunque a partir de lo anterior en algunos trabajos se ha ofrecido una suerte de —al menos mínima— regla o principio general<sup>39</sup>, en mi opinión para poder determinar un verdadero marco de análisis aplicable más allá del caso concreto son varios y diversos los interrogantes que quedaron sobre la mesa; como por ejemplo: ¿la no consideración de la ley de amnistía como una medida de impunidad generalizada y/o su carácter excepcional ha de entenderse que concurren por la acotación temporal de aquella ley, por el especial contexto de descolonización en que se aprobó, porque cuantitativamente alcanzó a un número limitado de supuestos<sup>40</sup>, o por todo ello? ¿El invocado objeto de resolver los «conflictos entre varias comunidades de las islas», o el interés del Estado en ello o en concluir el proceso de descolonización, es lo que justificaría la postergación de esos «derechos de los individuos» en cualquier caso y sin más?

Más allá de estos interrogantes y/o indefiniciones, una lectura aislada hoy en día de aquel posicionamiento ciertamente pudiera resultar llamativa, y así que algunos autores hayan calificado la postura de la Comisión como «sorprendente receptiva»<sup>41</sup>. Sin embargo, y tal y como ya avanzamos, para

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Literalmente: «En l'occurrence, la Commission estime qu'un tel équilibre a été respecté et qu'il n'a, dès lors, pas été porté atteinte à la disposition précitée». *Ibid.*

<sup>39</sup> Así, por ejemplo, Anja SEIBERT-FOHR, *Prosecuting serious human rights violations*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 141-146.

<sup>40</sup> Al respecto, Amnesty International, *Report 1990*, Amnesty International Publications, London, p. 95.

<sup>41</sup> James A. SWEENEY, *The European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era: Universality in Transition*, Routledge, New York, 2013, p. 47.

poder ofrecer una valoración más completa es tan conveniente como necesario realizar un ejercicio de contextualización, aunque sea mínimo, en visión comparada y en relación con el propio sistema europeo.

Respecto a la primera cuestión, cabe traer a la memoria la posición que unos pocos años antes habían exteriorizado instituciones como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Com.IDH), esto es, uno de los órganos que como es sabido y recordaremos brevemente, ha terminado construyendo una aproximación frontalmente opuesta a las leyes de amnistía. En síntesis, el hecho es que para 1986, la Com.IDH sostenía que era un difícil problema a afrontar por las recientes democracias la investigación de las anteriores violaciones a los derechos humanos y la eventual sanción de sus responsables. Un problema, mantenía literalmente, sobre el que ella, así como cualquier otro órgano internacional, poco podía aportar; resultando que la respuesta debía emanar de los propios sectores nacionales afectados, que debían armonizar la urgencia de una reconciliación nacional y de una pacificación social con las ineludibles exigencias del conocimiento de la verdad y la justicia. Y a partir de ello, ofrecía solo como un criterio adicional la proscripción de lo que generalmente se conocen como «autoamnistías», es decir, las amnistías decretadas (previamente) por los propios responsables de las violaciones<sup>42</sup>.

No es preciso dedicar el limitado espacio disponible a discutir o criticar esta postura, puesto que poco después, iniciada ya la década de los años noventa del siglo pasado, no otra que la propia Com.IDH fue la que se corrigió a sí misma. Manteniendo ya entonces que la cuestión no era la legitimidad interna de este tipo de leyes, tampoco las razones que se invocaban para justificarlas, sino que solamente se trataba de examinar si su contenido era incompatible, o no, con los derechos y garantías consagrados por la Convención o la Declaración Americana<sup>43</sup>. Tornándose en elemento clave de análisis si con ese tipo de leyes se pretendía cerrar toda posibilidad de iniciar o continuar los procesos judiciales, identificar a los autores y, en su caso, imponerles las sanciones penales correspondientes<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> James A. SWEENEY, *The European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era: Universality in Transition*, Routledge, New York, 2013, p. 47. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Informe Anual, 1985-1986», OEA/Ser.L/V/II.68, doc. 8 rev. 1, 26 de septiembre de 1986, capítulo V, párrs. 10-11.

<sup>43</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Informe Núm. 29/92, Uruguay, casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375», 2 de octubre de 1992, párrs. 30-31.

<sup>44</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Informe Núm. 28/92, Argentina, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10309 y 10.311», 2 de octubre de 1992, párr. 32, véanse también los párrs. 33-34, 37, 39 y 41. De ese mismo

En el ámbito universal, el estado de cosas sumariamente reseñado era bastante similar. Aunque ya entre mediados y finales de la década de 1980 existen distintos documentos en los que se recomienda o sugiere la improcedencia de las leyes de amnistía<sup>45</sup>, así como alguna decisión de interés de órganos como el Comité contra la Tortura<sup>46</sup>, sería a partir del decenio de 1990 cuando se asentaría la convicción que podemos resumir acudiendo a la Observación General núm. 20 del Comité de Derechos Humanos. A saber, que las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar graves violaciones a los derechos humanos<sup>47</sup>, de garantizar que no se cometan

---

momento y período, puede verse «Informe Núm. 26/92, El Salvador, caso 10.287», 24 de septiembre de 1992.

<sup>45</sup> Véanse, por ejemplo, Subcomisión para la prevención de discriminaciones y protección de las minorías de la Comisión de Derechos Humanos, «Study on Amnesty Laws and Their Role in the Safeguard and Promotion of Human Rights. Preliminary Report by Mr. Louis Joinet», Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/ 1985/16, 21 de junio de 1985; Consejo Económico y Social, «Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias», Resolución adoptada por la Asamblea General con posterioridad bajo el rótulo «Los derechos humanos en la administración de justicia», Documento de Naciones Unidas: A/RES/44/162, 15 de diciembre de 1989.

<sup>46</sup> Comité contra la Tortura, «Decisión relativa a las comunicaciones 1/1988, 2/1988 y 3/1988 (Argentina)», 23 de noviembre de 1989, Suplemento NE 44 (A/45/44), 1990, véase en especial párr. 9.

<sup>47</sup> Como es sabido, aquella Observación General se refería a actos de tortura, pero, inmediatamente, el Comité extendió lo anterior a cualquier violación grave del Pacto (véanse por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, «Observaciones finales: Senegal», Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.10, 28 de diciembre de 1992, párr. 5; «Observaciones finales: Níger», Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.17, 29 de abril de 1993, párr. 7; «Caso Hugo Rodríguez (Uruguay), Comunicación No. 322/1988, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/51/D/322/1988, 9 de agosto de 1994; «Observaciones finales: Argentina», Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.46, 5 de abril de 1995, párr. 10; Observaciones finales: Perú», Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.67, 8 de noviembre de 1996, párr. 9; «Observaciones finales: Francia», Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.80, mayo de 1997, párr. 12; «Observaciones finales: Uruguay», Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.90, 8 de abril de 1998, C. Principales temas de preocupación y recomendaciones, párr. 1; «Observaciones finales: Chile», Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999, párrafo 7; «Observaciones finales sobre el segundo informe periódico del Congo», Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.118, 27 de marzo de 2000,

tales actos y de velar por que no se realicen en el futuro<sup>48</sup>. Por más decir, el propio Comité, cuando tuvo ocasión de manifestarse sobre las mismas leyes de amnistía para Nueva Caledonia —en 1997—, afirmaríajá tajantemente que eran incompatibles con la obligación de Francia de investigar las presuntas violaciones de los derechos humanos cometidas<sup>49</sup>.

En lo que ahora nos interesa, es a la luz del contexto general resumido como puede ser posible comprender e interpretar mejor el fondo y trasfondo de la decisión de la Comisión de 1991. Desde luego, aquella postura no se correspondía con las posiciones que ya en aquel año entendían necesario un escrutinio jurídico más severo respecto a este tipo de leyes de amnistía, pero tampoco sería justo concluir que el posicionamiento de la Comisión era absolutamente singular o extravagante.

Junto a lo señalado y en segundo lugar, es también preciso recordar que en el mismo sistema europeo no sería hasta prácticamente cuatro años después cuando tomaría cuerpo una aproximación más completa y desarrollada respecto a lo que vino a conocerse como «obligación procesal» a partir de la ya célebre sentencia de la Gran Sala en *McCann y otros c. Reino Unido*<sup>50</sup>. En

---

párr. 12). De este modo, era evidente que cuando se adoptó la Observación General núm. 31, contuviera afirmaciones como que: «En consecuencia, cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto a que se hace referencia en el presente párrafo, los Estados partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal, como ha ocurrido con determinadas amnistías». «Observación General núm. 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto», Documento de las Naciones Unidas: HRI/GEN/1/Rev.7 at 225, 29 de marzo de 2004, párr. 18.

<sup>48</sup> Comité de Derechos Humanos, «Observación General núm. 20 sobre el art. 7», Documento de las Naciones Unidas: HRI/GEN/1/Rev.1 at 30, 10 de marzo de 1992, párr. 15.

