Justicia de Transición: El caso de España

Santiago Ripol Carulla (Dir.)
Carlos Villán Durán (Dir.)

RESULTATS DE RECERCA 02/2012

INSTITUT CATALÀ INTERNACIONAL PER LA PAU

Justicia de Transición: El caso de España

Santiago Ripol Carulla (Dir.)
Carlos Villán Durán (Dir.)

J. Chinchón Álvarez
C. Faleh Pérez
S. Garibian
F. Gómez Isa
C. Jiménez Villarejo
E. López Barrero
S. Ripol Carulla
X. Seuba Hernández
H. Valencia Villa
L. Vicente Márquez
C. Villán Durán

INSTITUT CATALÀ INTERNACIONAL PER LA PAU

Aquest estudi és fruit de la convocatòria d'ajuts de recerca RICIP, concretament correspon al projecte d'investigació *La justícia de transició. El cas d'Espanya*. L'ICIP no es fa responsable de les opinions aparegudes a l'estudi.

Este estudio es fruto de la convocatoria de ayudas a la investigación RICIP, concretamente corresponde con el proyecto de investigación *La justicia de transición. El caso de España*. El ICIP no se hace responsable de las opiniones expresadas en el estudio.

2012 Institut Català Internacional per la Pau
Gran Via de les Corts Catalanes, 658, baixos · 08010 Barcelona
T. +34 93 554 42 70 | F. +34 93 554 42 80
icip@gencat.cat | www.icip.cat

Maquetació
ICIP

ISSN: 2014-7821

D.L.: B.28047.2012

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons de Reconocimiento – No Comercial – Compartir bajo la misma licencia 2.5 España. Para leer una copia de esta licencia visitar el siguiente enlace: http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/
Se puede copiar, distribuir, comunicar públicamente, traducir y modificar este documento siempre y cuando no se realice un uso comercial del mismo y se respete la autoría original.

ÍNDICE

Presentación
S. RIPOL CARULLA 7

1. Contribución de la AEDIDH al desarrollo de la justicia de transición en España
C. VILLÁN DURÁN 9

1.1. Introducción 9

1.2. Tribunales españoles 10

1.3. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias 15

1.4. Comité de Derechos Humanos 20

1.5. Comité contra la Tortura 23

1.6. Conclusiones 25

2. La obligación internacional del Estado de investigar las violaciones a los Derechos Humanos ocurridas en el pasado
J. CHINCHÓN ÁLVAREZ 26

2.1. La obligación de investigar las violaciones a los Derechos Humanos: planteamiento inicial 26

2.2. El poliedro transicional: algunas consideraciones sobre la problemática propia a la investigación de las violaciones a los Derechos Humanos ocurridas en el pasado 35

2.3. De lo general a lo particular: la situación en España. A modo de conclusión 39

3. Derecho a la verdad. El caso Argentino
S. GARIBIAN 51

3.1. Introducción 51

3.2. El caso argentino 52

3.3. La garantía del derecho a la verdad como un fin (o la obligación del Estado de investigar) 55

3.4. La garantía del derecho a la verdad como un medio (o la obligación estatal de sancionar) 59

3.5. Consideraciones finales 62

4. La naturaleza colectiva del derecho a la verdad y su impacto sobre la legitimación activa
X. SEUBA HERNÁNDEZ 64

4.1. Introducción 64

4.2. El derecho a la verdad como derecho colectivo 65

4.3. Legitimación activa 69

4.4. Conclusiones 74

5. La obligación internacional del Estado de prevenir e investigar los casos de desaparición forzada o involuntaria de personas
C. FALEH PÉREZ 75

5.1. Introducción: La noción de desaparición forzada 75

5.2. La obligación estatal de investigar las desapariciones forzadas en el ámbito universal 82

5.3. La obligación de investigar las desapariciones forzadas en los sistemas europeo e interamericano de protección de los Derechos Humanos 99

5.4. Conclusiones 131

6. La obligación del Estado de reparar las violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las formas de reparación
E. LÓPEZ BARRERO 135

6.1. Introducción 135

6.2. Marco General. La reparación en el Derecho Internacional General 136

6.3. La reparación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos 138

7. La responsabilidad penal individual por crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad. Derecho comparado y práctica española
L. VICENTE MÁRQUEZ 148

7.1. Introducción 148

7.2. La responsabilidad penal individual: nuevos mecanismos de la comunidad internacional para garantizar la justicia 149

7.3. Crímenes de Derecho Internacional: ¿Mal de todos? 157

7.4. La práctica en España: ¿Comprometidos con la Justicia? 161

7.5. Conclusión 170

8. Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales. El caso español
F. GÓMEZ ISA 172

8.1. Introducción 172

8.2. La justicia transicional en España 175

8.3. A modo de conclusiones 183

9. La ley española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional
H. VALENCIA VILLA 185

9.1. Amnistía e indulto 186

9.2. La amnistía española de 1977 189

9.3. La amnistía ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos 192

10. El valor jurídico de las sentencias de los tribunales franquistas a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
C. JIMÉNEZ VILLAREJO 199

10.1. Introducción. La represión 199

10.2. La jurisdicción de guerra. El decreto 55 200

10.3. Los procesos militares bajo el franquismo 202

10.4. La revisión pendiente de los juicios franquistas 206

11. Selección de bibliografía y documentación
S. RIPOL CARULLA 213

11.1. Introducción 213

11.2. Concepto de justicia de transición 214

11.3. España 223

11.4. Documentos y textos normativos de organizaciones internacionales 227

RELACIÓN DE AUTORES 238

Presentación

SANTIAGO RIPOL CARULLA
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

La obra colectiva *Justicia de transición: el caso español* es resultado de un proyecto de investigación financiado con cargo a una ayuda concedida en la convocatoria RICIP 2009. En abril de 2011 hicimos entrega de la misma al Institut Català Internacional per la Pau.

La obra consta de diez capítulos y una presentación. Los capítulos han sido realizados por 10 autores, 6 de ellos integrantes del equipo inicial (S. Ripol, J. Chinchón, X. Seuba, C. Faleh, E. López y H. Valencia) y los otros 4 invitados por el Director del proyecto (S. Garibian, L. Vicente, F. Gómez y C. Jiménez).

.....

Desde los años 90 se ha desarrollado una muy importante bibliografía sobre los diversos casos de justicia de transición habidos en la práctica internacional. Este elevado volumen de estudios ha redundado en la definición del concepto de justicia de transición y en la identificación de sus elementos singulares; concepto y elementos que nuestra investigación asume.

Sin embargo, la referida labor de conceptualización precisa de un ulterior desarrollo, que consiste precisamente en dotar a los procesos de justicia de transición de un fundamento jurídico, que permita afirmar la obligatoriedad jurídica de las acciones a emprender. Este fundamento – menos trabajado por la doctrina – se establece en torno de dos elementos. En primer lugar, la asunción por el Derecho internacional de los derechos humanos de la noción de justicia de transición que ha cristalizado, entre otros textos, en la Resolución 60/147 de la AGNU de 2005. En segundo lugar, la noción de víctima y la obligación jurídico-internacional del Estado de reparar a las víctimas por las violaciones sufridas. Este derecho de las víctimas se formula como un "derecho a la justicia" en su triple acepción de: a) derecho a la verdad y a la memoria, b) derecho al castigo de los responsables de los abusos y c) derecho de las víctimas a la reparación y rehabilitación. Ambos elementos – y, en sentido más amplio, la determinación del fundamento de las acciones que se enmarcan en la justicia de transición - constituyen el primer eje de la obra que presentamos, y centran los primeros seis capítulos de la investigación.

.....

Ésta analiza también la problemática que encierra la justicia de transición en España y estudia la aplicación (o falta de aplicación en su caso) al caso español del propio concepto y de las técnicas y las fórmulas que son propios de la justicia de transición, lo que conduce a estudiar determinadas leyes y decisiones judiciales habidas en España durante los últimos años.

Frente a quienes sostienen que España ya ha vivido un proceso de justicia de transición, los familiares de las víctimas de las violaciones masivas a los derechos humanos reclaman justicia con más fuerza que nunca. La investigación parte de la convicción de que, aun siendo cierto que durante estos años se han utilizado ciertas fórmulas propias de la justicia de transición (programas de reparación, reformas institucionales,...), dicho proceso no puede entenderse concluso.

Diversos factores singularizan el caso español: la lejanía en el tiempo del fin de la dictadura, el éxito político de la transición, etcétera. Estos factores dificultan la realización de un proceso de justicia de transición en España y plantean cuestiones conceptuales de interés como el alcance de la noción de víctima, del derecho a la verdad y del derecho a la justicia.

He aquí el segundo eje sobre el que se estructura esta investigación, que desde este punto de vista, constituye una importante contribución al debate instalado en la sociedad civil española sobre la recuperación de la memoria histórica y su concreción en el plano jurídico.

.....

En fin, al igual que *Rayuela* la novela publicada por J. Cortázar en 1963, "a su manera este libro es muchos libros, pero sobre todo es dos libros". El primero se deja leer en la forma corriente, tal como hasta aquí se ha expuesto, y supone una reflexión del concepto de justicia de transición, de su fundamento y de su aplicación en España. El segundo parte del caso español para desde el mismo y de la noción de víctima reflexionar sobre la idoneidad de los distintos métodos de realización de la justicia de transición.

En cualquier caso esta reflexión, que nos conduce de nuevo al plano general, se formula otra vez en la Selección de bibliografía y documentación, un capítulo que además de responder a la concreta finalidad expresada en su título, actúa como elemento de cierre del trabajo colectivo que se presenta.

Como director del proyecto quiero resaltar la participación de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) en la realización de esta investigación. Esta participación va más allá del hecho de que 7 de los autores de la obra seamos miembros de la AEDIDH. En efecto, tanto la fase de solicitud de la ayuda como la posterior fase preparatoria de la investigación, deben mucho a Carlos Villán Durán, Presidente-Fundador de la Asociación. Por estos motivos, Carlos y yo mismo firmamos esta publicación como sus directores. Por último, quiero agradecer al Institut Català Internacional per la Pau la ayuda concedida y la publicación de un trabajo que creemos de interés.

1. Contribución de la AEDIDH al desarrollo de la justicia de transición en España

CARLOS VILLÁN DURÁN
Presidente
Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)

1.1 INTRODUCCIÓN

Desde su creación en 2004, la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante: AEDIDH), hoy integrada por 109 personas expertas en DIDH de España y América Latina, decidió establecer puentes de comunicación entre el mundo académico, las instituciones públicas y la sociedad civil, a fin de contribuir a la construcción de la paz a través del derecho.

En el plano internacional, esto supuso abogar por el reconocimiento de la paz como derecho humano. A esos fines, la AEDIDH condujo una Campaña mundial a favor del derecho humano a la paz, que tuvo como punto de partida la aprobación de la *Declaración de Luarca sobre el Derecho Humano a la Paz* en 2006[1]. Durante cuatro años (2007-2010) la *Declaración de Luarca* fue consultada con personas expertas de todas las regiones del mundo y sometida a la consideración del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, instando a sus estados miembros a iniciar la codificación oficial del emergente derecho humano a la paz[2]. En 2010 el Consejo DH encargó a su Comité Asesor la redacción de una declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz. Paralelamente, la sociedad civil terminó su codificación "privada" con la aprobación el 10 de diciembre de 2010 de la *Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz* y de los Estatutos del Observatorio Internacional del Derecho Humano a la Paz[3].

El 5 de julio de 2012 el Consejo DH[4] estableció un grupo de trabajo para continuar la redacción de la Declaración de las Naciones Unidas a partir del proyecto de declaración sobre el derecho a la paz que había sido presentado por su Comité Asesor en abril pasa-

[1] *Vid.* RUEDA CASTAÑON (C. R.) y VILLÁN DURÁN (C.) (eds.), *La Declaración de Luarca sobre el Derecho Humano a la Paz*, 2ª ed., Madú: Granda-Siero, 2008, 560 p.
[2] *Vid.* VILLÁN DURÁN (C.) y FALEH PÉREZ (C.) (editores), *Contribuciones regionales para una declaración universal del derecho humano a la paz.* Luarca: AEDIDH, 2010, 640 p.
[3] *Vid.* VILLÁN DURÁN (C.) y FALEH PÉREZ (C.): "El liderazgo de la sociedad civil en la codificación internacional del derecho humano a la paz", *in* VILLÁN DURÁN (C.) y FALEH PÉREZ (C.) (editores), *Paz, migraciones y libre determinación de los pueblos,* Luarca: AEDIDH, 2012, 200 p, *at* 19-54.
[4] El proyecto de resolución L.16 oralmente revisado por Cuba en nombre de sus patrocinadores, fue aprobado por 34 votos a favor, 12 abstenciones (estados europeos e India) y uno en contra (Estados Unidos).

do[5]. Esta declaración hizo suyas el 85% de las normas propuestas por la sociedad civil en la *Declaración de Santiago*. Entre ellas, cabe destacar el Art. 11.1 del texto del Comité Asesor dedicado a "los derechos de las víctimas", que afirma:

> *"Toda víctima de una violación de los derechos humanos tiene, conforme a las normas internacionales de derechos humanos, un derecho imprescriptible a conocer la verdad y a que se restablezcan los derechos conculcados; a que se investiguen los hechos y se identifique y castigue a los culpables; a obtener una reparación integral y efectiva, lo que incluye el derecho a rehabilitación e indemnización; a medidas de satisfacción o reparación simbólica; y a que se garantice que esos actos no se repetirán".*

Esta disposición, unánimemente reivindicada por la sociedad civil internacional, tiene el mérito de recoger los mayores avances del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante: DIDH) en los últimos años, respaldados por las mejores prácticas en materia de justicia de transición, decisivamente apoyadas por las Naciones Unidas. Parte de la asunción de que la recuperación de la paz social después de un conflicto armado, en el que se han producido graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, solamente es posible si se atiende debidamente a los derechos de las víctimas de esas violaciones. El trinomio verdad-justicia-reparación resume cabalmente la teoría y la práctica desarrolladas en el plano internacional, siendo aplicable a toda situación de justicia de transición. Y, como ha reconocido el Comité Asesor, también es parte inherente del emergente derecho humano a la paz.

La situación española no puede seguir constituyendo una excepción, porque es jurídicamente contraria al DIDH, políticamente inaceptable y moralmente censurable. Partiendo de esta convicción, la AEDIDH llevó a cabo un plan de litigio estratégico ante los tribunales españoles y las Naciones Unidas, que puso al descubierto las enormes carencias del sistema jurídico-político español para enfrentar correctamente el constante desafío que supone reconocer los derechos de las víctimas de crímenes internacionales producidos durante la guerra civil y la posterior represión franquista, por mucho tiempo que haya transcurrido desde entonces.

1.2. TRIBUNALES ESPAÑOLES

La Plataforma de Víctimas de Desaparición Forzada del Franquismo presentó el 15 de diciembre de 2006 ante la Audiencia Nacional una denuncia colectiva reclamando la investigación judicial de miles de casos de desapariciones forzadas, que habían ocurrido en España durante la guerra civil y posterior represión franquista. Por reparto, la denuncia recayó en la competencia del Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, cuyo titular era el entonces magistrado Baltasar Garzón.

A solicitud de las Asociaciones de familiares de las víctimas, la AEDIDH elaboró un dictamen sobre la cuestión de las desapariciones forzadas y otros crímenes contra la

[5] A/HRC/20/31, de 16 de abril de 2012, anexo.

humanidad, que fueron perpetrados en España durante la guerra civil (1936-1939) y la subsiguiente dictadura franquista (1939-1975)[6].

Los fundamentos jurídicos que, en correcta aplicación del DIDH, debían conducir al magistrado a iniciar la investigación judicial de los hechos denunciados, fueron los siguientes:

En primer lugar, desde su ingreso en las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1955, España asumió la obligación constitucional de tomar medidas para respetar efectivamente los derechos humanos y libertades fundamentales que el derecho internacional universalmente reconoce"[7]. En realidad esta obligación ya existía, pues formaba parte del derecho internacional consuetudinario en vigor y obligatorio para España, ya que en derecho internacional la costumbre posee el mismo valor jurídico que el tratado internacional, siendo por tanto fuente de derecho idónea para imponer a los estados obligaciones jurídicas, incluso en el ámbito de las relaciones del estado con los particulares, gozando de la misma jerarquía supralegal e infraconstitucional que la Constitución de 1978 reconoce a los tratados internacionales.

En segundo lugar, y a tenor de la jurisprudencia del TC en materia de acceso de toda persona a la justicia[8], a España como estado parte en el PICDP le es oponible la obligación de debida diligencia para adoptar todas las medidas necesarias a fin de prevenir o investigar, castigar, o reparar las violaciones de los derechos humanos producidas, ya sea por acciones u omisiones de los agentes del estado o atribuibles a los particulares"[9].

En tercer lugar, según el Proyecto de Artículo sobre la responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional[10], "todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional" (Art. 1). Y se produce el hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando su comportamiento, consistente en una acción u omisión, "a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado" (Art. 2).

Por lo tanto, todas las acciones y omisiones que fueron cometidas, ordenadas, planificadas o instigadas desde 1936 por el movimiento de sublevación militar anticonstitucional, pasaron a convertirse en hechos ilícitos de España en virtud de los principios de continuidad de la personalidad del estado y de continuidad entre el movimiento insurrecto y el nuevo gobierno violentamente instaurado"[11].

---

[6] AEDIDH, *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la guerra civil y la dictadura*. Ginebra y Las Palmas de Gran Canaria, 30 de abril de 2008, 52 p. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/AEDIDH.pdf
Presentado ante el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional en la causa "diligencias previas 399/2006".

[7] AEDIDH, *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo, cit.*, p.8.

[8] STC, 95/2003, de 22 de mayo de 2003, FJ 5, párr. 2. La sentencia acudió al DIDH para interpretar el alcance del Art. 24 de la CE (derecho a la tutela judicial efectiva). Concluyó que tal derecho abarca a "todas las personas", en aplicación del Art. 10.2 CE, que obliga a interpretar los derechos reconocidos en la Constitución conforme a la DUDH y los tratados internacionales que haya suscrito España en la materia, siendo por tanto de aplicación el Art.10 DUDH, el Art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y el Art. 14.1 PICDP. Todos los textos internacionales reconocen el derecho a la tutela judicial efectiva a "todas las personas", sin atención a su nacionalidad (STC 99/1985 de 30 de septiembre [RTC 1985/99], FJ 2).

[9] AEDIDH, *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo, cit.*, p. 13.

[10] Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de diciembre de 2001, anexo.

[11] AEDIDH, *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo, cit.*, p. 27.

En cuarto lugar, la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*[12] reconoce el carácter permanente del delito de desaparición forzada "mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos" (Art.17.1).

En quinto lugar, la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*[13], reconoció que "la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad" conforme al derecho internacional (Art. 5). En consecuencia, todo plazo de prescripción de la acción penal deberá ser "prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito"; y tal plazo "se debe contar a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito" (Art. 8.1). Por último, el estado garantizará a las víctimas de desaparición forzada "el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción" (Art. 8.2).

En sexto lugar, cuando ocurrieron los hechos denunciados en España ya estaba en vigor la llamada *Cláusula Martens*, principio esencial del derecho internacional humanitario, que fuera codificado en el IV Convenio de La Haya relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre[14]. Según la cláusula, "…los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principio del Derecho de Gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública".

Por tanto, los estados reconocieron entonces que las normas consuetudinarias que se codifican en el reglamento anexo al citado Convenio, son la regla general aplicable a los beligerantes en el marco de un conflicto armado, lo mismo que a las relaciones entre los pueblos. En los casos no comprendidos en el citado reglamento, pueblos y beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio del Derecho de Gentes dimanante de los usos establecidos entre naciones civilizadas, las leyes de la humanidad y exigencias de la conciencia pública[15].

En consecuencia, la AEDIDH sostuvo que en España los crímenes de lesa humanidad cometidos desde el inicio de la guerra civil y durante la posterior represión franquista, fueron ejecutados o estaban conectados con un conflicto armado en el que se produjeron también violaciones de las leyes y usos de la guerra. Por consiguiente, durante y después de la guerra, tanto los beligerantes como el bando vencedor estuvieron obligados en todo momento a respetar las leyes y usos de la guerra que formaban parte del DI consuetudinario y que además habían sido codificados en tratados que España había suscrito con anterioridad a la guerra civil[16].

Los fundamentos jurídicos del dictamen de la AEDIDH fueron ampliamente recogidos en el auto de 16 de octubre de 2008 del entonces titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, el magistrado Baltasar Garzón. En efecto, el magistrado se declaró competente "para el conocimiento de las denuncias presentadas por Asociaciones para la recuperación de la memoria histórica que pusieron en conocimiento del Juzgado la desaparición de familiares sin conocer la verdad de los hechos acaecidos, el lugar de fallecimiento y de su enterramiento, y solicitan la tutela judicial

[12] Resolución 47/133 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992.
[13] Resolución 61/177 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2006. Ratificada por 32 estados, incluida España. En vigor desde el 24 de septiembre de 2009.
[14] Firmado por España el 29 de julio de 1899 y ratificado el 4 de septiembre de 1890.
[15] AEDIDH, *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo*, *cit*., p. 35.
[16] AEDIDH, *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo*, *cit*., p. 38.

para la exhumación e identificación de los cadáveres y así poder honrarlos y homenajearlos" [17].

El magistrado reconoció que los hechos denunciados nunca habían sido investigados penalmente por la justicia española, por lo que la impunidad ha sido la regla frente a unos acontecimientos que podrían revestir la calificación jurídica de crimen contra la humanidad.

Además, el magistrado afirmó la existencia de legislación internacional de obligado cumplimiento para España en el momento de la comisión de los crímenes internacionales durante la guerra civil y la posterior dictadura. En concreto, se refirió al derecho internacional humanitario que estaba en vigor en el momento de la comisión de tales crímenes, como "la Convención de Ginebra de 1864, con la que se dio comienzo a la codificación del derecho humanitario, así como las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre Leyes y Usos de la Guerra. La primera de estas dos últimas incluía la denominada "cláusula Martens". Por lo que "los crímenes atroces cometidos con posterioridad al 17 de julio de 1936, tenían ya, en aquella época, la categoría de actos prohibidos por el *ius in bello* (derecho de la guerra) e integraban la categoría de crímenes contra las Leyes y Costumbres de la Guerra y Leyes de Humanidad"[18].

También reconoció el magistrado la categoría de crimen contra la humanidad, que se caracterizan por agredir a la persona "en sus derechos más elementales como la vida, la integridad, la dignidad, la libertad, que constituyen los pilares sobre los que se constituye una sociedad civilizada y el propio Estado de Derecho"[19]. En el marco del conflicto, "los rebeldes pretendieron alzarse contra el Gobierno legítimo y exterminar a los opositores, en forma sistemática... Quienes se alzaron o rebelaron contra el Gobierno legítimo y cometieron, por tanto, un delito contra la Constitución entonces vigente y contra los Altos Organismos de la Nación, indujeron y ordenaron las previas, simultáneas y posteriores matanzas, torturas y detenciones ilegales sistemáticas y generalizadas de los opositores políticos, y provocaron el exilio forzoso de miles de personas"[20].

Justificó así que los crímenes que se cometieron durante la guerra civil y los primeros años del franquismo por parte del bando golpista formaron parte, en sus palabras, de "un plan de ataque sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de múltiples muertes, torturas, exilio y desapariciones forzadas (detenciones ilegales) de personas a partir de 1936, durante los años de Guerra Civil y los siguientes de la posguerra, producidos en diferentes puntos geográficos del territorio español"[21].

Estas acciones eran ya consideradas delitos ordinarios en 1936, mucho antes de la Ley Orgánica 15/2003 que introdujo el artículo 607 bis en el CP español, que desde entonces tipifica en el ordenamiento jurídico español los delitos de lesa humanidad.

El magistrado también aceptó la retroactividad de la ley penal cuando se trata de delitos considerados de lesa humanidad "según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional" (Art. 15.2 PIDCP). Aunque tales principios fueron formalmente incorporados al Código Penal español con posterioridad, los hechos denunciados constituyeron crímenes de lesa humanidad conforme al derecho internacional de la época. En efecto, se cometieron "como parte de un ataque generaliza-

[17] Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de la Audiencia Nacional, diligencias previas, procedimiento abreviado 399/2006V, auto de 16 de octubre 2008, FJ1, párr. 1.
[18] *Ibidem,* FJ.2, p. 7.
[19] *Ibidem id.*, FJ 3, p. 16.
[20] *Ibidem id.*, p. 17.
[21] *Ibidem id.*, p. 3.

do y sistemático contra la población civil o una parte de ella, o bien por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional"[22].

A mayor abundamiento, el magistrado consideró que los hechos denunciados "estaban ya descritos y penados en el Código Penal de 1932 y, en consecuencia, los delitos cometidos a partir del alzamiento o rebelión militar de 1936 forman parte, indudablemente, del delito permanente de detención ilegal sin dar razón del paradero". Para el juzgador, "la no vulneración del principio de irretroactividad penal deriva ante todo del hecho de que, al margen de ese contexto, ya eran conductas delictivas en el momento del comienzo de su ejecución, poco antes de la guerra civil, y siguen cometiéndose en la actualidad, dada su naturaleza de delitos permanentes"[23].

En sexto lugar, la posibilidad de amnistiar los hechos es contraria a la continuidad delictiva de los mismos. Así, el auto que nos ocupa estableció que "la acción se sigue produciendo hasta el día de la fecha y, por ende, después de las leyes de amnistía" de octubre de 1977 y 1984, por lo que ambas deben interpretarse "a la luz del Derecho Internacional Humanitario que prohíbe medidas generales de gracia (indultos, amnistía) que impidan la exigencia de responsabilidades criminales a los responsables de violaciones graves de los Derechos Humanos"[24].

Además, "parece claro que no pueden considerarse incluidos en este artículo (art.1 Ley 46/1977), ni en el artículo segundo (delitos de rebelión y sedición) los hechos y delitos que con arreglo a las normas de derecho penal internacional son catalogados como crímenes contra la humanidad y por tanto, sin naturaleza de delito político. Frente a esta naturaleza, ninguna ley de amnistía puede oponerse. Así se desprende, en el ámbito internacional, de la Jurisprudencia emanada por tribunales Internacionales (Tribunal Especial para Sierra Leona, Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos)."[25]

A pesar de todo ello, el mismo magistrado se declaró incompetente un mes después, mediante auto de 18 de noviembre de 2008, inhibiéndose a favor de los juzgados territoriales en donde se habían hallado fosas comunes, a los efectos de tramitar causas por presuntos delitos permanentes de detención ilegal sin dar razón del paradero en el contexto de crímenes contra la humanidad, en relación con detenciones, asesinatos y ocultación de cadáveres de miles de ciudadanos, cometidos durante la guerra civil española y primeros años del franquismo, concretamente entre el 17 de julio de 1936 y el 31 de diciembre de 1951.

Un grupo de extrema derecha vinculado a Falange se querelló contra Garzón ante el Tribunal Supremo, acusándole de prevaricación por no haber aplicado la Ley de Amnistía de 1977. Después de un tortuoso proceso, la STS de 27 de febrero de 2012 absolvió a Garzón del supuesto delito de prevaricación, pero mantuvo que su actuación había sido errónea, porque debió aplicar la citada Ley de Amnistía y por tanto debió abstenerse de ordenar la investigación de las desapariciones. El TS también omitió referirse a los principios y normas de derecho internacional aplicables, por lo que no reconoció el carácter de delito continuado de la desaparición forzada, confirmando la aplicación de la amnistía y la prescripción a los citados crímenes de lesa humanidad.

[22] *Ibidem id.*, FJ 8, p. 34.
[23] *Ibidem id.*, FJ 9, pp. 39-40.
[24] *Ibidem id.*, FJ 10, p. 47.
[25] *Ibidem id.,* p. 44.

En suma, la justicia española confirmó en 2012 la impunidad total de la que hasta entonces habían disfrutado los responsables de crímenes internacionales contra los derechos humanos cometidos durante la guerra civil y posterior represión franquista, tales como las ejecuciones sumarias, las desapariciones sistemáticas, la tortura y la detención arbitraria generalizadas, el exilio o el trabajo forzoso y el secuestro masivo de infantes. Situación absolutamente incompatible con las obligaciones del estado ante el DIDH, lo que obligó a la AEDIDH a continuar su litigio estratégico ante los órganos pertinentes de derechos humanos de las Naciones Unidas.

1.3. GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS

La AEDIDH realizó dos comparecencias ante el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante: GTDFI) en Ginebra.

La primera comparecencia se celebró el 27 de noviembre de 2008. La declaración oral de la AEDIDH[26] fue acompañada del dictamen de la AEDIDH sobre la cuestión de las desapariciones forzadas y otros crímenes de lesa humanidad perpetrados en España durante la guerra civil (1936-1939) y la posterior dictadura franquista (1939-1975), que había sido presentado en abril de 2008 ante el Comité de Derechos Humanos y anteriormente al Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional[27], para acompañar a la denuncia que había presentado el 15 de diciembre de 2006 la Plataforma de Víctimas de Desaparición Forzada del Franquismo.

En relación a la competencia del GTDFI, la AEDIDH recordó que en 2002 el GTDFI había transmitido a España dos casos de presuntas desapariciones que tuvieron lugar en 1947 y 1949. Se presentaron otras denuncias, pero fueron declaradas inadmisibles, ya que se consideró que podrían haber ocurrido antes de la creación de las Naciones Unidas (1945)[28]. En 2003 se transmitió también a España un tercer caso ocurrido en 1950[29]. En total, cuatro casos figuran todavía como pendientes de esclarecimiento en sus últimos informes anuales[30].

El escaso número de casos españoles registrados por el GTDFI se explica por el hecho de que en 2002 decidió no aceptar casos individuales "que presuntamente sucedieron en España antes de la creación de las Naciones Unidas"[31] (1945). Esta decisión ocasionó un grave perjuicio a los familiares de las víctimas españolas, toda vez que el período crítico de desapariciones sistemáticas y generalizadas, consideradas como crímenes de lesa humanidad, ocurrieron durante la guerra civil (1936-1939) y el primer período de la represión franquista (1939-1945). Además, fue una decisión irrespetuosa del carácter imprescriptible de los crímenes internacionales, de los que la desaparición forzada, cuando es generalizada o sistemática, forma parte.

[26] Disponible en http://www.aedidh.org/sites/default/files/ComparecenciaCDH_AEDIDH.pdf
[27] AEDIDH, *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo, cit.*
[28] *Vid.* E/CN.4/2003/70, párr. 247.
[29] *Vid.* E/CN.4/2004/58, párr. 261.
[30] Doc. A/HRC/13/31, de 21 de diciembre de 2009; doc. A/HRC/16/48, de 26 enero de 2011; y doc.:A/HRC/19/58/Rev.1, de 2 de marzo de 2012.
[31] E/CN.4/2003/70, *cit.,* párr. 247.

La AEDIDH también recordó que el auto del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2008, había reconocido que todavía existían en España 114.266 casos pendientes de investigación. Asimismo, los delitos calificados como desapariciones forzadas fueron considerados en el auto como crímenes de lesa humanidad, porque tuvieron como finalidad llevar a cabo una política deliberada de exterminio de los disidentes políticos por el régimen militar de Franco.

Además, el auto reconoció que en 1936 España tenía la obligación legal de prohibir los crímenes contra la humanidad, ya que tal prohibición ya formaba parte del derecho internacional consuetudinario (la llamada "Cláusula Martens") y había sido codificada en la IV Convención de La Haya de 1907, seguida por las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 que regulan el derecho internacional humanitario. Los crímenes de lesa humanidad también fueron reconocidos por el Tribunal de Nuremberg y el Estatuto de Londres (1945), que autorizó al Tribunal a juzgar los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad ocurridos a partir del 30 de enero de 1933, fecha en que los nazis tomaron el poder en Alemania.

Por otra parte, el auto se refirió a los miles de infantes republicanos desaparecidos de forma sistemática en España después de la guerra civil (1940-1954). Algunos de ellos habían sido separados forzosamente de sus madres recluidas en prisión, una vez cumplidos los tres años de edad. Otros infantes huérfanos fueron repatriados por la fuerza desde Francia y otros países y, a continuación, internados en orfanatos españoles. Todo ello se hizo bajo el amparo de la Ley española de 4 de diciembre de 1941[32]. Los nombres de estos infantes fueron cambiados y, a continuación, inscritos en el Registro Nacional con una identidad falsa. Muchos de ellos fueron dados en adopción a familias adictas al régimen militar con la finalidad de reeducarlos y todavía pueden estar vivos, en total ignorancia de su identidad. Falange Española (el único partido político permitido durante la dictadura), informó el 26 de noviembre de 1949 que sus servicios en el extranjero habían repatriado 20.266 infantes republicanos. En 1954 las cifras oficiales en España admitieron que existían 30.960 infantes huérfanos menores de 18 años.

De conformidad con sus métodos de trabajo, el mandato básico del GTDFI es de carácter humanitario, destinado a ayudar a las familias en la determinación de la suerte y el paradero de sus parientes desaparecidos. Los familiares de las víctimas españolas que han sufrido desapariciones sistemáticas, después de haber agotado durante los últimos 72 años todos los recursos internos disponibles en el ordenamiento jurídico, ven al GTDFI como la última oportunidad para volver a establecer un canal de comunicación con el Gobierno. En base a razones puramente humanitarias, la AEDIDH solicitó al GTDFI que reconsiderara su decisión de 2002, para evitar que miles de desaparecidos españoles fuesen olvidados definitivamente y el derecho a la verdad, la justicia y la reparación desapareciera con ellos. Además, la AEDIDH fundó jurídicamente su solicitud de la siguiente manera:

1. El GTDFI tiene la obligación de vigilar el cumplimiento por los estados de sus obligaciones derivadas de la *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, de 1992. A diferencia de la Convención de 2006, nada de lo dispuesto en la Declaración de 1992 se opone a su aplicación retroactiva, en particular aquellos principios que se basan en el derecho internacional consuetudinario codificado en la Declaración, tal como la consideración de las desapariciones forzadas y sistemáticas como crímenes de lesa humanidad.

[32] Diario Oficial de 16 de diciembre de 1941.

2. El GTDFI no hace referencia alguna en sus métodos de trabajo a reglas que pudieran restringir ratione temporis su competencia para recibir denuncias individuales.

3. Los crímenes de lesa humanidad imponen obligaciones específicas a los estados, a saber: el deber de investigar en su totalidad los presuntos casos de desaparición, en particular los casos relativos a los niños desaparecidos que aún pueden estar vivos; el deber de juzgar a los presuntos autores de los actos de desaparición; y la obligación de respetar la imprescriptibilidad de los crímenes de desaparición forzada, que tampoco pueden ser objeto de leyes especiales de amnistía y medidas similares que puedan dar lugar a la impunidad.