<sup>49</sup> Comité de Derechos Humanos, «Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Francia», doc. cit., párr. 14.

<sup>50</sup> *McCann and others v. The United Kingdom* [GC], núm. 18984/91, 27 de septiembre de 1995. En esta sentencia quedó establecido algo que ya sería posterior jurisprudencia constante, cuyo resumen puede situarse en su párrafo 161: «The Court confines itself to noting, like the Commission, that a general legal prohibition of arbitrary killing by the agents of the State would be ineffective, in practice, if there existed no procedure for reviewing the lawfulness of the use of lethal force by State authorities. The obligation to protect the right to life under this provision (art. 2), read in conjunction with the State's general duty under Article 1 (art. 2+1) of the Convention to 'secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention', requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alios, agents of the State.»

pocas palabras, estaríamos ante lo que en otros sistemas y en general se ha denominado como «deber de garantía»<sup>51</sup>, es decir, la obligación estatal de llevar a cabo una investigación, juicio y sanción, cuando se den violaciones sustantivas de disposiciones como, en este caso, las de los arts. 2 y 3<sup>52</sup> del CEDH. En este sentido, podría pensarse que una vez ya (más) claramente configurada y asumida esta obligación por parte de los órganos europeos, la potencial convalidación de las leyes de amnistía probablemente hubiera

<sup>51</sup> En la formulación ya clásica de la Corte IDH: «La segunda obligación de los Estados partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos». *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, Núm. 4, párr. 166.

<sup>52</sup> Aunque como es sabido la posición del TEDH acabaría siendo sustancialmente coincidente respecto a la dimensión procesal de ambos artículos, apenas un año después de la decisión en *McCann y otros*, respecto al artículo 3 la argumentación fue como sigue: «The nature of the right safeguarded under Article 3 of the Convention (art. 3) has implications for Article 13 (art. 13). Given the fundamental importance of the prohibition of torture [...] and the especially vulnerable position of torture victims, Article 13 (art. 13) imposes, without prejudice to any other remedy available under the domestic system, an obligation on States to carry out a thorough and effective investigation of incidents of torture. Accordingly, as regards Article 13 (art. 13), where an individual has an arguable claim that he has been tortured by agents of the State, the notion of an ‘effective remedy’ entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the complainant to the investigatory procedure. It is true that no express provision exists in the Convention such as can be found in Article 12 of the 1984 United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which imposes a duty to proceed to a ‘prompt and impartial’ investigation whenever there is a reasonable ground to believe that an act of torture has been committed. However, in the Court’s view, such a requirement is implicit in the notion of an ‘effective remedy’ under Article 13 (art. 13)...». *Aksoy v. Turkey*, núm. 21987/93, 18 de diciembre de 1996, § 98.

de ser mucho más compleja. No obstante, como veremos a continuación, habría que esperar casi dos décadas para encontrar un pronunciamiento directo por parte del TEDH al respecto, aunque antes de ello es posible identificar algunas manifestaciones de notable interés.

### III. EL PERÍODO 1991-2012: DEL CASO ABDULSAMET YAMAN CONTRA TURQUÍA A LA SENTENCIA DE SALA EN MARGUŠ CONTRA CROACIA

A pesar de la común consideración de que tras *Dujardin y otros*, la siguiente referencia sobre el tema que estamos analizando es la decisión de 2009 del caso *Ould Dah c. Francia*<sup>53</sup>, tal y como ya avanzamos conviene hacer alguna breve referencia a algunas decisiones anteriores. Señaladamente, es preciso mencionar una afirmación realizada en *obiter dicta* cinco años antes, en el ya citado *Abdulsamet Yaman*, en tanto que entonces se mantuvo lo que debemos reproducir: «The Court further points out that where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance for the purposes of an ‘effective remedy’ that criminal proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible»<sup>54</sup>. Desde un enfoque general cabría aquí recordar también que pocos días después, la Gran Sala había insistido en la vital importancia de que los responsables de graves atentados contra la vida no quedaran impunes<sup>55</sup>, pero en lo que ahora nos ocupa y más allá de la ya señalada (posible) equiparación entre las leyes de amnistía y los indultos<sup>56</sup>, la frase citada plantea cuanto menos dos cuestiones interesantes: en primer lugar, aunque desde luego estamos en un contexto muy diferente, no aparece ya aquí ninguna de los elementos de juicio y ponderación esgrimidos en *Dujardin y otros* para poder validar, o no, una ley de amnistía. Pero en segundo, sobre la fórmula verbal utilizada, «should not be permissible», que hará fortuna y que por tanto es importante abordar ya aquí, hay que preguntarse: ¿qué significa exactamente? Y es que su sentido ha sido interpretado de diversas maneras, resultando que para algunos no se trata más que de una recomendación o un consejo<sup>57</sup>;

<sup>53</sup> *Ould Dah v. France*, doc. cit.

<sup>54</sup> *Abdulsamet Yaman v. Turkey*, doc.cit, § 55.

<sup>55</sup> *Öneryıldız v. Turkey* [GC], no. 48939/99, 30 de noviembre de 2004, § 96.

<sup>56</sup> Al respecto, recuérdese lo señalado en el primer apartado de este trabajo.

<sup>57</sup> En este sentido, entre otros, GIL GIL, *op. cit.*, nota 10, p. 15, nota 45.

para otros, una expresión que parece querer sugerir que las amnistías no serían posibles<sup>58</sup>; mientras que otros autores la entienden como una prohibición<sup>59</sup>.

Manteniendo el interrogante por el momento, es interesante anotar que para aquel entonces —de hecho desde ya hacía algunos años— órganos como la Corte IDH, entre muchos otros, se habían manifestado de una forma notablemente más aprehensible. En concreto, y por referir la formulación más célebre<sup>60</sup>, para la Corte eran: «... 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»<sup>61</sup>. Poco después y por su parte, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos afirmarí­a que: «The granting of amnesty to absolve perpetrators of human ri-

<sup>58</sup> De esta opinión, por ejemplo, Committee on the Administration of Justice, «Dealing with the Legacy—a human rights perspective», septiembre de 2008, p. 10, disponible en [http://www.caj.org.uk/files/2000/01/03/S210\\_Response\\_to\\_the\\_Consultative\\_Group\\_on\\_the\\_Past\\_-\\_Dealing\\_with\\_the\\_Legacy\\_-\\_a\\_human\\_rights\\_perspective\\_September\\_2008.pdf](http://www.caj.org.uk/files/2000/01/03/S210_Response_to_the_Consultative_Group_on_the_Past_-_Dealing_with_the_Legacy_-_a_human_rights_perspective_September_2008.pdf) (consultado por última vez el 18 de julio de 2015).

<sup>59</sup> Así, por ejemplo, Kai Ambos resume lo mantenido por el TEDH en este caso del siguiente modo: «The ECHR affirmed in a case against Turkey that for a 'crime involving torture or ill-treatment' criminal proceedings must not be impeded by an amnesty or pardon». Kai AMBOS, *Treatise on International Criminal Law. Volume 1: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 424.

<sup>60</sup> Unos años antes, la Corte IDH ya había señalado que: «La Convención Americana garantiza que toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado tiene la posibilidad de acudir ante la justicia para hacer valer sus derechos y asimismo impone a los Estados la obligación de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los derechos humanos. Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistía expedida por el Perú, que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia. Por estas razones, el argumento del Perú en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser rechazado». *Caso Loayza Tamayo v. Perú, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 42, § 168.

<sup>61</sup> *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú)*, sentencia de 14 de marzo de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 75, § 41.

ghts violations from accountability violates the right of victims to an effective remedy»<sup>62</sup>.

La expresión utilizada en *Abdulsamet Yaman* se repetiría en otros asuntos similares y hasta la fecha<sup>63</sup>, introduciendo en algunas oportunidades pequeñas variaciones que pudieran tener su interés. Así por ejemplo, en *Okkali c. Turquía* o en *Yeter c. Turkey*, lo que se afirmó es que: «... when an agent of the State is accused of crimes that violate Article 3, the criminal proceedings and sentencing *must not* be time-barred and the granting of an amnesty or pardon *should not* be permissible»<sup>64</sup>. Ahora bien, en los pocos casos de aquellos años en que también existe una versión oficial francesa, la formulación utilizada no presenta esta suerte de distinción; y así y por limitarnos a un ejemplo, en *Okkali* lo que figura es lo que sigue: «La Cour réaffirme que lorsqu'un agent de l'Etat est accusé d'actes contraires à l'article 3, la procédure ou la condamnation ne sauraient être rendues caduques par une prescription, et l'application de mesures telles que l'amnistie ou la grâce ne saurait être autorisée»<sup>65</sup>. Con todo, los debates lingüísticos podrían llevarnos muy lejos, pues en la versión inglesa de sentencias como la de *Marguš v. Croacia* [GC] se vuelve a la fórmula literal de *Abdulsamet Yaman*<sup>66</sup>, pero en la de *Mocanu y otros* [GC] se

<sup>62</sup> *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe*, Comm. 245/2002, 21st ACHPR AAR Annex II (2006-2007), § 213.

<sup>63</sup> En otras ocasiones se han utilizado expresiones que podrían entenderse como asimilables. Así por ejemplo, en *Ye'il et Sevim c. Turquie*: «En tout état de cause, il n'est, en principe, pas permissible que la conduite et l'aboutissement de tels procès, y compris les phases de prononcé et de l'exécution des peines, soient entravés en raison de mesures exceptionnelles, telles que l'amnistie ou la grâce, ou qu'ils se heurtent à la prescription pénale en raison d'atements judiciaires incompatibles avec l'exigence de célérité et de diligence raisonnable, implicite dans ce contexte ». *Ye'il et Sevim c. Turquie*, no. 347448/04, 5 de junio de 2007, § 38.

<sup>64</sup> *Okkali v. Turkey*, no.52067/99, 17 de octubre de 2006, § 76; *Yeter v. Turkey*, doc. cit., § 70 (cursivas añadidas).

<sup>65</sup> *Okkali c. Turquie*, no.52067/99, 17 de octubre de 2006, § 76.

<sup>66</sup> «The Court has already held that, where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance that criminal proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible». *Marguš v. Croatia* [GC], doc. cit., § 126. En la versión francesa: «La Cour a déjà conclu que lorsqu'un agent public est accusé de crimes concernant des actes de torture ou des mauvais traitements, il est de la plus haute importance que la procédure et la condamnation ne se heurtent pas à la prescription et que l'application de mesures telles que l'amnistie ou la grâce ne soit pas autorisée».

utiliza otra (nueva) forma verbal<sup>67</sup>, mientras que en la más reciente de *Cestaro c. Italia* se mantiene —en la única versión oficial— en francés un enunciado similar al citado<sup>68</sup>. Desde luego, esta diversidad no es muy edificante, pero a mi entender la cuestión es que junto a lo dicho, dar completamente por bueno esta suerte de diferencia de trato podría llevar a la siguiente paradoja: un Estado no podría declarar, sin más, prescrita la acción penal para los delitos de tortura en cuestión, pero sí amnistiarlos, aunque el TEDH le recomendaría o sugeriría que no lo hiciera. A mi juicio entonces, y si se quiere cuando menos respecto al art. 3 del CEDH<sup>69</sup>, parece posible sostener que la posición ya entonces adoptada es que las leyes de amnistía no podrían ser admitidas.

En cualquier caso, era en *Ould Dah* cuando se presentaba una oportunidad para despejar cualquier sombra de duda, pues la norma en cuestión sí se correspondía con una ley de amnistía tal y como la definimos al inicio. Ahora bien, en realidad el TEDH podría haber optado por no entrar de pleno en la cuestión que nos ocupa, en tanto que en esencia, el asunto se refería al enjuiciamiento y condena como responsable de una serie de actos de tortura de un oficial de información del Estado Mayor mauritano por parte de los tribunales franceses. Esta persona, con anterioridad se había beneficiado de una (nueva) ley de amnistía de su país<sup>70</sup>, la *Loi numéro 93-23 du 14 juin 1993*

<sup>67</sup> «The Court has also held that in cases concerning torture or ill-treatment inflicted by State agents, criminal proceedings ought not to be discontinued on account of a limitation period, and also that amnesties and pardons should not be tolerated in such cases», *Mocanu and Others v. Romania* [GC], doc. cit., § 326. En la versión en francés: «La Cour a également jugé que, en matière de torture ou de mauvais traitements infligés par des agents de l'État, l'action pénale ne devrait pas s'éteindre par l'effet de la prescription, de même que l'amnistie et la grâce ne devraient pas être tolérées dans ce domaine».

<sup>68</sup> «La Cour a également jugé que, en matière de torture ou de mauvais traitements infligés par des agents de l'Etat, l'action pénale ne devrait pas s'éteindre par l'effet de la prescription, de même que l'amnistie et la grâce ne devraient pas être tolérées dans ce domaine», *Cestaro c. Italie*, doc. cit., § 280.

<sup>69</sup> «Art. 3. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.»

<sup>70</sup> Al respecto, es interesante traer a colación el siguiente extracto de la decisión de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: «The Mauritanian State was informed of the worrying human rights situation prevailing in the country. Particular attention, both within the national and international communities, was paid to the events of 1989 and succeeding years. Even if it were to be assumed that the victims had instituted no internal judicial action, the government was sufficiently informed of the situation and its representative, on various occasions, stressed before the Commission that a law known as the 'general amnesty' law, dealing with the facts arraigned was adopted by his country's parliament in 1993.

*portant Amnistie*, formalmente justificada, por lo demás, en las tan comunes invocaciones a la concordia, la democracia, etc.<sup>71</sup>. El Tribunal sí apuntó entre

---

The Mauritanian government justified the said law with the argument that 'the civilians had benefited from an amnesty law in 1991, and consequently the military wanted to obtain the same benefits; especially as they had given up power after allowing the holding of presidential (1992) and legislative (1993) elections'. 82. The Commission notes that the amnesty law adopted by the Mauritanian legislature had the effect of annulling the penal nature of the precise facts and violations of which the plaintiffs are complaining; and that the said law also had the effect of leading to the foreclosure of any judicial actions that may be brought before local jurisdictions by the victims of the alleged violations. 83. The Commission recalls that its role consists precisely in pronouncing on allegations of violations of the human rights protected by the Charter of which it is seized in conformity with the relevant provisions of that instrument. It is of the view that an amnesty law adopted with the aim of nullifying suits or other actions seeking redress that may be filed by the victims or their beneficiaries, while having force within Mauritanian national territory, cannot shield that country from fulfilling its international obligations under the Charter». *Malawi African Association and Others v. Mauritania*, Comms. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 a 196/97 and 210/98, AHG/222 (XXXVI), Annex V (1999-2000), §§ 81-83.

<sup>71</sup> La Exposición de Motivos de esta ley de amnistía de 1993 afirmaba que: «L'amnistie de 1991 et les mesures administratives qui l'ont suivie au début du processus démocratique ont créé un véritable climat de détente et de concorde nationales (...). Elles n'ont cependant couvert que partiellement certains événements passés, et donc les avantages qu'elles accordent méritent d'être étendus à d'autres citoyens, en particulier les membres des forces armées et de sécurité, auteurs d'infractions commises entre avril 1990 et avril 1991, relatives aux événements qui ont eu lieu dans les casernes, camps et établissements militaires et qui ont engendré morts et blessures d'hommes (militaires et civils). Le climat de concorde nationale dont les jalons seront ainsi réaffermis permettra à notre pays de faire face dans l'unité et la cohésion aux défis de tout ordre qui l'interpellent». De su lado, el articulado de esta norma disponía lo que sigue: «Article premier— Amnistie pleine et entière est accordée : — 1) aux membres des forces armées et de sécurité auteurs des infractions commises entre le 1er janvier 1989 et le 18 avril 1992 et relatives aux événements qui se sont déroulés au sein de ces forces et ayant engendré des actions armées et des actes de violences. — 2) Aux citoyens mauritaniens auteurs des infractions suite aux actions armées et actes de violences et d'intimidations entrepris durant la même période. Art 2: Toute plainte, tout procès verbal ou document d'enquête relatifs à cette période et concernant une personne ayant bénéficié de cette amnistie, sera classé sans suite. Art 3: La présente loi sera publiée suivant, la procédure d'urgence et exécutée comme loi de l'État, au journal officiel de la République Islamique de Mauritanie». Para este texto, véase Groupe d'action judiciaire de la Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme, «Mauritanie. Affaire ELY OULD

sus razonamientos la general improcedencia de atenerse o aplicar una norma mauritana por parte de los tribunales franceses<sup>72</sup>, y en cierto modo pudiera entenderse que ello fue determinante en su conclusión final<sup>73</sup>; pero también abordó singularmente el asunto que estamos analizando. Al respecto, la argumentación del TEDH podríamos sistematizarla en dos partes:

La primera se correspondería con la reiteración de que la prohibición de la tortura ocupa un lugar primordial tanto en todas las normas internacionales de derechos humanos como también en el CEDH y en su misma jurisprudencia<sup>74</sup>. Junto a ello, se incluiría el recordatorio de algunas de las posiciones adoptadas por otros órganos internacionales, como por ejemplo la del Tribunal Internacional Penal para la exYugoslavia; esto es, que sería absurdo afirmar, por un lado, que visto el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura, los tratados o reglas consuetudinarias que prevén la tortura son nulas o sin valor *ab initio*, y dejar por el otro a los Estados que adopten medidas nacionales que autoricen o toleren la práctica de la tortura o que amnistíen a los torturadores<sup>75</sup>. Y finalmente, el TEDH expresamente indicaría que hacía suya la postura que ya recogimos en el apartado anterior, es decir, que como el Comité de Derechos Humanos, consideraba que las amnistías son generalmente incompatibles con el deber que tienen los Estados de investigar graves violaciones a los derechos humanos<sup>76</sup>.