4. El GTDFI formula habitualmente observaciones sobre la aplicación de la Declaración cuando el gobierno no ha cumplido con sus obligaciones relacionadas con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

5. El GTDFI transmite regularmente a los gobiernos interesados un resumen de las denuncias recibidas de familiares de personas desaparecidas y las organizaciones no gubernamentales con respecto a los obstáculos encontrados en la aplicación de la Declaración en sus respectivos países. Y,

6. El GTDFI se interesa por los casos de intimidación, persecución o represalia contra los familiares de personas desaparecidas, o miembros de organizaciones de familiares y otras organizaciones no gubernamentales. El GTDFI podría transmitir estos informes al gobierno español, para que tome las medidas oportunas que tengan como finalidad proteger todos los derechos fundamentales de las personas afectadas.

Por último, la AEDIDH instó al GTDFI a recordar a España que debe honrar sus obligaciones internacionales en relación con los desaparecidos. En particular, solicitó:

1. Que se derogue la Ley de Amnistía de 1977, de modo que ésta no pueda seguir aplicándose para dejar impunes graves violaciones de los derechos humanos, en particular los crímenes contra la humanidad, incluidas las desapariciones forzadas de personas.

2. Que se adopten medidas legislativas para asegurarse de que los tribunales de justicia españoles reconozcan la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, un principio básico del DIDH que no admite derogación. En particular, el Código Penal español debería ser revisado para incorporar la definición del delito de desaparición forzada de conformidad con el derecho internacional.

3. Que se ratifique urgentemente la Convención de las Naciones Unidas de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

4. Que se constituya una comisión de la verdad compuesta de expertos independientes, que restablezca la verdad histórica de las violaciones de los derechos humanos ocurridas en España durante la guerra civil y posterior represión franquista, y formule recomendaciones que los poderes públicos se comprometan a cumplir.

5. Que se cumpla con la obligación internacional de investigar los casos pendientes de desaparición forzada de personas durante la guerra civil y posterior represión franquista. Las víctimas y sus familiares deben poder ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva y exigir al estado que investigue los casos pendientes. En particular, el estado debe facilitar la investigación judicial de los casos pendientes, identificar a los responsables y auxiliar con todos los medios a su alcance a los familiares que deseen localizar, identificar y exhumar los restos de los desaparecidos.

6. El estado debería ser instado también a conceder a las víctimas y sus familias la justicia y la total reparación.

7. Que se adopten medidas concretas de protección a favor de los defensores de derechos humanos y familiares de las víctimas de desapariciones forzadas que ya han identificado 400 fosas comunes o clandestinas, practicado exhumaciones de 4.000 cuerpos en 170 fosas por su propia iniciativa e identificado los restos de sus seres queridos, a pesar de los reiterados obstáculos y hostigamientos de los que son objeto habitualmente por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado, jueces y otras autoridades públicas, que rechazan colaborar en la consecución de tan noble objetivo. Y,

8. El GTDFI podría realizar una visita oficial a España, país que mantiene una invitación abierta a todos los procedimientos especiales de carácter temático del Consejo de Derechos Humanos.

En sus observaciones sobre España publicadas en el informe anual correspondiente a 2009, el GTDFI recogió las alegaciones esenciales de la AEDIDH[33]. Además, recordó al estado su obligación de dar cumplimiento a la Declaración, señalando que "todos los actos de desapariciones forzadas deben ser tipificados como un delito que conlleve penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad (Art. 4.1); y que todos los actos de desapariciones forzadas deben ser investigados hasta que el paradero de la víctima de desaparición forzada no se haya aclarado (Art. 13.6)"[34].

En su informe de 2010 el GTDFI volvió a recordar a España el contenido de su comentario general sobre la *desaparición forzada como un delito continuado,* según el cual "las desapariciones forzadas son prototípicos actos continuos". El acto comienza en el momento del secuestro y se extiende por todo el período de tiempo en que el delito tiene lugar, es decir, hasta que el estado reconoce la detención o proporciona información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida. Por lo que "los tribunales y otras instituciones deberían mantener la desaparición forzada como delito continuado o violación de los derechos humanos mientras no se hayan completado todos los elementos del delito o de la violación" [35].

La AEDIDH denunció ante el GTDFI el procesamiento por supuesta prevaricación del magistrado B. Garzón por parte del Tribunal Supremo, lo que ocasionó una importante alarma internacional. El GTDFI emitió un comunicado de prensa el 25 de mayo de 2010, en el que manifestó su preocupación por lo que parecía un grave atentado a la independencia judicial en España. Además, reiteró su ya conocida posición, expresada en el comentario general sobre la *desaparición forzada como un delito continuado*.

La segunda comparecencia de la AEDIDH ante el GTDFI tuvo lugar en Ginebra el 12 de marzo de 2012[36]. Como ya hiciera en 2008, y en vista de la falta de acatamiento por las autoridades españolas de las observaciones del GTDFI, la AEDIDH le solicitó que continuara instando a España a honrar sus obligaciones internacionales en relación con las víctimas de desapariciones forzadas. Además, le insistió en que debía declarase competente para examinar los casos de desapariciones ocurridas en España entre 1936 y 1945, reiterando los mismos fundamentos humanitarios y jurídicos que le había presentado en 2008.

---

[33] A/HRC/13/31, de 21 de diciembre de 2009, párrs. 482-483.
[34] *Ibidem*, párr. 502.
[35] A/HRC/16/48, de 26 de enero de 2011, párr. 439.
[36] Disponible en: http://ris.hrahead.org/temas/guerra-civil-y-franquismo/comunicados_y_pronunciamientos/12demarzode2012

La AEDIDH también recordó en esta ocasión que el propio GTDFI, en su comentario general sobre *las desapariciones forzadas como delito continuado,* de 26 de enero de 2010, estableció que "cuando la desaparición forzada se inició antes de la entrada en vigor de un instrumento o antes de que un Estado determinado aceptase la jurisdicción del órgano competente, el hecho de que la desaparición continúe tras la entrada en vigor o la aceptación de la jurisdicción atribuye a la institución la competencia y la jurisdicción para entender del caso de desaparición forzada en su conjunto y no sólo de los actos u omisiones imputables al Estado que se produjeron tras la entrada en vigor del instrumento legal pertinente o la aceptación de la jurisdicción".

Además, la AEDIDH se refirió al más reciente comentario general del GTDFI sobre *el derecho a la verdad en los casos de desapariciones forzadas*, de 26 de enero de 2011, según el cual los estados tienen "la obligación de continuar la investigación mientras que la suerte y el paradero de los restos del desaparecido siga sin aclararse, al ser una consecuencia de la persistencia del carácter de las desapariciones forzadas" (párrafo 4).

Por consiguiente, la AEDIDH reiteró que España debe honrar sus obligaciones internacionales en relación con los desaparecidos. En particular, recordó que se debe derogar la Ley de Amnistía de 1977; que se deben adoptar medidas legislativas para asegurarse de que los tribunales de justicia españoles reconozcan la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; que se ratifique la Convención de las NU de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad; y que se constituya una Comisión de la Verdad de personas expertas independientes, capaz de restablecer la verdad histórica de las violaciones de los derechos humanos ocurridas en España durante la guerra civil y posterior represión franquista, y de formular recomendaciones que los poderes públicos se comprometan a cumplir.

En relación a la obligación internacional de España de investigar los casos pendientes de esclarecimiento de desaparición forzada de personas durante la guerra civil y posterior represión franquista, la AEDIDH insistió nuevamente en que las víctimas y sus familiares deben poder ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que significa que el estado debe facilitar la investigación judicial de los casos pendientes, identificar a los responsables y auxiliar, con todos los medios a su alcance, a los familiares que deseen localizar, identificar y exhumar los restos de los desaparecidos.

Si el GTDFI persistiera en su incompetencia ratione temporis para conocer de las desapariciones ocurridas en España a partir de 1936, incurriría en contradicción con sus comentarios generales de 2010 y 2011 y con la propia Declaración de 1992. Por tanto, la AEDIDH solicitó de nuevo al GTDFI que se declarase competente para conocer de los miles de casos pendientes de esclarecimiento que le han sido oportunamente denunciados por las Asociaciones de Recuperación de la Memoria Histórica, en especial la catalana.

Por último, la AEDIDH pidió que el estado fuera instado a conceder a las víctimas y sus familias la justicia y la total reparación e invitó al GTDFI a realizar una visita oficial a España, toda vez que nuestro país mantiene una invitación abierta a todos los procedimientos especiales de carácter temático del Consejo de Derechos Humanos.

1.4. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

La AEDIDH formuló sendas declaraciones orales el 7 de julio de 2008[37] y el 13 de octubre de 2008[38] en Ginebra ante el Comité de Derechos Humanos, con motivo del examen del quinto informe periódico de España en aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[39] (en adelante: PIDCP). Tales declaraciones actualizaron el informe escrito que previamente había sometido la AEDIDH a la consideración del Comité, en el que se analizaba la cuestión de las desapariciones forzadas y otros crímenes contra la humanidad, que fueron perpetrados en España durante la guerra civil (1936-1939) y la subsiguiente dictadura franquista (1939-1975)[40].

En sendas declaraciones la AEDIDH denunció al Comité que el territorio español estaba sembrado de fosas y enterramientos clandestinos de miles de opositores a la dictadura franquista. En las pocas ocasiones en que sus familiares han tratado de localizar y exhumar los restos de sus seres queridos, se han encontrado con todo tipo de obstáculos judiciales, administrativos y policiales.

Como esta situación de desidia administrativa y política se había prolongado durante todo el período de transición política de la dictadura a la democracia, un importante número de Asociaciones para la Recuperación de la Memoria Histórica presentaron el 15 de diciembre de 2006 una denuncia ante la Audiencia Nacional, recayendo por reparto en la competencia del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional. El magistrado B. Garzón solicitó el 1º de septiembre de 2008 toda la información disponible sobre los desaparecidos a los poderes públicos, iglesia católica, archivos históricos, ayuntamientos y familiares de las víctimas, con el objeto de establecer un censo de personas desaparecidas durante la guerra civil y la posterior represión franquista. Solamente respondieron los familiares de las víctimas y sus Asociaciones, que le entregaron una lista de más de 146.000 personas, la mayoría de ellas desaparecidas o ejecutadas.

La AEDIDH calificó estos hechos conforme al DIDH. Según el artículo 1 de la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas,* todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana, es una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y una violación grave de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados en otros instrumentos internacionales pertinentes.

Es de resaltar además que el 24 de septiembre de 2009 había entrado en vigor para España la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, cuyo artículo 5 leído conjuntamente con el artículo 8, afirma la imprescriptibilidad de las desapariciones forzadas que, por sistemáticas y generalizadas, constituyen un crimen de lesa humanidad.

---

[37] Disponible en http://www.aedidh.org/sites/default/files/DelaracionAEDIDH_5informeperiodicoEspJulio08.pdf

[38] Disponible en http://www.aedidh.org/sites/default/files/DelaracionAEDIDH_5informeperiodicoEspOctubre08.pdf

[39] España es estado parte del PIDCP: BOE nº 103, de 30 de abril de 1977. En vigor para España desde el 27 de julio de 1977.

[40] AEDIDH, *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo..., cit.* Disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/AEDIDH.pdf
Como ya se ha indicado, el citado informe también había sido puesto a la disposición del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, a pedido de la Plataforma de Víctimas de Desaparición Forzada del Franquismo.

De otro lado, se señalaron los *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*[41]. Tales principios reconocen el derecho de las víctimas de tales violaciones a obtener reparación como parte del derecho a un recurso efectivo, lo que es aplicable a las víctimas de las atrocidades que se produjeron en España en el pasado.

Entre los recursos que se ofrecen a las víctimas, figura el derecho a conocer la verdad sobre las violaciones ocurridas y a ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva. En materia de desapariciones, las víctimas tienen derecho a reclamar del estado la investigación de los casos pendientes de aclaración.

La Ley española 52/2007, de 26 de diciembre, *por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*, más conocida como "Ley de la Memoria Histórica", otorga ciertas reparaciones a las víctimas de los citados crímenes de lesa humanidad, por lo que constituyó un primer paso positivo en la recuperación de la memoria histórica. Sin embargo, no fue suficiente para las víctimas y sus familiares, porque no reconoció la obligación internacional del estado de investigar el paradero de los miles de desaparecidos durante los años de la guerra civil y posterior dictadura franquista.

Por consiguiente, la AEDIDH instó a España ante el Comité de Derechos Humanos a honrar sus obligaciones internacionales en relación con los desaparecidos. En particular solicitó, al igual que en su día hizo ante el GTDFI:

1. Que se derogue la Ley de Amnistía de 1977, de modo que no pueda seguir aplicándose para dejar impunes graves violaciones de los derechos humanos, en particular los crímenes contra la humanidad, incluidas las desapariciones forzadas de personas.

2. Que se adopten medidas legislativas para asegurarse de que los tribunales de justicia españoles reconozcan la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, un principio básico del DIDH que no admite derogación.

3. Que se ratifique urgentemente la Convención de las NU de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

4. Que se constituya una Comisión de la Verdad compuesta de expertos independientes, que restablezca la verdad histórica de las violaciones de los derechos humanos ocurridas en España durante la guerra civil y posterior represión franquista, y formule recomendaciones que los poderes públicos se comprometan a cumplir.

5. Que se cumpla con la obligación internacional de investigar los casos pendientes de desaparición forzada de personas durante la guerra civil y posterior represión franquista. El estado debe auxiliar, con todos los medios a su alcance, a los familiares que deseen localizar, identificar y exhumar los restos de los desaparecidos. Y,

6. Que se adopten medidas concretas de protección a favor de los defensores de derechos humanos y familiares de las víctimas de desapariciones forzadas que han identificado fosas comunes o clandestinas, practicado exhumaciones de cuerpos e identificado los restos de sus seres queridos, a pesar de los reiterados obstáculos y hostigamientos de los que son objeto habitualmente por parte de los cuerpos de seguridad del estado,

[41] Aprobados por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

jueces y otras autoridades públicas, que rechazan colaborar en la consecución de tan noble objetivo[42].

Las alegaciones de la AEDIDH fueron ampliamente aceptadas por el Comité de Derechos Humanos en sus observaciones finales relativas al quinto informe periódico de España, adoptadas el 30 de octubre de 2008[43]. En relación con las desapariciones, el Comité recordó que "los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles". Además, conforme a su observación general nº 20 (1992), relativa al Art. 7 PIDCP, "las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto". También invocó su observación general nº 31 (2004), sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los estados partes en el PIDCP. En consecuencia, el Comité de Derechos Humanos recomendó a España:

a) "Considerar la derogación de la Ley de amnistía de 1977;

b) Tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales;

c) Prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura; y

d) Permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas"[44].

En cuanto al derecho a un recurso efectivo, la observación general nº 31 del Comité precisó que el Art. 2.3 PIDCP "requiere que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados". Además de la "reparación explícita", el Comité consideró que el Pacto abarca por lo general una "indemnización adecuada". Si procede, "la reparación puede entrañar la restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como apologías públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y las prácticas pertinentes, así como al sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos"[45].

Por lo que la AEDIDH entendió que la reparación es mucho más que el reconocimiento de una simple indemnización a las víctimas, insuficiente por sí sola para brindar un recurso y reparación a las víctimas de las violaciones que se denunciaron[46].

Cuatro años después, las recomendaciones finales relativas a España y las observaciones generales del Comité citadas, continúan siendo rechazadas por el gobierno español, amparándose formalmente en la vigencia de la Ley de amnistía de 1977.

---

[42] *Cfr*. http://www.aedidh.org/sites/default/files/DelaracionAEDIDH_5informeperiodicoEspJulio08.pdf pp. 6-7.
[43] *Vid*. A/64/40 (vol. I) (2009), pp. 39-43.
[44] *Cfr*. A/64/40 (vol. I), *cit.*, p. 40, párr. 9.
[45] Comité DH, observación general nº 31, "La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes del Pacto", 80º período de sesiones, 29 de marzo de 2004, párr.16.
[46] AEDIDH, *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo… cit.*, p. 15.

1.5. COMITÉ CONTRA LA TORTURA

La AEDIDH compareció ante el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura en Ginebra el 11 de noviembre de 2009, en la fase final del examen del quinto informe periódico de España en aplicación de la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*[47]. Previamente, se habían hecho llegar al Comité seis documentos escritos en los que la AEDIDH le informó sobre los numerosos aspectos que le causaban preocupación en la aplicación correcta de la Convención en España[48].

En relación a la recuperación de la memoria histórica en España, la AEDIDH se refirió a La Ley española 52/2007, de 26 de diciembre, *por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura*, por la que se otorgaron ciertas reparaciones a las víctimas de los citados crímenes contra la humanidad, por lo que constituyó un primer paso positivo en la recuperación de la memoria histórica. Sin embargo, no fue suficiente para las víctimas y sus familiares, porque no reconoció la obligación internacional del estado de investigar el paradero de unas 150.000 personas desaparecidas -incluidos 30.000 niños secuestrados-, durante la guerra civil española y la posterior represión franquista.

La AEDIDH afirmó que la denegación de justicia a los familiares de las víctimas de las desapariciones supone un trato cruel e inhumano continuado en el tiempo, incompatible con el Art. 16 de la Convención, ya que la imposibilidad de localizar y exhumar los restos de sus seres queridos produce en los familiares una "tensión mental" o "angustia intensa", que se incrementan con el paso de los años.

Por consiguiente, la AEDIDH instó al Comité a solicitar a España que honrara sus obligaciones internacionales en relación con los desaparecidos. En particular, solicitó que se investigaran los casos pendientes de desaparición forzada de personas durante la guerra civil y posterior represión franquista. En este sentido, el estado debe auxiliar, con todos los medios a su alcance, a los familiares que deseen localizar, exhumar e identificar los restos de los desaparecidos, y terminar así con la situación de maltrato que los familiares sufren permanentemente a consecuencia de la continuada denegación de la tutela judicial efectiva.

La AEDIDH también solicitó que el Comité se pronunciara sobre la Ley de amnistía de 1977, de modo que ésta no pueda seguir aplicándose para dejar impunes graves violaciones de los derechos humanos, en particular los crímenes de lesa humanidad, incluidas las desapariciones forzadas de personas o las torturas y malos tratos, que son imprescriptibles conforme al DIDH. Por último, también reclamó que se establezca por ley una comisión de la verdad compuesta de personas expertas independientes, que tenga por mandato la recuperación de la memoria histórica sobre las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la guerra civil española y la posterior represión franquista.

[47] Aprobada por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. España es estado parte (BOE nº 268, de 9 de noviembre de 1987).
[48] Disponibles en http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/cats43.htm

La argumentación de la AEDIDH fue ampliamente recogida por el Comité. En efecto, en sus observaciones finales al término del examen del quinto informe periódico de España, adoptadas el 19 de noviembre de 2009[49], el Comité reconoció que "la Convención contra la Tortura entró en vigor el 26 de junio de 1987, mientras que la Ley de amnistía de 1977 se refiere a hechos acaecidos con anterioridad a la adopción de dicha ley". No obstante, el Comité reiteró que, "en consideración al arraigado reconocimiento del carácter de *jus cogens* de la prohibición de la tortura, el enjuiciamiento de actos de tortura no se debe limitar por el principio de legalidad, ni por el efecto de la prescripción". Por lo que España "debería asegurar que los actos de tortura, que también incluyen las desapariciones forzadas, no sean crímenes sujetos a amnistía". También alentó a España "a continuar e incrementar sus esfuerzos para ayudar a las familias de las víctimas a esclarecer la suerte de los desaparecidos, identificarlos y obtener las exhumaciones de sus restos, siempre que sea posible". Y reiteró que, de acuerdo al artículo 14 de la Convención, España "debe asegurar la reparación y el derecho a una indemnización a toda víctima de actos de tortura"[50].

El Comité también manifestó su preocupación porque el crimen de tortura, entendido de manera autónoma y contemplado en el artículo 174 del Código Penal, "prescriba en el plazo máximo de 15 años, mientras que es imprescriptible sólo si es constitutivo de un crimen de lesa humanidad, es decir, cuando es cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella (artículo 607 *bis* del Código Penal)". Por lo que el Comité recomendó a España que asegure "la imprescriptibilidad de la tortura en todo caso"[51].

Por otro lado, la AEDIDH también informó al Comité sobre la reforma del Art. 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial (LOPJ) que recogía el principio de jurisdicción universal absoluto para la represión, inter alia, de los crímenes de tortura. La Ley orgánica nº 1/2009, de 3 de noviembre, restringió seriamente la competencia de los tribunales españoles en el ejercicio de la jurisdicción universal. Ahora sólo podrá perseguirse a los presuntos criminales (i) si éstos se encuentran físicamente en España; (ii) si las víctimas son españolas; (iii) si existe algún vínculo de conexión relevante con España; y (iv) en todo caso, siempre y cuando en otro país competente o ante un tribunal internacional no se haya iniciado un procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva de los hechos.

En definitiva, la AEDIDH consideró que la reforma abrió espacios de impunidad y fraude de ley que son contrarios al Art. 2 de la Convención, que prohíbe el uso de la tortura en cualquier circunstancia. Por consiguiente, instó a España a restablecer la jurisdicción universal conforme a la redacción original del Art. 23.4 de la LOPJ.

El Comité también fue sensible a los argumentos de la AEDIDH en esta ocasión, pues pidió a España que la Ley orgánica 1/2009, de 3 noviembre, "no obstaculice el ejercicio de su jurisdicción sobre todos actos de tortura de acuerdo con los artículos 5 y 7 de la Convención y en particular con el principio de *aut dedere aut judicare* contenido en los mismos"[52].

Es de lamentar una vez más que, casi tres años después de adoptadas las referidas observaciones del Comité contra la Tortura respecto a España, nuestro país no haya tomado ninguna medida efectiva en la dirección indicada tanto por el Comité como por la sociedad civil.

---

[49] A/65/44 (2010), pp. 55-63.
[50] A/65/44 (2010), *cit.,* pp. 60-61, párr. 21.
[51] A/65/44 (2010), *cit.,* p. 61, párr. 22.
[52] A/65/44 (2010), *cit.,* p. 59, párr. 17.

1.6. CONCLUSIONES

El trinomio verdad-justicia-reparación, como medio para enfrentar toda situación de justicia de transición, se muestra indisoluble tanto en la práctica del derecho comparado como en la de las Naciones Unidas. También está presente en todas las recomendaciones que han dirigido en los últimos años a España los órganos competentes de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, a instancias de la sociedad civil y en particular de la AEDIDH. Ese trinomio es, además, parte inherente del emergente derecho humano a la paz, fuertemente reivindicado por la sociedad civil internacional conducida por la AEDIDH. Las autoridades españolas no pueden seguir desoyendo a su sociedad civil, a las asociaciones de víctimas y a los órganos internacionales de derechos humanos. Su actitud compromete seriamente la responsabilidad internacional de España, porque es jurídicamente contraria al DIDH. Además, es políticamente inaceptable y moralmente censurable.

El plan de litigio estratégico desarrollado por la AEDIDH ante los tribunales españoles y las Naciones Unidas, puso al descubierto las enormes carencias del sistema jurídico-político español para reconocer los derechos de las víctimas de crímenes internacionales producidos durante la guerra civil y la posterior represión franquista. El diagnóstico ha quedado muy claro: España deberá adoptar medidas urgentes de justicia de transición que ya han probado su eficacia en otros países y constituyen las mejores prácticas aconsejadas por las Naciones Unidas.

En particular, España deberá derogar la Ley de amnistía de 1977; adoptar medidas legislativas urgentes para asegurar que los tribunales de justicia respeten la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; ratificar las Convenciones de las NU y la europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad; y constituir una comisión de la verdad de personas expertas independientes, capaz tanto de restablecer la verdad histórica de las violaciones de los derechos humanos ocurridas en España durante la guerra civil y posterior represión franquista, como de formular recomendaciones que los poderes públicos se comprometan a cumplir.

Como se ha demostrado, España tiene la obligación internacional de investigar los casos pendientes de esclarecimiento de desaparición forzada de personas durante la guerra civil y posterior represión franquista. Las víctimas y sus familiares tienen derecho a la tutela judicial efectiva, lo que significa que el estado debe facilitar la investigación judicial de los casos pendientes, identificar a los responsables y auxiliar, con todos los medios a su alcance, a los familiares que deseen localizar, identificar y exhumar los restos de los desaparecidos.

La Ley 52/2007 deberá ser modificada para hacerla compatible con las normas estudiadas del DIDH en materia de investigación de crímenes internacionales. En general, la legislación ordinaria debe ser concordante tanto con la *Declaración de las Naciones Unidas contra la desaparición de personas*, como con lo establecido en la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, que también consagra la dimensión colectiva del derecho a la verdad, así como la obligación continuada del estado de buscar e investigar los casos de personas desaparecidas, hasta que se halle su paradero.

Ginebra, 25 de julio de 2012.

2. La obligación internacional del Estado de investigar las violaciones a los Derechos Humanos ocurridas en el pasado

JAVIER CHINCHÓN ÁLVAREZ
Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad Complutense de Madrid

2.1. LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS: PLANTEAMIENTO INICIAL

Resultaría ciertamente difícil encontrar voces que no compartiesen la plena vigencia de, por utilizar las palabras del Comité de Derechos Humanos, "la obligación general de investigar las alegaciones de violaciones [a los derechos humanos] con rapidez, a fondo y de manera efectiva mediante órganos independientes e imparciales"[53]. Más aún si el supuesto a considerar fuesen violaciones graves, masivas y sistemáticas a estos derechos; en otros términos, lo que en el seno de la entonces Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de las Naciones Unidas se ha valorado como "la más grave amenaza que se cierne sobre la Comunidad Internacional, con lo que toda medida que se adopte debe tener por objeto, ante todo, eliminar y prevenir esa categoría de violaciones"[54]. Y ni decir tiene que lo anterior no se vería sino reforzado si de manera específica estuviéramos ante conductas tipificables como crímenes contra la humanidad; esto es, por referirnos ahora al Estatuto de la Corte Penal Internacional, una modalidad de los "graves crímenes [que] constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad"[55], y que en conse-

[53] *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: "Observación General n.º 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto", adoptada por el Comité de Derechos Humanos en su 80ª Período de sesiones, 29 de marzo de 2004, Documento de las Naciones Unidas: HRI/GEN/1/Rev.7 at 225, párr. 15.
[54] *Vid.* SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: "Definición de las violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos como crímenes internacionales", Documento de trabajo presentado por el Sr. Stanislav Chernichenko de conformidad con la decisión 1992/109 de la Subcomisión, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1993/10/Corr.1, 11 de agosto de 1993, párr. 3.
[55] *Vid.* Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, en BOE de 27 de mayo de 2002, Preámbulo, párr. 3.

cuencia, "no deben quedar sin castigo y (...) asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia"[56].

De este modo, y como presupuesto de base, resulta indubitable que el deber de realizar una investigación completa, exhaustiva, inmediata e imparcial se configura jurídicamente como la obligación básica e inicial en casos de violación a los derechos humanos[57]. Caracterizada, igualmente, como uno de los principales pilares de la protección efectiva de los mismos; y que más allá de su estrecha vinculación con el más genérico deber de garantía de los derechos humanos[58], la figura de los recursos/remedios efectivos[59], y el derecho a la verdad[60], y sin entrar ahora en sus contenidos específicos en función del derecho violado[61], no puede entenderse como una obligación condicional o alternativa bajo ninguna circunstancia. Es decir, se trata de un deber jurídico que el Estado ha de cumplir, aunque no exista reclamación directa por parte de las víctimas, o pese a que en su caso, se haya otorgado una indemnización (general) a las mismas[62], o incluso si el "particular damnificado [hubiera perdonado] al autor de la violación de sus derechos humanos (...), salvo la hipótesis de un delito perseguible a instancia de un

[56] *Vid. Ibíd.*, párr. 4.

[57] Aparte lo anterior, a este respecto y a modo de ejemplo, puede verse en perspectiva histórica 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 de las Naciones con posterioridad bajo el rótulo "Los derechos humanos en la administración de justicia", Documento de las Naciones Unidas: A/RES/44/162, 15 de diciembre de 1989. Más próximo en el tiempo, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/L.10/Add.11, 19 de abril de 2005, en especial punto 3.

[58] Como es sabido, el deber de garantía de los derechos humanos comporta un conjunto de obligaciones que el Estado debe atender en casos de violaciones a los derechos humanos; que podríamos resumir en 1) el deber de investigar; 2) la obligación de traducir en justicia y sancionar a los responsables; y 3) el deber de otorgar una justa y adecuada reparación a las víctimas y sus familiares. Es necesario aclarar que estas obligaciones constituyen en realidad un solo deber para el Estado, por ello deben atenderse todas ellas para cumplir la obligación primaria. A este respecto, el deber de garantía ha de evaluarse entonces como un conjunto de obligaciones de naturaleza complementaria, no alternativa ni sustitutita; no siendo posible, en ningún caso, que el Estado elija cuál de estas obligaciones habrá de cumplir y cuál postergará, eludirá o ignorará.

[59] Sobre la misma, véase la contribución en este mismo trabajo de X. SEUBA: "El derecho a un recurso efectivo ante las violaciones masivas a los derechos humanos".

[60] En cuanto a este derecho, consúltese el trabajo, incluido en esta misma obra, de S. GARIBIAN: "Las Comisiones de la Verdad en el Derecho comparado: el derecho individual y colectivo (social) a conocer la verdad. España: la obligación internacional de establecer una Comisión de la Verdad sobre las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la Guerra Civil y la represión franquista".

[61] En relación a la desaparición forzada de personas, y aunque en este trabajo se harán algunas referencias en las próximas páginas, véase la contribución a esta obra de C. FALEH PÉREZ: "La obligación internacional del Estado de investigar los casos denunciados de desaparición forzada e involuntaria de personas. DIDH y práctica española."

[62] A este respecto, valga recordar, por ejemplo, la posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "El reconocimiento de responsabilidad realizado por el Gobierno, la investigación parcial de los hechos, y el pago posterior de compensaciones no son, por sí mismas, suficientes para cumplir con las obligaciones previstas en la Convención. Según lo dispuesto en el artículo 1.1 de ésta, el Estado tiene la obligación de investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, a fin de identificar a los responsables, de imponerles sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación." *Vid.* COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: "Informe Nº. 36/96, Chile, caso 10.843", 15 de octubre de 1996, párr. 77. Igualmente consúltense "Informe Nº. 34/96, Chile, casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282", 15 de octubre de 1996; e "Informe Nº. 25/98, Chile, casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705", 7 de abril de 1998.

particular"[63].

En cuanto a su concreción, advirtamos brevemente que aunque los instrumentos internacionales hacen referencia a distintas autoridades o poderes del Estado[64], no cabe duda de que la obligación de investigar presenta como cauce natural a los órganos de justicia. Pero desde esta premisa, conviene anotar que no obstante, resultaría equivocada la consideración de que este deber siempre y en todo caso debe materializarse a través de un procedimiento penal, así como, sobre todo, que el mismo se restringe, se agota, en los límites propios de un proceso tendente a sancionar a los posibles responsables; en tanto que:

> "*El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso si en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a los individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance*"[65].

De no seguirse el conjunto de pautas señaladas, y volviendo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[66], el Comité de Derechos Humanos nos ha señalado con claridad meridiana la consecuencia evidente[67]: "La falta de realización por un Estado Parte de una investigación sobre las alegaciones de violaciones podría en sí constituir una violación separada del Pacto"[68]; ya que "la impunidad por la violación de los derechos humanos es incompatible con las obligaciones contraídas por el Estado Parte con arreglo al párrafo 3 del artículo 2 del Pacto"[69]. Si se prefiriese una formulación más amplia y general, podemos acudir al Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad:

> "*La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto*

---

[63] *Vid*. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Garrido y Baigorria v. Argentina, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos),* sentencia de 27 de agosto de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 39.* párr. 72.

[64] Véase, a modo de ejemplo, el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: "Observación General n.º 31…", *doc. cit*., párrs. 4, 13, 14 y 15. Igualmente, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas…", punto 12.

[65] *Vid*. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Godínez Cruz v. Honduras,* sentencia del 20 de enero de 1989, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 5*, párr. 191.

[66] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, en BOE de 30 de abril de 1977.

[67] Sobre el valor jurídico de toda esta serie de manifestaciones del Comité, en lo que nos ocupa aquí, no deje de consultarse la contribución inicial del profesor Fernández de Casadevante -cuyas conclusiones comparto en este punto completamente- en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, (Dir.): *España y los órganos internacionales de control en materia de Derechos Humanos*, Editorial Dilex, Madrid, 2010.

[68] *Vid*. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: "Observación General n.º 31…", *doc. cit*., párr. 15.

[69] *Vid*. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: "Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Lesotho", Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.106, 8 de abril de 1999, párr. 17.

de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones"[70].

A modo de síntesis entonces, así como de referencia básica en lo que nos ocupará en las próximas páginas, y sin desatender las construcciones realizadas desde hace décadas en el ámbito de las Naciones Unidas[71], o en el seno Consejo de Europa a partir del contenido de los artículos 1, 2, 3, 5 y 13 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales[72], escojamos en este punto el siguiente párrafo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

"*En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona (...) sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en*

[70] *Vid*. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: "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, de 8 de febrero de 2005, I. Lucha contra la impunidad: obligaciones generales, principio 1.

[71] Además de lo ya citado, para una primera aproximación pueden verse COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: Decisión de 19 de julio de 1994, Comunicación nº 322/1988, *Caso Hugo Rodríguez* (Uruguay), Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/51/D/322/1988, párr. 12.3; Decisión de 13 de noviembre de 1995, Comunicación nº 563/1993, *Caso Nydia Erika Bautista* (Colombia), Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/55/D/563//1993, párrs. 8.2 y 8.6; Decisión de 29 de julio de 1997, Comunicación nº 612/1995, *Caso José Vicente Villafañe Chaparro y otros* (Colombia), Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/60/D/612/1995, párrs. 8.2y 8.8.