Ahora bien, la asunción del adverbio «generalmente» no es sencilla de dirigir solo al más cercano, acotado pero también complejo debate entre lo que se han calificado como «amnistías absolutas» frente a las «amnistías parciales o condicionadas»<sup>77</sup>. Porque lo que podríamos entender como segunda y final parte del razonamiento del Tribunal, sin duda la más interesante, vino a ser lo siguiente: como punto de partida, el TEDH pareció realizar una suerte de diferenciación entre una ley de amnistía, como afirmó que era la mauritana,

---

DAH: Ely Ould Dah condemné! Première condamnation pour torture en France fondée sur le mécanisme de compétence universelle», noviembre de 2005.

<sup>72</sup> *Ould Dah v. France*, doc. cit., p. 17.

<sup>73</sup> «Having regard to the foregoing, the Court considers, in the present case, that the Mauritanian amnesty law was not capable in itself of precluding the application of French law by the French courts that examined the case by virtue of their universal jurisdiction and that the judgment rendered by the French courts was well founded», *ibid.* p. 18.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>77</sup> Además de los trabajos citados en el primer apartado de este artículo, para una primera aproximación sobre este tema puede acudirse a Kai AMBOS, *El marco jurídico de la justicia transicional*, Themis, Bogotá, 2008, pp. 84-117.

y una medida solo referida a la sanción penal ya impuesta<sup>78</sup>; y a partir de ello mantuvo lo que debemos reproducir: «Admittedly, the possibility of a conflict arising between, on the one hand, the need to prosecute criminals and, on the other hand, a country's determination to promote reconciliation in society cannot, generally speaking, be ruled out. In any event, no reconciliation process of this type has been put in place in Mauritania. However, as the Court has already observed, the prohibition of torture occupies a prominent place in all international instruments relating to the protection of human rights and enshrines one of the basic values of democratic societies. The obligation to prosecute criminals should not therefore be undermined by granting impunity to the perpetrator in the form of an amnesty law that may be considered contrary to international law»<sup>79</sup>.

Como ya apuntamos, en la conclusión final del TEDH respecto a lo acertado de la no aplicación por parte de los tribunales franceses de la ley de amnistía de Mauritania, otras razones y argumentos tuvieron un importante peso<sup>80</sup>. Ahora, aunque el tono y acento normativos son sensiblemente distintos a la posición sentada en *Dujardin y otros*, de las frases recién citadas, ¿qué cabe colegir? Respecto a la primera parte y desde la misma perspectiva general en que se expresa el Tribunal, puede aceptarse a efectos dialécticos que ese «conflicto» que afirma pudiera darse. Pero lo que convendría aclarar más allá de lo fáctico es en qué términos está ofreciendo esa, digamos, consideración o reflexión. Dicho de otro modo, ese enunciado podría transmitir la impresión, en primer lugar, de que la persecución de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos es o puede ser un obstáculo para lograr la reconciliación de la sociedad que fuere; y en segundo, y más trascendente y polémico aun, que en esta coyuntura lo que ha de primar no es la obligación del Estado de hacerlo, claramente asentada por el mismo TEDH como ya vimos, ni en conexión con ello los derechos de las víctimas correspondientes. La clave sería pues atender a que exista una «voluntad de reconciliación» que requiera o justifique ¿no llegar a cabo investigación, juicio y sanción de ninguna de esas graves violaciones? Si de esto se tratase, podría entenderse que a pesar de todo lo dicho y de los años transcurridos, en el fondo el Tribunal se mantenía en el marco de lo sostenido por la Comisión en *Dujardin y otros*; resultando sencillamente que en el caso de Mauritania tal proceso o voluntad de reconciliación no existían —por el motivo o motivos que fueren.

Sin embargo, la segunda parte de la afirmación reproducida a donde pudiera llevarnos es a entender que a la vista de la normativa internacional y

<sup>78</sup> *Ould Dah v. France*, doc. cit., p. 17. Véase igualmente nota 21.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 17. Véase también nota 73.

de su desarrollo, en cualquiera de los casos no puede socavarse la obligación de perseguir las torturas u otras graves violaciones a los derechos humanos, aprobando para ello una ley de amnistía que garantice su impunidad. Es decir, que aunque un proceso de transición —o de reconciliación— es sin duda complejo y enfrenta muchos retos y dificultades, una de las medidas para afrontarlos no podría ser la emisión de una ley de amnistía que pretenda impedir la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos.

Así las cosas y en resumen: ¿en la frase inicial, el TEDH tan solo está exponiendo una posible y general reflexión, o es que si a su juicio en Mauritania se hubiera realizado un auténtico «proceso de reconciliación» —signifique lo que signifique eso—, podría entonces haberse aprobado una ley de amnistía general para las más graves violaciones a los derechos humanos, asegurando así también la completa impunidad por esos hechos?

En mi opinión, y en línea con lo que estamos exponiendo, esto último sería algo más que difícil de sostener jurídicamente, amén de que pudiera sentirse la tentación de señalar que se aproximaría bastante a lo «absurdo» siguiendo el razonamiento del Tribunal *ad hoc* para la exYugoslavia que recogía el mismo TEDH. Pero además, aceptar ya en aquel año que ello es lo que al fin y a la postre está queriendo afirmarse plantearía no pocos problemas. Por motivos de espacio limitémonos a señalar uno (más): como ya hemos recogido la posición de los demás órganos regionales al hilo de *Abdulsamet Yaman*<sup>81</sup>, vayamos por un momento al sistema universal. De entre las muchas referencias posibles, escojamos dos de los documentos que pueden entenderse en clave de síntesis: el primero señalaba, desde hacía ya algunos años, que incluso cuando pudiera tener por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, las amnistías no podrán beneficiar a los autores de graves violaciones a los derechos humanos que no hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente<sup>82</sup>; el segundo, de aquel mismo 2009, afirmaba que los funcionarios de las Naciones Unidas, incluidos los encargados de negociaciones de paz y el personal de las oficinas sobre el terreno, no deben estimular ni condonar jamás las amnistías

<sup>81</sup> Recuérdese también lo señalado en la nota 70 respecto a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

<sup>82</sup> Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, «Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad», Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, principio 24.

que impidan el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos<sup>83</sup>.

En parte, como ya vimos que ocurrió en ocasiones anteriores, lo cierto es que la decisión en *Ould Dah* ha sido interpretada de diversas formas. Desde la consideración de que solo se trata de un comentario general en tanto que la licitud internacional de la ley de amnistía no era el asunto clave del caso, pero que parece indicar que una amnistía sí es —o puede ser— acorde con el CEDH<sup>84</sup>, hasta las posturas que han entendido que no solo el TEDH se estaba ya alejando de lo mantenido en *Dujardin y otros*<sup>85</sup>, sino que en suma estábamos ante la «prohibición de [las] amnistías»<sup>86</sup>. Con un mayor o menor acento, la posición mayoritaria ha concluido, no obstante, que el Tribunal lo que sostenía era la incompatibilidad de las leyes de amnistía con el CEDH<sup>87</sup>, alineándose con la posición generalizada al respecto, aunque manteniendo quizás aún un pequeño matiz propio<sup>88</sup>. Y es que, en suma, si lo que se tomase por bueno es que con lo mantenido, el TEDH considera que una ley de amnistía para los responsables de graves violaciones a los derechos humanos es compatible con el CEDH si responde a una supuesta voluntad reconciliadora, sin más, en este momento no cabe duda de que se trataría, también, de una posición discordante, por decir lo menos, con lo mantenido por los restantes

---

<sup>83</sup> Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Instrumentos del estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, p. 27.

<sup>84</sup> Louise MALLINDER, Luke MOFFET, Kieran MCEVOY y Gordon ANTHONY, *op. cit.*, nota 12, p. 24.

<sup>85</sup> En este sentido, por ejemplo, Françoise TULKENS y Michal VAN DE KERCHOVE, «Criminal Law and Human Rights: A paradoxical Relationship», en Sophie BODY-GENDROT, Mike HOUGH, Klara KEREZI, René LÉVY y Sona SNACKEN (eds.), *The Routledge Handbook of European Criminology*, Routledge, New York, 2014, véase especialmente el apartado: «What about criminal clemency».

<sup>86</sup> Con esta expresión literal, Sebastián MACHADO RAMÍREZ, «Límites a la exoneración de responsabilidad en el Derecho internacional: la selección y priorización de casos en la jurisdicción nacional», *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 7, 2014, pp. 13-37, p. 22.

<sup>87</sup> Entre otros, Louise DOSWALD-BECK, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 315; Karen ENGLE, *op. cit.*, nota 11, p. 1105, nota 142; James A. SWEENEY, *op. cit.*, nota 35, p. 48. Entre nosotros, por ejemplo, Joan E. GARCÉS, «Los crímenes de lesa humanidad en España ante el Tribunal Supremo», en José María TAMARIT SUMALLA (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 178.

<sup>88</sup> Eva BREMS, *op. cit.*, nota 6, p. 292.

órganos e instituciones internacionales de protección de los derechos humanos.

En conexión con ello, hay que anotar que en el seno del sistema europeo se dieron casi inmediatamente dos importantes decisiones que además de aproximarlos a la configuración ya asentada en los restantes sistemas, reforzarían y dotarían de entidad propia —autonomía e independencia— y carácter continuado a la obligación procesal de los arts. 2 y 3 del CEDH. Nos referimos, como es sabido, a las sentencias de la Gran Sala en los casos *Šilih c. Eslovaquia*<sup>89</sup> y *Varnava y otros c. Turquía*<sup>90</sup>. En este sentido entonces, podría considerarse que seguían creciendo los argumentos para, de ser aún preciso,

<sup>89</sup> En su esencia: «... the procedural obligation to carry out an effective investigation under Article 2 has evolved into a separate and autonomous duty. Although it is triggered by the acts concerning the substantive aspects of Article 2 it can give rise to a finding of a separate and independent ‘interference’ within the meaning of the *Ble’i* judgment [...]. In this sense it can be considered to be a detachable obligation arising out of Article 2 capable of binding the State even when the death took place before the critical date». *Šilih v. Slovenia* [GS], núm. 71463/01, 9 de abril de 2009, § 159.

<sup>90</sup> Respecto a los casos de desaparición forzada, en lo nuclear: «The Court would emphasise that, as found in *Šilih* [...] concerning the procedural obligation under Article 2 to investigate unlawful or suspicious deaths, the procedural obligation under Article 2 arising from disappearances operates independently of the substantive obligation. It notes that the IACHR, and to some extent the HRC, apply the same approach to the procedural aspect of disappearances [...], examining allegations of denial of justice or judicial protection even where the disappearance occurred before recognition of its jurisdiction. 148. There is, however, an important distinction to be drawn in the Court’s case-law between the obligation to investigate a suspicious death and the obligation to investigate a suspicious disappearance. A disappearance is a distinct phenomenon, characterised by an ongoing situation of uncertainty and unaccountability in which there is a lack of information or even a deliberate concealment and obfuscation of what has occurred [...]. This situation is very often drawn out over time, prolonging the torment of the victim’s relatives. It cannot therefore be said that a disappearance is, simply, an ‘instantaneous’ act or event; the additional distinctive element of subsequent failure to account for the whereabouts and fate of the missing person gives rise to a continuing situation. Thus, the procedural obligation will, potentially, persist as long as the fate of the person is unaccounted for; the ongoing failure to provide the requisite investigation will be regarded as a continuing violation [...]. This is so, even where death may, eventually, be presumed». *Varnava and others v. Turkey*, [GS], núm. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90, 18 de septiembre de 2009, §§ 148-149.

poder descartar finalmente toda medida que hiciera imposible la investigación, juicio y sanción de las graves violaciones de esas dos disposiciones.

No transcurriría mucho tiempo hasta que el TEDH volvió a manifestarse directamente sobre una ley de amnistía, o por mejor decir, respecto a un proyecto de ley de amnistía que las autoridades rumanas parecía que quisieron aprobar para exonerar de toda responsabilidad a los integrantes de sus fuerzas armadas por los crímenes cometidos durante la revolución rumana de diciembre de 1989<sup>91</sup>. En lo que ahora nos interesa, el TEDH reiteró la fórmula que ya examinamos, esto es, que a su entender las amnistías eran generalmente incompatibles con el deber que tienen los Estados de investigar graves violaciones a los derechos humanos y de combatir la impunidad<sup>92</sup>; pero agregó otra consideración: la capital importancia de que las víctimas, sus familiares y herederos, conozcan la verdad en casos de violaciones masivas de derechos tan fundamentales como el derecho a la vida, lo que implica el derecho a una investigación judicial eficaz y, en su caso, el derecho a una reparación<sup>93</sup>. Resultando, y esto es a mi entender lo más reseñable ahora, que a partir de ello razonó como sigue: «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»<sup>94</sup>.

Una vez más, la (pretendida) ley de amnistía no era la cuestión central del caso, pero a mi juicio es especialmente subrayable que en esta oportunidad el TEDH donde puso ya el acento fue en el derecho —y consiguiente deber estatal— de las víctimas, y no así en la existencia, o no, de una voluntad o proceso de reconciliación. Formulado en otros términos, esta decisión podría entenderse como la confirmación, o al menos como un paso más hacia la ple-

---

<sup>91</sup> El Proyecto de Ley rezaba como sigue: «Article 1. Acts which were allegedly committed at the time of the Revolution of December 1989, acts based on the constitutional provisions and on the military oath and the military regulations in force at the material time shall be amnestied and exonerated from all criminal liability, irrespective of the sentence prescribed by law or applied by the courts. Article 2. The military officers and service personnel who have been tried and convicted, or against whom judicial proceedings have been brought on account of their participation in the events of December 1989 shall qualify for the amnesty and all consequences arising therefrom». *Association «21 December 1989» and Others v. Romania*, doc. cit, § 96.

<sup>92</sup> *Ibid.*, § 144.

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> *Ibid.*

na consideración de la incompatibilidad de las leyes de amnistía con el CEDH cuando impidan el cumplimiento efectivo de las obligaciones procesales de sus arts. 2 y 3.

En el caso *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*<sup>95</sup>, el Tribunal apenas hizo una mención a la ley de amnistía española de 1977<sup>96</sup>, en tanto que basó su decisión en la artificial y artificiosa manera en que, a mi juicio, había construido su competencia *ratione temporis*<sup>97</sup>. En consecuencia, en nuestro actual empeño debemos referirnos a un asunto resuelto poco después, el caso *Tarbuk c. Croacia*. Ello así porque a pesar de que se tratase de la aplicación de la ley de amnistía de Croacia de 1996 respecto a unos presuntos actos de espionaje, en esta oportunidad el TEDH ofreció una afirmación en *obiter dicta* diferente a la que reproducimos *supra*. En concreto, la fórmula general a la que acudió el Tribunal no fue otra que la de *Dujardin y otros*<sup>98</sup>; lo que ha llevado a algunos autores a concluir que el TEDH mantenía entonces que las amnistías eran posibles dentro de los parámetros que ya hemos analizado<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> *Antonio Gutiérrez Dorado and Carmen Dorado Ortiz v. Spain*, núm. 301410/09, 27 de marzo de 2012.

<sup>96</sup> «Although the Court is aware of the difficulties for the applicants to bring their complaints before the domestic courts even after the end of the Franco regime, having regard to the Amnesty Law of 1977, this did not discharge them from the duty to display due diligence and to bring their case before the Court without undue delay». *Ibid.*, § 39. Sobre esta ley, véase el apartado IV.2 de este artículo.

<sup>97</sup> Para mis impresiones sobre la misma, Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ, «Tribunal Europeo de Derechos Humanos-Decision 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 (sobrevenida) respecto a la obligación autónoma, independiente y continuada de investigar», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 45, mayo/agosto de 2013, pp. 741-759. Sobre la cuestión general, donde además se incorpora mucha otra bibliografía, Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ, «La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar (art. 2-derecho a la vida). Teoría y práctica: de *De Becker c. Bélgica* a *Canales Bermejo c. España*», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, núm. 1, 2014, pp. 125-158.

<sup>98</sup> «Moreover, the Convention organs have already held that, even in such fundamental areas of the protection of human rights as the right to life, the State is justified in enacting, in the context of its criminal policy, any amnesty laws it might consider necessary, with the proviso, however, that a balance is maintained between the legitimate interests of the State and the interests of individual members of the public». *Tarbuk v Croatia*, doc. cit., § 50.

<sup>99</sup> Así, por ejemplo, VV.AA, *The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability*, Transitional Justice Institute-University of Ulster, Belfast, 2013, p. 45.

Mas, por terminar de completar el cuadro de no precisamente unanimidad, el hecho es que precisamente ni un mes antes se había fallado, en Sala, el caso *Marguš c. Croacia*<sup>100</sup>, en el que la postura había sido (también) sensiblemente distinta, como veremos de inmediato.

#### IV. PUNTO DE LLEGADA: LA DECISIÓN DE LA GRAN SALA EN EL CASO MARGUŠ CONTRA CROACIA. VALORACIÓN FINAL

##### 1. LAS DOS LECTURAS POSIBLES DE LA SENTENCIA

A pesar de que sin duda la última pieza clave es la sentencia de la Gran Sala en *Marguš c. Croacia*, dentro de la línea de análisis que estamos construyendo es preciso realizar un breve apunte a la ya citada sentencia de Sala. Los hechos, en resumen, se referían a la antes mencionada ley de amnistía croata de 1996, solo que en este caso los crímenes en cuestión consistían, entre otros, en la muerte de varios civiles inicialmente, y con posterioridad en hechos calificados como crímenes de guerra. Respecto a los primeros, en un inicio al demandante se le aplicó aquella amnistía, aunque esa decisión fue posteriormente anulada por el Tribunal Supremo de Croacia; sobre los segundos, no hubo discusión alguna, pues la ley de 1996 es meridiana en cuanto a la imposibilidad de amnistiar ese tipo de crímenes internacionales<sup>101</sup>. En este

<sup>100</sup> *Marguš v. Croatia*, núm. 445/10, 13 de noviembre de 2012.