[72] Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en BOE de 10 de octubre de 1979 (tras la modificación en virtud del Protocolo 11, en BOE de 6 de mayo de 1999). En lo que aquí señalado, pueden verse, entre otros, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: *caso McCann and others v. United Kingdom*, sentencia de 27 de septiembre de 2005;*caso Aksoy v. Turkey*, sentencia de 18 de diciembre de 1996; *caso Kaya v. Turkey,* sentencia de 19 de febrero de 1998; *caso Kurt v. Turkey,* sentencia de 25 de mayo de 1998; *caso Yasa v. Turkey,* sentencia de 2 de septiembre de 1998; *caso McCann and others v. The United Kingdom, Merits*, sentencia de 27 de septiembre de 1998; *caso Assenov and other v. Bulgaria*, sentencia de 28 de octubre de 1998; *caso Mahmut Kaya v. Turkey*, sentencia del 28 de marzo de 2000; *caso Cyprus v. Turkey*, sentencia del 10 de mayo de 2001.

cierto modo, auxiliados por el poder público[73]*, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado*"[74].

Sentado lo anterior, y en lo que ahora interesa, como no podría ser de otro modo España recientemente ha ratificado lo hasta ahora dicho, afirmando solemnemente que:

"*20. En el ordenamiento jurídico español los Jueces y Tribunales instruyen y juzgan todas las denuncias sobre desapariciones que ante ellos se formulan y resuelven las mismas desde los principios que rigen el ejercicio de la función judicial en España: independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento únicamente a la Ley y al Derecho.*

21. El ordenamiento jurídico vigente en España obliga, de modo indudable y suficiente, a la persecución de los crímenes contra la humanidad y de genocidio, en los términos y con el alcance recogido, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Convenio para la sanción del genocidio, en la Convención para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y en el resto de la legislación nacional e internacional que nuestra Constitución reconoce y ampara"[75].

No nos detendremos por el momento en tratar de conciliar manifestaciones como éstas con algunos pareceres de esos mismos jueces y tribunales[76]; aunque convendría apuntar al menos aquí algún ejemplo cercano, como el de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. Así, en cuanto al particular de "la legislación internacional que nuestra Constitución reconoce y ampara", recordemos que ante una serie de denuncias precisamente sobre desapariciones forzadas, la posición de este órgano jurisdiccional no fue otra que sostener que a la legislación española en la materia, "no cabe estimar incorporada cualquier otra de carácter internacional, pues la existencia de un derecho penal de esta naturaleza no deja actualmente de ser un *desideratum*"[77].

Ello al margen, el extracto de la postura oficial española que recogimos *supra*, en caso alguno habría de estimarse como una formulación autocomplaciente; pues el mismo Ejecutivo nos compartía, hace poco también, en su Plan de Derechos Humanos que:

---

[73] A este respecto, recuérdese también que el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que: "Puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Partes, como resultado de que los Estados Partes permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas." *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: "Observación General n.º 31…", *doc. cit.*, párr. 8.

[74] *Vid.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras,* sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias, Nº 4*, párr. 177.

[75] *Vid.* CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: "Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. España. Adición. Opiniones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas presentadas por el Estado examinado", Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/15/6/Add.1, 13 de septiembre de 2010, p 4.

[76] Sobre este particular, véase apartado III.

[77] *Vid.* AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN SEGUNDA, PALMA DE MALLORCA: Auto de 25 de febrero de 2010, p. 2.

> "*Lejos de evaluar con satisfacción el balance de estos sesenta años, puede constatarse con preocupación y responsabilidad la persistencia en muchos países y regiones del mundo (…) de violaciones sistemáticas de los derechos más fundamentales, de impunidad ante los crímenes más graves contra la Humanidad (…). Razones que conminan a un Estado responsable como España a una mayor vinculación con el respeto, la protección y a promoción de los derechos humanos*"[78].

Ahora bien, conviene anotar que este último párrafo se encuadra en lo que las autoridades españolas entienden prioritario respecto a la política o acción exterior del país; ámbito en el que se reconoce abiertamente la necesidad de un mayor compromiso o implicación, fundados en la "persistencia de impunidad ante los crímenes más graves contra la Humanidad"[79]. Sin embargo, el primer extracto reproducido tiene sin duda una lectura de clave interna, pues responde al rechazo de una recomendación realizada por México, durante el Examen Periódico Universal al que se sometió España a mediados de 2010, que rezaba como sigue:

> "*Investigar y sancionar los delitos de desaparición forzada y prever la reparación de los mismos independientemente de cuando se hayan producido, habida cuenta del carácter continuado del delito y de sus obligaciones internacionales*"[80].

De este modo, y aunque los textos recogidos de la delegación mexicana y la consiguiente respuesta de España ciertamente se encuentran redactados en términos, ya genéricos, ya abstractos, su objeto es evidente que se dirige a algo muy concreto: las desapariciones forzadas cometidas durante la Guerra Civil y el franquismo. En otras palabras, lo que podemos condensar bajo una fórmula más amplia como es "violaciones a los derechos humanos cometidas en el pasado"; en el entendido de que con ello nos referimos a aquellos hechos que se han perpetrado con anterioridad a un proceso de tran-

---

[78] *Vid*. GOBIERNO DE ESPAÑA: "Plan Nacional de Derechos Humanos", p. 9. Versión electrónica disponible en http://www2.ohchr.org/english/issues/plan_actions/docs/Spain_NHRAP.pdf.

[79] Apúntese al menos que tras una declaración de ese tenor resulta cuanto menos desconcertante la posterior actitud del Ejecutivo, y el partido que le da respaldo parlamentario, en relación al principio de jurisdicción universal; concretada en la final reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Como ya me he ocupado de este particular con cierto detenimiento en otras ocasiones, para conocer mi parecer sobre el mismo remito al lector interesado a los siguientes trabajos: Durante la tramitación de la reforma, J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, "Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: De la `abrogación de *facto´* a la `derogación de *iure´*", *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, tomo 4, 2009, pp. 1440-145; así como J. CHINCHÓN ÁLVAREZ; J. GONZÁLEZ IBÁÑEZ, "El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: Una conquista bajo amenaza", en J. GONZÁLEZ IBÁÑEZ (Dir.), *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in honorem Nelson Mandela*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2009. Tras la aprobación definitiva de la reforma, J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, "A propósito del proceso de reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (mayo-noviembre de 2009): De los motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal", *Revista de Derecho de Extremadura*, número 6, septiembre/diciembre de 2009, pp. 13-31.

[80] *Vid*. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: "Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. España", Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/WG.6/8/L.5, 12 de mayo de 2010, p 21.

sición, simple o doble[81]; en este caso, la última transición política a la democracia en España[82].

Con ello ingresaríamos en el complejo y no pocas veces (jurídicamente) refractario ámbito de la Justicia Transicional o la Justicia de Transición[83]; en el que sin embargo, a tenor de las palabras del Ejecutivo todo parece haber funcionado y/o funcionar sin problemas específicos y a plena satisfacción en España. Pues, completando lo anterior, tampoco debemos olvidar que durante el turno de réplica del debate acerca del Proyecto de la conocida como "Ley de Memoria Histórica"[84], la entonces Vicepresidenta del Gobierno afirmó lo siguiente:

> "*Tampoco quiero entrar en la discusión, que nos llevaría muy largo, de no perder de vista (…) lo que se ha venido en llamar la justicia transicional, es decir, un conjunto normativo de carácter internacional que pretende asegurar, por supuesto, el respeto a los derechos humanos, bien en la resolución de los conflictos, bien en los procesos de transición de regímenes que han usado de manera sistemática y arbitraria la violencia a regímenes democráticos, para fortalecer de este modo las bases del nuevo Estado de derecho; a eso se refieren estas normas. Desde ese punto de vista, no hay paralelismo con una situación como la de nuestro país, que ha hecho ejemplarmente y con éxito su transición hace 30 años…*"[85].

Un posicionamiento de esta naturaleza cabría esperar que, cuanto menos y de algún modo, pudiera conciliarse con ciertos datos objetivos. Por ejemplo, con parte de las cosas que expresamente han reconocido algunos de los que fueron protagonistas de aquellos primeros desarrollos de la transición española. Sin ir más lejos, el exPresidente del Gobierno, Felipe González, que en fecha reciente nos compartía que lo que se decidió en la transición:

> "*… fue muy positivo, pero (…) excluyó la explicación (no digo ya la exigencia de responsabilidades) sobre lo que había pasado durante el franquismo, a través de las comisiones de la verdad, como se había hecho en otros países.*

---

[81] Recuérdese a este respecto que durante largo tiempo se sostuvo que los procesos de transición (exitosos) presentaban varias modalidades que, en lo que aquí interesa, podrían resumirse en: a) transiciones simples, de régimen no democrático a régimen democrático, o de una situación de conflicto armado a la paz, y b) transiciones dobles, cuando se dan ambos procesos simultáneamente. Sin embargo, ya desde hace algunos años varios especialistas han apuntado, por no decir denunciado, que estas alternativas constituirían lo que denominan como *"the paradigmatic transition"*; siendo que para ellos, en todo caso una transición debería incluir no sólo un proceso de cambio completo sino también, por ejemplo, un paso hacia una paz concebida como algo más que la ausencia de un conflicto armado. En este sentido, puede consultarse F. NÍ AOLÁIN; C. CAMPBELL, "The Paradox of Transition in Conflicted Democracies", *Human Rights Quarterly*, volumen 27, número 1, 2005, pp. 172-185.

[82] A este respecto, véase *infra* y nota 77.

[83] Esta es la terminología finalmente asumida por las Naciones Unidas. Cfr. SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos", Documento de las Naciones Unidas: S/2004/616, 3 de agosto de 2004.

[84] BOCG Núm. A-99-1, de 8 de septiembre de 2006. En la actualidad, Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura, en B.O.E. núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.

[85] *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2006, VIII Legislatura, Número 222, Sesión plenaria núm. 206, celebrada el jueves, 14 de diciembre de 2006, p. 11270.

No había fuerza suficiente para pedir no ya justicia, ni siquiera explicaciones sobre el pasado"[86].

De aquí que no debiera extrañar que por escoger otro elemento ilustrativo, en el Auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción Nº. 5 de la Audiencia Nacional, indicase el Magistrado Garzón que:

"*… los hechos objeto de denuncia nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española, por lo que hasta el día de la fecha, la impunidad ha sido la regla frente a unos acontecimientos que podrían revestir la calificación jurídica de crimen contra la humanidad…*"[87].

Unos hechos, apuntemos también, que por usar las palabras de los Magistrados de Prada Solaesa, Bayarrui García y Sáez Valcárcel, habrían de conformar una causa de una singular "importancia histórica"[88], en tanto que entre otras muchas cosas, "posiblemente [sean] los hechos con relevancia penal más grave –por su intensidad y extensión- que se han presentado ante la jurisdicción española"[89]. Crímenes sobre los que por terminar de esbozar este planteamiento general, tras la presentación de una querella el 14 de abril de 2010 ante la jurisdicción argentina[90], se liberó exhorto diplomático a las autoridades españolas para obtener la información pertinente sobre:

"*… si efectivamente se está investigando la existencia de un plan sistemático, generalizado, deliberado y planificado para aterrorizar españoles partidarios de la forma representativa de gobierno a través de su eliminación física, y de uno que propició la desaparición "legalizada" de menores de edad con pérdida de su identidad, llevado a cabo en el período comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977*"[91].

En definitiva, y en lo que aquí nos concita, tras lo apuntado y tratando de dotar de sentido a las más que evidentes contradicciones que hemos subrayado, la conclusión básica o inicial a valorar podría concretarse en alguna de las siguientes hipótesis de trabajo:

---

[86] *Vid*. F. GONZÁLEZ MÁRQUEZ; J.L. CEBRIÁN, *El futuro ya no es lo que era*, Madrid: Punto de Lectura, 2002, pp. 45-46.
[87] *Vid*. AUDIENCIA NACIONAL: Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción Nº. 5, Razonamiento Jurídico Primero, párr. 1. En sentido similar, véase el Razonamiento Jurídico Decimocuarto.
[88] *Vid*. AUDIENCIA NACIONAL: Voto particular discrepante de los Magistrados de Prada Solaesa, Bayarrui García y Sáez Valcárcel, al Auto de 2 de diciembre de 2008, Procedimiento ordinario número 53/08 del Juzgado Central de Instrucción Nº. 5, Expediente número 34/08, Cuestión de competencia del artículo 23LECR, del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, párr. I.1.
[89] *Vid. Idem*.
[90] El texto de la querella puede consultarse en http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es/p/documentos-legales.html.
[91] *Vid*. Exhorto de la Jueza María Servini de Cubría, Juez Federal a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federad Nº. 1, 14 de octubre de 2010, p. 8.

1) Durante los primeros desarrollos de la transición española, la decisión de no investigar las violaciones a los derechos humanos cometidas en el pasado resulta(ba) ajustada a las exigencias del Derecho internacional, de tal suerte que entonces, y en lo que ahora ocupa, la transición se hizo o ha hecho "ejemplarmente".

2) Aunque entonces se desatendió el "conjunto normativo de carácter internacional que pretende asegurar el respeto a los derechos humanos"[92] por un motivo u otro, al haber concluido ya "con éxito"[93] nuestra transición, tal conjunto de obligaciones internacionales resulta en la actualidad, ya irrelevante, ya inaplicable.

3) Ese mismo conjunto normativo no sólo sí es pertinente, sino que de hecho se aplica con todo rigor y vigor, en tanto que, recordemos, "el ordenamiento jurídico vigente en España obliga, de modo indudable y suficiente, a la persecución de los crímenes contra la humanidad y de genocidio, en los términos y con el alcance (…) [de toda] la legislación nacional e internacional que nuestra Constitución reconoce y ampara"[94].

4) O finalmente, y por terminar de cerrar el círculo: Parcialmente conectada con las alternativas expuestas, aunque hasta el momento sin formulación expresa, que sobre todo el conjunto de violaciones a los derechos humanos que aquí ocupan, incluidas las permanentes o continuadas[95], no hubiera existido nunca obligación internacional alguna vinculante para España. Ni en el Derecho internacional general, ni en el Derecho internacional convencional. De tal suerte que todos y cada uno de aquellos hechos ni violaron normativa internacional alguna, ni comprometieron la responsabilidad internacional del Estado, ni por supuesto hicieron nacer obligación de repararlos, en general, o de investigarlos, en particular.

En las próximas páginas trataremos de estudiar, o si se prefiere, de poner orden a todo lo que hemos planteado hasta el momento; siguiendo las líneas marcadas en estas cuatro hipótesis iniciales. En otros términos, intentaremos examinar cuál es la situación real en la experiencia española. Todo ello, desde una perspectiva general, pues cada una de las varias cuestiones particulares pertinentes serán abordadas en detalle en otras contribuciones específicas incluidas en esta monografía.

A tal fin, comenzaremos por ofrecer algunas breves reflexiones acerca de los problemas generales que pueden o suelen suscitarse en relación con la investigación de las violaciones a los derechos humanos cometidas en el pasado.

---

[92] Véase nota 33.
[93] *Idem*.
[94] Véase nota 23.
[95] Como es sabido, a diferencia del lenguaje propio del Derecho interno, en lo relativo al ordenamiento jurídico internacional son de uso común y aceptado ambas calificaciones. Recuérdese, a modo de ejemplo, lo expresamente señalado por el Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzada: "A propuesta de una delegación, y para tener en cuenta la diferencia de terminología empleada en las legislaciones de los países de América Latina, el Grupo de Trabajo aceptó que la expresión "caractère continu" que figura en el apartado b) del párrafo 1 se traduzca en la versión española del instrumento por "carácter continuo o permanente". *Vid*. Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2006/57, 2 de febrero de 2006, párr. 113.

2.2. EL POLIEDRO TRANSICIONAL: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROBLEMÁTICA PROPIA A LA INVESTIGACIÓN DE LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS OCURRIDAS EN EL PASADO

En otras oportunidades he dedicado algún tiempo y esfuerzo a, con mayor o menor fortuna, analizar y exponer la problemática que ha venido acompañando a la sanción de los crímenes de Derecho internacional y las violaciones a los derechos humanos en los procesos de transición[96]; intentando, por recordar las palabras del profesor Sánchez Rodríguez, "[practicar] la difícil alquimia de elaborar un armazón y una estructura jurídica donde inicialmente casi sólo existía ideología, pero –como es natural- sin renunciar a ésta"[97]. Así, una de las iniciales enseñanzas que pronto aprendí, y que conviene señalar desde el comienzo, es que cuando afrontamos "una de las cuestiones políticas y éticas más importantes con que se enfrentan las sociedades durante la transición de un gobierno autoritario o totalitario a otro democrático"[98], esto es, "los abusos a gran escala y especialmente graves cometidos o tolerados por un régimen pasado"[99], una de las muchas paradojas que percibiremos son las aparentes pocas dificultades de orden teórico que esta cuestión plantea desde la perspectiva del Derecho internacional. Y ello es así porque si dejamos al margen los endémicos interrogantes acerca del concepto, contenido y duración de un proceso de transición, como de hecho hace el mismo ordenamiento jurídico internacional, bastará con recordar en este punto el ya clásico "principio de la identidad o continuidad del Estado"; destilado fundamental de los principios de seguridad jurídica internacional, así como de la propia formulación de los definidos como principios estructurales del Derecho internacional[100]. La esencia de este principio podemos resumirla en el siguiente enunciado: el Estado continúa siendo el mismo, a los efectos del ordenamiento jurídico internacional, cualquiera que sea el cambio o cambios ocurridos en su organización interna. En consecuencia, toda alteración que pueda acaecer en la organización política de un Estado, siempre y cuando no afecte a la

[96] Con carácter exhaustivo, puede consultarse J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Madrid: Ediciones Parthenon, 2007. Para una visión sintetizada, J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, "Modelos de persecución penal y Justicia Transicional en Iberoamérica. Algunas enseñanzas jurídico-internacionales tras los procesos de transición iberoamericanos: Impunidad fáctica, amnistías e indultos", en M. CAPELLÀ I ROIG; D. GINARD I FERÓN (Coords.), *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*, Palma de Mallorca: Ediciones Documenta Balear, 2009, pp. 255-339; así como, desde un enfoque más amplio, J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, "Formulando las preguntas correctas sobre los problemas de cumplimiento de las obligaciones de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes pasados", en J. ALMQVIST; C. ESPÓSITO (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 343-367.

[97] *Vid.,* el prólogo de L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ a J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz…*, *op. cit.*, p. 27.

[98] *Vid.* A. BARAHONA DE BRITO; A. AGUILAR FERNÁNEZ; C. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, "Introducción", en A. BARAHONA DE BRITO; A. AGUILAR FERNÁNEZ; C. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (Eds.): *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Madrid: Ediciones Istmo, 2002, p. 29.

[99] Para Kai Ambos, este es uno de los "problemas estructurales" a afrontar que diferencia a la "justicia ordinaria" de la "justicia de transición". *Vid.* K. AMBOS, *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá: Editorial Temis, p. 10. En línea similar, véase K. AMBOS, K; E. MALARINO; G ELSNER, (Eds.), *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2009, pp. 27-28.

[100] Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: "Resolución 2625 (XXV), 4 de octubre de 1970, Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", Documento de las Naciones Unidas: A/8082, El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta, párrs. 2 y 3.

condición internacional de éste, será irrelevante en lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones internacionales frente a terceros. De este modo, si debiéramos enfrentarnos a la pregunta de cómo ha de aplicarse el Derecho internacional en un proceso de transición simple o doble, la respuesta formal es sencilla: Exactamente igual que si este proceso no se hubiera iniciado, no se estuviera desarrollando, o no hubiera culminado con mayor o menor éxito. Postulado general que evidentemente sería de idéntica aplicación respecto a la obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos.

En este sentido entonces, son impecables las siguientes palabras de la primera Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos:

> "*Según el principio de Derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque, desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron*"[101].

No obstante, la experiencia nos ha demostrado que cuando se ha pretendido pasar de la teoría a la práctica, en lo relativo a las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el pasado, casi nada ha sido o es tan evidente o sencillo como quizá hubiera cabido esperar. En alguno de los trabajos ya citados, tras examinar la licitud internacional de medidas ampliamente ensayadas como las amnistías, los indultos o los conocidos como enjuiciamientos selectivos, traté de sistematizar, enunciar y estudiar las opciones jurídicas que dentro de la legalidad internacional pudieran plantearse en escenarios transicionales como los que aquí interesan; y para ello distinguí entre lo que entonces denominé como "problemas cuantitativos, cualitativos, temporales y políticos"[102]. Las conclusiones a las que finalmente llegué configurarían un corsé jurídico no totalmente rígido, pero sí singularmente estrecho, en lo que se refiere a la actuación estatal exigible a la hora de enfrentar los crímenes pasados. Todo ello, sobre la base de algo que también se ha recordado recientemente:

> "*Asumiendo que la justicia transicional se articula a través de medidas jurídicas, hay que tener en cuenta que, precisamente, éstas son fruto de una decisión política que han de adoptar las autoridades que dirigen el proceso transitorio y que han de afrontar, tal es su responsabilidad, ponderando todos [sus] componentes… [pero] si los abusos que se han de afrontar son, principalmente, relativos a la vulneración de los derechos humanos, sea en tiempos de paz o de conflicto armado, el ordenamiento jurídico internacional plantea exigencias jurídicas relativas a la necesidad de evitar la impunidad de sus presuntos autores y de garantizar los derechos de las víctimas de tales*

[101] *Vid*. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*, 29 julio de 1988, *Serie C*, Vol. 4, párr. 184.
[102] Cfr. J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz…*, *op. cit.,* pp. 434- 472, 475-513.

actos que han de sopesarse para calibrar la idoneidad jurídica de las decisiones de justicia transicional"[103].

Con todo, mi percepción es que con carácter previo a todo ejercicio que intente buscar u ofrecer alternativas para que las previsiones del ordenamiento jurídico internacional no se conviertan en algo imposible, inviable, o incluso odioso, ante los muchos retos, exigencias y dificultades de un proceso de transición, la cuestión clave en muchos casos es, o sigue siendo, otra. Y ciertamente no nos referimos a interesante y complejos debates acerca, por ejemplo, del contenido normativo específico o la aplicación concreta de las obligaciones internacionales en juego, o a los posibles cauces para, en su caso, suspenderlas; tampoco sobre la naturaleza e implicaciones jurídicas de prescripciones como "la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública"[104], por escoger formulaciones de *larga data* a veces también invocadas por los altos tribunal españoles[105]; ni tan siquiera aludimos aquí a discusiones relativas al momento concreto de consolidación de las normas del Derecho internacional general en el ámbito de los derechos humanos, o la entrada en vigor de las obligaciones internacionales en liza, ni a su justo acomodo frente a violaciones a los derechos humanos continuadas o permanentes[106]. La verdadera cuestión temo que no es otra que seguir tratando de explicar, recordar, recalcar, demandar o convencer, úsese el verbo que se prefiera, que las obligaciones internacionales pertinentes ni son meras recomendaciones, ni se esfuman o desaparecen en estos casos. Todo ello fundado, y aquí está la clave a mi entender, no en razones jurídicas o argumentación jurídica cognoscible, sino en las siempre ambivalentes y refractarias invocaciones a la "urgencia de la pacificación social"[107], "las necesidades (políticas) de la paz o la democracia"[108], o la "reconciliación nacional"[109]; conceptos que no es extraño que oculten cierta convicción de que las obligaciones del Derecho internacional (de los derechos humanos), en el caso de existir, han de ceder irremediablemente ante otras con-

[103] *Vid.* J. BONET PÉREZ; R. ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2009, p. 13.

[104] Como es sabido, ésta es la formulación de la conocida como "clausula Martens", incluida en las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907. Cfr. Convención sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, adoptado en La Haya el 29 de julio de 1899, en COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y LIGA DE SOCIEDADES DE LA CRUZ ROJA: *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 10ª edición, COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, Ginebra, 1953; así como, respecto a 1907, de las catorce convenciones adoptadas, interesa especialmente la IV Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, adoptada en la Haya el 18 de octubre de 1907, en COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: *Derecho internacional relativo a la conducción de las hostilidades: colección de Convenios de La Haya y de algunos otros tratados*, 2ª edición, COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, Ginebra, 1996.

[105] Véase, por ejemplo, TRIBUNAL SUPREMO: Sentencia núm. 798/2007, de 1 de octubre de 2007, Fundamento Jurídico 6.

[106] A este respecto, recuérdese lo indicado en la nota 43.

[107] Este concepto aparece en la nada edificante postura inicial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de mediados del decenio de 1980; afortunadamente matizada y plenamente ajustada a Derecho (internacional) en sus posteriores afirmaciones y resoluciones. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: "Informe Anual, 1985-1986", OEA/Ser.L/V/II.68 doc. 8 rev. 1, Capítulo V, párrs. 10-11.

[108] Quizá algunas de las posturas más severas en este sentido pudieran ser las recogidas en el trabajo de P. R. WILLIANS; M P. SCHARF, *Peace with Justice? War Crimes and Acountability in the Former Yugoslasvia*, Boston: Rowam & Littlefield Publishers, 2002, pp. 29-35, en especial pp. 31-32.

[109] Sobre los modos u ocasiones en que fue utilizado este término durante los iniciales desarrollos de las transición española, R. DEL AGUILA; R. MONTORO, *El discurso político de la transición española*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1984, pp. 130-136. Desde una visión más amplia, que incluye también la época franquista, P. AGUILAR, *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Madrid: Alianza Editorial, 2008. Igualmente, consúltese el apartado III de este trabajo.

sideraciones *verdaderamente importantes*[110]. En realidad, las que fueren en cada momento o escenario, pues a la postre estos grandes conceptos han sido y son utilizados para sostener una cosa y la contraria; si bien, con un alto grado de coincidencia hacia un significado o resultado común. Por poner como ejemplo el último de ellos, la reconciliación, como acertadamente ha destacado Paul Seils, "la experiencia de la acepción muestra que, en especial en Latino América, tiende a ser un código de impunidad para políticos y criminales"[111].

Esta suerte de posicionamientos, expresos o implícitos, más o menos voluntarios o forzados por las circunstancias, reconocidos o no como tales antes o después, son sin duda especialmente detectables en los primeros momentos del desarrollo de un proceso de transición. Probablemente, y en el mejor de los casos, en el intento de obtener a través de ellos lo que alguna vez he calificado como un "paréntesis inicial", o un "imperioso paréntesis", en el que la nueva y débil democracia pueda ir fortaleciéndose, y las antiguas redes de poder debilitándose. Realidad ésta que es perfectamente identificable en buena parte de la experiencia Iberoamericana a la que nos referimos con la cita anterior. Con todo, y aunque no nos detendremos en esta ocasión en su posible encuadre dentro del Derecho internacional[112], sí apuntaremos que cuanto más se prolonguen en el tiempo tales posturas, o pretendidas razones, más complejo resultará su justificación, desde toda perspectiva.

Aparte lo anterior, mi posición personal es, desde luego, negarme a aceptar, y de hecho combatir, esta serie de posicionamientos, pues no suponen otra cosa que la negación misma de la existencia del Derecho internacional, de un plumazo y sin argumento jurídico alguno. Pero ello sin mantener a su vez una postura formalista o insensible a las muchas dificultades que se concitan en el poliedro transicional; sobre todo, en los primeros desarrollos del mismo. Así, vengo defendiendo que el verdadero ejercicio que debería afrontarse habría de dirigirse a concretar en cada situación el conocido como criterio interpretativo del "efecto útil" de las normas internacionales[113]; principio que para la Corte Internacional de Justicia[114] y la Comisión de Derecho Internacional[115] es una de las guías fundamentales de la interpretación de las normas convencionales. Lo que en caso alguno quiere significar que en virtud del mismo pueda obviarse su "letra y

---

[110] De entre los numerosos trabajos que han reflexionado sobre este particular, siempre me ha parecido especialmente lúcida la posición de Dugard en torno a la experiencia de Sudáfrica, especialmente valiosa por su momento de redacción. Cfr. DUGARD, J.: "Retrospective Justice: International Law and South African Model", en A.J. MCADAMS (Ed.), *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, Notre Dame: University of Notre Dame, 1997, en especial p. 281.

[111] *Vid.* P. SEILS, "La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional", en J. ALMQVIST; C. ESPÓSITO (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009 p. 24.

[112] Sobre mis opiniones acerca de este particular, J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz…*, *op. cit.,* pp. 475-513.

[113] Para una primera visión sobre el mismo, C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, *La interpretación de las Normas Internacionales*, Pamplona: Aranzadi, 1996, pp. 222-223, 249-250; A. REMIRO BROTÓNS, *Derecho Internacional Público: 2. Derecho de los tratados*, Madrid: Tecnos, 1987, pp. 313-314.

[114] Véase a modo de ejemplo, *Zonas francas de la Alta Saboya y del país de Gex, Order, P.C.I.J. Series A, Nº. 22*, p. 7; *Estrecho de Corfú (Reino Unido v. Albania), fondo, I.C.J. Reports 1949*, p. 24; *Interpretación de los Tratados de Paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumania*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports, 1950*, p. 229; *Asunto de la disputa territorial entre la Jamahiriya Árabe Libia y Chad (Jamahiriya Árabe Libia/Chad), I.C.J. Reports 1994*, párr. 51.

[115] Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, segunda parte, p. 240; *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1978, vol. II, primera parte, pág. 80, en especial párr. 33; así como, "Comentario al capítulo III de la Primera Parte del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado", aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en segunda lectura, en su 53º período de sesiones (23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/L.602/Rev.1, 26 de julio de 2001, p. 114.

espíritu"[116], ni desconocerse otros criterios rectores claramente establecidos como, en lo que aquí ocupa, el principio *pro homine* inherente al Derecho internacional de los derechos humanos[117]. Por tanto, siempre he estimado que la máxima *ut res magis valeat quam pereat* debe ser especialmente atendida en el ámbito de la Justicia Transicional; resultando que si existen varias interpretaciones posibles, de entre todas ellas habrá de escogerse aquélla que en el momento considerado permita su aplicación específica, que pueda tener algún efecto[118]. Esto es, que evite la consideración de las obligaciones internacionales como deberes absolutos, que en determinados casos puedan llevar a situaciones de imposibilidad igualmente absoluta[119]; pues, siguiendo la clásica afirmación de Verdross, "*international duties must not be taken so far to result in self-destruction*"[120].

Ahora bien, si en mi opinión ésta debería ser la senda de trabajo y discusión fundamentales en lo que se refiere a la Justicia Transicional, en general, y a la investigación de las violaciones a los derechos humanos cometidas en el pasado, en particular, mi convicción es que en España aún nos queda mucho para alcanzar este escenario. Veamos porqué.

2.3. DE LO GENERAL A LO PARTICULAR: LA SITUACIÓN EN ESPAÑA. A MODO DE CONLUSIÓN

Son muchos los elementos que podríamos escoger para analizar o ejemplarizar lo que ha acaecido, y ocurre, en la experiencia española. Sobre algunos de ellos ya he expresado mi parecer con anterioridad[121], con lo que a efectos introductorios valga sólo recor-

[116] Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: *Interpretación de los Tratados de Paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumania*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports, 1950*, p. 229.
[117] De entre los muchos estudios que han abordado este particular, para una primera aproximación puede consultarse M. PINTO, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en M. ABREGÚ; Ch. COURTIS (Comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: CELS/Editores del Puerto, 1997.
[118] Cfr. *Asunto de la disputa territorial entre la Jamahiriya Árabe Libia y Chad (Jamahiriya Árabe Libia/Chad), I.C.J. Reports 1994,* párr. 51. En la doctrina, C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, *La interpretación..., op. cit.*, pp. 249-250.
[119] Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1978, vol. II, primera parte, pág. 80, en especial párr. 33.
[120] Citado en D.F. ORENTLICHER, "Settling accounts: The duty to prosecute human rights violations of a prior regime", en N. KRITZ (Ed), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. I, Washington: United States Institute for Peace Press, 1995, p. 407.
[121] Así, durante la tramitación de la "Ley de Memoria Histórica" y sobre la cuestión en general, puede consultarse J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, "*El viaje a ninguna parte*: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la Guerra Civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 45, enero-junio de 2007, pp. 119-233; con posterioridad, "Justicia Transicional, "Memoria Histórica", y responsabilidad internacional del Estado: Un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas del inicio formal de la transición política española", *Revista de Derecho de Extremadura*, número 4, enero/abril de 2009, pp. 49-74; así como "Treinta años de Justicia Transicional en España: Algunas luces y muchas sombras", en J. LÓPEZ DE GOICOECHEA ZABALA (Dir.), *30 años de Constitución: Balances y Perspectivas*, Navarra: Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, pp. 49-91. Para una primera aproximación desde el Derecho internacional, J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, "Transición española y Justicia Transicional: ¿Qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política española", en S. GÁLVEZ BIESCA (Coord.), *La memoria como conflicto. Memoria e historia de la Guerra Civil y el Franquismo*, Número monográfico de *Entelequia*, *Revista Interdisciplinar*, número

dar brevemente que en España durante lustros se decidió ignorar la convicción de especialistas como Weschler, para quien si en un proceso de transición las cuestiones relativas a los crímenes pasados no son abordadas con rapidez, pueden volver en formas más perversas pasados uno o dos años[122]. O por expresarlo con otras palabras más cercanas, y probablemente más gráficas, como son las del profesor Reig Tapia:

> *"... como la Historia misma se encarga de demostrar, cuanto más se tarda en aceptar la realidad, más gravosas resultan las consecuencias de semejante empecinamiento, que no trae otras consecuencias que las derivadas siempre de escupir al cielo"*[123].

Así, los desarrollos iniciales de la última transición a la democracia en España se caracterizaron por la expresa elección de lo que se ha conocido como "Modelo de olvido del pasado absoluto"[124], esto es, una apuesta por la confrontación con el pasado, con las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el pasado, basada en la renuncia tanto a toda medida de índole sancionatoria/reparatoria como a toda forma de averiguación de la verdad. Si bien en el ámbito de la reparación, en sentido amplio[125], posteriormente se fueron dando diversos pasos[126] -el más reciente, el Decreto por el que se establecen

---

7, septiembre de 2008, pp. 331-354. Respecto a las actuaciones ante la Audiencia Nacional, J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, "Examen del Auto del Juzgado de Instrucción Nº. 5 de la Audiencia Nacional por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo", *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, año 2008, tomo 5, pp. 1388-1397; así como "La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo: Del Auto de 16 de octubre a la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008", *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, año 2009, tomo 1, pp. 1415-1424. En cuanto al procedimiento seguido en el Tribunal Supremo contra el Magistrado Garzón, J. CHINCHÓN ÁLVAREZ; L. VICENTE MÁRQUEZ, "La investigación de los crímenes cometidos en la Guerra Civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del Derecho internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 19, 2010, pp. 1-43.

[122] Cfr. A. BORAINE; J. LEVY; R. SHEFFER (Eds.), *Dealing with the Past: Truth and Reconciliation in South Africa*, Ciudad del Cabo: IDASA, 1994, p. 58.

[123] *Vid.* A. REIG TAPIA, *AntiMoa. La subversión neofranquista de la Historia de España*. Barcelona: Ediciones B,, 2006, p. 457.

[124] Ésta es la terminología empleada por el Instituto Max-Planck para el Derecho Extranjero e Internacional en su estudio basado en distintas experiencias transicionales. Cfr. J. ARNOLD, "Cambio de sistema político y criminalidad de Estado desde una visión del derecho penal"; "Esbozo del Proyecto: Elaboración jurídico-penal del pasado tras un cambio de sistema político en diversos países", en M. A. SANCINETTI; M. FERRANTE, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina*, Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1999.

[125] Recuérdese en este punto que según el propio Tribunal Constitucional español la serie de medidas adoptadas a inicios de la década de 1990, aunque legalmente algunas de ellas vengan denominadas como "indemnizaciones", no pueden calificarse técnicamente de resarcimiento de daños por un funcionamiento anormal de la Administración Pública, de la Justicia, o por un error judicial. Para el Tribunal eran, en realidad, prestaciones establecidas *gracialmente* por el legislador, de acuerdo a una decisión política que ha de relacionarse, en el caso concreto que analizó entonces, con la legislación sobre amnistía, pese al distinto sentido de una y otra normativa. Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Sentencia del Tribunal Constitucional de España en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 2.645, 2.646, 2.647 y 2.648/92 y 12 y 420/93, promovidas, las cuatro primeras, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, y la quinta y la sexta por las Salas del mismo orden jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-La Mancha y de Madrid, respectivamente, en las que se plantea la posible inconstitucionalidad de la Disposición adicional decimoctava de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, STC 361/1993, Fundamentos Jurídicos, párr. 2.

[126] Para una examen más detallado de las medidas en cuestión, puede acudirse a J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, "*El viaje a ninguna parte*: Memoria...", *op. cit.*, pp. 122 y ss., así como a la abundante bibliografía que se

indemnizaciones a mujeres que sufrieron formas de represión de la dictadura franquista sobre su honor, intimidad y propia imagen[127]-, tal decisión inicial no debería sorprender en demasía, pues es de muchos conocido que enlazando con la cita que recogimos en el apartado inicial, y por referir una pluma especialmente cualificada: "el pacto del olvido fue ineludible dentro del contexto de los años setenta, cuando había un bunker bien armado"[128]. Conclusión que algunos especialistas han extendido también a lo ocurrido durante lo que estiman como "transición española" *strictu sensu* (20 de noviembre de 1975-30 de diciembre de 1983), en los siguientes términos:

> "*En la búsqueda de la superación del pasado, del punto final, el silencio de la transición con respecto a sus víctimas supone, en la práctica, la continuación de la política de olvido aplicada a las víctimas de la Guerra Civil y de la represión franquista. Se trata aquí de ocho años de la historia reciente de España en los que murieron 591 personas y los heridos se cuentan por miles. (…) las víctimas de la violencia política durante la transición española fueron silenciadas por la propaganda oficial, empeñada en resaltar únicamente las supuestas bondades incruentas de la modélica transición política, ofrecida como el éxito casi inmaculado de un pacto en las alturas entre caballeros providenciales y clarividentes…*"[129].

En resumen, y por utilizar una formulación más amplia:

> "*Si bien en el terreno de la verdad histórica (…) nadie discute la consecuencia de las desapariciones forzadas de personas, las ejecuciones extrajudiciales, el exilio, las incautaciones, los campos de concentración, los trabajos forzados y la drástica supresión de las libertad públicas, la sociedad carece de, no refleja o no asume estas verdades, sino que pretende alejarlas como un fantasma indeseable que la perturba y que la llevaría a una discusión acalorada con sus allegados, vecinos o compañeros. Los políticos y la política española se niega a reconocer cuál es el origen de la democracia instaurada después de la muerte en la cama del dictador. Sostienen –en mi opinión erróneamente- que todo es el producto de una acendrada convicción democrática de la inmensa mayoría de los españoles que estaban deseando romper con la Dictadura y no sabían cómo hacerlo. Los políticos basan todo el andamiaje del tránsito en el espíritu de reconciliación[130]. Me gustaría que fuese cierto, pero*

---

refiere; de forma más resumida, puede acudirse a J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, "Justicia Transicional, "Memoria Histórica", y responsabilidad internacional del Estado…", pp. 53 y ss. Con carácter exhaustivo y más próximos en el tiempo, pueden consultarse el completo trabajo de P. AGUILAR, *Políticas de la memoria y…, op. cit.*, en especial pp. 233 y ss. -de manera condensada, resultan de gran interés y utilidad las tablas contenidas en las pp. 506-520-; así como el libro de A. GIL GIL, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona: Atelier, 2009, pp. 47 y ss.

[127] Cfr. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, Boletín número 200, de 13 de octubre de 2010, pp. 7-10.

[128] *Vid.* PRESTON, P.: "Las víctimas del Franquismo y los historiadores", en E. SILVA; A. ESTEBAN; J. CASTÁN; P. SALVADOR (Coords.), *La memoria de los olvidados. Un debate sobre el silencio de la represión franquista*, Valladolid: Ámbito Ediciones, 2004, p. 19.

[129] *Vid.* M. SÁNCHEZ SOLER, *La transición sangrienta. Una historia violenta del proceso democrático en España (1975-1983)*, Barcelona: Península, 2010, pp. 20 y 365.

[130] Sobre este particular, desde la perspectiva de este trabajo, véase B. ANDRÉ-BAZZANA, *Mitos y mentiras sobre la transición*, Barcelona: El Viejo Topo, 2006, en especial p. 116

creo que es una evasión de la realidad y un intento más de hacer de la necesidad virtud"[131].

De este modo, y como inicial evidencia a destacar, podemos volver a la primera de las hipótesis que señalamos al comienzo; pero ya en este punto, completándola adecuadamente. De tal forma que bien pudiera decirse que durante los primeros desarrollos de la experiencia transicional española, la decisión de no investigar las violaciones a los derechos humanos cometidas en el pasado no es que se valoró como ajustada (o no) a las exigencias del Derecho internacional, sino que sencillamente se tomó sobre la base de otra serie de justificación formales; ajenas siempre a tomar en consideración, al menos públicamente, lo que podría o no vincular internacionalmente a España. Realidad que en caso alguno, ya vimos, obstó para poder caracterizar de "ejemplar" a lo que se hizo y decidió entonces.

A partir de este hecho incuestionable, y en línea que apuntamos en el apartado anterior, no entraremos aquí en la discusión acerca de si lo que entonces se acordó fue lo que en conciencia se consideró óptimo en aquellas circunstancias, o si fue lo que se entendió como imprescindible, necesario, o "menos malo" dentro de las posibilidades o limitaciones de toda índole propias de aquellos tiempos. Tampoco nos ocuparemos ahora de la decisión de no abrir un debate público sobre todas estas cuestiones, aunque sí nos sumaremos al menos a lo que ya señalaron especialistas como O´Donnell y Schmitter, esto es, que por mala que sea la solución adoptada para afrontar los retos propios de la Justicia Transicional, peor será siempre ignorarlos[132]. Aún más, en lo que ahora nos interesa, pudiéramos convenir en este punto en que en aquellos años, y por mejor entendernos, "se hizo lo que se pudo". Como sea, la clave es que si entonces, ya en pro de la "reconciliación nacional"; por temor "a los fantasmas de la Guerra Civil"; por "no reabrir viejas heridas"; por no tener la fuerza necesaria para llevar adelante las medidas que hubieran sido demandables; por, siguiendo a Paloma Aguilar, la íntima convicción que "el que evita la ocasión evita el peligro"[133]; ya por el motivo que se quiera o fuere, si en aquellos años se decidió eludir la discusión (jurídica) acerca de la investigación de las violaciones a los derechos humanos pasadas -como bien demuestra, por citar un ejemplo concreto, el debate de la Ley de Amnistía de 1977[134]-, hasta cuándo debe o puede mantenerse este estado de cosas. Y no se trata de una pregunta retórica, pues valga traer a colación las recientes palabras de la Sección Primera Penal de la Audiencia Pro-

[131] *Vid.* J. A. MARTÍN PALLÍN, "La ley que rompió el silencio", en J. A. MARTÍN PALLÍN; R. ESCUDERO ALDAY, (Eds.), *Derecho y memoria histórica*, Madrid: Trotta, 2008, p. 28.
[132] Cfr. G. O´DONNELL; P. C. SCHMITTER, *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas – 4*, Buenos Aires: Paidós, 1998, p. 30.
[133] *Vid.* P. AGUILAR, *Políticas de la memoria y..., op. cit.*, p. 250.
[134] B.O.E. Número 248, de 17 de octubre de 1977. La ley fue aprobada por doscientos noventa y seis votos a favor, dos en contra, dieciocho abstenciones y un voto nulo, en un debate parlamentario pleno de calurosos elogios y entregadas invocaciones a la "reconciliación nacional" y el "olvido". Es importante hacer notar que ninguno de aquéllos que no votaron afirmativamente a esta ley justificó tal decisión en que a través de esta medida quedarían sin castigo los responsables de los crímenes pasados; siendo lo más cercano a ello ciertas alegaciones sobre la necesidad de una "reparación moral" para las víctimas, vertidas por representantes del Grupo Mixto. Por su parte, el partido Alianza Popular optó por la abstención basándose en consideraciones más que alejadas de las anteriores, esencialmente centradas en los "peligros" que podían derivarse, de un lado, del abuso de este tipo de medidas, y del otro, de "vaciar las cárceles" ante el más que desorden que, en la opinión de su representante, Carro Martínez, imperaba aquellos días. Para más datos, puede verse P. AGUILAR, *Memoria y olvido de la Guerra Civil española*, Madrid: Alianza Editorial, 1996, pp. 266-271; así como su más reciente trabajo, *Políticas de la memoria y...*, *op. cit.*, pp. 284-304.

vincial de Córdoba, que a la hora de resolver un recurso contra un Auto de 11 de agosto de 2006[135], entre otros considerandos reiteró que:

> "*... frente a las alegaciones que se contienen en el citado escrito, esta Sala considera que a estas alturas del Siglo XXI efectivamente, tal y como pide el recurrente, debe de ser de plena aplicación la Constitución Española, llamada unánimemente en su XXV aniversario como "de la reconciliación", y ello supone (...) que debe evitarse en todo caso que cualquier iniciativa como la que hoy deduce la recurrente sirva para "reavivar las viejas heridas o remover el rescoldo de la confrontación civil"*[136].

Por dar un paso más, y tratar de ilustrar mejor lo anterior: hasta cuándo habremos de asistir a planteamientos como que a partir de cierta lectura de la Ley de Amnistía[137], ésta impide cualquier investigación (judicial) de los crímenes pasados, ya que por utilizar palabras de un Auto de nuestra Alta Magistratura –elevadas ya casi a "jurisprudencia" para y por otros órganos jurisdiccionales[138]:

> "*Es significativo, y seguramente exigía una mayor cautela en ese enjuiciamiento moral, recordar que la Ley 46/1977 no solamente fue aprobada por las mismas Cortes que elaboraron la Constitución democrática, sino que obtuvo el respaldo de prácticamente todas las fuerzas democráticas presentes en el Parlamento en ese momento. (...) Y, desde luego, solamente desde una ignorancia jurídicamente inexcusable cabe equiparar la amnistía allí decidida con cualquiera de los supuestos de amnistía unilaterales o autoamnistías a las que suelen referirse aquellos instrumentos internacionales y las decisiones de órganos de esa naturaleza, en especial los de corte político...*"[139].

Posición, dicho sea de paso, prácticamente idéntica a la mantenida por los representantes españoles en su respuesta a las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto al Quinto Informe Periódico de España[140]. Pero que también se

---

[135] Cfr. JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº. 2 DE CÓRDOBA: Diligencias Previas nº. 3651/ 2006, Auto de 11 de agosto de 2006.

[136] *Vid*. AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN PRIMERA PENAL, DE CÓRDOBA: Auto de 21 de febrero de 2005; reproducido en el Auto de 16 de octubre de 2006, Rollo de Apelación Número 355/2006, p.3.

[137] Para un interpretación diferente de la Ley de Amnistía de 1977, puede verse J. GARCÉS, "La ley española 46/1977, de Amnistía, más citada que leída, no tiene por objeto actos de naturaleza genocida y lesa humanidad", de 14 de mayo de 2010, disponible en http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es/p/analsis-juridicos.html. Desde una perspectiva más amplia, sobre la misma consúltese el trabajo, incluido en esta misma obra, de H. VALENCIA VILLA, "La Ley de amnistía de 1977 y su compatibilidad con el DIDH".

[138] De entre los varios ejemplos identificables, puede verse su recepción expresa en AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN DECIMOQUINTA, DE MADRID: Auto de 8 de febrero de 2010, p. 4.

[139] *Vid*. TRIBUNAL SUPREMO: Auto de 3 de febrero de 2010, Causa Especial Nº. 20048/2009, pp. 41-42.

[140] Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: "EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES CON ARREGLO AL ARTÍCULO 40 DEL PACTO. Observaciones Finales: España", Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/ESP/CO/5, 27 de octubre de 2008, en especial párr. 9. En cuanto a la respuesta de España, en concreto se dijo entonces: "El Estado español también quisiera resaltar que el Comité está descalificando una decisión respaldada por toda la sociedad española y que contribuyó a la transición a la democracia en España. La citada ley fue una demanda de toda la oposición democrática y

puede formular en otros términos más amplios, como los del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional durante el proceso abierto por el Magistrado Garzón –argumentación que también ha hecho fortuna en posteriores pronunciamientos del Ministerio Fiscal[141]:

> "*No debe olvidarse, por último, para quienes cuestionan la vigencia de la ley de Amnistía mediante su equiparación a las leyes de "Punto Final" y "Obediencia Debida" promulgadas en la República Argentina en 1986 y 1987 durante el Gobierno "Alfonsín", o a otras normas de similar naturaleza adoptadas en otros países como Chile o Perú, claramente ilegales a juicio de la Corte Interamericana de derechos Humanos- que mientras éstas últimas pueden ser calificadas abiertamente como "leyes de impunidad", al haber sido dictadas –y en gran medida impuestas bajo la amenaza de golpe militar– con la finalidad de evitar la persecución penal por los gravísimos crímenes perpetrados por los aparatos del Estado durante la Dictadura militar del período 1976-1983 y eximir de responsabilidad a sus partícipes, la ley de Amnistía fue, en todo su proceso de gestación y aprobación, una exigencia de las fuerzas políticas democráticas, ampliamente respaldada por la sociedad española, y aprobada por las Cortes nacidas de las primeras elecciones democráticas celebradas el 15 de Junio de 1977, las mismas Cámaras parlamentarias que redactaron y aprobaron la Constitución de 1978. Resultaría, pues, un absoluto disparate jurídico cuestionar la legitimidad de origen de esa norma y, lo que es peor, atribuirle el estigma de "ley de impunidad*"[142].

En definitiva, hasta qué momento será un pretendido argumento, ya fundamental, ya definitivo, en este ámbito que aquello que quiera examinarse respondió a la "voluntad del legislador"; de tal suerte que este solo hecho puede, en su caso, hacer inviable la actuación de la justicia, la investigación, desde entonces y hasta la fecha. Y así que desde esta premisa, la simple conclusión a ofrecer no sea ni es otra que por utilizar también palabras de nuestros órganos jurisdiccionales: que las violaciones a los derechos humanos en cuestión "quedarían impunes por aplicación a l[a]s mismas de la Ley de Amnistía de 46/1977 de 15 de octubre"[143]; a lo que cabría añadir, impunes y sin investigación alguna.

Formulado de otro modo, y como ya concluimos en ocasión pasada, hasta cuándo habrá de sostenerse algo que:

---

fue una de las primeras leyes aprobadas por consenso por las mismas Cortes que aprobaron la Constitución de 1978. Además, no sólo la sociedad española sino también la opinión pública mundial es conocedora y ha respaldado siempre el proceso de transición en España que fue posible, en parte, gracias a dicha ley." *Vid.* COMITÉ DE DERECHO HUMANOS: Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto. España. Adición. Comentarios del Gobierno de España sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos", Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, 13 de enero de 2009, p. 3.

[141] A modo de ejemplo, valga reproducir estas palabras, que también hace suyas el tribunal: "Señala con acierto la fiscalía "que resulta inviable acudir a la jurisdicción penal y ello debido a la imposibilidad de exigir responsabilidades criminal por unos hechos (…) que además deben considerarse amnistiados en virtud de la Ley de 15 de Octubre de 1977 aprobada por un Parlamento democrático en pleno proceso de transición." *Vid.* JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº. 10, PALMA DE MALLORCA: Auto de 14 de octubre de 2009, Diligencias previas proc. Abreviado 0001169/2009, p. 2.

[142] *Vid.* Recurso de Apelación del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2008, p. 34.

[143] *Vid.* AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS: Auto de 18 de julio de 2010, p. 3, recogiendo y ratificando la postura del Auto del Juzgado de Instrucción Nº. 2 de Aranda de Duero, Diligencias Previas núm. 304/09, de 8 de febrero de 2010.

> "*… resulta evidente que es jurídicamente insostenible [, esto es] afirmar que, para examinar la adecuación de una medida legislativa con las obligaciones internacionales vinculantes para el Estado, el parámetro de análisis pertinente haya de ser la naturaleza del órgano que la hubiera aprobado o el mayor o menor respaldo político que tal medida hubiera podido obtener. Aceptar este planteamiento supondría tanto como negar la misma existencia del Derecho internacional. En otras palabras, supondría desconocer por completo las reglas básicas de nuestro ordenamiento jurídico, pues equivaldría a sostener que cualquier medida legislativa aprobada por un Parlamento democrático, siempre sería internacionalmente "lícita", aunque su contenido incurriera en contradicción flagrante con las obligaciones internacionales del Estado*"[144].

Refiriendo otro ejemplo paradigmático de lo que estamos tratando de exponer, también en este ámbito de la investigación de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el pasado no es extraña la invocación de otra "decisión del legislador"; a saber, la ya citada y conocida como "Ley de Memoria Histórica"[145]. Por acudir a un ejemplo reciente, a criterio de las autoridades españolas:

> "*En cuanto a la denuncia de que no ha habido investigaciones de las desapariciones ocurridas durante la Guerra Civil española y el franquismo, el Gobierno citó varias medidas adoptadas desde 2004, incluid[a] (…) la Ley de 2007 por la que se amplían y reconocen derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*"[146].

No podemos detenernos en esta ocasión en el contenido de esta ley[147], pero ciertamente, mantener que en la misma se incluyen "medidas" que pudieran corresponderse con el deber de investigar estos hechos, resulta, cuanto menos, desconcertante. Máxime cuando en su literal nunca se habla de obligaciones o derechos, sino sólo de "peticiones o demandas legítimas" de algunos ciudadanos[148], en un escenario que aparece pues como si de relaciones entre particulares o sujetos privados se tratase, y en el que el Estado sólo figura como coadyuvante, o en su caso, como sujeto que podrá "establecer

---

[144] *Vid*. J. CHINCHÓN ÁLVAREZ; L. VICENTE MÁRQUEZ, "La investigación de los crímenes cometidos en la Guerra Civil y el franquismo como delito de prevaricación….", *op. cit*., p. 15.
[145] Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura, en B.O.E. núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.
[146] *Vid*. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: "Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias", Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/13/31, 21 de diciembre de 2009, párr. 486.
[147] Para mi persona valoración de la misma, además de los trabajos ya citados en nota 69, puede verse en lo que ahora se apunta, J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, "La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: Nunca es tarde si la dicha es ¿buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la `Ley de Memoria Histórica´", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Foro, Nueva Época*, número 7/2008, pp. 13-55.
[148] Cfr. Exposición de Motivos de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

subvenciones"[149]. De hecho, y por recordar las propias palabras del Tribunal Supremo, ante lo que estamos no es otra cosa que "la mera colaboración con particulares que la Ley 52/2007 (…) estableció respecto a la contribución de los poderes públicos en la deseable reparación de las víctimas de la Guerra Civil y de la dictadura que le siguió"[150]. En definitiva, como certeramente se ha concluido, la realidad no es otra que: "… la Ley renuncia a una investigación oficial de las violaciones de derechos humanos (…), mantiene la regla de la impunidad y de la no investigación"[151]

Ahora bien, todo lo dicho tampoco parece haber impedido que esta otra decisión del legislador también aparezca profusamente manejada por los tribunales de justicia en lo que a la investigación se refiere. Por escoger un botón de muestra de los muchos posibles, podemos referirnos aquí a la causa abierta en La Palma del Condado. En lo que ahora interesa, y frente a la denuncia de la existencia de una fosa común en la que podrían estar enterradas personas que fueron fusiladas hacia julio de 1936, la primera resolución judicial descarta que pudiésemos estar ante ningún "delito o falta", sino a lo más ante "tareas puramente administrativas"[152], apoyándose para ello, parcialmente en lo previsto en la "Ley de Memoria Histórica". La argumentación más completa en este sentido se encuentra realmente en el posterior escrito de la Fiscalía de 28 de julio de 2009, hecho suyo por la Audiencia Provincial de Huelva en su Auto de 10 de septiembre de 2009[153]; a saber:

> "*… el Fiscal reitera su anterior escrito (…) en la medida en que considera que los hechos denunciados no deben dar lugar a la incoación de un proceso penal, puesto que (…) incluso el más grave que pudiera pensarse, el asesinato, estaría prescrito, correspondiendo dar la respuesta a las Administraciones Públicas dar la respuesta pretendida por los denunciantes.*
>
> *(…) Es lo cierto que esta justa pretensión de recuperar la memoria y la dignidad de esos miles de víctimas, y la consecuente reparación moral que su consecución supone para los familiares y allegados de las mismas ha merecido una iniciativa legislativa que finalmente se ha plasmado en la ley 52/2007 de 26 de diciembre, conocida como Ley de Memoria Histórica, norma jurídica que a través de sus diferentes disposiciones formaliza el reconocimiento de una injusticia histórica y articula las medidas precisas la efectividad de la reparación.*
>
> *(…) Esta excepcional normativa contemplada en la Ley de Memoria Histórica se justifica evidentemente por la inviabilidad de acudir a la jurisdicción penal a tales fines, y ello debido a la imposibilidad de exigir responsabilidades criminales por unos hechos perpetrados hace más de 60 años, que no solamente se encuentran prescritos, sino que además deben considerarse amnistiados en virtud de la ley de 15 de octubre de 1977 aprobada por un Parlamento democrática en pleno proceso de Transición. Y debe recordarse que únicamente desde el respeto a la legalidad vigente se puede articular en el Estado de Derecho la protección y defensa de los derechos de las víctimas,*

[149] Cfr., a modo de ejemplo, artículo 11.2 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.
[150] *Vid*. TRIBUNAL SUPREMO: Auto de 3 de febrero de 2010, Causa Especial Nº. 20048/2009, p. 52.
[151] *Vid*. A. GIL GIL, *La justicia de transición en España…*, *op. cit*., p. 76.
[152] *Vid*. JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INTRUCCIÓN Nº. 3 DE LA PALMA DEL CONDADO: Auto de 1 de febrero de 2008, Diligencias Previas 288/2008, p. 1.
[153] Cfr. AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA, SECCIÓN PRIMERA: Auto de 10 de septiembre de 2009, Recurso penal de Apelación 224/2009, en especial pp. 4-8.

las cuales van a ver satisfechas sus pretensiones de verdad, reconocimiento y reparación a través de los procedimientos y medidas que establece la Ley de Memoria Histórica"[154].

A la vista de todo lo señalado, la mención a esta medida legislativa nos permite evaluar específicamente las siguientes hipótesis que formulamos al inicio de este trabajo. Desde luego, y como comienzo, basta la lectura del articulado finalmente aprobado para ratificar la plena convicción de que aunque en los primeros años de la transición se hubieran podido desatender el "conjunto normativo de carácter internacional que pretende asegurar el respeto a los derechos humanos"[155], al haber concluido nuestra transición ya "con éxito"[156], tal conjunto de obligaciones internacionales resulta inaplicable por irrelevante. Y así que en caso alguno se hayan considerado o plasmado ni el discurso público, ni en sus disposiciones generales, ni en los mecanismos diseñados en esta ley del año 2007. Pero al tiempo, y aquí podríamos entrar parcialmente en la tercera hipótesis de trabajo que apuntamos, para algunos otros, tal y como acabamos de recoger, esta ley justamente se pretende presentar, de un lado, como iniciativa que (también) hace inviable la investigación demandada en sede penal, pero a su vez, como medio idóneo para que, en general, la investigación debida se materialice plenamente, y en particular, para las víctimas vean, no obstante todo lo dicho, "satisfechas sus pretensiones de verdad".

Aparte lo anterior, las citas que hemos recogido apuntan un dato también relevante que debemos reseñar para completar el cuadro general que estamos construyendo; si bien, lo haremos con brevedad, pues no es el objeto de esta contribución las cuestiones propias de la jurisdicción penal[157]. Así, siendo cierto que en el seno estos órganos probablemente el argumento que haya hecho mayor fortuna sea, con pocas pero notables excepciones, el de la prescripción, íntimamente ligado con cierta interpretación del principio de legalidad penal[158], tampoco es nada extraña la alineación, la plena conjunción, de la serie de planteamientos esbozados. Tanto en la línea ya recogida, prescripción-"Ley de Memoria Histórica", como en otros casos, como por ejemplo, ahora con la Amnistía, lo mantenido por el reciente Auto del Juzgado de Instrucción Nº. 2 de Aranda de Duero. De este modo, y tras concluir sobre la prescripción de los hechos denunciados, se añade:

"*Aun en el caso de que no se considerara apreciable la prescripción de los hechos, los mismos quedarían incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Amnistía 46/1977, de 15 de octubre y en particular, en los siguientes preceptos: - art.1, de conformidad con el que "quedan amnistiados: a) todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al 15 de diciembre de 1976 [...]. II. A los meros efectos de subsunción en cada uno de los párrafos del apartado anterior, se entenderá por momento de realización del acto aquél en que se inició la actividad criminal. La amnistía también comprende-*

[154] *Vid.* MINISTERIO FISCAL: Escrito de impugnación del recurso de apelación de la Asociación Andaluza de Memoria Histórica y Justicia de 20 de julio de 2009, 28 de julio de 2009, pp. 1 y 2.
[155] Véase nota 33.
[156] *Idem*.
[157] A este respecto, en esta misma contribución L. VICENTE MÁRQUEZ, "La responsabilidad penal individual por crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad. Derecho comparado y práctica española."
[158] Todo ello, sin olvidar auténticas perlas jurídicas como las palabras que ya reprodujimos de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. Cfr., *supra* nota 25.

rá los delitos y faltas conexos con los del apartado anterior". - art.2, en virtud del que "en todo caso están comprendidos en la amnistía: a) los delitos de rebelión y sedición, así como los delitos y faltas cometidos con ocasión o motivo de ello, tipificados en el Código de Justicia Militar". Del tenor literal de tales preceptos se extrae que los hechos denunciados tienen cabida en los mismos, lo que supondría, según el art. 6 de la citada Ley de 15 de octubre de 1977, la extinción de la responsabilidad criminal por los hechos denunciados. Lo anterior cobra especial relevancia en el caso de las detenciones ilegales, porque, aun cuando no se admitiera su prescripción sobre la base de su calificación como delito permanente; tomando en consideración que la fecha de comisión del delito se identificaría con la del inicio de la actividad criminal (pues la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1986 ya indicó que tal previsión también regía para los delitos continuados y permanentes) y que ésta se sitúa en todas las denuncias con anterioridad a 1976, la extinción de la responsabilidad criminal encontraría su base en la amnistía"[159].

Y todo ello, sin olvidar tampoco que la imposibilidad de llevar adelante la investigación alguna en el seno de los procesos en vía penal viene siendo la regla general desde las primeras acciones ante la Justicia española; como bien ilustra ya el Auto del Juzgado de Instrucción Nº. 1 de Arenas de San Pedro de 15 de diciembre de 1999[160]. Con el paso del tiempo, la verdadera variación detectable tan sólo ha sido que los argumentos para mantener tal negativa se han ido ampliando; pero la conclusión, siempre similar. Por decirlo en palabras de otro órgano jurisdiccional, el Juzgado de Instrucción Nº. 2 de Talavera de la Reina, que: "ninguna obligación legal existe de abrir una investigación penal"[161]. A lo que nosotros agregaremos ya en este punto, que tampoco parece que exista, o se asuma, la obligación de investigar a través de cualquier otra vía, mecanismo, sistema o alternativa; ni dentro ni fuera de la jurisdicción penal.

En consecuencia, y recuperando de nuevo la tercera hipótesis que formulamos al comienzo, resulta más que difícilmente compartible que dejando atrás el pasado, en la actualidad el conjunto normativo internacional en lo relativo a la investigación de las violaciones a los derechos humanos pasadas no sólo sí es pertinente, sino que de hecho se aplica con todo rigor y vigor en España. Más bien, sea por un camino o por otro, a través de lo previsto por el legislador hace décadas o en los últimos años, invocando unas u otras medidas recientemente implementadas por el Ejecutivo, o por la vía directa de los tribunales de justicia, ya mediante denuncia amplia, ya concreta sobre la existencia de restos de desaparecidos, lo único evidente es que la solución es prácticamente siempre la misma. Y ésta en caso alguno parece sustanciarse en la búsqueda de alguna senda que hicieran viable tal investigación, como sólo por referir algunos ejemplos cercanos, ya propuso y demandó la jueza Amaya Olivas[162], o más recientemente Magistra-

[159] *Vid.* JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº. 2 DE ARANDA DE DUERO: Auto de 8 de febrero de 2010, Diligencias Previas núm. 304/09, pp. 3-4.
[160] Cfr. JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº. 1 DE ARENAS DE SAN PEDRO: Auto de 15 de diciembre de 1999, Diligencias Previas Proc. Abreviado 1557/1999.
[161] *Vid.* JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº. 2, TALAVERA DE LA REINA: Auto de 9 de febrero de 2007, Diligencias indeterminadas 22/05, pp. 1-2.
[162] A. OLIVAS DÍAZ, "La intervención del juez de instrucción en las diligencias de investigación seguidas por desapariciones forzadas en la dictadura franquista" , *Jueces para la Democracia*, NO. 63, 2008, pp. 86-102.

dos como Martín Pallín[163], o académicos como el profesor Paredes Castañón, en un texto de ilustrativo título[164].

Llegados a este punto, y en lo que compete a la perspectiva general propia de este trabajo, podríamos entonces suscribir plenamente las siguientes reflexiones del profesor Sánchez Legido:

> "*Aunque es usual situar en el Decreto Nacht und Nebel (Noche y Niebla) de 1941, el origen de las prácticas de desapariciones forzadas, numerosos datos históricos sitúan pocos años antes en la península ibérica el inicio de la ejecución de planes sistemáticos y generalizados similares que se extendieron hasta bien entrada la década de los cincuenta del siglo pasado y que dejaron toda la geografía nacional plagada de las ignominiosas fosas del franquismo. Pese a todo, con el pretexto de la reconciliación nacional, la ley de amnistía de 1977 ha venido amparando la fecha la más absoluta impunidad, sin que recientes acontecimientos, tanto a nivel legislativo como judicial permitan vislumbrar cambios sustanciales en ese panorama. No es extraño, en este contexto, que ya ocasión de la detención de Pinochet, el entonces canciller Insulza cuestionara la legitimidad de nuestro país para hacer, respecto de lo que ocurre en el exterior, lo que no hemos sido capaces de hacer aquí (…). La objeción es, sin duda, irrefutable. La cuestión, sin embargo, es si la resolución innegable de la contradicción no debería pasar, en lugar de por alentar medidas que en última instancia favorecen la pervivencia de la impunidad en el exterior, por remover los obstáculos sobre los que la misma se sustenta en el interior*"[165].

Ahora bien, todo lo hasta aquí dicho salvo que la realidad no sea otra que la cuarta y última hipótesis que enunciamos al inicio. Es decir, a no ser que la postura de fondo sea realmente sostener que en España todas y cada una de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil; las que se perpetraron en lo que gran acierto se ha llamada "la gran represión" de los lustros siguientes[166]; también las que acaecieron en los años posteriores de lo que en el seno del Consejo de Europa se ha calificado como "deeply disturbing Franco's human rights record"[167]; así como lo que, en su caso, ocurrió durante los inicios formales de la transición[168]; todo ello, toda esa serie de violaciones a los derechos humanos, sobre absolutamente todas ellas, no hubiera existido obligación internacional alguna que vinculase a España. Incluyendo, por referir una gota en el océano, los casos de desaparición forzada de personas expresamente

---

[163] Cfr. J. A. MARTÍN PALLÍN, "¿Es posible iniciar un proceso penal contra una persona fallecida?", en prensa (original en poder del autor).
[164] Cfr. S. PAREDES CASTAÑÓN, "Soluciones, haberlas, haylas: Acerca de garantismos falsos y de desconsideraciones verdaderas hacia el Derecho internacional de los derechos humanos", 12 de mayo de 2010, disponible en http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es/
[165] *Vid*. A. SÁNCHEZ LEGIDO, "Diez años de Derecho internacional penal", en J. SOROETA LICERAS (Ed.), *Los Derechos Humanos frente a la impunidad. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Volumen X*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, pp. 318-319,
[166] Cfr. M. NÚÑEZ DÍAS-BALART (Coord.), *La gran represión. Los años de plomo de la posguerra (1939-1948)*, Barcelona: Flor de Viento Ediciones, 2009.
[167] *Vid*. CONSEJO DE EUROPA: "Need for international condemnation of the Franco regime", Doc. 10078, Ref. 2926, 2 de marzo de 2004, adoptado por unanimidad el 4 de octubre de 2005.
[168] A este respecto, recuérdese lo apuntado *supra y* en nota 77.

reconocidos por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias[169].

Sólo en este caso, ciertamente el compartimiento del Estado español sería impecable, y estaría cumpliendo sus compromisos internacionales a plena satisfacción. Pues tal y como hemos visto que en definitiva ocurre y se asume en el caso de España, ni hay ni habría obligación (internacional) de investigar ninguna de esas miles de violaciones a los derechos humanos; que de hecho, y por dar un paso más, ni tan siquiera hubieran sido tal cosa en sentido técnico. Aunque para poder afirmar tal cosa, hubiera que dar por bueno que España estuvo no sólo totalmente al margen, sino que fue también objetor persistente, de toda la normativa internacional, consuetudinaria y convencional, en este ámbito. En fin, que sólo se comprometió internacionalmente a no violar los derechos humanos, y a investigar los casos en que, con todo, esto sucediera, a partir de... ¿cuándo?, ¿los años ochenta del siglo pasado?