<sup>101</sup> «Section 3. No amnesty under section 1 of this Act shall be granted to perpetrators of the gravest breaches of humanitarian law, which have the character of war crimes, namely, the criminal offence of genocide under Article 119 of the Basic Criminal Code of the Republic of Croatia (Official Gazette no. 31/1993, consolidated text, nos. 35/1993, 108/1995, 16/1996 and 28/1996); war crimes against the civilian population under Article 120; war crimes against the wounded and sick under Article 121; war crimes against prisoners of war under Article 122; organising groups [with the purpose of committing] or aiding and abetting genocide and war crimes under Article 123; unlawful killing and wounding of the enemy under Article 124; unlawful taking of possessions from the dead or wounded on the battleground under Article 125; use of unlawful means of combat under Article 126; offences against negotiators under Article 127; cruel treatment of the wounded, sick and prisoners of war under Article 128; unjustified delay in repatriation of prisoners of war under Article 129; destruction of cultural and historical heritage under Article 130; inciting war of aggression under Article 131; abuse of international symbols under Article 132; racial and other discrimination under Article 133; establishing slavery and transferring slaves under Article 134; international terrorism under Article 135; putting at risk persons under international protection under Article 136; taking

contexto y en lo que nos interesa<sup>102</sup>, la Sala dedicó prácticamente un tercio de su sentencia a reproducir no todas, pero gran parte de las decisiones y documentos internacionales sobre el particular —algunos de los cuales ya hemos ido recogiendo en las páginas anteriores—. Para afirmar a su luz que desde hace décadas existía una clara y constante tendencia que determinaba que la concesión de amnistías respecto a graves violaciones a los derechos humanos/crímenes internacionales estaba prohibida por el derecho internacional<sup>103</sup>. No hubo, pues, referencia alguna ni a conceptos como la «reconciliación», ni tan siquiera cita a *Dujardin y otros* en la línea que vimos en *Tarbuk*. Por más decir, el Tribunal se refirió principalmente<sup>104</sup> a *Ould Dah*, pero para afirmar solamente que en esa decisión se había establecido que las leyes de amnistía eran generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar actos de tortura/graves violaciones a los derechos humanos<sup>105</sup>. Así, esta decisión fue entendida por algunos especialistas como la completa confirmación por parte del TEDH de que las amnistías no eran posibles frente a las más graves violaciones a los derechos humanos; y siendo que en su opinión esta era una conclusión excesiva, en lo jurídico pero sobre todo en lo político, decidieron intervenir en el posterior proceso ante la Gran Sala para defender sus tesis<sup>106</sup>.

La sentencia de la Gran Sala, en lo formal, mantendría una estructura similar. Esto es, de sus cincuenta y ocho páginas, cerca de veinticinco se limitaron a recoger una parte de la práctica internacional a este respecto. Pero a ello

---

hostages under Article 137; and the criminal offence of terrorism under the provisions of international law. No amnesty shall be granted to perpetrators of other criminal offences under the Basic Criminal Code of the Republic of Croatia (Official Gazette no. 31/1993, consolidated text, nos. 35/1993, 108/1995, 16/1996 and 28/1996) and the Criminal Code of the Republic of Croatia (Official Gazette no. 32/1993, consolidated text, nos. 38/1993, 28/1996 and 30/1996) which were not committed during the aggression, armed rebellion or armed conflicts and are not connected with the aggression, armed rebellion or armed conflicts in the Republic of Croatia». *Marguš v. Croatia*, doc. cit., § 22. En el texto de la sentencia de la Gran Sala, § 29.

<sup>102</sup> Para una visión de conjunto del caso, puede acudirse a Elizabeth STUBBINS BATES, «Introductory note to *Marguš v. Croatia* (EUR. CT. H.R.)», *International Legal Materials*, vol. 53, núm. 5, 2014, pp. 751-809.

<sup>103</sup> *Marguš v. Croatia*, doc. cit., § 74.

<sup>104</sup> También aparecen menciones a otros casos que ya hemos comentado, como *Abdulsamet Yaman*. Al respecto, *ibid.*, §72.

<sup>105</sup> *Ibid.*, §73.

<sup>106</sup> Para más datos, véanse páginas siguientes. Respecto a lo aquí indicado, puede consultarse Louise MALLINDER, «Court decision on post-war amnesties is lesson for EU», *Euobserver*, 4 de junio de 2014, disponible en <https://euobserver.com/opinion/124455> (consultado por última vez el 22 de julio de 2015).

se agregaron algunas afirmaciones no expresamente presentes en la sentencia de Sala: señaladamente, la Gran Sala indicó que la jurisprudencia del Tribunal había determinado que la concesión de una amnistía respecto a asesinatos y malos tratos a los civiles es contraria a las obligaciones del Estado en virtud de los arts. 2 y 3 del CEDH, ya que podría obstaculizar la investigación de tales delitos y necesariamente conducir a la impunidad de los responsables<sup>107</sup>. Añadiendo, con el apoyo general del ya citado caso *McCann y otros*, que de aceptarse lo anterior se disminuiría la protección garantizada por esos artículos, que son además fundamentales dentro del CEDH, y cuyo objeto y fin exige que sus disposiciones sean interpretadas y aplicadas a fin de lograr una protección práctica y efectiva<sup>108</sup>. Finalmente, el TEDH destacó que existía una obligación reconocida unánimemente de enjuiciar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos, de la que se derivaría que las leyes de amnistías serían en fin incompatibles con ella, según (también) lo que denominó como una «a growing tendency in international law». La cual, apuntemos, como hemos visto desde luego no es reciente pero sí abrumadora, por no decir unánime, en lo que refiere a los órganos de protección de derechos humanos en sentido amplio<sup>109</sup>.

Ahora bien, más allá de este último matiz, y siendo evidente la diferencia, en lo cuantitativo y cualitativo, entre esta sentencia y las que hemos estudiado en los apartados anteriores, en atención al examen que venimos desplegando podría decirse que la cuestión nuclear es el modo en que la Gran Sala se expresó en esta oportunidad. Es decir, tras la diversidad de verbos y usos verbales que ya analizamos, resulta singularmente destacable la primera afirmación que hemos recogido siguiendo la misma traducción al castellano que se incorpora a la sentencia<sup>110</sup> a partir de las versiones oficiales en inglés<sup>111</sup> y francés<sup>112</sup>. Esto es, que

<sup>107</sup> *Marguš v. Croatia* [GC], doc. cit., § 127. Sobre esta afirmación, véase lo que se indicará en páginas siguientes.

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> *Ibid.* § 139.

<sup>110</sup> Esta traducción puede encontrarse en versión *online* en el apartado «Language versions» de <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-144276> (consultado por última vez el 1 de septiembre de 2015).

<sup>111</sup> «127. The obligation of States to prosecute acts such as torture and intentional killings is thus well established in the Court's case-law. The Court's case-law affirms that granting amnesty in respect of the killing and ill-treatment of civilians would run contrary to the State's obligations under Articles 2 and 3 of the Convention since it would hamper the investigation of such acts and necessarily lead to impunity for those responsible.»

<sup>112</sup> «127. L'obligation qu'ont les États de poursuivre les auteurs d'actes de torture ou d'assassinats est donc bien établie dans la jurisprudence de la Cour. Il ressort

una ley de amnistía es contraria a las obligaciones contenidas en los arts. 2 y 3 del CEDH.

A la luz entonces de lo resumido en lo que podríamos calificar como primera parte de la sentencia, cuya síntesis tomaría cuerpo en este último enunciado, nuestro estudio podría acabar aquí mismo. Pudiendo concluir que desde las primeras formulaciones que hemos visto, y tras las variantes y variaciones examinadas, el TEDH habría ya clarificado completamente su posición; sin lugar a sombra alguna de duda y en total sintonía con lo que en el primer apartado señalamos como hipótesis de partida. Sin embargo, otra consideración apareció en la sentencia de la Gran Sala, que como tal no estaba presente en la decisión de Sala. Tras todo lo que hemos reseñado *supra*, en lo que denominaremos ahora como segunda parte de su decisión, indicó el TEDH lo que es preciso reproducir: «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»<sup>113</sup>.

Sin poder entrar en la extraña mezcla entre amnistías y formas de compensación de las víctimas, tampoco en el porqué de la telegráfica conclusión de que en el caso no concurre proceso alguno de «reconciliación»<sup>114</sup>, a primera vista la lectura de esta frase pudiera transportarnos a *Ould Dah*, si no a *Dujardin y otros*, y en este sentido ha sido interpretada como una especie de matización o flexibilización de la postura de los restantes órganos internacionales<sup>115</sup>, o al menos como una posibilidad aún abierta para considerar una amnistía

---

de celle-ci que l'octroi du bénéfice de l'amnistie aux auteurs de meurtres ou de mauvais traitements de civils serait contraire aux obligations découlant pour les États des articles 2 et 3 de la Convention, dès lors que cette mesure empêcherait les investigations sur de tels actes et conduirait nécessairement à accorder l'impunité à leurs auteurs.»

<sup>113</sup> *Marguš v. Croatia* [GC], doc. cit., § 139.

<sup>114</sup> De entre la muy abundante bibliografía sobre esta experiencia, para una primera visión y valoraciones ya anteriores a la sentencia de la Gran Sala, puede verse el trabajo para el prestigioso *International Center for Transitional Justice* de Thierry CRUVELLIER y Marta VALIÑAS, *Croatia: Selected Developments in Transitional Justice*, International Center for Transitional Justice, New York, diciembre de 2006.

<sup>115</sup> Jordi BONET, «Amnisties i Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH): l'assumpte "Marguš c. Croàcia"», Blog de la *Revista catala de drec públic*, 26 de septiembre de 2014, disponible en <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2014/09/26/amnisties-i-tribunal-europeu-de-drets-humans-tedh->

acorde con el CEDH<sup>116</sup>. A nuestros efectos, no cabe duda de que resulta complejo compatibilizar lo que hemos expuesto anteriormente, es decir, que una ley de amnistía es contraria al CEDH, con la posibilidad de que, en fin, no lo sea. Con todo, si esto último fuese lo correcto, podría sostenerse que a pesar de todo lo acontecido en el ámbito internacional en estas décadas, dentro y fuera del sistema europeo, el TEDH entendió que nada esencial había ocurrido o cambiado. Esto es, estaríamos ante una suerte de vuelta a los inicios, o de desarrollo casi circular, que nos devolvería al embrionario estado de cosas de 1991, por citar el ejemplo más lejano; si bien ciertamente matizado porque lo que es obvio es que aquí ya el Tribunal no afirmaba, sino que se expresaba en términos hipotéticos.

Hay algunos autores que han estimado que sea como fuere, esta frase no tiene, o parece tener, entidad suficiente para modificar la conclusión general que hemos expuesto sobre la base de las primeras consideraciones del Tribunal<sup>117</sup>; afirmando en consecuencia que aquella es la auténtica esencia de lo mantenido por el TEDH<sup>118</sup>. Mi opinión de fondo es coincidente con esta tesis, pero estimo que es importante realizar un examen adicional para tratar de dar una respuesta o visión adicionales sobre el párrafo que acabamos de citar, con el objeto de intentar clarificar lo más posible el escenario final. Pudiendo convenir, en todo caso, que como bien han indicado algunos comentaristas —que también aportan luz sobre la intrahistoria de esta sentencia— la visión conjunta de este enunciado y de lo que hemos analizado anteriormente da la impresión de responder a un proceso de redacción «tortuoso»<sup>119</sup>; el cual, al fin

---

l%e2%80%99assumpte-%c2%abmargus-c-croacia%c2%bb-jordi-bonet/ (consultado por última vez el 2 de septiembre de 2015).

<sup>116</sup> Karen ENGLE, *op. cit.*, nota 11, p. 1106; Louise MALLINDER, *op. cit.*, nota 106.

<sup>117</sup> Aunque sea un dato menor, es llamativo que frente a la gran importancia que como hemos visto algunos análisis han dado a esta frase, en la nota de prensa oficial sobre la sentencia no se hace la más mínima referencia a ella. Véase Registrar of the Court, «Croatian courts were right to bring war crime charges against army commander nearly nine years after terminating first trial against him», ECHR 146 (2014), 27 de mayo de 2014.

<sup>118</sup> Así, por ejemplo, Giulia PECORELLA, «Armenia, amnesties, & international crimes», *European Human Rights Advocacy Centre Bulletin*, Summer-2015, p. 7; Alexander MORAWA, Nicole BÜRLI, Peter COENEN y Laura AUSSERLADSCHEIDER JONAS, *Article 3 of the European Convention on Human Rights: A practitioner's handbook*, World Organisation Against Torture, Ginebra, 2014, p. 224.

<sup>119</sup> Carole LYONS, «Neighbourly Murders , Forced Forgetting and European Justice — Marguš v Croatia», *Strasbourg Observer*, 30 de junio de 2014, disponible en <http://strasbourgobservers.com/2014/06/30/neighbourly-murders-forced-forgetting-and-european-justice-margus-v-croatia/> (consultado por última vez el 2 de septiembre de 2015).

y a la postre, dio a luz un texto que pudiera dar lugar a una valoración final o la contraria<sup>120</sup>.

## 2. SOBRE EL PORQUÉ DE LA FRASE: «INCLUSO SI SE ACEPTARA QUE LAS AMNISTÍAS SON POSIBLES EN ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS». A MODO DE CONCLUSIÓN

A mi juicio, la clave es que hay otra posible lectura de conjunto de lo que hemos estructurado como dos partes de la decisión. De hecho, así parece también traslucirse en el voto particular de los jueces Šikuta, Wojtyczek y Vehabovic, como veremos. Volviendo a lo que ya apuntamos y refiere la misma sentencia, en el proceso ante la Gran Sala intervinieron, en el marco del art. 36 del CEDH, un grupo de académicos presentando y defendiendo lo que condensaron documentalente bajo el título: *The International Legal Status of Amnesties*. La posición que sostuvieron podemos sintetizarla en que no era adecuado entender que existiera una prohibición de aprobar una ley de amnistía, aunque estableciera la plena impunidad de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, si con ello se lograba poner fin a un régimen no democrático o un conflicto armado<sup>121</sup>. Tesis como tal fue reproducida y reiterada por el TEDH, incluso en los párrafos a partir de los que ofreció su conclusión<sup>122</sup>.

Como es sabido, dentro de los más amplios debates sobre la Justicia Transicional este tipo de posturas suelen responder a lo que comúnmente se conoce como «realistas» o «pragmáticos», estando generalmente sustentadas más en consideraciones políticas o propias de las «exigencias negociadoras» que en argumentaciones jurídicas<sup>123</sup>. Sin duda, excede de las posibilidades

<sup>120</sup> Nicolás CARRILLO SANTARELLI, «¿*Non bis in idem* tras una amnistía? ¿Son internacionalmente lícitas las amnistías para superar conflictos armados no internacionales? La Corte Europea de Derechos Humanos y el caso MARGUŠ contra Croacia», *Aquiescencia-blog de derecho internacional de Carlos Espósito*, 29 de mayo de 2014, disponible en <http://aquiescencia.net/2014/05/29/> (consultado por última vez el 2 de septiembre de 2015).

<sup>121</sup> *Marguš v. Croatia* [GC], doc. cit., § 113.

<sup>122</sup> *Ibid.*, § 137.

<sup>123</sup> De hecho, esta circunstancia es así expresamente reconocidas. En concreto: «The interveners accepted that the granting of amnesties might in certain instances lead to impunity for those responsible for the violation of fundamental human rights and thus undermine attempts to safeguard such rights. However, strong policy reasons supported acknowledging the possibility of the granting of amnesties where they represented the only way out of violent dictatorships and interminable conflicts. The interveners pleaded against a total ban on amnesties and for a more nuanced

y sobre todo del objeto de este trabajo discutir a fondo estos postulados, en lo general, o lo mantenido por este grupo de académicos, en particular; sin embargo, en tanto que sí expusieron una serie de razonamientos y evidencias jurídicas basadas tanto en decisiones de órganos internacionales como en la práctica estatal, hagamos al menos aquí dos breves comentarios.

Respecto a lo primero, en su exposición se refirieron a que en el seno de la Corte IDH se había matizado o debilitado la posición que reseñamos en los aparatos anteriores, concretamente en virtud de lo acontecido en el caso *Masacres de El Mozote*<sup>124</sup>; pero ello sobre la base de un voto particular a la misma, a mi entender, y por lo demás, llamativo por no decir polémico<sup>125</sup>. La cuestión es que este hecho, ya no solo en mi opinión, sino en la de la misma Corte, ni modificó ni ha modificado en nada su valoración sobre las leyes de amnistías; y así que tanto en ese mismo caso<sup>126</sup> como de manera constante haya man-

---

approach in addressing the issue of granting amnesties». *Ibid.*, § 113. Respecto a la posición oficial de las mismas Naciones Unidas para con sus negociadores, recuérdese lo indicado en el apartado anterior, con cita en la nota 83. Sobre la postura anterior, para una primera aproximación puede verse Carsten STAHN, «Las actividades de consolidación de la paz de las Naciones Unidas, amnistías y formas alternativas de justicia: ¿un cambio de práctica?», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 845, 2002, pp. 191-205; desde otra perspectiva de interés, Katarina TOMASEVSKI, *Responding to Human Rights Violations: 1946-1999*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2000, pp. 121 y ss.

<sup>124</sup> *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 25 de octubre de 2012, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, núm. 252.