[169] Cfr. Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2004/58, 21 de enero de 2004, párrs. 259-267; así como Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/4/41, 25 de enero de 2007, párr. 380. En lo más reciente, Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/13/31, 21 de diciembre de 2009, pp. 94, 97.

3. Derecho a la verdad. El caso argentino

SÉVANE GARIBIAN
Profesora
Universidad de Neuchâtel, Facultad de Derecho
Investigadora del Fondo Nacional Suizo para la investigación científica (FNS)

"Todo comenzó con una mentira,
Fumigando.
Bocanadas de tufo entre las manos,
La combustión de los mazazos
Sobre el país vaciado de los cuerpos;
El golpe religioso
De la desinfección"

Ana Arzoumanian[170]

3.1. INTRODUCCIÓN

Negación, ocultación, distorsión. Palabras que traducen el (mal)trato de los seres y de los hechos, en el centro de todo fenómeno de violencia de masas estatalmente organizada fuera de un contexto de conflicto armado internacional. Palabras que se hacen eco de una invisibilización generalizada, consustancial a la criminalidad del Estado: esta *invisibilización*, este agujero dejado en la Historia, es un síntoma constatado, conocido, estudiado. El mismo se produce en dos niveles.

Durante el proceso criminal, se trata de borrar toda huella como potencial prueba de la política exterminadora –prueba por la letra, por la imagen, por el verbo, por el cuerpo. Al "erradicar el mal" se trata en primer lugar de hacer callar a aquel o a aquello que puede testimoniar, relatar, hacer existir, mostrar para ver, dar a entender. Como si *esto no hubiera sucedido*. Las palabras de los verdugos son ellas mismas portadoras del proyecto. Su claridad es sorprendente. Pensemos por ejemplo en las de Talaat Pashá, principal organizador del Genocidio de los Armenios, cuando ordena en un telegrama fechado el 29 de septiembre de 1915: "Hay que poner fin a su existencia (...). Que sean deportados todos los niños en edad de recordar". Pensemos también en las de Jorge Videla, dictador argentino, cuando declara públicamente el 14 de diciembre de 1979: "¿Qué es un desaparecido? En cuanto esté como tal, es una incógnita el desaparecido (...), no tiene entidad, no está, ni muerto ni vivo, está desaparecido". Es que todo debe desaparecer: el "enemigo interno", al igual que la prueba misma de las circunstancias de su desaparición. Y así, todas las posibilidades de conocimiento de lo que ocurrió.

Posteriormente, la *invisibilización* se materializa por el bloqueo de los procesos penales contra los responsables: una "represión" (en el sentido psicoanalítico) que encuentra su expresión más fuerte en la adopción de leyes de auto-amnistía o de amnistía, creadas, allí también, para hacer *como si esto no hubiera existido*. Pero esta "represión" posee,

[170] A. ARZOUMANIAN, *El ahogadero*, Buenos Aires: Tsé-Tsé, 2002, p. 45.

aquí, el trazo particular de que es oficial, solemne, tiene fuerza de ley: el Estado que elige la amnesia expresa en su lengua –el Derecho– su voluntad de hacer tabla rasa del pasado, de construir un olvido ficticio, de extinguir toda acción penal conduciendo así, de jure, a la impunidad de comportamientos criminales que pasan a ser jurídicamente inexistentes. Sin contar que tal trámite generalmente se hace en nombre de la reconciliación nacional y de la paz civil, incluso de la construcción misma de la democracia en fases de transición política.

Este mecanismo de obstrucción por la amnistía, si bien repetido a lo largo de la Historia tras situaciones de crímenes de masas no es sin embargo infalible. Los años 90 vieron la aparición en América Latina de una herramienta jurídica nueva que permitió a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos cometidas por su propio Estado exigir un acceso al juez penal a pesar de las amnistías: el derecho a la verdad, creado por vía pretoriana gracias a una interpretación jurisdiccional creativa del Derecho internacional preexistente y que confronta el Estado a una suerte de "retorno de lo reprimido".

3.2. EL CASO ARGENTINO

Proponemos aquí una presentación del derecho a la verdad, sobre la base de la experiencia argentina en la materia, absolutamente ejemplar. Varios factores decisivos justifican la elección de la Argentina como caso paradigmático.

En primer lugar este país, antigua tierra de acogida de numerosos criminales de guerra nazis, deshecho por su propio pasado dictatorial que ocasionó al menos 30.000 desaparecidos, tiene la singularidad de experimentar, inmediatamente después de la dictadura militar, la casi totalidad de los mecanismos jurídicos conocidos en el tratamiento de violaciones masivas de los derechos humanos. En este sentido, la Argentina es un extraordinario laboratorio en materia de lucha contra la impunidad y de restauración de la verdad.

Apenas accedido a la presidencia tras elecciones libres luego de siete años de dictadura (1976-1983), Raúl Alfonsín, iniciador de la transición democrática, instituye la CONADEP (o "Comisión Sábato")[171] encargada de investigar sobre las desapariciones forzadas perpetradas por el régimen militar.[172] El mismo año (1983) el Congreso anula la ley de auto-amnistía previamente promulgada bajo el gobierno del general Bignone en nombre de la pacificación del país y de la reconciliación social[173] (anulación cuya validez

[171] La Comisión, creada por decreto 187 del 15 de diciembre de 1983, es dirigida por el escritor argentino Ernesto Sábato.
[172] Debe señalarse la existencia de un informe previo redactado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (*Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina*, Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/11.49, doc. 19, 11 de abril de 1980), que constituye el primer informe oficial en donde esta Comisión alude a lo que considera ser un "plan criminal para combatir el terrorismo en la Argentina".
[173] Ley *de facto* 22.924 del 23 de marzo de 1983, cuyo objetivo es impedir todo juicio de los militares y miembros de las fuerzas de seguridad por los hechos cometidos durante el "combate contra el terrorismo y la subversión" (actos tanto comunes y militares). La ley que anula esta auto-amnistía, es la ley 23.040 del 22 de diciembre de 1983.

constitucional la Corte Suprema confirmará ulteriormente)[174]; y el presidente Alfonsín autoriza los procesos penales contra los generales de las tres primeras juntas militares.[175] En 1985, la CONADEP publica su célebre informe *Nunca Más* ofreciendo un primer panorama de los crímenes de la dictadura.[176] El 22 de abril de 1985 comienza en Buenos Aires el juicio histórico a las juntas, a fin de juzgar a los principales actores de la dictadura (pronunciación del veredicto el 9 de diciembre de 1985).[177] En 1986 y 1987, frente a las presiones de los militares y los sublevamientos de las fuerzas armadas, Alfonsín promulga dos leyes de amnistía,[178] siendo la constitucionalidad de la segunda rápidamente confirmada en un fallo muy controvertido de la Corte Suprema.[179] A partir de diciembre de 1990, el nuevo presidente Menem firma los primeros Decretos de gracia y otorga el indulto a todos los condenados de 1985.[180] Hoy, la Argentina asiste a la reapertura de los procesos penales tras la revolución jurídica que constituyen la anulación de las Leyes de amnistía de 1986-87 por el Congreso, en 2003,[181] y la declaración de su inconstitucionalidad por la Corte Suprema, en 2005.[182]

En segundo lugar es en la Argentina en donde –entre la adopción de las leyes de amnistía de 1986-87 y su reciente anulación– se ve la aparición y la aplicación del derecho a la verdad. Este nuevo derecho subjetivo está asociado a una acción judicial alternativa y única en el mundo: el juicio por la verdad, verdadera práctica sui generis construida en reacción al bloqueo de los procesos penales hasta 2003 y a la política de olvido de los años 90. El contexto nacional de esta época es tanto más interesante y rico, puesto que se opera en 1994 una profunda reforma de la Constitución. Esta reforma permite la integración directa de los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en el orden jurídico argentino, confiándoles además un valor constitucional en el seno de la jerarquía de las normas (artículo 75.22 de la Constitución).[183]

---

[174] Fallos 309:1689 del 30 de diciembre de 1986, "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/1983 del Poder Ejecutivo Nacional".
[175] Por decreto 158/83 del 13 de diciembre de 1983.
[176] *Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Nunca Más)*, CONADEP, Buenos Aires: Eudeba, 8ª ed. 2006 (1985). Para un estudio sobre el trabajo de la Comisión y su impacto: E. CRENZEL, "Argentina's National Commission on the Disappearance of Persons: Contributions to Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice*, 2008, nº 2, pp. 173-191 y, del mismo autor, *La historia política del* Nunca Más. *La memoria de las desapariciones en la Argentina*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2008.
[177] Sobre el juicio, véase M. SANCINETTI, *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires: Lerner Editores Asociados, 1988.
[178] Respectivamente: ley 23.492 de Punto Final (promulgada el 24 de diciembre de 1986), y ley 23.521 de Obediencia Debida (promulgada el 8 de junio de 1987). La primera pone fin, en un lapso de 60 días, a las demandas de las víctimas de la "guerra sucia" contra los miembros del ejército y de la policía sospechosos de violaciones a los derechos humanos. La segunda garantiza la impunidad a todos los militares de rango inferior al de coronel, sobre la base de una presunción irrefragable según la cual habían obedecido las órdenes de oficiales superiores sin haber podido oponerse o evitar cumplirlas.
[179] Fallos 310:1162 del 22 de junio de 1987, *Camps, Ramón Juan Alberto y otros*.
[180] Sobre todo este periodo transicional, cf. S. M. AGEITOS, *Historia de la impunidad. De las actas de Videla a los indultos de Menem*, Buenos Aires: Ed. Adriana Hidalgo, 2002.
[181] Por ley 25.779 promulgada el 2 de septiembre de 2003.
[182] Fallos 328:2056 del 14 de junio de 2005, *Simón, Julio Héctor y otros*. Para un análisis crítico del contexto político-jurídico de la reanudación de los procesos penales, véase G. MAURINO, "A la búsqueda de un pasado en la democracia Argentina", en R. GARGARELLA (Coord.), *Teoría y Critica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, tomo II, pp. 1031-1059. Véase también L. FILIPPINI y C. VARSKY, "Desarrollos recientes de las instituciones de la justicia de transición en Argentina", en V. ABRAMOVICH, A. BOVINO y C. COURTIS comp., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007, pp. 447-472.
[183] Cf. R. C. BARRA, "Declaraciones, tratados y convenciones internacionales", en *La Reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de redacción*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1994, pp. 167 ss.; G. J. BIDART CAMPOS, "El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos", en M. ABREGU y C. COURTIS (Comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2ª ed. 2004, pp. 77-88.

En tercer lugar es por iniciativa de este mismo país que el 20 de abril de 2005 se adopta la primera resolución de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Verdad.[184] La Argentina es también uno de los Estados que más ha obrado para la adopción de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas del 20 de diciembre de 2006, y es uno de los primeros en ratificarlo, el 14 de diciembre de 2007.

La Convención de 2006 afirma en su Preámbulo y en su artículo 24.2 el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida y precisa que "cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto". Hoy se considera este texto como la consagración convencional del derecho a la verdad. En fin, en abril de 2008 Argentina se compromete ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a instigar la preparación de una Declaración Internacional sobre el derecho a la verdad y la memoria, en vista a la elaboración de un futuro tratado de alcance universal sobre el tema.[185]

El particular examen de los juicios por la verdad de los años 90 en Argentina permite comprender mejor el pasaje de lo que en un principio fue una suerte de "imperativo de orden moral",[186] a lo que se transforma en un derecho subjetivo a la verdad, producto de una creación pretoriana en el campo de los derechos humanos. Pero, sobre todo, este pasaje pone en evidencia otro cambio: hoy ya no es tanto la cuestión de la existencia y de la efectividad de este derecho lo que se encuentra al orden del día, sino aquella, más sutil, de su utilidad –es decir, de su función a la luz de los contextos de su enunciación y de los usos que hacen de él los actores jurídicos.

El derecho a la verdad, nacido en sus inicios de la coacción creada por la existencia de leyes de amnistía que bloqueaban todo acceso al juez, produce a su turno una coacción que da lugar a la invalidación de estas leyes.[187] Dicho de otra manera, la garantía del derecho a la verdad puede ser considerada no sólo como un fin –o sea la apertura de la investigación judicial para el conocimiento de los hechos a pesar de la existencia de leyes de amnistía– sino también, en definitiva, como un medio que lleva a poner en duda la validez de estas mismas leyes.

[184] Resolución 2005/66 del 20 de abril de 2005.
[185] Cf. L. DESPOUY, "Origines, virtudes y peripecias del derecho a la verdad", en K. DERGHOUGASSIAN comp., *El derrumbe del negacionismo*, Buenos Aires: Planeta, 2009, pp. 201-245.
[186] L. BURGORGUE-LARSEN y A. UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles: Bruylant, 2008, p. 740.
[187] El término "coacción" es utilizado acá en el sentido siguiente: consiste en una situación de hecho en la que un actor jurídico es conducido a adoptar cierta solución o comportamiento en vez de otros, en razón de la configuración del sistema jurídico que él pone en marcha (en el caso del legislador) o en el que él opera (en el caso de los jueces); y se distingue de una obligación susceptible de ser transgredida. M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS y C. GRZEGORCZYK (Dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris / Bruxelles: LGDJ / Bruylant, 2005, pp. 12-13.

3.3. LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA VERDAD COMO UN FIN (O LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE INVESTIGAR)

El 3 de marzo de 1995 el ex capitán argentino Adolfo Scilingo confiesa públicamente sus crímenes cometidos durante la dictadura y su participación en los "vuelos de la muerte".[188] Estas revelaciones producen un shock y conmueven a la sociedad civil argentina y motivan a los familiares de los desaparecidos, acompañados de ONG, a intentar acciones judiciales en Argentina que apuntan a exigir al Estado la apertura de las investigaciones para acceder al conocimiento sobre la suerte de las víctimas aun no halladas.

La configuración jurídica general es la siguiente. Primero, las leyes nacionales de amnistía de 1986-87, siempre en vigor, impiden todo acceso al juez penal. Segundo, la reforma constitucional de 1994 ofrece un lugar privilegiado al Derecho internacional de los derechos humanos, integrado al bloque de constitucionalidad y de aplicación directa por el juez argentino. En fin, en el campo internacional, precisamente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte de San José, "pionera en la medida en que ella ha estatuado primera sobre los casos de desapariciones forzadas")[189] se sitúa en un viraje importante en este comienzo de los años 90.

Fuertemente marcada por una política mundial de lucha contra la impunidad (que conduce en 1998 a la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional) la Corte de San José aporta dos innovaciones decisivas ya desde su primer caso contencioso:[190] por un lado, afirma la obligación estatal de investigar y procesar a los autores de violaciones graves de los derechos humanos –obligación que no está expresamente prevista ni en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), ni en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), pero que emana de una interpretación amplia del artículo 1.1 de la CADH;[191] por otro lado, reconoce el derecho de los familiares de las personas desaparecidas a conocer la suerte de las víctimas. A partir de 1988, la Corte de San José expresa una idea fuerte que fundará ulteriormente el nuevo derecho a la verdad, no consagrado en tanto tal en la CADH:

---

[188] La confesión, recogida por el periodista argentino Horacio Verbitsky, se sitúa en el corazón de su desde entonces célebre libro publicado en 1995. H. VERBITSKY, *El vuelo*, Buenos Aires: Planeta, 1995. Adolfo Scilingo se presentará a continuación voluntariamente en España para dar testimonio de estos hechos. Será acusado por el juez Garzón, y condenado, el 19 de abril de 2005, a 640 años de prisión. Su pena será aumentada a 1084 años por la Corte Suprema española el 7 de julio de 2007.

[189] L. BURGORGUE-LARSEN y A. UBEDA DE TORRES, *Op. cit.*, p. 742.

[190] Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, §§ 162 ss.

[191] Articulo 1.1 de la CADH: "Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Subrayamos la precisión de la Corte según la cual "(…) la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque, desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron" (Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* citado, § 184). Véase el interesante debate Orentlicher / Nino sobre el tema: D. F. ORENTLICHER, "Settling Accounts: The Duty To Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *The Yale Law Journal*, n° 100, 1991, pp. 2537-2615; C. S. NINO, "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context: The Case of Argentina", *Ibid.*, n° 100, 1991, pp. 2619-2640 ; D. F. ORENTLICHER, "A Reply to Professor Nino", *Ibid.*, n° 100, 1991, pp. 2641-2643.

> "*El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance*".[192]

Esta jurisprudencia marca un viraje: afirma el sitio central acordado por la Corte Interamericana para la clarificación de los hechos y para la búsqueda de la verdad, paralelamente a la formulación jurídica de los principios que permiten interpretar y aplicar más eficazmente la CADH. A continuación, esta posición será confirmada en varias oportunidades en el marco de casos de muerte violenta, como las ejecuciones u homicidios; de desapariciones forzadas con inhallables despojos mortales; o de desapariciones sin presunción de muerte (por ejemplo, casos de secuestro de niños).[193] Haciendo referencia a esta jurisprudencia de la Corte de San José, algunos autores como el argentino Juan E. Méndez, consideran que la misma ya permite fundar la existencia de un derecho a la verdad en tanto elemento de la "reparación integral" necesaria en caso de violaciones graves de los derechos humanos.[194]

Es en esta configuración que en 1995 se inician en Argentina los dos primeros casos que dan origen a los juicios por la verdad, ante la Cámara de lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires[195] (casos *Mónica Mignone* y *Alejandra Lapacó*).[196] El objetivo principal es el de esquivar el bloqueo judicial operado por las leyes de amnistía; más exactamente, proponer una conciliación entre dos exigencias a priori inconciliables: por un lado, el respeto de las amnistías previstas por leyes adoptadas por un Estado democrático en el marco de sus prerrogativas soberana, y cuya validez fue confirmada por la Corte Suprema; por el otro, el respeto del derecho al juez, garante de la misión de justi-

---

[192] Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* citado, § 181.

[193] Cf. detalles en L. HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et des libertés*, Bruxelles: Bruylant, 2007, pp. 532-533.

[194] Véase J. E. MENDEZ, "The Right to Truth", en C. C. JOYNER dir., *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference 17-21 September 1998*, Erès, St. Agnes, 1998, pp. 255-278; "Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos", en M. ABREGU y C. COURTIS comp., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos…*, *Op. cit.*, pp. 517-540; "The Human Right to Truth: Lessons Learned from Latin America Experiences", en T. A. BORER eds, *Telling the Truths : Truth Telling and Peace Building in Post-conflict Societies*, University of Notre-Dame Press, Notre-Dame, 2006, pp. 115-151. Para este autor, la "reparación integral" implica: la indemnización, la aclaración de los hechos con vistas a conocer la verdad sobre las víctimas, y la prosecución de los responsables. Este concepto de "reparación integral" está asociado, en este contexto, a cuatro obligaciones del Estado (obligaciones interdependientes): investigar y hacer conocer la verdad, procesar y juzgar a los responsables, reparar los daños morales y materiales, y extirpar de las fuerzas de seguridad estatales a las personas que hayan cometido, ordenado o tolerado todas estas violaciones graves.

[195] Se trata de la jurisdicción ante la cual tuvo lugar el juicio a las juntas de 1985, como otros casos relacionados con violaciones de los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar. Cf. *infra*, nota 28.

[196] La primera es la hija desaparecida de Emilio F. Mignone, Presidente del CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales, organización no-gubernamental que trabaja desde 1979 en la promoción y protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del sistema democrático en Argentina), causa nº 761. La segunda, hija desaparecida de Carmen Aguiar de Lapacó, Madre de la Plaza de Mayo y miembro de la Comisión Directiva del CELS, causa nº 450. Sobre la elección estratégica de esos dos "casos testigo" y para una síntesis de los hechos: cf. M. ABREGU, "La tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina", *Revista IIDH*, vol. 24, 1996, pp. 16 ss.

cia (en particular el juez penal cuyo rol es percibido por los familiares de las víctimas y las ONG como simbólicamente mucho más importante que el del juez civil o administrativo).[197]

La estrategia de conciliación adoptada consiste entonces en fundar la demanda sobre un nuevo derecho subjetivo, el derecho a la verdad –apenas emergente de la jurisprudencia de la Corte de San José, indefinido y ausente del Derecho argentino. A este fin los demandantes remiten al Derecho internacional de los derechos humanos, cuyos principales instrumentos (aquí la CADH) forman parte del bloque de constitucionalidad desde 1994; y también a la Constitución Nacional como marco institucional en el que el Poder Judicial debe intervenir para proteger los derechos de las personas. Precisan además que el derecho a la verdad está implícito en la forma republicana de gobierno, reconocido por el artículo 33 de la Carta magna.[198]

El objetivo es doble: en primer lugar, obtener la protección judicial del derecho a la verdad presentado, con el derecho al duelo, como un derecho humano inalienable; en segundo lugar, asegurar y garantizar el establecimiento de pruebas que permitan demostrar y comprender la organización burocrática del terrorismo de Estado.[199] La justificación de esta tarea consiste en decir que el derecho a la verdad permitiría conciliar amnistía y acceso al juez penal, dado que el mismo se sitúa en el centro de un proceso judicial cuyo objeto es diferente al del juicio penal clásico. La función del juez penal en el marco de los denominados juicios por la verdad no sería tanto la de juzgar a los responsables de los crímenes como la de averiguar la verdad, no como antecedente necesario de la pena sino como un objeto en sí.[200]

La estrategia es interesante. Implica que la Cámara Federal reconozca: a) su competencia jurisdiccional en la materia; b) la validez de la jurisprudencia interamericana de los derechos humanos (es decir, de la interpretación de la CADH por la Corte de San José) como fuente de derecho directamente aplicable en el orden jurídico nacional;[201] c) la existencia de un derecho a la verdad, en tanto que derecho humano que pueden invocar los familiares de los desaparecidos para exigir del Estado que honre su obligación internacional de investigar y de informar; y d) la averiguación de la verdad como objetivo del proceso penal (distinto de la aplicación de penas).

Es precisamente este último punto –la averiguación de la verdad como objetivo posible e inmediato, en sí, del proceso penal– el que plantea la mayor cantidad de problemas y da lugar a una posición "zigzagueante" de la parte de los jueces.[202] La Cámara acepta la demanda de los requirentes en los dos casos antes de operar un cambio brusco tras el rechazo del Estado Mayor del Ejército de transmitir información sobre el destino de las

[197] Sobre la elección del tribunal y el "peso político" de tal elección: M. ABREGU, *Ibid*., pp. 24 ss.
[198] Cf. M. ABREGU, *Ibid*., pp. 18-19. Artículo 33 de la Constitución Argentina: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".
[199] M. ABREGU, *Ibid*., p. 23.
[200] *Ibid*., p. 25.
[201] Sobre este tema, cf. los artículos de M. PINTO, L. G. FILIPPINI, M. ABREGU y O. ESPINOZA en el capítulo II (sobre "valor y eficacia de las decisiones de los órganos internacionales de protección") de V. ABRAMOVICH, A. BOVINO y C. COURTIS (Comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local… Op. cit*., pp. 119-214.
[202] A. OLIVEIRA y M. J. GUEMBE, "La verdad, derecho de la sociedad", en M. ABREGU y C. COURTIS (Comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos… Op. cit*., p. 556. Para una síntesis de las posiciones de los jueces de la Cámara en los dos casos: M. ABREGU, "La tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina", *Op. cit*., pp. 30 ss.

personas detenidas-desaparecidas:[203] en 1995, "los pasos hacia adelante y hacia atrás son, sin embargo, la característica más marcada de estos procesos".[204] Carmen Aguiar de Lapacó interpone recurso extraordinario, el cual es rechazado por la mayoría de la Corte Suprema el 13 de agosto de 1998.[205]

Mientras comienzan a desarrollarse juicios por la verdad en diversas jurisdicciones del país ignorando el precedente de la Corte Suprema,[206] Aguiar de Lapacó presenta (con el patrocinio de todos los organismos de derechos humanos) una denuncia ante la Comisión Interamericana por la violación al derecho a la verdad. En esta instancia se logra un acuerdo de solución amistosa (firmado el 15 de noviembre de 1999) a partir del cual el Gobierno argentino "acepta y garantiza el derecho a la verdad que consiste en el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento acerca de lo sucedido con las personas desaparecidas". El acuerdo precisa que "es una obligación de medios, no de resultados, que se mantiene en tanto no se alcancen los resultados, en forma imprescriptible".[207]

Este acontecimiento es absolutamente decisivo. Permitirá la sistematización de los juicios por la verdad en Argentina, en particular ante la Cámara Federal de La Plata, donde, desde entonces, más de 2.000 desapariciones son objeto de audiencias públicas todos los miércoles.[208] Mas si la garantía del derecho a la verdad continúa siendo al día de hoy un fin en sí mismo, en el marco de esta práctica judicial alternativa, no reglada y desprovista de toda misión represiva, su consagración y evolución paralelas en el seno de la jurisprudencia de la Corte de San José también hacen de ella un medio para confrontar el Estado a su obligación internacional complementaria de sancionar las violaciones más graves de los derechos humanos.

---

[203] Según las Fuerzas Armadas: 1. no existe modo de reconstruir los archivos pedidos; 2. además, la justicia no tiene jurisdicción ni competencia para solicitar esa información; 3. y las Fuerzas Armadas sólo tienen obligación de informar al Presidente de la Nación o, en su caso, a algún organismo dependiente de aquel.

[204] M. ABREGU, "Derecho a la verdad vs impunidad", *Revista IIDH*, vol. 27, 1998, p. 119.

[205] Fallos 321:2031 del 13 de agosto de 1998, *Suárez Mason, Carlos Guillermo*: "(...) dado que las diligencias de investigación tienen por finalidad comprobar la existencia de un hecho punible y descubrir a los autores (...), no resulta admisible su realización en el estado actual de la presente causa, al haberse agotado su objeto procesal. La realización de las medidas requeridas implicaría la reapertura del proceso y el consecuente ejercicio de actividad jurisdiccional contra quienes han sido sobreseídos definitivamente por las conductas que dieron lugar a la formación de la presente causa, por lo que no se advierte el objeto del solicitado diligenciamiento, dado que carecería de toda virtualidad la acumulación de prueba de cargo sin un sujeto pasivo contra el cual pudiera hacerse valer". Cf. las disidencias de los jueces Petracchi y Bossert, del juez Fayt, y del juez Boggiano. En lo que concierne el caso *Mignone*, la Cámara adopta, el 18 de julio de 1995, una confusa resolución que significa la virtual clausura de la investigación que se había reactivado.

[206] Las decisiones del máximo tribunal sólo alcanzan el caso *sub-examine*. Recordamos que, paralelamente, otros familiares optan por presentar una acción de *habeas data*, aunque no existía una ley que reglamentara el ejercicio de este derecho constitucional a obtener información. Dos meses después del fallo *Lapacó*, la Corte Suprema suaviza su postura en el caso *Urteaga* (Fallos 321:2767 del 15 de octubre de 1998, *Urteaga, Facundo Raúl*): deja sentada la posibilidad de recurrir a la justicia, por medio del *habeas data*, para recabar información acerca de los hechos ocurridos durante la última dictadura. Sin embargo, esta vía de reclamo presenta serias limitaciones para estos casos. Cf. M. ABREGU, "Derecho a la verdad vs. Impunidad", *Op. cit.*, pp. 117-119.

[207] Informe nº 21/00 de la Comisión interamericana, caso 12.059, 29 de febrero de 2000 (donde se reproduce el texto del acuerdo). La normativa a la que alude el acuerdo no fue dictada. La Comisión interamericana tuvo una posición militante en lo que concierne el reconocimiento del derecho a la verdad desde su escrito de alegatos finales en el caso *Ernesto Rafael Castillo Páez* (30 de junio de 1997): cf. L. HENNEBEL, *Op. cit.*, p. 533, y L. BURGORGUE-LARSEN y A. UBEDA DE TORRES, *Op. cit.*, p. 745.

[208] Para más información, véase el sitio internet de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) de La Plata: http://apdhlaplata.org.ar/v1/category/juicio-por-la-verdad. Finalmente, este tipo de procedimientos serán convalidado tanto por la Cámara Nacional de Casación Penal (cf. las decisiones adoptadas por la Sala IV en los casos *Corres, Julián Oscar s/ recurso de queja* del 13 de septiembre de 2000, y *Rivarola, Ricardo Horacio s/* recurso del 21 de octubre de 2002) como por la Corte suprema pero solo de modo tangencial (por ejemplo en el caso *Rivarola* del 27 de mayo de 2004).

3.4. LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA VERDAD COMO UN MEDIO (O LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE SANCIONAR)

Poco después del acuerdo concluido entre la Comisión Interamericana y el gobierno argentino, y paralelamente al desarrollo de la jurisprudencia nacional en la materia, la Corte de San José, a su turno, reconoce expresamente y por primera vez el derecho a la verdad en el caso Bámaca Velásquez, en el año 2000.

> "*De todos modos, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención. Por lo tanto, esta cuestión queda resuelta con lo establecido en el capítulo anterior, en relación con las garantías judiciales y la protección judicial*" .[209]

Esta jurisprudencia confiere al derecho a la verdad una nueva dimensión. Pero, contrariamente a la opinión de la Comisión Interamericana desde 1997, y al espíritu del informe Joinet preparado para la Comisión de Derechos Humanos de la ONU del mismo año, la Corte de San José sólo reconoce la dimensión individual, no colectiva, del derecho a la verdad (derecho que sólo pueden hacer valer las víctimas y / o sus familiares).[210]

Por otra parte, la Corte no admite el carácter autónomo de este derecho que está definido aquí como un derecho "subsumido" en las garantías judiciales y en la protección judicial (artículos 8 y 25 de la CADH).[211] En efecto, admitir su autonomía sería como

---

[209] Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, §§ 201-202. Sobre esta jurisprudencia, véase los comentarios de L. BURGORGUE-LARSEN y A. UBEDA DE TORRES, *Op. cit*., pp. 737-763.

[210] Al contrario, "la Comisión afirmó que el derecho a la verdad tiene un carácter colectivo, que conlleva el derecho de la sociedad a 'tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos', y un carácter particular, como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido con su ser querido, lo que permite una forma de reparación" (Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* citado, § 197). En el mismo sentido, cf. el voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade (§ 30), y el voto razonado concurrente del juez Hernán Salgado Pesantes. Véase también *Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)*, Informe Louis Joinet para la Comisión de los Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997. Sobre el concepto de derecho a la verdad en los textos jurídicos internacionales: Y. NAQVI, "The right to the truth in international law: fact or fiction ?", *International Review of the Red Cross*, 2006, nº 862, pp. 254 ss.

[211] La Comisión interamericana considera por su lado que el derecho a la verdad "surge como principio emergente del derecho internacional bajo la interpretación dinámica de los tratados de derechos humanos y, en específico, de los artículos 1.1, 8, 25 y 13 de la Convención Americana" (Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* citado, § 197). El artículo 13 de la CADH prevé la libertad de pensamiento y de expresión. Véase también al voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, que habla, él, de la "prevalencia del derecho a la verdad": "la prevalencia del derecho a la verdad configurase como una *conditio sine qua non* para hacer efectivos el derecho a las garantías judiciales (artículo 8 de la Convención Americana) y el derecho a la protección judicial (artículo 25 de la Convención)" (§ 30); el derecho a la verdad "constituye (...) el presupuesto para el propio *acceso* efectivo a la justicia –a niveles nacional e internacional" (§ 32). Y añade: "(...) Estamos ante un legítimo ejercicio hermenéutico, en perfecta conformidad con las reglas generales de interpretación de los tratados, mediante el cual se busca asegurar el efecto propio (*effet utile*) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados Partes, maximizando la

crear un nuevo derecho no previsto por la CADH, y traicionar de alguna manera la voluntad soberana de los Estados parte. La misma Corte había afirmado previamente, en el marco del caso *Castillo Páez* en 1997, que lo que la Comisión llama "derecho a la verdad" es "un derecho no existente en la Convención Americana aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial".[212] Para los jueces interamericanos se trata entonces de ampliar el contenido de derechos preexistentes por la vía de una interpretación dinámica, sin parecer proceder, sin embargo, en la forma, a una revisión jurisdiccional de la CADH. Este mecanismo hace pensar a aquel, muy similar, utilizado por los jueces de la Corte Europea de Derechos Humanos cuando recurren a la teoría de la injerencia para la determinación jurisdiccional de las obligaciones positivas del Estado.[213]

Mientras que los juicios por la verdad se multiplican en la Argentina, en nombre de la garantía y de la protección del derecho a la verdad como un fin en sí mismo a falta de toda posibilidad de procesamiento de los responsables, la Corte de San José confirma, por su lado, su posición: el derecho a la verdad es definido como el pre-requisito indispensable que condiciona el acceso efectivo a la justicia para las víctimas y / o sus familiares –indispensable, pero no suficiente en tanto tal por la realización de las garantías judiciales de las que no es más que un componente. La célebre Sentencia *Barrios Altos* (2001) sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones estatales de investigar y de procesar que emanan de la CADH, confirma el lazo intrínseco establecido por la Corte Interamericana entre derecho a la verdad y acceso a la justicia:

> "*Esta Corte considera 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 (…) A la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. (…) Las leyes de auto-amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de auto-amnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables (…)".*[214]

---

salvaguardia de los derechos por ésta protegidos. La propia jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha dado muestras de su entendimiento de dicho ejercicio legítimo de interpretación, extendiendo la protección a situaciones nuevas a partir de los derechos preexistentes" (§§ 33-34).

[212] Caso *Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, § 86.

[213] Cf. F. SUDRE, "Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, pp. 363-384. Véase también las precisiones de L. BURGORGUE-LARSEN y A. UBEDA DE TORRES, *Op. cit*., pp. 749 ss.

[214] Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, §§ 41, 43, 44. Los jueces también recuerdan (en el § 48) la definición del derecho a la verdad contenido en el § 201 de la

La Corte de San José confirmará regularmente: a) el lazo intrínseco entre derecho a la verdad y acceso a la justicia, y b) la incompatibilidad entre esos y las leyes de amnistía.[215] Además, precisará que "la 'verdad histórica' contenida en los informes de las Comisiones nacionales de verdad no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales. En tal sentido, los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención protegen la verdad en su conjunto (...)":[216]

> "*En efecto, el establecimiento de una Comisión de Verdad, dependiendo del objeto, el procedimiento, la estructura y el fin de su mandato, puede contribuir a la construcción y preservación de la memoria histórica, al esclarecimiento de hechos y a la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad. (...) No obstante, la Corte estima pertinente destacar que las actividades e informaciones que, eventualmente, recabe dicha Comisión no sustituyen la obligación del Estado de establecer la verdad y asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales a través de los procesos judiciales penales*".[217]

Es en gran parte sobre la base de la sentencia *Barrios Altos* de la Corte de San José que se funda en 2005 la emblemática decisión de la Corte Suprema de la Argentina en el caso *Simón*: lanza la reapertura oficial de los procesamientos penales contra los responsables de los crímenes de la dictadura militar.[218] Según la Corte Suprema, las leyes

---

sentencia *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (*supra*, nota 40). En su voto concurrente, el juez A. A. Cançado Trindade precisa: las "ponderaciones de la Corte Interamericana constituyen un nuevo y gran salto cualitativo en su jurisprudencia, en el sentido de buscar superar un obstáculo que los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos todavía no han logrado transponer: la impunidad, con la consecuente erosión de la confianza de la población en las instituciones públicas" (§ 4 de su voto); y enfatiza que "las llamadas autoamnistías son, en suma, una afrenta inadmisible al derecho a la verdad y al derecho a la justicia (empezando por el propio acceso a la justicia)" (§ 5 de su voto). Véase los comentarios de F. GUARIGLIA, "Los límites de la impunidad: la sentencia de la Corte interamericana de derechos humanos en el caso 'Barrios Altos'", *Nueva Doctrina Penal*, 2001/A, pp. 209-230.

[215] Cf. en particular los casos: *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162; y el mas reciente caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. Para la confirmación explicita de la no existencia de un *derecho autónomo* a la verdad: cf. caso *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, § 62, y caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, § 219.

[216] Caso *Almonacid Arellano* citado, § 150.

[217] Caso *Gomes Lund* citado, § 297.

[218] Fallos 328:2056 del 14 de junio de 2005, *Simón, Julio Héctor y otros*. Para un enfoque critico, en este contexto, sobre el valor de la jurisprudencia interamericana en el orden jurídico interno y su autoridad democrática: L. FILIPPINI, "Algunos problemas en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el fallo Simón de la Corte Suprema Argentina", en M. REED HURTADO ed., *Judicialización de Crímenes de Sistema – Estudios de caso y análisis comparado*, Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2008, pp. 467-511; G. MAURINO, *Op. cit.*, pp. 1057 ss.; M. F. VALLE, "Corte suprema, dictadura militar y un fallo para pensar", en R. GARGARELLA (Coord.), *Teoría y Critica del Derecho Constitucional*, *Op. cit.*, p. 1070. Ver también el debate Rosenkrantz / Filippini: C. F. ROSENKRANTZ, "En contra de los 'Préstamos' y de otros usos 'no autoritativos' del derecho extranjero", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, n° 1, octubre 2005, accesible en el sitio internet de la Universidad de Palermo; L. FILIPPINI, "El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la critica a los prestamos de Carlos F. Rosenkrantz", *Ibid.*, año 8, n° 1, septiembre 2007; C. F. ROSENKRANTZ, "Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)", *Idem*.

de Punto Final (1986) y de Obediencia Debida (1987) chocan frontalmente con el Derecho internacional, pues como toda amnistía se orientan 'al olvido' de graves violaciones a los derechos humanos. La Corte confirma a la vez su incompatibilidad con el orden jurídico internacional, y la validez de la Ley 25.779 de 2003 por la cual el Congreso de la Nación declaró insanablemente nulas las leyes en cuestión.[219]

Los votos de la mayoría de los jueces supremos argentinos conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana traducen el lazo indisoluble entre búsqueda de la verdad y sanción penal de los criminales, en el centro de las obligaciones estatales en materia de violaciones graves de los derechos humanos.[220] Una vez más, la idea principal es, por un lado, el carácter complementario –y necesario– de las dos misiones del Estado (investigar / sancionar) como componentes del derecho a la justicia y, por el otro, el carácter inconciliable de esta doble misión con la existencia de leyes de amnistía.

3.5. CONSIDERACIONES FINALES

Tal es la gran novedad en la Argentina: los juicios por la verdad, una práctica judicial *sui generis* situada entre las Comisiones de la verdad (reparación simbólica) y el juicio penal (retribución), inicialmente fabricada para conciliar amnistía y acceso al juez, que no alcanzan en tanto tales para operar la conciliación. Olvido ficticio del Estado por vía de amnistía y misión de justicia son declarados fundamentalmente incompatibles. En esta nueva configuración jurídica, la garantía del derecho a la verdad se vuelve una especie de antecámara de la acción penal clásica, posible de ahora en más. De hecho, la anulación de las Leyes de 1986-1987 y la reapertura oficial de las causas penales en la Argentina no clausuran, sin embargo, los juicios por la verdad. Esta práctica híbrida no sólo prosigue en La Plata paralelamente a los procesos penales nacionales, sino que además ofrece material de investigación e importantes testimonios, o sea un trabajo de reconstrucción de los hechos utilizado para la preparación de los juicios penales.

Se plantean entonces dos nuevas cuestiones. Primero, sobre el plano interno (argentino), ¿cuáles son los contornos y los límites exactos de la colaboración y del "diálogo entre jueces" que parecen nacer, en estos últimos años, de la coexistencia, única en su género, entre juicios por la verdad y juicios penales –en particular desde el punto de vista del respeto de los derechos de los acusados? Luego, sobre el plano internacional, uno puede preguntarse si el lazo establecido por la Corte de San José entre el derecho a la verdad y los artículos 8 y 25 de la CADH es inmutable:[221] en efecto, ¿cómo comprender, especialmente, la reciente consagración convencional del derecho a la verdad como derecho subjetivo autónomo en la Convención Internacional para la protección de to-

[219] Pero véase la disidencia del juez Fayt, en particular §§ 11 ss., 43, y 79 de su voto. Para desarrollos: C. A. E. BAKKER, "A Full Stop to Amnesty in Argentina. The *Simón* Case", *Journal of International Criminal Justice*, 2005, nº 3, pp. 1106-1120; H. L. FOLGUEIRO, "Inconstitucionalidad de la Leyes de Punto Final y Obediencia Debida. Notas al fallo 'Simón' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *Derecho a la Identidad y Persecución de Crímenes de Lesa Humanidad*, Buenos Aires: Abuelas de Plaza de Mayo, 2006, pp. 98 ss. Debe notarse, de paso, las importantes críticas formales de las que este fallo ha sido objeto: demasiado largo, fragmentado y mal estructurado, es, en efecto, de acceso muy difícil, incluso para los profesionales del derecho.

[220] Cf. en particular los votos de los jueces Boggiano (§ 25), Maqueda (§ 29) y Argibay (§ 14).

[221] Véase por ejemplo la critica de L. BURGORGUE-LARSEN y A. UBEDA DE TORRES, *Op. cit.*, pp. 750-751.

das las personas contra las desapariciones forzadas del 20 de diciembre de 2006?[222] Sobre todo, ¿qué sentido y qué consecuencias puede tener una tal consagración para un Estado que, como España, ratifica esta Convención en 2009, en el momento en el que su propio pasado dictatorial, amnistiado desde 1977, sale con fuerza a la superficie a través de nuevas reivindicaciones de los familiares de desaparecidos del franquismo, dando lugar a una actualidad tormentosa?

[222] Cf. *supra*, introducción.

4

4. La naturaleza colectiva del derecho a la verdad y su impacto sobre la legitimación activa

XAVIER SEUBA HERNÁNDEZ
Profesor Lector de Derecho Internacional Público
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

4.1. INTRODUCCIÓN

Dada la evolución del derecho a la verdad en distintas jurisdicciones nacionales y órganos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales internacionales, es oportuno referirse a la cuestión de quiénes están legitimados para su exigencia. La cuestión de la legitimación activa es especialmente importante dado que las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, sus familiares y allegados, bien sea por temor a las posibles consecuencias, bien sea por querer pasar página a experiencias traumáticas, con frecuencia prefieren no exigir sus derechos.

Si bien la mencionada situación es comprensible, el esclarecimiento y enjuiciamiento de ciertas violaciones de los derechos humanos puede interesar también a la sociedad en sentido amplio, y no solamente a las víctimas y allegados. Por ello debe preocupar el hecho de que con frecuencia la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales (ONG) carezcan de mecanismos legales -fundamentalmente cauces procesales y *ius standi*- para evitar la impunidad. Esta situación no condice con la relevancia que han tenido estas organizaciones para activar los procesos de memoria y la exigencia del derecho a la verdad. Y tampoco condice con la configuración del derecho a la verdad como un derecho de tipo colectivo, reverso de la obligación estatal de memoria

Existen sin embargo varios cauces para fortalecer la posición de organizaciones no gubernamentales u otros con un interés legítimo en el esclarecimiento de graves violaciones de los derechos humanos. El primero es el ejercicio de la *acusación particular*, a

través de la cual, bien en general, bien con respecto a determinados tipos penales, se permite la personación de asociaciones con un 'interés legítimo'. El segundo cauce, algo más innovador, consiste en importar desde ámbitos distintos al penal figuras que sirvan al objetivo de ampliar la legitimación activa del derecho a la verdad. En este último sentido, las *acciones populares* pueden ofrecer la vía para que asociaciones y ONG ejerzan la defensa de un interés colectivo y consigan obtener el relato verdadero de los hechos que dieron lugar a graves violaciones de los derechos humanos. Se trataría de una actividad equiparable a la que acontece en otros ámbitos, como el de la protección del medio ambiente o la defensa de los derechos de los consumidores.

El presente capítulo analiza, por tanto, la legitimación activa del derecho a la verdad y los cauces para su fortalecimiento. Se propone avanzar de este modo en uno de los dos grandes órdenes de obligaciones que impone el Derecho internacional de los derechos humanos al Estado: el deber de garantía. Este deber comprende las obligaciones complementarias e interdependientes de investigar las violaciones de derechos humanos, procesar y sancionar a los autores, otorgar reparación, asegurar un recurso efectivo y el derecho a la verdad.[223]

4.2. EL DERECHO A LA VERDAD COMO DERECHO COLECTIVO

El derecho a la verdad guarda especial vinculación con el derecho al acceso a la justicia y, en el seno del mismo, con el derecho a un recurso efectivo y a un proceso justo y equitativo. En efecto, la justiciabilidad del derecho a la verdad se instrumenta fundamentalmente a través del derecho al acceso a la justicia y el derecho a un recurso efectivo que sea conocido por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley. Por ello, el derecho a la verdad está especialmente vinculado con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que suele conjugarse con otros derechos, como el derecho a la identidad o el derecho a recibir información veraz.

Sin embargo, a la dimensión individual que permite exigir el artículo 14 del PIDCIP cabe añadirle otra colectiva. En efecto, el derecho a la verdad también es la expresión colectiva del derecho a saber. No se trata, sin embargo, de dos dimensiones totalmente independientes. De hecho, distinguir entre una verdad global y una verdad individual permite obtener un conocimiento más amplio de lo acontecido y permite deslindar las que fueron violaciones particulares de la propia lógica de la represión, lo que añade también información a la violación que sufrió cada una de las víctimas. A esta doble dimensión aludió en diversas ocasiones el Informe Rettig sobre las violaciones de los derechos humanos acaecidas en Chile durante la dictadura del General Pinochet,[224] que aludió a la necesidad de "formarse un serio y fundado concepto colectivo sobre la verdad de lo acontecido"[225]. Es desde la dimensión colectiva del derecho a la verdad que el mismo se ha invocado para que la sociedad conociera lo acontecido tras períodos de inestabilidad o de conflicto.

---

[223] *Vid.* en especial ANDREU-GUZMÁN, F., *Fuero militar y derecho internacional*, Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas-Comisión Internacional de Juristas, 2003, pp. 18-24.
[224] *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Tomo 2, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996, Santiago: Andros Impresores, 1996. *Vid.* en particular pp. 1302, 1305, 1307.
[225] *Ibid.* p. 1307.

El carácter colectivo del derecho a la verdad ha quedado reflejado en la jurisprudencia, en textos de derechos humanos tanto de alcance universal como regional y también en tratados de paz. Entre los tratados de paz, un buen ejemplo de referencia a la dimensión colectiva del derecho a la verdad se encuentra en el Acuerdo de Paz Firme y Duradera de Guatemala (1996), donde se afirma que "Es un derecho del pueblo de Guatemala conocer plenamente la verdad sobre las violaciones de los derechos humanos y los hechos de violencia ocurridos en el marco del enfrentamiento armado interno".[226] Este derecho colectivo a que se esclarezca con objetividad e imparcialidad lo sucedido tiene además una función instrumental y de alcance también colectivo, que es la de contribuir a fortalecer el proceso de conciliación nacional y la democratización en el país.

En lo que a los procedimientos especiales del sistema de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas se refiere, el *Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos a través de la acción para combatir la impunidad* alude también a la dimensión colectiva del derecho a la verdad. En efecto, en la versión revisada por Diane Orentlicher en 2005 del *Conjunto de principios*, además de subrayar el derecho de víctimas y familiares a exigir la verdad y la reparación por los violaciones sufridas, cuando en el Principio segundo se alude al "inalienable derecho a la verdad" se afirma que "Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes."[227]

Con anterioridad, Louis Joinet, Experto Independiente sobre la cuestión de la impunidad de perpetradores de violaciones de derechos civiles y políticos, en su Informe sobre la Administración de Justicia y los Derechos Humanos de los Detenidos, presentó el Conjunto de Principios para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos a través de la Acción para Combatir la Impunidad. En la nota introductoria del informe se señalaba expresamente que el derecho a la verdad va más allá del derecho de la víctima o allegados a saber qué pasó. En efecto, según Joinet "el derecho a la verdad también es un derecho colectivo, que basándose en la historia extrae lecciones para prevenir que las violaciones ocurran de nuevo en el futuro. Su corolario es el deber de recordar, que el Estado debe asumir". Se trata, entonces, de un cauce para evitar tergiversaciones de la historia en forma de revisionismo o negacionismo. Y es que el conocimiento de la opresión que se ha vivido, continuaba Joinet, es parte de la herencia nacional y como tal debe ser preservado.[228] Dichas ideas quedaban, entonces, plasmadas en los principios primero y segundo, relativos al derecho a la verdad y al deber de memoria.

En un sentido similar, ya en 1985 el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias señaló que las desapariciones forzadas impactan sobre la comunidad y tienen efectos devastadores sobre las sociedades en las que se practican.[229] A esta misma conclusión se había llegado, cuatro años antes, en la Conferencia Internacional de la

---

[226] Acuerdo de paz firme y duradera, Guatemala, 26 de diciembre de 1996. Disponible en http://www.congreso.gob.gt/Docs/PAZ/Acuerdo%20de%20paz%20firme%20y%20duradera.pdf (consultado en enero de 2011).

[227] Informe de la Sra. Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad - Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, de 2005, p. 7. Disponible en http://daccess-ods.un.org/TMP/4416037.html (consultado en enero de 2011).

[228] *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión*, E/CN.4/Sub.2/1997/20, pf. 17, http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.sub.2.1997.20.Rev.1.Sp (consultado en enero de 2011)

[229] E/CN.4.1985/15, pf. 291

Cruz Roja y la Media Luna Roja (1981), en la que se señaló que las desapariciones forzadas causaban un gran sufrimiento, además de a los familiares, a la propia sociedad. Se afirmó entonces que la práctica de la desaparición forzada, tanto si es sistemática como si no lo es, crea un clima de terror en el núcleo familiar del desaparecido y también en las colectividades y comunidades a las que éste pertenece.[230]

Fuera del ámbito *universal* y situados en el *regional*, los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos han ofrecido valiosos ejemplos de la dimensión colectiva del derecho a la verdad. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado explícitamente que "cada sociedad tiene el derecho a conocer la verdad de lo que ha ocurrido, así como las razones y las circunstancias en las cuales crímenes aberrante fueron cometidos".[231] A ello ha agregado una función instrumental, al afirmar que el "derecho a conocer la verdad es un derecho colectivo que asegura a la sociedad acceso a la información que es esencial para el funcionamiento de la democracia", que complementa el la dimensión individual como "derecho personal de los familiares de las víctimas, que ofrece una forma de compensación".[232] La Comisión afirmó también que el derecho a conocer cuáles fueron los hechos que dieron lugar a las graves violaciones de derechos humanos, y derecho a conocer la identidad de sus autores, constituye una obligación que el Estado debe satisfacer "respecto de las víctimas y a la sociedad en general".[233]

Siguiendo con los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, procede señalar que la dimensión colectiva del derecho a la verdad se relaciona en muchas ocasiones con principios fundamentales y bien conocidos, como es el principio de publicidad de las decisiones judiciales. En este contexto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha incidido en la dimensión colectiva del derecho a la verdad para señalar, en el *caso Caracazo*, que "los resultados de las investigaciones deberán ser públicamente divulgados para que la sociedad venezolana conozca la verdad".[234]

Presentados los casos de acuerdos de paz, procedimientos especiales de Naciones Unidas y el sistema regional americano de protección de los derechos humanos, procede hacer alusión a algunas experiencias de tribunales nacionales que han tenido ocasión de abordar la dimensión colectiva del derecho a la verdad. Este ha sido, por ejemplo, el caso del Tribunal Constitucional de Perú.

En efecto, el Tribunal Constitucional de Perú ha señalado que "La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal". Para este Tribunal ello se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo, y lugar en las cuales ocurrieron los hechos, así como el móvil que había tras los mismos. Y es que, afirma, "El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien colectivo inalienable".[235] El Tribunal Constitucional de Perú ha destacado que la dimensión colectiva del derecho a la verdad concreta y especifica los principios del Estado democrático y social de derecho, pues mediante su ejercicio se posibilita "que todos conozcamos los niveles de degeneración a los que somos capaces de llegar (...) Si el Estado democrático y social de derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad,

[230] Resolución II, "Desapariciones Forzadas o Involuntarias", XXIV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, Manila 1981
[231] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 136/99, de 22 de diciembre de 1999, *Caso Ignacio Ellacuría y otros*, pf. 224.
[232] *Ibid.*
[233] *Ibid,* pf. 221.
[234] Sentencia de 12 de agosto de 2002, *Caso del Caracazo c. Venezuela*, pf. 118.
[235] Tribunal Constitucional de Perú, Expediente 2488-2002-HC/TC de 18 de marzo de 2004, numeral 8.

es claro que la violación del derecho a la verdad no es sólo una cuestión que afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano".[236]

La misma Sentencia alude a la cuestión de los recursos y de la exigibilidad del derecho a la verdad, y señala que si bien el derecho a la verdad no tiene un reconocimiento expreso en el ordenamiento peruano, "sí es uno que forma parte de la tabla de las garantías de derechos constitucionales; por ende susceptible de protección plena a través de derechos constitucionales de la libertad, pero también a través de ordinarios existentes en nuestro ordenamiento jurídico".[237] Según el alto tribunal peruano el derecho la tutela judicial efectiva es el cauce para proteger la dignidad del hombre, sobre la que se funda el derecho a la verdad.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha mantenido que si bien el derecho a la paz y a la justicia son bienes jurídicos que tienen un marcado valor individual, en el sentido que conciernen a las víctimas y familiares, en ciertas circunstancias adquieren un carácter colectivo. Este carácter colectivo tiene dimensiones distintas, alcanzando el nivel de la sociedad cuando los cimientos de una sociedad civilizada y los mínimos constitutivos del orden jurídico –paz, derechos humanos y restricción y uso racional de la fuerza militar- se amenazan y está en entredicho el cumplimiento de las funciones básicas del Estado".[238] Este razonamiento es el que llevó a la Corte Constitucional a revocar una sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y a conceder la tutela de los derechos al debido proceso, a la verdad y a la justicia.

Cabe destacar, por último, un caso argentino que remite también a la complementariedad entre verdad individual y verdad colectiva. Tras las declaraciones del represor argentino Adolfo Scilingo en 1995, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) inició acciones judiciales para que las investigaciones acerca de los hechos continuaran a pesar de las amnistías e indultos que habían sido otorgadas. Entre los fundamentos esgrimidos figuraba el derecho a la verdad, entendido como derecho subjetivo de los familiares a la par que el derecho colectivo de la sociedad a conocer su historia.[239] En el *amicus curiae* que Human Rights Watch presentó junto al Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) se señalaba que "el derecho a la verdad (…) no sólo pertenece a los familiares sino a la sociedad en su conjunto. Con el objeto de evitar futuras violaciones, el Estado tiene la obligación de demostrar a la sociedad que está comprometido con la defensa y protección de los derechos humanos, lo cual supone, como mínimo, la total transparencia acerca de la información que posee".[240]

[236] *Ibid*., numeral 17.
[237] *Ibid*., numeral 20.
[238] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-249/03, de 20 de enero de 2003. Numeral 18.
[239] MATTAROLLO, R., *Institutional and procedural mechanisms to implement de right to truth*, paper entregado el Seminario sobre el derecho a la verdad, Ginebra, OACNUDH, octubre 2005 (en los archivos del autor)-
[240] Memorial en derecho *amicus curiae* presentado por Human Rights Watch Americas y CEJIL a la Camara Federal en lo Correccional y Criminal de la Capital Federal, causa nº 761. 27/6/1995.

4.3. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Al derecho a la justicia le es consustancial el derecho a un recurso justo y efectivo, lo que se traduce en que deben poderse exigir los derechos ante un tribunal imparcial, independiente y establecido por la ley, y así asegurar que los culpables sean enjuiciados y las víctimas obtengan una reparación adecuada. Ello implica que, junto a las obligaciones estatales de investigar, encausar y, en su caso, castigar, debe preverse la existencia de reglas procesales que permitan personarse en los procesos penales probablemente no sólo a víctima y sus familiares, sino también a asociaciones con un interés legítimo.

Ya se señaló que junto al esclarecimiento de las violaciones acontecidas en el plano individual se reconoce la existencia de otra dimensión de las mismas, y que ambas forman parte de un mismo derecho "a la verdad". Textos normativos pertenecientes a distintos ordenamientos y un acervo jurisprudencial cada vez más sólido reconocen el derecho de cualquier persona, más allá de las víctimas y sus allegados, a exigir el esclarecimiento y en su caso enjuiciamiento de graves violaciones de derechos humanos.

4.3.1. VÍCTIMAS Y FAMILIARES

En primer lugar, con referencia a la legitimación activa del derecho a la verdad con respecto a violaciones graves de los derechos humanos, como por ejemplo la desaparición forzada, la jurisprudencia internacional ha sido clara al identificar en la víctima no solamente al agredido directamente, sino también a sus familiares y al círculo de personas más cercanas. En este sentido, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias ha señalado que son víctimas también los familiares del desaparecido, puesto que quedan sometidos a una "incertidumbre angustiosa", así como otros parientes y dependientes del desaparecido, al existir un "amplio círculo de las víctimas de una desaparición".[241] También la Comisión Interamericana concluyó que la desaparición afecta a todo el círculo de familiares y allegados que esperan meses y a veces años alguna noticia sobre la suerte de la víctima.[242] Todo ello ha sido precedido, acompañado o seguido, dependiendo del ámbito regional y material, de los textos legislativos nacionales e internacionales pertinentes que habilitan a la víctima y sus allegados a interponer acciones en sede judicial.

4.3.2. ESTADOS

Resulta útil a fin y efecto de destacar la ampliación de la legitimación activa del derecho a la verdad el hecho de que progresivamente se ha aceptado que la Comunidad internacional, bien sea institucionalizada a través tribunales internacionales u órganos cuasi-jurisdiccionales encargados de supervisar el cumplimiento de tratados internacionales,

[241] E/CN.4/1990/13, pfo. 339
[242] Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – 1978, OEA/Ser.L/II.47, doc.13 rev.1, de 29 de junio de 1979, p. 23.

bien sea individualizada en cada uno de sus componentes, ostenta un interés legítimo en esclarecer graves violaciones de los derechos humanos y responder a las mismas con las herramientas del Derecho. Es por ello por lo que la detención y el enjuiciamiento de perpetradores de graves violaciones de derechos humanos por parte de Estados distintos al suyo propio no se considera ya una intromisión en los asuntos internos sino un deber de los demás miembros de la Comunidad internacional.

Así, en virtud del consolidado principio *aut iudicare, aut dedere*, actualmente se reconoce que además del Estado de nacionalidad del criminal o donde éste haya cometido violaciones graves de los derechos humanos, cualquier Estado en cuya jurisdicción se encuentre el presunto responsable de tales violaciones podrá proceder a enjuiciarlo. Este principio general, se concreta también en determinados ámbitos materiales y regionales. Así, por ejemplo, la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas habilita a todo Estado parte a ejercer su jurisdicción penal para encausar a todo presunto autor de una desaparición forzada que se encuentre en su territorio, independientemente de su nacionalidad, la de la víctima o del lugar de comisión del delito.

4.3.3. SOCIEDAD VÍA ONG Y ASOCIACIONES

A) ÁMBITO UNIVERSAL

En diciembre del año 2006 se adoptó la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Varias de las disposiciones de esta convención adoptada en el seno de las Naciones Unidas son particularmente relevantes para demostrar que la dimensión colectiva de las violaciones de ciertos derechos humanos conlleva naturalmente la ampliación de la legitimación activa. En este sentido la Convención contiene disposiciones relacionadas con la legitimación activa de otros que no sean la propia víctima, sus representantes o familiares. Así, el artículo 18 prevé que toda persona con un interés legítimo tiene derecho a la información concerniente, entre otros aspectos, a la autoridad que decidió el arresto, la fecha, el lugar y hora del mismo, y la ubicación actual de dicha persona. El artículo 20 reconoce a los mismos legitimados mencionados el derecho a un recurso judicial efectivo como medio para obtener la información a la que se refiere el artículo 18. También es relevante en este contexto el artículo 24.7, que afirma que el Estado debe garantizar el derecho a formar y participar libremente en organizaciones y asociaciones que tengan por objeto contribuir a establecer las circunstancias de desapariciones forzadas y la suerte de las personas desaparecidas, así como la asistencia a las víctimas de desapariciones forzadas. Pero sin duda el artículo que presenta un mayor interés es el artículo 30 de la Convención, que establece que además de familiares, allegados y representantes legales, también "todo aquel que tenga un interés legítimo" podrá presentar un recurso para que se conozca una petición de búsqueda urgente de una persona desaparecida.[243]

Otro texto internacional, esta vez una Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abre las puertas a personas distintas a las víctimas y allegados a exigir el esclarecimiento de violaciones perpetradas. En efecto, la Declaración sobre Defensores

[243] E/CN.4/2005/WG.22/WP.1/REV.4, 23 de septiembre de 2005.

de los Derechos Humanos, de 1999, reconoce en su artículo 1 que todo el mundo tiene derecho, individualmente o en asociación con otros, a promover y luchar por la protección y realización de los derechos humanos tanto a nivel nacional como internacional. Además de los derechos de asociación y al acceso y difusión de información, la Declaración prevé tanto el derecho a un recurso efectivo cuando se ha sido víctima de una violación de derechos fundamentales, como el derecho de toda persona o asociación a denunciar mediante demandas judiciales u otras medias violaciones de derechos humanos.[244]

Por otro lado, en 1996 y en el contexto del informe presentado por Louis Joinet sobre la Administración de Justicia y los Derechos Humanos de los Detenido,[245] el principio 18 del Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos a través de la Acción para Combatir la Impunidad alude expresamente a la necesidad de facultar a ONG y asociaciones para personarse en procesos judiciales. Así, el segundo párrafo de dicho principio señala que la facultad de personarse en procesos penales como parte civil que se concede a víctimas y familiares "debe extenderse a organizaciones no gubernamentales" con un bagaje reconocido de acciones en defensa de las víctimas concernidas.

Y, finalmente, el *Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos a través de la acción para combatir la impunidad* de Diane Orentlicher desarrolla el ya mencionado Principio 18 de principios anteriormente redactados por Louis Joinet, y lo hace para agregar, en el ahora principio 19, que "Los Estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso"[246].

B) ÁMBITO REGIONAL: EL EJEMPLO INTERAMERICANO

En el plano regional, el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos presenta singularidades relevantes en materia de legitimación activa, en especial al compararse con el sistema europeo y el PIDCP. Una petición presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe satisfacer los requisitos de admisibilidad establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 44), y el Estatuto (19.a, 20.b, y c) y el Reglamento de la Comisión (26.1). Por su parte, la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos está establecida en el Artículo 62.3 de la Convención y el Artículo 2.1 de su Estatuto. En este contexto, la competencia *ratione personae* que más interesa es la de la Comisión, puesto que solamente ante la Comisión podrán los individuos y asociaciones presentar sus demandas, limitándose a los Estados y a la propia Comisión dicha facultad ante la Corte.

El artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que cualquier persona, grupo de personas, ONG legalmente reconocida en Estados miembros de la OEA, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención. Es decir, no se requiere que sea la víctima o su representante legal. Se abre así, por tanto, la posibilidad de interceder en beneficio de personas que bien sea por la situación de opresión en que viven, o por miedo, desconocimiento o vergüenza, no se atreven a denunciar. Circunscrito a la competencia *ratione personae*,

[244] A/RES/53/144. En especial, artículo 9.3.a).
[245] *Op. cit.*
[246] E/CN.4/2005/102/Add.1, ppo. 19.

el requisito de que haya una víctima no es relevante para establecer si un peticionario tiene legitimación activa ante la Comisión. Cualquier persona puede llevar un caso ante la Comisión al amparo del artículo 44 de la Convención, y únicamente la Comisión o los Estados tienen legitimación activa ante la Corte de acuerdo al artículo 61 de la Convención. La discusión sobre la noción de víctima solamente es relevante cuando la Comisión o la Corte buscan establecer su competencia *ratione materiae* en un caso.[247]

La legitimación activa en el sistema interamericano difiere, por tanto, de forma notable del PIDCP y del sistema europeo. Tanto en el Pacto como en el sistema europeo se vincula la legitimación al hecho de ser víctima. Es cierto que el artículo 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales se refiere a la posible competencia del Tribunal para conocer demandas presentadas por personas físicas, organizaciones no gubernamentales o grupos de particulares, lo que podría llevar a emparejar dicho artículo al 44 de la Convención. Sin embargo, el artículo 34 impone la condición adicional de ser "víctima de una violación", algo que no es preciso en el sistema interamericano. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, encargado de supervisar el PIDCP, ha mantenido tradicionalmente una visión muy estricta en relación con la legitimación activa de los peticionarios según el Protocolo Adicional al Pacto. Este instrumento no contempla denuncias presentadas por organizaciones no gubernamentales, partidos políticos o corporaciones. Por ello, a lo más que ha llegado el Comité es a admitir demandas de colectivos cuyos miembros alegan haber sido, todos ellos, víctimas, así como denuncias de ONG entre cuyos miembros se encuentra alguna víctima y demandas de familiares de una víctima.

C) ÁMBITO NACIONAL: RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL PENAL E IMPORTACIÓN DE FIGURAS PROPIAS DE OTROS ÁMBITOS

Es preciso que las provisiones de textos internacionales que instan a otorgar la más amplia legitimación posible, y facilitan así el trabajo de asociaciones y ONG, se encuentren correspondidas en los ordenamientos nacionales. Con ello se posibilita que junto a las víctimas y familiares, otras personas e instituciones puedan constituirse en partes del proceso y no tengan que recurrir a jurisdicciones internacionales que sí prevén dicha posibilidad. Numerosas razones explican el silencio de las víctimas, por lo que es preciso que ONG de defensa de derechos humanos, que por su propia naturaleza constitutiva ostentan un "interés legítimo", puedan tomar la iniciativa o personarse formalmente en los procesos que se emprendan. Diversas leyes procesales penales permiten la participación como parte civil en el proceso penal de asociaciones y ONG.

En el plano nacional, tratándose de graves ilícitos, países de tradición civilista reconocen la posibilidad de que partes con un "interés legítimo", lo que incluye a asociaciones y ONG, participen como acusación particular en causas en las que no son las víctimas directas. Así, en numerosos ordenamientos se prevé, bajo diversas figuras procesales, la participación de ONG en procesos penales. Por ejemplo, el Código de enjuiciamiento criminal francés permite que asociaciones sin ánimo de lucro, que persigan la sanción de crímenes contra la humanidad, el racismo o la violencia sexual, entre otros, puedan

[247] RODRÍGUEZ-PINZÓN, D., *Jurisdicción y competencia en las peticiones individuales del sistema interamericano de derechos humanos*, American University (Washington), College of Law. En http://www.wcl.american.edu/pub/humright/red/articulos/JurisdiccionCompetencia.htm (consultado en enero de 2011)

constituirse en parte civil para tales efectos en los procesos relativos a dichas conductas.[248]

Son numerosos los ejemplos en sentido similar. Así, en Guatemala, el artículo 116 del Código Procesal Penal prevé que cualquier "ciudadano o asociación de ciudadanos" pueden ser querellantes adhesivos "contra funcionarios o empleados públicos que hubieran violado directamente los derechos humanos". En Bélgica, el artículo 11.5 de la Ley de 13 de abril de 1995, relativa a los abusos sexuales contra menores, habilita a asociaciones sin ánimo de lucro para que se constituyan en parte civil en el proceso penal. En Argentina, la jurisprudencia ha aceptado que organizaciones no gubernamentales se constituyan como querellantes en procesos penales. Y, entre otros ejemplos, la Ley nº 20/96 de Portugal autoriza que organizaciones no gubernamentales de derechos humanos tomen parte en los procesos penales tramitados por actos racistas, xenófobos o de discriminación.

La Sentencia T-249/03, del año 2003, de la Corte Constitucional de Colombia, trata en profundidad la correlación entre la legitimación activa y la dimensión colectiva del derecho a la verdad. En la misma la Corte señaló que existen hechos punibles respecto de los cuales el interés de las víctimas y de los perjudicados en conocer la verdad y para que se determine la responsabilidad individual se proyecta en la sociedad en su conjunto. Dicha proyección lleva a la Corte a preguntarse si existen circunstancias en las cuales la comisión de un delito activa un interés social, colectivo, por establecer la verdad, para lo cual estaría habilitado un actor popular como parte civil en un proceso penal.