<sup>125</sup> Para el lector interesado en mi opinión al respecto, Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ, «El binomio Justicia Transicional-Derecho Transicional. Un examen a propósito de algunas reflexiones teóricas y prácticas recientes», en Sonia ALDA MEJÍAS y Silvia ÁNGEL SANTANO (coords.), *La seguridad, un concepto amplio y dinámico. V Jornadas de Estudios de Seguridad*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, Madrid, 2013, pp. 15-35.

<sup>126</sup> «Ya ha sido expuesto y desarrollado ampliamente en los casos *Gomes Lund vs. Brasil* y *Gelman vs. Uruguay* resueltos por esta Corte en el ámbito de su competencia jurisdiccional, como este Tribunal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los órganos de las Naciones Unidas; otros organismos regionales de protección de los derechos humanos; y otros tribunales del ámbito del derecho penal internacional se han pronunciado sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados. Esto debido a que las amnistías o figuras análogas han sido uno de los obstáculos invocados por algunos Estados para no cumplir con su obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos.

tenido, por citar ahora un solo ejemplo del mismo año de la sentencia de la Gran Sala, que son inadmisibles las disposiciones de amnistía que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos<sup>127</sup>.

En cuanto a lo segundo, por motivos obvios valga escoger la mención que hicieron a la sentencia del Tribunal Supremo español de 2012<sup>128</sup>, en la que ciertamente se mantuvo la plena vigencia y legalidad de la Ley de Amnistía de 1977. No reiteraré aquí mis impresiones sobre esta decisión<sup>129</sup>, pero sí hay que advertir que todos y cada uno de los órganos internacionales, convencionales o extraconvencionales, que se han manifestado sobre la evaluación jurídica que han realizado la inmensa mayoría de los tribunales españoles —incluido el Tribunal Supremo— de nuestra ley de amnistía, lo han hecho en forma de dura crítica<sup>130</sup>.

---

Igualmente, diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, por medio de sus más altos tribunales de justicia, han incorporado los estándares mencionados, observando de buena fe sus obligaciones internacionales. De tal modo, a efectos del presente caso, el Tribunal reitera 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». *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, doc. cit., § 283.

<sup>127</sup> *Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 15 de octubre de 2014, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, núm. 286, § 155.

<sup>128</sup> Sentencia Núm. 101/2012, Causa Especial 20048/2009, 27 de febrero de 2012.

<sup>129</sup> Al respecto, Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, pp. 97 y ss. Para una posición general diferente, Alicia GIL GIL, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona, 2009, en especial pp. 100 y ss.

<sup>130</sup> En los últimos años y en orden cronológico descendente: Comité de Derechos Humanos, «Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España. Versión Avanzada», julio de 2015, párr. 21, disponible en [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/ESP/CCPR\\_C\\_ESP\\_CO\\_6\\_21188\\_S.docx](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/ESP/CCPR_C_ESP_CO_6_21188_S.docx) (consultado por última vez el 3 de septiembre de 2015); Comité contra la Tortura, «Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España», Documento de las Naciones Unidas: CAT/C/ESP/CO/6, 29 de mayo de 2015, párr. 15; Relator Especial de las Naciones Unidas para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantía de no Repetición, «Informe del Relator Especial sobre la promoción de

A pesar de todo ello, como ya advertimos en el penúltimo párrafo previo a su conclusión final, el TEDH destacó expresamente la tesis general defendida por este grupo de académicos<sup>131</sup>, que como tal fue también ya no referida, sino señalada como la posición correcta por el voto de los jueces Šikuta, Wołtyczek y Vehabovic; reconociendo, no obstante, que en las últimas décadas el margen de maniobra de los Estados para aprobar leyes de amnistías se habría reducido notablemente<sup>132</sup>. Por más decir, para el segundo de estos jueces, in-

---

la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. Misión a España», Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/27/56/Add.1, 22 de julio de 2014, párrs. 68-88; Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas, «Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a España», Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/27/49/Add.1, 2 de julio de 2014, párrs. 38-47; Comité contra la desaparición forzada, «Observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del art. 29, párrafo 1, de la Convención», Documento de las Naciones Unidas: CED/C/ESP/CO/1, 12 de diciembre de 2013, párr. 12.

<sup>131</sup> «The Court notes the interveners' argument that there is no agreement among States at the international level when it comes to a ban on granting amnesties without exception for grave breaches of fundamental human rights, including those covered by Articles 2 and 3 of the Convention. The view was expressed that the granting of amnesties as a tool in ending prolonged conflicts may lead to positive outcomes», *Marguš v. Croatia* [GC], doc. cit., § 137.

<sup>132</sup> En concreto y en su esencia: «There is no doubt that international law is evolving rapidly and imposes ever tighter regulations on States' freedom with regard to amnesties. States have considerably less freedom of manoeuvre nowadays [...] than in 2006 and, *a fortiori*, 1996. At the same time, 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. [...] 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 interveners 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*

cluso el enunciado que ya recogimos del posterior caso *Mocanu y otros*<sup>133</sup>, que es tanto como prácticamente remontarnos a *Abdulsamet Yaman*, es también excesivamente rígido, al menos —parece conceder— respecto a las violaciones de los derechos humanos «menos graves»<sup>134</sup>. En lo que aquí interesa, ninguno de los restantes votos particulares de la sentencia de *Marguš* se sumó a aquella tesis, siendo solo identificable la consideración de que en la actualidad, una ley de amnistía podría quizás aún considerarse legítima, pero siempre y cuando con ella no se busque evitar las responsabilidades derivadas de graves violaciones a los derechos humanos<sup>135</sup>.

Así las cosas, mi interpretación es que la respuesta definitiva del TEDH a la cuestión que nos ha ocupado no puede ser otra que la que recogimos a partir de la primera parte de la sentencia. De tal suerte que el párrafo en cuestión respondería a una suerte de fórmula de compromiso para alcanzar un texto en el que no tener que descartar directa y frontalmente lo que para aquellos tres jueces —y aquel grupo de académicos— sería la posición adecuada. Resultando, en consecuencia, posible evaluar y comprender de manera más completa tanto la frase en sí misma como la propia construcción utilizada —esto es, el «incluso si se aceptara»—. Y es que junto a todo lo expuesto, sostener lo contrario llevaría a tener que considerar en detalle por qué si no esos tres jueces se

---

*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.»*  
 Voto particular concurrente de los jueces Šikuta, Wojtyczek y Vehabovic, párrs. 8 y 9. Cursivas añadidas.

<sup>133</sup> Véase la nota 67.

<sup>134</sup> «The majority emphasises the fact that ‘in cases concerning torture or ill-treatment inflicted by State agents, criminal proceedings ought not to be discontinued on account of a limitation period, and also that amnesties and pardons should not be tolerated in such cases’ (...). I subscribe fully to the idea that the crimes committed by the totalitarian and authoritarian regimes must be prosecuted, and the perpetrators brought to justice. However, I consider that the position taken by the majority in this case concerning the issue of limitations and amnesties is too rigid. The category of ‘ill-treatment’ encompasses very different actions. Legitimate considerations of rational penal policy may justify limitation or amnesty, at least for acts of lesser seriousness». Voto parcialmente disidente del juez Wojtyczek en el caso *Mocanu and Others v. Romania* [GC], doc. cit., párr. 11

<sup>135</sup> En este sentido, voto particular de los jueces Ziemele, Berro-Lefevre y Karaka en el caso *Marguš v. Croatia* [GC], doc. cit., párr. 5.

expresaron como lo hicieron en su voto particular, o si se prefiere y en lo más general, por qué la Gran Sala no se limitó a solventar la cuestión remitiéndose, sin más, ya a la posición de la Comisión, ya a la parte correspondiente de, por ejemplo, *Ould Dah*.

De este modo, entiendo que es posible concluir finalmente que desde aquella consideración que en *Dujardin y otros* aparecía —y reaparecía— como una certeza; del debate a partir de *Abdulsamet Yaman* sobre si estábamos ante una prohibición o una mera recomendación; del paso en *Ould Dah* de la «reconciliación» como una posibilidad legitimadora expresada ya solo en términos generales; o de la diversidad aparente de respuestas en casos como *Asociación «21 de diciembre 1989» y otros* o *Tarbuk c. Croacia*; ya llegados a *Marguš* serían solo y claramente unos pocos jueces los que aún parecen considerar que una ley de amnistía puede ser acorde con el CEDH. Todo ello, sin perjuicio de que como hemos ido analizando, pueda afirmarse que con anterioridad a esta sentencia, tal posibilidad ya habría sido descartada por el Tribunal.

En suma, mi opinión es que el TEDH ha ido desarrollando progresivamente su valoración respecto a las leyes de amnistía hasta llegar a consolidar de manera definitiva lo que ya habían ido estableciendo los restantes órganos e instituciones internacionales. Esto es, en lo que a él compete, aquello que presentamos al inicio como hipótesis de partida: que toda medida que al fin y a la postre, pretenda impedir la investigación, juicio y en su caso sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos es incompatible con el CEDH.