El artículo 45 del Código de Procedimiento Penal colombiano[249] autoriza la constitución de la parte civil como actor popular cuando se trate de una lesión a bienes jurídicos colectivos, por lo que la pregunta que se suscita es si la comisión de delitos de lesa humanidad implica la afectación de bienes jurídicos colectivos. La Corte Constitucional ha afirmado que "existe una relación entre la gravedad del hecho punible y la existencia de un interés de la sociedad en conocer la verdad y hacer justicia. Los hechos punibles que revisten gravedad serán aquellos que impliquen graves atentados contra los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario y una severa puesta en peligro de la paz colectiva".[250] Para la Corte, "debe admitirse que en presencia de hechos punibles que impliquen graves atentados contra los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario y una grave puesta en peligro de la paz colectiva, valorados por el respectivo juez o fiscal, debe admitirse la participación de la sociedad –a través de un actor popular-, como parte civil en el proceso penal".[251] Siguiendo con las características que debe reunir dicho actor, éste "deberá reunir las características que aseguren que no se trata de una persona con mera intención vindicativa, sino que demuestre un genuino compromiso con el esclarecimiento de los hechos investigados y con la promoción y protección de los valores jurídicos antes mencionados".[252]

Por último, ya fuera del proceso penal, puede plantearse el recurso a las "acciones populares" en el contexto del derecho a la verdad. La defensa de la *res publica* se encuentra en el origen remoto de esta figura, que hoy día sirve para hacer frente a acciones u omisiones de las autoridades públicas o de particulares que resulten en una afectación a

[248] *Code de Procedure Penal,* versión consolidada a 16 de enero de 2011. *Vid.* en http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154 (Consultada en enero de 2011).
[249] Ley 600 de 2000, de 24 julio 24, Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000.
[250] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-249/03, de 20 de enero de 2003. Numeral 16.2.
[251] *Ibid.*, Numeral 17
[252] *Ibid.*

intereses colectivos.[253] Una vía para lograr la exigibilidad del derecho a la verdad puede pasar por estas figuras, bien en sistemas legales que las prevén pero desconocen la acusación particular en el seno del proceso penal, o bien para reforzar una dimensión distinta del derecho a la verdad, más atenta a la cuestión de la verdad colectiva que a la exigencia de responsabilidades penales. Y es que, tal y como ha afirmado la Corte Constitucional colombiana, las acciones populares están previstas "para operar dentro del marco de los derechos o intereses colectivos que son, específicamente, el patrimonio público, el espacio público y la salubridad pública; igualmente, se señala como objeto y bienes jurídicos perseguibles y protegidos por virtud de estas acciones, la moral administrativa, el ambiente y la libre competencia económica. Esta lista no es taxativa, sino enunciativa, y deja, dentro de las competencias del legislador, la definición de otros bienes jurídicos de la misma categoría y naturaleza".[254]

4.4. CONCLUSIONES

Las violaciones de los derechos humanos se han abordado tradicionalmente desde su dimensión individual y más cercana a la víctima. El derecho al acceso a la justicia se ha configurado como un derecho individual y se ha entendido que esta era la perspectiva adecuada para el esclarecimiento de lo acontecido y la exigencia de responsabilidades. Sin embargo, diversos textos normativos y numerosos órganos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales han apuntado que existe otra dimensión del derecho a la verdad, centrada en el interés de la colectividad en saber qué aconteció. No se trata de dos facetas separadas e independientes. De hecho, distinguir entre una verdad global y una verdad individual permite obtener un conocimiento más amplio de lo acontecido y deslindar las que fueron violaciones particulares de la propia lógica de la represión.

Los distintos órganos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales que se han pronunciado sobre el derecho a la verdad coinciden en que la dimensión colectiva del mismo tiene una función instrumental. En efecto, no se trata meramente de que el derecho a la verdad tenga una naturaleza colectiva por el hecho de que exista un interés social abstracto a saber qué sucedió. Más allá de este legítimo interés, se entiende que asegurar que la sociedad tiene acceso a la información y se exige justicia es esencial para el funcionamiento de la democracia y, frecuentemente, para reforzar los procesos de paz y de reconstrucción nacional.

La dimensión colectiva del derecho a la verdad y la función instrumental del mismo abonan la tesis de que debe reforzarse la legitimación activa de organizaciones que velan por la defensa de los derechos humanos. En efecto, se sostiene que debe avanzarse hacia una *actio popularis* que permita proteger los derechos de personas que por diversas razones no exigen la protección de sus derechos, y que permita también defender el derecho colectivo a saber qué pasó. Ello puede darse tanto en casos en los que se precisa actuar inmediatamente –por ejemplo frente a desapariciones forzadas o violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos-, como en casos que acontecieron tiempo atrás y en los que ya poco puede hacerse para mejorar la suerte de las víctimas. En este capítulo se ha defendido que dos cauces adecuados para conseguir este objetivo son, por un lado, reforzar la figura de la acusación particular en el marco del proceso penal y, por otro, exportar al ámbito del derecho de la verdad un instrumento bien conocido para la defensa de la *res publica*, como son las acciones populares.

[253] Los que se suelen mencionar son el medio ambiente, los derechos de los consumidores, la salubridad, el espacio público, el patrimonio público...
[254] Corte Constitucional, Sentencia T-528, sep. 18/92.

5. La obligación internacional del Estado de prevenir e investigar los casos de desaparición forzada o involuntaria de personas

CARMELO FALEH PÉREZ
Profesor de Derecho Internacional Público
Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
Secretario General de la AEDIDH

5.1. INTRODUCCIÓN. LA NOCIÓN DE DESAPARICIÓN FORZADA

La práctica siniestra que consiste en forzar la desaparición de una persona constituye, sin lugar a dudas, una de las violaciones más brutales de los derechos humanos de la víctima directa, pero también de su familia misma. Aunque las desapariciones forzadas se cometieron en Europa a gran escala —desde 1933 en la Alemania nazi[255] o, en España, desde el golpe militar de 17 de julio de 1936 y durante la guerra civil y la dictadura[256]— cobra notoriedad internacional como tal a principios de los años setenta, sobre todo en América del Sur.

[255] En efecto, Toine van Dogen nos recuerda las desapariciones ocasionadas desde los años 30 por las persecuciones a judíos, otras minorías y personas consideradas como "asociales" por la Alemania nazi. Con posterioridad, en los años 60, la práctica se reproduce en Guatemala, acuñándose el término "*desaparecidos*", y se propaga a Chile y Argentina. T. VAN DOGEN: «Le problème des disparitions», *Bulletin des Droits de l'Homme*, nº 90/1 (1992), p. 24.

[256] V. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *España: poner fin al silencio y a la injusticia. La deuda pendiente con las víctimas de la guerra civil española y del régimen franquista*, Madrid, 2005, pp. 15-24, y C. VILLÁN DURÁN, C. FALEH PÉREZ, «Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la Guerra Civil y la dictadura». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 16 (2008), 51 p. Accesible en www.reei.org/reei%2016/indice.htm. Ese Informe fue emitido para la consideración de la Plataforma por las Victimas de Desaparición Forzada del franquismo, foro de encuentro de Asociaciones del Estado español personadas en la causa presentada en los Tribunales cuyo principal objetivo es la búsqueda y la recuperación de los restos de los desaparecidos durante la guerra civil y el franquismo, víctimas de la represión (proceso de examen de distintas denuncias que ha dado origen a las Diligencias previas 399/2006, tramitadas ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional española).

Es, sin embargo, un fenómeno muy grave e inquietante que desgraciadamente sigue siendo actual. Las cifras de personas desaparecidas en los últimos años en algunas partes del mundo son, en verdad, estremecedoras y demuestran ciertamente que las desapariciones continúan siendo un fenómeno extremadamente preocupante. Como advirtió en 2005 el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias:

> "*... la desaparición ha pasado a ser un fenómeno mundial que no se limita a una sola región. Lo más frecuente hoy en día es que las desapariciones en gran escala se produzcan en aquellos Estados que se ven aquejados por conflictos internos, como Colombia, Nepal, la Federación de Rusia, el Iraq o el Sudán. En otros países, la represión de los oponentes políticos ha dado lugar a cientos de casos de desapariciones. Cabe mencionar a este respecto países como Argelia y Filipinas. En algunos casos, como el de la República Islámica de Irán, los cambios políticos radicales han creado condiciones que causaron cientos de casos de desaparición. Otros países soportan la pesada carga de su pasado con miles de casos que aún están por esclarecer después de decenios, como en la Argentina y Chile o algunos países de América Central. (...) En algunas situaciones, debido probablemente a la falta de denuncias, especialmente aunque no sólo en África, el Grupo de Trabajo estima que en los próximos años podría recibir un gran número de denuncias de desaparición a raíz de los conflictos armados en curso*"[257].

Esta preocupación por el fenómeno y sus consecuencias se reitera en un informe posterior del Grupo de Trabajo:

"El Grupo de Trabajo sigue expresando su preocupación por el aumento del número de casos de desapariciones forzadas en todo el mundo. El Grupo de Trabajo sigue preocupado por las medidas adoptadas para luchar contra el terrorismo y sus consecuencias en lo que respecta a las desapariciones forzadas (...;) por los numerosos casos en que fuerzas militares fueron los presuntos autores de muchas desapariciones forzadas (...) El Grupo de Trabajo observa que en determinadas partes del mundo la impunidad por desapariciones forzadas sigue siendo un problema (...). El Grupo de Trabajo observa un cuadro sistemático de amenazas, intimidación y represalias contra las víctimas de desapariciones forzadas, incluidos los familiares, los testigos y los defensores de los derechos humanos que se ocupan de esos casos (...) Habida cuenta de que las víctimas de desapariciones forzadas suelen ser hombres, son las esposas, madres e hijos quienes deben hacer frente a las consecuencias de esas desapariciones y resultan por ello las personas más afectadas (...)"[258]

Indudablemente, el ocultamiento forzado deja a la víctima completamente indefensa y a merced de los excesos que puedan cometer quienes la han capturado y retienen. El

---

[257] Doc. E/CN.4/2006/56, de 27 de diciembre de 2005, p. 6. El mandato del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias fue establecido por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas mediante la resolución 20(XXXVI), de 29 de febrero de 1980. Forma parte de los llamados Procedimientos públicos especiales, de naturaleza extra-convencional, dependientes en la actualidad del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, tras la desaparición de la antigua Comisión de Derechos Humanos. Sobre la génesis y competencias del Grupo de Trabajo, v. C. VILLÁN DURÁN, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, 2002, pp. 705 y ss.

[258] NACIONES UNIDAS, Asamblea General: *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, doc. A/HRC/13/31, 21 de diciembre de 2009, pp. 122-123.

desaparecido queda en una posición de quiebra o vulneración múltiple y continuada en el disfrute de la práctica totalidad de sus derechos. El principal derecho humano negado como consecuencia de la desaparición es su derecho a la libertad y seguridad personales. Pero la desaparición, con mucha frecuencia, viola o hace peligrar su derecho a la vida y a la integridad física o mental.

En 1992, la Asamblea General de las Naciones Unidas ya había aprobado, por consenso, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas[259]. En su texto se hicieron constar los resultados inevitables que se derivan, desde el punto de vista del disfrute de los derechos humanos más fundamentales, de todo acto de desaparición forzada, al afirmar que la desaparición forzada

> "*... constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro*"[260].

La multiplicidad de derechos afectados no admite dudas para el citado Grupo de Trabajo, como lo manifestó desde su primer informe:

> "*...las desapariciones forzadas o involuntarias de personas pueden suponer la denegación o la violación de muchos y muy diversos derechos humanos de la propia víctima o de su familia, tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales (...;) se advierte que se violan en mayor o menor grado todos los derechos humanos fundamentales de esas personas (...,) la vida de familia (...,) también la violación de varios de los derechos humanos de los familiares de las personas desaparecidas*"[261].

Habida cuenta de la ignorancia de su destino, el desaparecido queda sustraído, mientras perdure su situación, a la protección de la ley y de los órganos encargados de aplicarla, sustracción que es especialmente grave cuando tal acto es imputado a agentes o funcionarios estatales. Entretanto, sus familiares sufren una dramática situación de zozobra, angustia y amargura, que el tiempo no elimina, sobre todo si se considera que, con su transcurso, las esperanzas de reencontrar con vida al desaparecido normalmente disminuyen y que se ven invadidos por un "sentimiento fatalista y derrotista (...) cuando son pocos o nulos los resultados que se logran"[262]. La Declaración de 1992 refleja de

---

[259] Res. 47/133 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992.
[260] Artículo 1, párr. segundo, de la Declaración.
[261] Doc. E/CN.4/1435, párrs. 184, 186 y 187. En el mismo sentido, *cfr*. los docs. E/CN.4/1492 (párrs. 164-172), E/CN.4/1983/14 (párrs. 130-137) y E/CN.4/1984/21 (párrs. 151-161), así como V. ABELLÁN HONRUBIA, «Aspectos jurídico-internacionales de la desaparición forzada de personas como práctica política del Estado», en *Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Barcelona, tomo I, 1983, pp. 16-17 y R. BRODY; F. GONZALEZ, «Nunca Más: An Analysis of International Instruments on "Disappearances"», *Human Rights Quarterly*, vol. 19, nº 2, May 1997, pp. 377 y 378.
[262] AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Informe 1996*, El País Aguilar, EDAI, 1996, p. 32.

manera elocuente la preocupación de la Asamblea General por este tipo de violación de los derechos humanos, cuando constata en su parte introductoria que

> "*...las desapariciones forzadas afectan a los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y... su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad*"[263].

Por otra parte, la desaparición forzada aparece definida en la parte introductoria de la Declaración de 1992, donde la Asamblea General se muestra

> "*Profundamente preocupada por el hecho de que en muchos países, con frecuencia de manera persistente, se produzcan desapariciones forzadas, es decir, que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley*"[264].

El Grupo de Trabajo consideró que la definición como delito de las desapariciones forzadas en el derecho penal interno de los Estados debe reunir los tres elementos mínimos siguientes: la privación involuntaria de libertad; la implicación directa o indirecta de las autoridades estatales y la negativa a revelar la suerte o el paradero actual del des-

[263] Párr. introductorio cuarto de la Declaración de 1992. La redacción es cercana al artículo I del Proyecto de Convención sobre desapariciones forzadas de la FEDEFAM (Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos): «Las partes contratantes confirman que la desaparición forzada de personas constituye un delito de derecho internacional y un crimen de lesa humanidad, que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar». La FEDEFAM había presentó al Grupo de Trabajo un Proyecto de Convención internacional contra la desaparición forzada de personas, integrado por 21 artículos cuyo contenido ha tenido una influencia apreciable sobre la Declaración finalmente adoptada por la Asamblea General en 1992. *Cfr.* doc. E/CN.4/1985/15, párrs. 38-42 y Anexo III (Proyecto de Convención sobre desapariciones forzadas presentado por la FEDEFAM)

[264] Párr. introductorio tercero de la Declaración de 1992. La descripción es próxima a la efectuada por el Grupo anteriormente: «una persona claramente identificada es detenida contra su voluntad por funcionarios de cualquier ramo o nivel de gobierno o por grupos organizados o particulares que afirman actuar en nombre del Gobierno o con el apoyo, permiso o aquiescencia de éste. Luego, estas fuerzas ocultan el paradero de esa persona o se niegan a revelar su destino o a reconocer que la persona fue detenida» (doc. E/CN.4/1988/19, párr. 17). De todos modos, en su primer informe el Grupo ya había manifestado que «(e)n la mayoría de los casos estudiados (...) se trataba de personas que habían sido detenidas, encarceladas o secuestradas por personal perteneciente a un órgano que estaba establecido, o que se creía que era un órgano del gobierno, o que estaba controlado por el gobierno o que actuaba con la complicidad abierta o encubierta del gobierno; el gobierno interesado en estos casos ni aceptaba la responsabilidad de la detención, el encarcelamiento o el secuestro ni explicaba esos hechos. Sin embargo, hubo una minoría de casos en que las personas habían desaparecido y en que se ignoraba su paradero, pero en que no estaba claro quién era el responsable; el Grupo no ha excluido necesariamente de su consideración tales casos». Doc. E/CN.4/1435, párr. 3. En sus métodos de trabajo vigentes, el Grupo incorpora la definición dada por la Declaración de 1992. V. doc. A/HRC/7/2, de 10 de enero de 2008, Anexo I, pp. 97-103, párr. 2.

aparecido[265], que queda así desprovisto de toda protección legal. Esto permite distinguir un caso de "desaparición" en sentido estricto, del "secuestro" o "retención" de una persona efectuado por particulares en provecho propio.

Tales elementos han sido básicamente incorporados en la definición del fenómeno que utiliza la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas[266].

La sustancia de ambas definiciones de desaparición forzada se mantiene en el texto más reciente que aquí nos ocupa: la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (CDF)[267]. Este tratado internacional persigue dos fines básicos (la prevención y la justicia) y un propósito principal (abordar las desapariciones como una cuestión de derechos humanos)[268]. En su artículo 2 dispone:

> "*A los efectos de la presente Convención, se entenderá por 'desaparición forzada' el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley*".

Sin embargo, hay que tener también en cuenta que el texto de la CDF perfila la definición de desaparición forzada con dos notas adicionales, en la medida en que se trata de un delito de "extrema gravedad" y tiene, además, "carácter continuo". Y, para impedirla, se enuncian dos derechos fundamentales que tiene toda persona: el derecho a no ser sometido a una desaparición forzada y el derecho a no ser detenido en secreto. Al me-

---

[265] *Cfr*. doc. E/CN.4/1996/38, párrs. 55.

[266] Adoptada en Belem do Pará por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 9 de junio de 1994. Su Artículo II define la desaparición forzada como «la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes». Para el texto completo de este tratado internacional, v. www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html. Para el análisis comparativo de los aspectos más relevantes de esta Convención y de la Declaración de 1992, *cfr*. R. BRODY; F. GONZALEZ, «Nunca Más: An Analysis of International Instruments on "Disappearances"», *cit*., pp. 376 a 402. Hasta ahora la Convención cuenta con catorce Estados Partes (Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela), habiéndose producido su entrada en vigor el 28 de marzo de 1996. *Cfr*. www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html.

[267] La CDF fue aprobada por la Asamblea General en su resolución 61/177, el 20 de diciembre de 2006. Con la ratificación de Paraguay, la Convención alcanzó la cifra necesaria para su entada en vigor conforme a lo establecido en el artículo 39 (veinte instrumentos de ratificación o adhesión). Cuenta actualmente con 23 Estados Partes (Albania, Argentina, Armenia, Bolivia, Brasil, Burkina Faso, Chile, Cuba, Ecuador, Francia, Gabón, Alemania, Honduras, Irak, Japón, Kazajstán, Malí, México, Nigeria, Paraguay, Senegal, España y Uruguay). Otros 65 Estados han firmado la Convención hasta ahora. V. treaties.un.org. Para un análisis general de la CDF, v. C. FALEH PÉREZ, «Nuevos instrumentos para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», *Revista de Derecho Público*, nº 37, 2010, pp. 55-70.

[268] S. MCCRORY, «The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance», *Human Rights Law Review*, 7:3 (2007), pp. 546 y 551.

nos el primero de éstos tiene rango imperativo, pues ninguna circunstancia excepcional podrá invocarse para justificar una desaparición forzada[269].

Además, puede constituir un crimen contra la humanidad si se practica de forma generalizada o sistemática, con las consecuencias que ello tiene en el Derecho internacional[270]. Ello engarza directamente con el Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998), que contempla la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad "cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque"[271].

¿Qué es, en qué consiste y qué alcance tiene la obligación internacional que obliga específicamente al Estado a investigar los casos denunciados de desaparición forzada o involuntaria de personas? De ello nos ocuparemos en este trabajo examinado para ello ciertas aportaciones del plano universal (Comité de Derechos Humanos) y también, algunas propias de los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Aquí no abordaremos, sin embargo, otros aspectos más generales pero igualmente importantes en la lucha internacional por erradicar una práctica tan inhumana y malévola así como sus efectos. Entre ellos, los derechos de las víctimas a conocer qué ocurrió (la verdad); a obtener íntegra reparación por los daños materiales y morales (indemnización rápida justa y adecuada, restitución, readaptación, satisfacción, restablecimiento de la dignidad y la reputación, garantías de no repetición); a que la investigación prosiga hasta que se determine la suerte del desaparecido, debiendo el Estado adoptar todas las medidas apropiadas, bien sea para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas, o para buscar, respetar y restituir sus restos; a ejercer el derecho de libre asociación formando y participando en organizaciones y asociaciones interesa-

[269] *Cfr*. sexto párrafo del preámbulo y los Artículos 7, 8, 1 y 17.1 de la Convención.
[270] Artículo 5 de la Convención.
[271] Artículo 7.1.i) del Estatuto de la Corte Penal Internacional. El texto del Estatuto de Roma se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 10 de julio de 2002. Texto en español: www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Rome_Statute_Spanish.pdf. Sin embargo, la CDF y el Estatuto de la CPI no coinciden enteramente en la definición manejada. Entre otros, por los motivos siguientes:
(a) En primer lugar, la Convención incluye un *elemento clave de autoría* en la comisión del delito o crimen, pues debe ser "obra de agentes del Estado o... personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado", cosa que no es determinante para el Estatuto. En este último, el crimen de lesa humanidad tipificado lo será no sólo si interviene el Estado, sino también cuando la práctica generalizada o sistemática de desapariciones, como medio para atacar a una población civil, se ejecuta «de conformidad con la política... de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política»;
(b) En segundo lugar, el Estatuto incluye en la noción una condición de *prolongación en el tiempo* de la intención de dejar fuera del amparo de la ley a la víctima; pero la Convención, seguramente con buen criterio, no la retiene. En efecto, el Artículo 7.2.i) del Estatuto de la Corte Penal Internacional entiende por "desaparición forzada de personas" «la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado» (en subrayado, destacamos las dos diferencias señaladas). La condición figura también en los Elementos del Crimen aprobados por la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de la Corte. Como elemento sexto del crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas se requiere que «el autor haya tenido la intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley por un período prolongado». Doc. ICC-ASP/1/3, p. 127. El texto en español de los Elementos del Crimen es accesible en: www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Element_of_Crimes_Spanish.pdf.

das en conocer la verdad y asistir a las víctimas, para que su voz y sus justas reivindicaciones también sean escuchadas[272].

Tampoco examinamos detalladamente el mecanismo institucional previsto en la segunda Parte de la CDF (artículos 26-36), relativo a la constitución y funcionamiento de un Comité contra la Desaparición Forzada, con importantes atribuciones de control o vigilancia sobre los Estados Partes, si bien aplicables solamente —vista la restricción que impone el artículo 35— a aquellos casos de desapariciones forzadas que se hayan iniciado tras la fecha de entrada en vigor de la CDF para cada Estado Parte[273].

[272] *Cfr*. párrafos 2 a 7 del Artículo 24 de la CDF.

[273] El artículo 26 de la CDF prevé la creación de un Comité contra la Desaparición Forzada, compuesto de 10 expertos que serán elegidos por los Estados Partes conforme a un criterio de distribución geográfica equitativa, entre otros. En el artículo 29 se contempla la obligación de los Estados Partes de rendir informes relativos a las medidas adoptadas para cumplir las obligaciones contraídas en virtud de la CDF. También se ha previsto la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones de personas que se encuentren bajo su jurisdicción o en nombre de ellas y que aleguen ser víctimas de violaciones por un Estado Parte de las disposiciones de la Convención. Sin embargo, tal competencia tiene carácter facultativo, por lo que está sujeta a una declaración de aceptación que cada Estado podrá formular al ratificar la CDF o con posterioridad (artículo 31). El mismo carácter tiene la competencia del futuro Comité para recibir y examinar comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple con las obligaciones que le impone la CDF (artículo 32). Sin embargo, no está sujeta a aceptación de los Estados partes la competencia del Comité para "examinar, de manera urgente, toda petición presentada por los allegados de una persona desaparecida, sus representantes legales, sus abogados o las personas autorizadas por ellos, así como todo aquel que tenga un interés legítimo, a fin de que se busque y localice a una persona desaparecida". Si se reúnen las condiciones que enumera el artículo 30.2 de la CDF —entre las cuales *no* figura un consentimiento adicional del Estado Parte concernido—, el Comité podrá pedir a este Estado que le proporcione información sobre la situación de la persona desaparecida y, en su caso, transmitirle sus recomendaciones e incluso instarle a adoptar "todas las medidas necesarias, incluidas medidas cautelares, para localizar y proteger a la persona de conformidad con la... Convención, y podrá solicitar que informe al Comité, en el plazo que éste determine, sobre las medidas que tome, teniendo en cuenta la urgencia de la situación" (artículo 30.3). La CDF también contempla la posibilidad de realizar una visita *in loco* a un Estado Parte, con su consentimiento, cuando exista información fidedigna que revele violaciones graves de la Convención por dicho Estado (artículo 33). Finalmente, si el Comité recibe información con indicios bien fundados de que la desaparición forzada se practica de forma generalizada o sistemática en territorio bajo jurisdicción de un Estado Parte, podrá llevar esa cuestión —tras haber solicitado del Estado Parte interesado toda la información pertinente sobre esa situación— con carácter urgente, a la consideración de la Asamblea General, por medio del Secretario General de las Naciones Unidas (artículo 34). Sobre los mecanismos de control, v. A. BLANC ALTEMIR, «La Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006)», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 59, nº 1 (2007), pp. 409-411; J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, «La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: Nunca es tarde si la dicha es ¿buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la "Ley de Memoria Histórica"», *Foro, Nueva época*, nº 7 (2008), pp. 47-50 y C. VILLÁN DURÁN; C. FALEH PÉREZ, *El sistema de las Naciones Unidas para la protección de los derechos humanos*, Universidad de Alcalá, VII Máster sobre Protección Internacional de los Derechos Humanos (Alcalá de Henares, 4 de octubre de 2010-30 de junio de 2011), pp. 34 y ss. España es uno de los 7 Estados Partes (junto a Albania, Chile, Argentina, Francia, Malí y Uruguay) que han reconocido, hasta ahora, la competencia del Comité, prevista en los arts. 31 y 32, para recibir y examinar las comunicaciones individuales o estatales que denuncien la presunta violación o incumplimiento de las disposiciones de la CDF. En cambio, Japón solamente ha reconocido la competencia del Comité para recibir comunicaciones en que un Estado Parte atribuye a otro un incumplimiento de las obligaciones impuestas por la CDF.

5.2. LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE INVESTIGAR LAS DESAPARICIONES FORZADAS EN EL ÁMBITO UNIVERSAL

Más allá de la definición de desaparición forzada, tiene importancia precisar cuáles son los fundamentos de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de investigación de las desapariciones forzadas. La CDF aporta en este ámbito importantes precisiones que tienen además un valor jurídico reforzado frente a la ya citada Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas[274]. Además, algunas Observaciones generales formuladas tanto por el Comité de Derechos Humanos instituido en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias se han ocupado de esa cuestión. Permítasenos, sin embargo, destacar previamente la obligación de prevenir la ocurrencia de las desapariciones visto que, como advierte el refranero, más valioso es prevenir que reparar, porque la investigación favorece la prevención de nuevos casos y porque, al tratarse de hechos ilícitos continuados, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para impedir que persista esa situación.

5.2.1. MEDIDAS PARA PREVENIR LAS DESAPARICIONES FORZADAS

¿Cómo prevenir la desaparición forzada de personas? El Derecho internacional público conoce hace tiempo la vigencia y las complejidades que comporta la noción de debida diligencia, elemento que rige en algunos sectores normativos, entre los cuales figura el DIDH[275]. La obligación de prevenir requiere del Estado un comportamiento debidamente diligente, cuidadoso, no negligente o de adecuada vigilancia. Debe ir referida al hecho ilícito cuyo acaecimiento debe impedirse y en tal sentido, la noción de debida diligencia es un elemento particularmente caracterizador de aquellas obligaciones que exigen del Estado "realizar un esfuerzo de cara a la obtención del resultado final pretendido por la norma"[276].

---

[274] Respecto al valor jurídico de la Declaración, el profesor Hinojo Rojas afirma que la misma «desarrolla el contenido de la Carta de las Naciones Unidas y dado que, a su vez, estructura el principio general de los derechos humanos [...] parece innegable su valor jurídico». Además, hay que admitir con él que «en el Derecho internacional contemporáneo existe un principio de protección de todas las personas contra su desaparición forzada, principio que tiene carácter imperativo y que obliga a todos los Estados a su cumplimiento». Los elementos esgrimidos por el profesor Hinojo en apoyo de su afirmación son dos: «de un lado, que la Declaración en sí misma considerada tiene un contenido jurídico y, de otro lado, que es fruto del consenso de los Estados. En efecto, la Declaración pone de relieve [...] la enunciación de principios jurídicos cuando asimismo, y de ahí aún más el reforzamiento de su valor, ha sido adoptada sin votación... en un foro, la Asamblea General, donde tienen sede la casi totalidad de Estados que conforman la comunidad internacional. En otras palabras, la hipotética negación de juridicidad a la Declaración chocaría frontalmente con la naturaleza jurídica de sus principios los cuales no son sino manifestación del consenso de la gran mayoría de Estados que componen aquella comunidad». M. HINOJO ROJAS, «Al hilo de la Declaración de 1992 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la Protección de todas las personas contra las Desapariciones forzadas», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XII, 1996, pp. 497-498.

[275] Véase el análisis exhaustivo y multisectorial realizado por J.F. LOZANO CONTRERAS, *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*, Atelier Libros Jurídicos, Universidad de Alicante, Barcelona, 2007, 340 p.

[276] *Ibíd.*, p. 304.

En los últimos tiempos los tratados internacionales universales de derechos humanos han realzado las medidas abocadas a la prevención, una función que es tanto o más importante que la investigación o sanción a posteriori, una vez cometida una violación de esos derechos. Ocurre así no sólo en la CDF, sino por ejemplo en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2002).

Siguiendo la línea marcada por la noción de diligencia debida, sin duda el artículo 6 del PIDCP enuncia una obligación clara de resultado, cuando dispone que "el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente…"[277]. Pues bien, en 1982 el Comité de Derechos Humanos, refiriéndose al derecho a la vida, combinó de forma significativa prevención, eficacia y obligación de investigar al objeto de decir que:

> "*Los Estados Partes deben también tomar medidas concretas y eficaces para evitar la desaparición de individuos, algo que desgraciadamente se ha hecho demasiado frecuente y desemboca demasiadas veces en una privación arbitraria de la vida. Más aún,… deben establecer servicios y procedimientos eficaces para investigar a fondo los casos de personas desaparecidas en circunstancias que puedan implicar una violación del derecho a la vida.*"[278]

En el plano normativo, la repetida Declaración de 1992 contiene distintas referencias que apuntan, de modo más o menos directo, a la obligación estatal de prevenir que se produzcan o, en su caso, persistan las desapariciones forzadas. Esas referencias aparecen tanto en el preámbulo como en el articulado del texto aprobado por la Asamblea General. Ésta consideró necesario afirmar que:

> "*… para impedir es necesario asegurar el estricto respeto del Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, que figuran en el anexo de su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, así como de los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, formulados por el Consejo Económico y Social en el anexo de su resolución 1989/65, de 2424 de mayo de 1989, y aprobados por la Asamblea General en su resolución 44/162, de 15 de diciembre de 1989 (…)*
>
> *Artículo 2. 1. Ningún Estado cometerá, autorizará ni tolerará las desapariciones forzadas. 2. Los Estados actuarán a nivel nacional, regional y en cooperación con las Naciones Unidas para contribuir por todos los medios a prevenir y a eliminar las desapariciones forzadas.*

[277] El Artículo 6 debe ser puesto en relación con las obligaciones generales que enuncia el PIDCP. Entre éstas se encuentra el compromiso asumido por los Estados Partes para «respetar y… garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social…» (párrafo primero del Artículo 2 del PIDCP).

[278] Párr. 4 de la Observación general nº 6 (*Derecho a la vida*) relativa al Artículo 6 del PIDCP, adoptada por el Comité en su 16º período de sesiones (1982) (cursiva nuestra). NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales y Recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de Derechos Humanos*, doc. HRI/GEN/1/Rev.9, vol. I, 27 de mayo de 2008, p. 209.

Artículo 3. Los Estados tomarán medidas legislativas, administrativas, judiciales y otras medidas eficaces para prevenir o erradicar los actos de desapariciones forzadas en cualquier territorio sometido a su jurisdicción.

Artículo 4. 1. Todo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad. (...)

Artículo 6. (...) 2. Los Estados velarán por que se prohíban las órdenes o instrucciones que dispongan, autoricen o alienten las desapariciones forzadas. 3. En la formación de los agentes encargados de hacer cumplir la ley se debe hacer hincapié en las disposiciones en los párrafos 1 y 2 del presente artículo.

Artículo 8. 1. Ningún Estado expulsará, devolverá o concederá la extradición de una persona a otro Estado cuando haya motivos fundados para creer que corre el riesgo de ser víctima de una desaparición forzada. 2. Para determinar si hay tales motivos, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, incluida, cuando proceda, la existencia en el Estado interesado de un conjunto de violaciones sistemáticas, graves, manifiestas o masivas de los derechos humanos.

Artículo 9. 1. El derecho a un recurso judicial rápido y eficaz, como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o de individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva, es necesario para prevenir las desapariciones forzadas en toda circunstancia (...) 2. En el marco de ese recurso, las autoridades nacionales competentes tendrán acceso a todos los lugares donde se encuentren personas privadas de libertad, así como a todo otro lugar donde haya motivos para creer que se pueden encontrar las personas desaparecidas (...)

Artículo 12. 1. Los Estados establecerán en su legislación nacional normas que permitan designar a los agentes del gobierno habilitados para ordenar privaciones de libertad, fijen las condiciones en las cuales tales órdenes pueden ser dadas, y prevean las penas de que se harán pasibles los agentes del Gobierno que se nieguen sin fundamento legal a proporcionar información sobre una privación de libertad. 2. Los Estados velarán igualmente por que se establezca un control estricto, que comprenda en particular una determinación precisa de las responsabilidades jerárquicas, sobre todos los responsables de aprehensiones, arrestos, detenciones, prisiones preventivas, traslados y encarcelamientos, así como sobre los demás agentes del gobierno habilitados por la ley para recurrir a la fuerza y utilizar armas de fuego.

Artículo 20. 1. Los Estados prevendrán y reprimirán la apropiación de hijos de padres de víctimas de una desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de sus madres víctimas de la desaparición forzada (...)".

Pues bien, en 1995 el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones interpretó con buen criterio el alcance y sentido de algunas de esas disposiciones. En particular, en lo que concierne al Artículo 3 de la Declaración (obligación estatal de tomar medidas preventivas, entre otras), el Grupo manifestó con claridad que se trata "primariamente de una obligación de hacer algo" y que requiere actuaciones positivas por parte de los Estados en cuyo territorio se han producido casos de desapariciones en el pasado. Además, señaló que todos los Estados deben disponer de una maquinaria apropiada para prevenir tales

actos y que no basta, por tanto, con adoptar disposiciones para prevenir, sino que es esencial que toda la maquinaria gubernamental adopte una conducta destinada a la prevención de las desapariciones. La responsabilidad de prevenir exige la adopción de medidas de cualquier tipo (no sólo legislativas, administrativas y judiciales) que contribuyan efectivamente al objetivo de la prevención. Si no fuera así, la responsabilidad internacional exige del Estado la adopción de otras medidas y políticas que sirvan adecuada y eficazmente al fin de la prevención. El Artículo 3, a juicio del Grupo, constituye el marco general para orientar y alentar a los Estados a adoptar un conjunto de medidas apropiadas para prevenir las desapariciones. Cuando no existe una adecuada acción preventiva, entonces el Estado incurre en responsabilidad internacional por incumplir la obligación de prevenir. Ese incumplimiento puede dimanar no sólo de las acciones u omisiones del Gobierno y de sus autoridades o agentes subordinados, sino también del poder legislativo o del poder judicial, cuyas acciones u omisiones puedan afectar a la aplicación del Artículo 3 de la Declaración[279].

Parecido razonamiento siguió más tarde el Comité de Derechos Humanos, aunque haciéndolo extensivo a la obligación de prevenir violaciones de los derechos humanos cometidas por particulares o entidades privadas. En efecto, dicho Comité afirmó que:

> "*Puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Partes, como resultado de que los Estados Partes permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas*"[280].

¿Qué exigencias contiene la CDF en materia de prevención de desapariciones forzadas? Cabe remitir básicamente a una serie de disposiciones —los artículos 17 a 23, entre otros[281]— que por su extensión y detalle están llamadas indudablemente a generar importantes consecuencias en el derecho interno de los Estados[282]. En efecto, cada Estado Parte deberá adaptar su ordenamiento interno para transponer adecuadamente esas obligaciones a fin de cumplir con un tratado internacional que exige legislar para definir claramente determinados aspectos, de vital importancia para erradicar la práctica de las desapariciones forzadas.

Entre otros, qué autoridades y bajo qué condiciones pueden ordenar privaciones de libertad, garantizando que esto sea en lugares oficialmente reconocidos y controlados, accesibles a las autoridades competentes, y respetando el derecho de la persona privada de libertad a la comunicación (con su familia, abogado u otra persona de su elección y

---

[279] *Cfr*. la Observación general relativa al Artículo 3 de la Declaración, adoptada por el Grupo de Trabajo durante su 47ª sesión, celebrada en Ginebra, del 13 al 17 de noviembre de 1995. Doc. E/CN.4/1996/38, párrs. 48 a 53.

[280] Párr. 8 de la Observación general nº 31 (*La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*) relativa al Artículo 2 del PIDCP, adoptada por el Comité el 29 de marzo de 2004, en su 80º período de sesiones. NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, cit., pp. 291-292.

[281] *Cfr*. además los Artículos 4, 6, 7, 8, 12, 15, 16 y 25 de la CDF, en los que puede advertirse también alguna incidencia preventiva. Tal es el caso de los efectos disuasorios que pueden producir las medidas adoptadas por los Estados Partes para tipificar el delito en su legislación penal o para imputar responsabilidades individuales, enunciadas en los Artículos 4 y 6 de la CDF, respectivamente.

[282] En tal sentido, S. MCCRORY, «The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance», cit., p. 555-557.

autoridades consulares, en su caso) y a recibir visitas de acuerdo con las condiciones establecidas por ley. Es lógico que ello se acompañe del derecho reconocido a las personas con un interés legítimo (allegados de la persona privada de libertad, su representante o su abogado) a recurrir ante un tribunal para que se determine sin demora la legalidad de la privación de libertad y, si ésta fuera ilegal, se ordene su liberación. Toda práctica de dilación u obstrucción de estos recursos deberá ser prevenida y, en su caso, sancionada [artículos 17 y 22.a) de la CDF].

Además, los Estados Partes habrán de establecer y mantener uno o varios registros oficiales y/o expedientes actualizados de personas privadas de libertad, accesibles a toda autoridad nacional (judicial o cualquier otra autoridad o institución competente) o internacional (prevista en instrumentos en los que el Estado sea Parte). El contenido de la información que, como mínimo, debe figurar en los registros y/o expedientes actualizados debe resultar sumamente útil para luchar contra las desapariciones forzadas[283]. Con algunas excepciones, los Estados deberán garantizar el derecho a acceder a esa información a las personas con un interés legítimo en ella, a las cuales se deberá prestar protección ante cualquier maltrato, intimidación o sanción motivados por la búsqueda de esas informaciones[284].

Para reforzar el carácter preventivo de esas obligaciones registrales, los Estados deben "prevenir" y sancionar el incumplimiento de la obligación de registrar la detención, tanto como el registro inexacto de informaciones en los señalados registros y expedientes, la negativa a proporcionar información o el suministro de información inexacta, cuando se cumplen las condiciones establecidas por la ley para proporcionar dicha información [párrafos b) y c) del artículo 22].

Para evitar toda incertidumbre sobre la suerte que ha corrido la persona privada de libertad, la CDF obliga a adoptar las medidas que sean necesarias para que la puesta en libertad se efectúe de manera que pueda verificarse que, efectivamente, la misma se ha producido, garantizando su integridad física y el pleno ejercicio de sus derechos en el momento en que sea liberada (artículo 21).

En último lugar, el artículo 23 de la CDF, no menos importante por sus efectos preventivos si se ejecuta debidamente, obliga a velar para que la formación de todo funcionario o persona que pueda intervenir en la custodia o tratamiento de personas privadas de libertad (entre otros, el personal militar o civil encargado de la aplicación de la ley y el personal médico) incluya la enseñanza e información necesarias sobre la CDF. Se trata de una obligación de educación y de capacitación netas, pero con toda seguridad también de sensibilización, para cumplir los objetivos que la justifican: prevenir que agentes estatales se involucren en desapariciones forzadas; resaltar la importancia de prevenirlas e investigarlas y reconocer la urgencia en su resolución, porque sin duda el tiempo corre en contra de las víctimas de las desapariciones forzadas, inermes y a merced de sus captores.

[283] De modo minucioso, el Artículo 17.3 exige que consten al menos a) la identidad de la persona privada de libertad; b) el día, la hora y el lugar donde la persona fue privada de libertad y la autoridad que procedió a la privación de libertad; c) la autoridad que decidió la privación de libertad y los motivos de ésta; d) la autoridad que controla la privación de libertad; e) el lugar de privación de libertad, el día y la hora de admisión en el mismo y la autoridad responsable de dicho lugar; f) los elementos relativos a la integridad física de la persona privada de libertad; g) en caso de fallecimiento durante la privación de libertad, las circunstancias y causas del fallecimiento y el destino de los restos de la persona fallecida; h) el día y la hora de la liberación o del traslado a otro lugar de detención, el destino y la autoridad encargada del traslado.
[284] Para mayor detalle, *cfr*. los Artículos 18, 19 y 20 de la Convención.

Obviamente, esta clase de medidas cobran sentido en un contexto distinto, cuando ya se cometió una desaparición forzada. Son también importantes, cuando la prevención falla o cuando no pudo impedirse la comisión del delito o del crimen de desaparición forzada. Para el examen de las obligaciones que para tales casos enuncia la CDF, debe retenerse el carácter extremadamente grave del delito o crimen perpetrado, así como su carácter permanente o continuado. Tampoco hay que olvidar, para comprenderlas adecuadamente, el sufrimiento y la angustia padecidos por la víctima de una desaparición. Sobre esto conviene señalar que, con acierto, la CDF no limita la condición de víctima a la persona desaparecida y sustraída en un lugar ignorado a la protección de la ley, sino que incluye en esa condición a "toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada"[285].

A. Las medidas prescritas para la investigación de las desapariciones forzadas (artículos 8 a 16 de la CDF[286]) comportan obligaciones para los Estados Partes y rigen distintas materias:

(a) El régimen de prescripción, que habrá de ser prolongado y proporcionado a la extrema gravedad del delito y computarse a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta de que ésta viola con carácter continuo la libertad y seguridad personales, entre otros derechos de las víctimas (artículo 8).

(b) El ejercicio de la jurisdicción por cada Estado Parte cuando el delito: (b.1) sea cometido en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, es decir, sujeto a competencia de sus autoridades o agentes, lo que permite incluir las desapariciones forzadas cometidas a bordo de un buque o aeronave de la nacionalidad del Estado por razón de su matrícula o registro en el mismo; (b.2) tenga como autor presunto a un nacional del Estado o (b.3) tenga como víctima directa a un nacional del Estado Parte, siempre que éste considere apropiado instituir su jurisdicción en este último caso (artículo 9.1). Para los (b.4) casos en que el presunto autor sea hallado en cualquier territorio bajo la jurisdicción de un Estado Parte, rige el conocido principio aut dedere, aut iudicare que le concede la posibilidad de optar entre someter a esa persona a su jurisdicción, o bien extraditarla o ponerla a disposición de otro Estado o de una jurisdicción penal internacional competente (artículos 9.2 y 11.1). Resurge en este último supuesto la posible

[285] La definición del artículo 24.1 de la CDF es de notable amplitud, desborda en mucho lo previsto en la Declaración de 1992 y debe ser retenida atentamente a la hora de aplicar los derechos que la misma Convención reconoce a toda víctima. La Declaración de 1992 alude, aparte de a la víctima misma de la desaparición, a los familiares solamente (una fórmula más restringida y seguramente problemática que la empleada por el artículo 24 de la CDF), pero no los contempla expresamente como víctimas, aunque indudablemente lo son. El artículo 19 dispone que "las víctimas de actos de desaparición forzada y sus familiares deberán obtener reparación y tendrán derecho a ser indemnizadas de una manera adecuada y a disponer de los medios que les aseguren una readaptación tan completa como sea posible. En caso de fallecimiento de la víctima a consecuencia de su desaparición forzada, su familia tendrá igualmente derecho a indemnización".

[286] V. además NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006, doc. HR/PUB/06/4, 43 págs. Esta publicación ofrece las estrategias recomendadas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) como iniciativa para el enjuiciamiento de graves crímenes internacionales. Contiene indicaciones útiles para llevar a cabo la adecuada comprensión y reconstrucción de los crímenes; la realización de investigaciones multidisciplinarias; la obtención, análisis, conservación y admisibilidad de las pruebas; la participación de las víctimas en el proceso o la adecuada gestión de los juicios.

competencia de la Corte Penal Internacional si las desapariciones forzadas atribuidas a la autoría de esa persona se acoplan a la definición que figura en su Estatuto.

(c) La obligación del Estado parte de proceder a la detención de quienes se supone que han cometido el delito y se encuentran en su territorio, a los efectos de asegurar su presencia en el proceso penal, de entrega o de extradición que corresponda adoptar. Aparte de la detención, el Estado Parte deberá realizar una investigación preliminar o averiguación de los hechos, informando a todo Estado Parte competente para ejercer su jurisdicción tanto de la detención como de los resultados de las investigaciones o averiguaciones (artículo 10). El acopio de pruebas para enjuiciar o inculpar a tales personas no será menos estricto que el exigido en los casos contemplados en el artículo 9.1 (artículo 11.2). En cualquier caso, las investigaciones y enjuiciamientos realizados deberán respetar íntegramente las garantías del debido proceso (artículo 11.3).

(d) El derecho a denunciar una desaparición forzada ante las autoridades competentes, que es correlativo a la obligación que tienen éstas de realizar sin demora investigaciones exhaustivas e imparciales y adoptar medidas protectoras frente a todo maltrato o intimidación ejercidos, como consecuencia de la denuncia o cualquier declaración prestada, contra el denunciante, testigos, allegados del desaparecido, defensores o personas que participen en la investigación. Esas autoridades deberán proceder de oficio a la investigación, en ausencia de denuncia formal, si hay motivos razonables para creer que una persona ha sido sometida a desaparición forzada. Para todo ello, el Estado debe proveer a las autoridades competentes de facultades y recursos necesarios para una eficaz investigación, lo que incluye facilidades para acceder a la documentación e información pertinentes y a cualquier lugar de privación de libertad donde la persona pudiera hallarse. Asimismo, toda obstaculización del desarrollo de las investigaciones deberá ser prevenida y sancionada y garantizarse que los responsables de las desapariciones no puedan ejercer presiones, intimidaciones ni represalias sobre las personas que, en general, están vinculadas a la denuncia o a la investigación (artículo 12).

(e) La medida y fundamento para la extradición de una persona responsable de las desapariciones forzadas, que no podrán ser consideradas en ningún caso ni delito político, ni delito conexo a un delito político o inspirado en un delito político. Sin embargo, la CDF no obliga a un Estado a extraditar a una persona si existen razones serias para creer que la solicitud ha sido cursada para procesarla o sancionarla por otras razones (sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico, opiniones políticas o pertenencia a un determinado grupo social) o si su concesión causa daño al extraditable por cualquiera de esas razones (cfr. artículo 13). Además, la Convención incorpora el principio de no devolución de una persona a otro Estado cuando razones fundadas permitan creer que corre peligro de ser sometida a desaparición forzada (artículo 16)

(f) La obligación de los Estados Partes de cooperar entre sí y prestarse todo el auxilio posible tanto (f.1) en el ámbito judicial, en los procedimientos penales y en el suministro de pruebas necesarias para el proceso; como (f.2) en la asistencia a las víctimas; la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas o, en el peor de los casos, la exhumación, identificación y restitución de sus restos (artículos 14 y 15).

B. Por otro lado, una dificultad particular, que no es de índole puramente teórica, se plantea con las desapariciones que no son obra de agentes del Estado, ni tampoco de personas o grupos que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia. Falta en tales casos el elemento subjetivo presente en la definición del artículo 2 de la CDF y, por lo tanto, no existe desaparición forzada en puridad. ¿Cuáles son, entonces, las obligacio-

nes del Estado Parte? El artículo 3 de la Convención previene frente a toda respuesta elusiva y permite afirmar que éste no queda libre de cargas. En efecto, incluso en esas formas privadas o no estatales de comisión de la desaparición forzada, todo Estado Parte tiene la obligación de adoptar las medidas apropiadas para investigar esos casos y procesar a los culpables. Si no actuase diligentemente en la investigación o el procesamiento, incurriría por sí mismo en responsabilidad internacional e incumpliría, por consiguiente, la Convención. Esos mismos casos están abiertos además a la competencia de la Corte Penal Internacional si las desapariciones practicadas reúnen las condiciones exigidas en el artículo 7 del Estatuto de Roma.

El Comité de Derechos Humanos también se ha ocupado del problema, a la luz de su examen del derecho a un recurso efectivo (artículo 2 del PIDCP), en especial en lo que concierne la obligación que tiene todo Estado Parte de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas o de otra índole, adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas. Y así ha advertido que

> "*… las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas. Puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Partes, como resultado de que los Estados Partes permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas*"

Teniendo ello presente, cobra toda su importancia el

> "*… establecimiento por los Estados Partes de mecanismos judiciales y administrativos adecuados para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos con arreglo al derecho interno… Se requieren en particular mecanismos administrativos para dar efecto a la obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez, a fondo y de manera efectiva mediante órganos independientes e imparciales… La falta de realización por un Estado Parte de una investigación sobre las alegaciones de violaciones podría en sí constituir una violación separada del Pacto*"

Pero también la obligación que tienen los Estados Partes de velar,

> "*Cuando las investigaciones… revelan violaciones de determinados derechos del Pacto,… por que los responsables sean sometidos a la justicia. Al igual que sucede con la insuficiencia a la investigación, la falta de sometimiento a la justicia de los autores de esas violaciones podía de por sí constituir una violación separada del Pacto. Esas obligaciones surgen, en particular, con respec-*

to a las violaciones reconocidas como delictivas con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares (artículo 7), la ejecución sumaria y arbitraria (artículo 6) y la desaparición forzosa (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, 6). En realidad, el problema de la impunidad con relación a esas violaciones, asunto que causa una constante preocupación al Comité, puede constituir un elemento importante que contribuye a la repetición de las violaciones"[287].

5.2.3. JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

Como órgano encargado de interpretar y velar por la correcta aplicación del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha tenido ocasión de determinar el alcance de la obligación de investigar las desapariciones forzadas, pero en un plano más específico, atento a los factores y condiciones que cada caso plantea, determinando la compatibilidad con el Pacto de los comportamientos estatales posteriores a las informaciones sobre desapariciones comunicadas a las autoridades estatales. En buena parte de los casos, el Comité concluyó que se había producido una violación del artículo 6 del Pacto (derecho a la vida) sin estar en condiciones, sin embargo, de pronunciarse definitivamente porque no se pudo confirmar el fallecimiento del desaparecido. Además, las desapariciones denunciadas han llevado al Comité a concluir igualmente que se había producido una violación del artículo 7 (prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes) en la persona de los familiares, vista la angustia y el sufrimiento que aquéllas les acarrean; del artículo 9 (derecho a la libertad y la seguridad) y del artículo 10 (derecho de las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente y con el respeto debido a su dignidad). En estos casos, las violaciones pueden ir ligadas a la violación del derecho a un recurso efectivo contemplado en el artículo 2.3 del Pacto, si bien previamente el Comité vinculó la obligación de investigar con el Protocolo facultativo del Pacto.

Es justamente eso lo que se comprueba en el dictamen relativo al caso Quinteros c. Uruguay. El Comité entendió que, del artículo 4.2 del Protocolo facultativo del PIDCP —donde se establece que el Estado destinatario de una comunicación debe presentar al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare el asunto y se señalen las medidas que eventualmente haya adoptado—, se infiere que un Estado Parte en el Protocolo tiene:

> "*... el deber de investigar de buena fe todas las denuncias de violación del Pacto formuladas contra él y sus autoridades, sobre todo cuando esas denuncias han sido corroboradas por las pruebas presentadas por el autor de la comunicación, y de presentar al Comité la información de la que dispone. En los casos en que el autor ha presentado al Comité alegaciones basadas en testimonios de testigos importantes... y donde aclaraciones adicionales del caso dependen de la información que tiene exclusivamente el Estado Parte, el Comité puede considerar tales alegaciones como justificadas ante la ausencia de pruebas satisfactorias y explicaciones en contrario del Estado Parte...*

[287] Párrs. 8, 15 y 18 de la Observación general nº 31 (*La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*) relativa al Artículo 2 del PIDCP, NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, cit., pp. 291-294 (subrayado añadido).

El Comité de Derechos Humanos reitera que el Gobierno del Uruguay tiene la obligación de llevar a cabo una investigación completa del caso. No hay evidencia de que esto se ha hecho"[288]

Más tarde, en un caso referido a la detención en lugar desconocido del hermano del recurrente por la policía de seguridad libia, el Comité señaló en su dictamen por el caso El-Megreisi c. Libia, que

"*... un Estado parte en el Pacto debe investigar de buena fe todas las alegaciones de violaciones del Pacto que se formulen contra él y contra sus autoridades y proporcionar al Comité la información de que disponga*"[289].

En otro dictamen que cuestiona nuevamente la conducta de las autoridades libias por no cooperar en el procedimiento seguido ante el Comité, referido a la detención del hermano del recurrente sin conocimiento posterior de su paradero, combinando las dificultades probatorias que tiene el autor de la comunicación en tales casos y la obligación de investigar que pesa sobre el Estado demandado y se vincula asimismo con el derecho a un recurso efectivo (artículo 2.3 del Pacto), el Comité observó que:

"*... el Estado Parte no ha dado respuesta a las alegaciones... y... que la carga de la prueba no puede recaer exclusivamente en el autor de la comunicación, especialmente teniendo en cuenta que el autor y el Estado Parte no siempre tienen un acceso igualitario a las pruebas y frecuentemente el Estado Parte es el único que cuenta con la información pertinente. En el párrafo 2 del artículo 4 del Protocolo Facultativo está implícito que el Estado Parte tiene la obligación de investigar de buena fe todas las alegaciones de violaciones... y de suministrar al Comité la información de que disponga. En los casos en que las alegaciones se vean corroboradas por pruebas creíbles presentadas por el autor y allí donde su mejor aclaración dependa de información que obra exclusivamente en manos del Estado Parte, el Comité puede considerar que las alegaciones del autor han quedado debidamente fundamentadas ante la falta de pruebas o explicaciones satisfactorias en contrario presentadas por el Estado Parte. En el caso que nos ocupa, el abogado ha informado al Comité de que un convicto que estaba preso en la misma cárcel en la que se afirma que el hermano del autor había sido ingresado corroboró la detención de este último...*

De conformidad con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte tiene la obligación de proporcionar al autor un recurso efectivo, lo que incluye la investigación a fondo y diligente de la desaparición y muerte de su her-

[288] Párrs. 11 y 15 del dictamen recaído en el caso *María del Carmen Almeida de Quinteros c. Uruguay* (comunicación nº 107/1981), adoptado el 21 de julio de 1983. Doc. CCPR/C/19/D/107/1981, de 21 de julio de 1983.

[289] Párr. 5.2 del dictamen referido a la comunicación nº 440/1990 (*Youssef El-Megreisi c. Libia*), aprobado el 23 de marzo de 1994. NACIONES UNIDAS, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen II, Asamblea General, Documentos Oficiales, 49º período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/49/40), Naciones Unidas, Nueva York, 1994, p. 145.

mano, la información pertinente que resulte de la investigación y una indemnización adecuada"[290].

Una investigación inexistente puede además llevar al Comité a admitir que se ha negado el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de la víctima contraviniendo así el artículo 16 del PIDCP. En el dictamen por el caso Grioua c. Argelia, el Comité señaló:

> "*En el caso de que se trata, la autora afirma que su hijo fue detenido en compañía de otras personas por miembros del Ejército Nacional Popular el 16 de mayo de 1996. Tras efectuarse un control de identidad, se supone que fue llevado al cuartel militar de Baraki. Desde ese día no se ha recibido noticia alguna de su paradero. El Comité observa que el Estado Parte no ha negado estos hechos ni investigado el paradero del hijo de la autora, ni ha puesto a disposición de ésta ningún recurso efectivo. El Comité considera que si una persona es detenida por las autoridades y no se recibe luego noticia alguna de su paradero ni se lleva a cabo ninguna investigación al respecto, la inoperancia de las autoridades equivale a dejar al desaparecido fuera del amparo de la ley. Por consiguiente,... los hechos que ha examinado en relación con esta comunicación revelan una violación del artículo 16 del Pacto*"[291].

Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos se ha inclinado por proclamar la inadmisibilidad *ratione temporis* de las comunicaciones que denuncian desapariciones acaecidas antes que el Estado demandado se convirtiera en Parte en el PIDCP o, eventualmente, en su Protocolo facultativo, a menos que los hechos denunciados revelaran violaciones posteriores del Pacto. A estos efectos, es ilustrativa la decisión de inadmisibilidad del Comité para el caso *R.A.V.N. y Otros c. Argentina*. Aunque el Comité constatase que "los casos de desaparición y muerte, que podrían haber constituido violaciones de diversos artículos del Pacto, y respecto de los cuales podrían haberse interpuesto recursos, se produjeron antes de la entrada en vigor para la Argentina del Pacto y del Protocolo Facultativo", enfatizó sin embargo la obligación de investigar violaciones continuadas en el tiempo

> "*... en relación con violaciones que hubieran tenido lugar o siguieran produciéndose después de la entrada en vigor del Pacto, el Estado parte tiene la*

[290] Párrs. 6.3 y 8 del dictamen del Comité en el caso *Mohamed el Awani c. Libia* (comunicación nº 1295/2004), aprobado el 11 de julio de 2007. NACIONES UNIDAS, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen II, 88º, 89º y 90º períodos de sesiones, Asamblea General, Documentos Oficiales, Sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/62/40), NACIONES UNIDAS, Ginebra, 2007, pp. 180 y 182. En el mismo sentido, *cfr*. los párrs. 6.9. y 8 del dictamen aprobado el 24 de octubre de 2007 para el caso *Edriss El Hassy c. Libia* (comunicación nº 1422/2005). Doc. CCPR/C/91/D/1422/2005, de 13 de noviembre de 2007, p. 11, así como los párrs. 9.4 y 9.12 del dictamen aprobado por el Comité el 30 de marzo de 2006, en el caso *Louisa Bousroual c. Argelia* (comunicación nº 992/2001). NACIONES UNIDAS, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen II, 85º, 86º y 87º períodos de sesiones, Asamblea General, Documentos Oficiales, Sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/61/40), NACIONES UNIDAS, Nueva York, 2006, pp. 66 y 68.

[291] Párr. 7.9 del dictamen por el caso *Messaouda Atamna de Grioua c. Argelia* (comunicación Nº 1327/2004). NACIONES UNIDAS, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen II, 88º, 89º y 90º períodos de sesiones, Asamblea General, Documentos Oficiales, Sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/62/40), NACIONES UNIDAS, Ginebra, 2007, p. 243 (subrayado nuestro).

obligación de investigar las violaciones denunciadas y de proporcionar recursos legales a las víctimas o sus familiares a cargo, según proceda"[292]

No obstante, en el caso *Sarma c. Sri Lanka*, abordó la desaparición del hijo del autor, ocurrida tras la entrada en vigor del PIDCP para el Estado demandado, pero antes de la entrada en vigor de su primer Protocolo facultativo. Para concluir una violación del artículo 7 del Pacto en la persona de los padres del desaparecido, el Comité tuvo particularmente en cuenta que el autor de la queja había pedido la puesta en libertad de su hijo (porque no había perdido la esperanza de que reapareciera) y, además, reconoció el pesar y la angustia causados a la familia por la desaparición y la continua incertidumbre sobre su suerte y paradero. Pero para llegar ahí, el Comité afirmó previamente su competencia temporal advirtiendo que:

"*... si bien el supuesto traslado y la posterior desaparición del hijo del autor se produjeron antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado Parte, las supuestas violaciones del Pacto, si se confirman visto el fondo de la cuestión, pueden haber ocurrido o continuado después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo*".

Habiendo concluido también que los hechos revelaban la violación de los artículos 7 y 9 en la persona del desaparecido, el Comité se situó en el ámbito del artículo 2.3 del Pacto (derecho a un recurso efectivo) y añadió la obligación de investigar sobre hechos acaecidos antes de la fecha crítica:

"*... el Estado Parte está obligado a proporcionar al autor y a su familia un recurso efectivo, incluida una investigación exhaustiva y efectiva de la desaparición y la suerte del hijo del autor, su puesta en libertad inmediata si aún está con vida, información adecuada resultante de su investigación, y una indemnización adecuada por las violaciones de que han sido víctimas el hijo del autor, el autor y su familia. El Comité considera que el Estado Parte está también obligado a acelerar las actuaciones penales y a velar por el enjuiciamiento sin demora de todas las personas responsables del secuestro del hijo del autor de conformidad con el artículo 356 del Código Penal de Sri Lanka y a procesar las demás personas que hayan estado involucradas en la desaparición.*"[293]

En 2005, en su decisión sobre admisibilidad para el caso *Yurich c. Chile*, se puso en cuestión la competencia del Comité para examinar la desaparición forzada de la hija de

[292] Párrs. 5.3 y 5.4 y de la decisión de inadmisibilidad adoptada para el caso *R.A.V.N. y Otros c. Argentina* (comunicación nº 343/1988), aprobado el 14 de marzo de 1990. Doc. CCPR/C/38/D/343/1988, de 5 de abril de 1990.

[293] Párrs. 6.2 y 11 del dictamen relativo a la comunicación Nº 950/2000 (*Sarma c. Sri Lanka*), aprobado el 16 de julio de 2003. NACIONES UNIDAS, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen II, 76º, 77º y 78º períodos de sesiones, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/58/40), NACIONES UNIDAS, Ginebra, 2003, pp. 254 y 261-262.

la autora de la comunicación, acaecida el 30 de octubre de 1974, antes de la entrada en vigor para Chile del Protocolo Facultativo primero del PIDCP. Pese a que el Comité entiende la desaparición forzada como un delito continuado, sin embargo rechazó su competencia para examinar el fondo del asunto porque, a diferencia de lo sucedido en *Sarma c. Sri Lanka*, no existía acto alguno, posterior a la entrada en vigor, de confirmación de la desaparición:

> "*… el autor no menciona ninguna acción del Estado Parte posterior al 28 de agosto de 1992 (fecha en que el Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado Parte) que constituya una confirmación de la desaparición forzada. En esta situación, el Comité considera que… la declaración del Estado Parte ratione temporis también es relevante en el presente caso. A la luz de lo que precede, el Comité considera que la comunicación es inadmisible ratione temporis…*"[294].

Posteriormente, en el dictamen relativo al caso *Sankara y Otros c. Burkina Faso*, se examinó la queja por la muerte controvertida del Presidente del país —ocurrida en 1987, sin posterior localización de su cadáver— antes de la entrada en vigor del Pacto y su primer Protocolo Facultativo para dicho país (1999). De nuevo, el Comité retiene las fallas en la investigación que se producen después de la fecha crítica, para lo cual recordó que

> "*… no podía examinar violaciones que se hubieran cometido antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado Parte, a menos que dichas violaciones se hubieran seguido cometiendo (violaciones persistentes) después de la entrada en vigor del Protocolo. Una violación persistente es aquella que perpetúa, por actos o de manera implícita, después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo ciertas violaciones cometidas anteriormente por el Estado Parte. El Comité tomó nota de los argumentos de los autores, en primer lugar sobre el hecho de que las autoridades no hubieran investigado la muerte, de notoriedad pública, de Thomas Sankara ni entablado acción judicial contra los culpables —denuncias que por otra parte no habían sido refutadas por el Estado Parte— lo cual vulneraba sus derechos e incumplía las obligaciones impuestas por el Pacto a los Estados. En segundo lugar, para remediarlo los autores habían iniciado un procedimiento judicial… dentro del plazo de prescripción de diez años y después de la entrada en vigor del Pacto y del Protocolo Facultativo para Burkina Faso. Ahora bien, contrariamente a lo que argumentaba el Estado Parte, el Comité consideró que el procedimiento se había prolongado, no por un error de procedimiento imputable a los autores, sino por un conflicto de competencia entre las autoridades. Por tanto, en la medida en que según las informaciones presentadas por los autores, las violaciones resultantes de la no instrucción y acción judicial contra los culpables los habían afectado después de la entrada en vigor del Pacto y del Protocolo Facultativo por el hecho de que no se hubiera dado curso hasta*

[294] Párr. 6.4 de la decisión de no admisibilidad de 2 de noviembre de 2005 relativa al caso *Norma Yurich c. Chile* (comunicación nº 1078/2002). Doc. CCPR/C/85/D/1078/2002, 12 de diciembre de 2005, p. 8.

la fecha al procedimiento iniciado, el Comité estimó que esta parte de la comunicación era admisible ratione temporis"[295].

[295] Párr. 6.3. del dictamen relativo al caso *Mariam Sankara y Otros c. Burkina Faso* (comunicación nº 1159/2993), aprobado el 28 de marzo de 2006. Doc. CCPR/C/86/D/1159/2003, 11 de abril de 2006, pp. 14-15 (subrayado personal). Confirma esa jurisprudencia del Comité la decisión de no admisibilidad de 28 de julio de 2009, relativa al caso *María Cifuentes Elgueta c. Chile* (comunicación nº 1536/2006), puesto que, si bien el Comité tuvo en cuenta la declaración sobre la competencia temporal formulada por Chile para declarar inadmisible la queja, dijo sin embargo que «el Protocolo Facultativo no se puede aplicar con carácter retroactivo, a menos que los hechos que den lugar a la reclamación se hayan prolongado más allá de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo... En el presente caso, el acto original de la privación de libertad y la posterior negativa a informar sobre el paradero del detenido —ambos elementos cruciales del delito o violación— tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado parte, y aún antes del 11 de marzo de 1990. Asimismo, la autora no menciona ninguna acción del Estado parte que hubiera tenido lugar después de estas fechas y que pueda constituir una prolongación por parte de Chile de la desaparición forzada de su hijo» (párrs. 8.3 y 8.5) (subrayado personal). NACIONES UNIDAS, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen II, 94º, 95º y 96º períodos de sesiones, Asamblea General, Documentos Oficiales, Sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/64/40), NACIONES UNIDAS, Nueva York, 2009, pp. 510-511. Sin embargo, tres miembros del Comité formularon (Christine Chanet, Rajsoomer Lallah y Zonke Majodina) un voto particular disidente manifestando que, «una vez que se ha denunciado la desaparición de una persona, el Estado sigue teniendo, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 2, la obligación de proceder a una investigación con diligencia y seriedad para determinar lo que ha ocurrido a dicha persona, cuál es su situación actual como ser humano y si se encuentra viva o muerta (artículo 16), si ha muerto, el Estado sigue teniendo la obligación de llevar a cabo investigaciones eficaces y sostenidas para determinar quién es responsable de su muerte, y si sigue viva, tomar medidas inmediatas para que su vida no corra peligro (artículo 6). El Estado sigue teniendo también la obligación de asegurarse de que dicha persona no ha sido o está siendo sometida a torturas o tratos inhumanos o degradantes (artículos 7 y 10) o a detención arbitraria, o que no ha sido privada de otra forma de su libertad y seguridad (artículo 9). Además, el Estado sigue teniendo la obligación de asegurar que, en su calidad de miembro de una familia como "elemento fundamental de la sociedad" recibe la protección que le deben el Estado y la sociedad (párrafo 1 del artículo 23). En relación con estos derechos, el Estado tiene además la obligación básica (párrafo 3 del artículo 2 y párrafo 18 de la Observación general Nº 31 (2004) del Comité) de asegurar, en estas circunstancias, que las actuaciones iniciadas en 1998 ó 2000 sean diligentes, enérgicas y efectivas y que los responsables sean eventualmente, en su caso, puestos a disposición de la justicia para asumir las consecuencias legales de su acción... La desaparición tiene un carácter continuo, debido a las consecuencias que inevitablemente sigue teniendo sobre algunos derechos reconocidos en el Pacto. Esta continuidad de sus consecuencias negativas es independiente del momento en que tuvieron lugar los propios actos que constituyen la desaparición. Las obligaciones del Estado parte en relación con esos derechos inevitablemente continúan. En consecuencia, concluimos que una comunicación en la que se alegan violaciones continuas del Pacto en relación con una presunta víctima excluye la aplicación de la excepción *ratione temporis* y que la comunicación no es inadmisible por este motivo». *Ibíd.*, pp. 512-513. Otros dos miembros del Comité (Helen Keller y Fabián Salvioli) manifestaron en su voto particular disidente sus discrepancias con la mayoría del Comité. Ambos señalaron que, en cualquier caso, pese a la declaración chilena sobre el alcance temporal de la competencia del Comité, éste retiene le "competencia de la competencia" y es, en consecuencia «2. (...) el único órgano internacional habilitado para realizar la interpretación del instrumento (...); no tiene porqué adherir automáticamente a la interpretación que un Estado realiza del alcance de sus propias reservas, declaraciones o manifestaciones de voluntad. El Comité, como órgano internacional de supervisión, es quien debe evaluar a aquellas y sus efectos jurídicos, a la luz del propósito, objeto y fin de los instrumentos internacionales que aplica (...) 5. Al Comité le corresponde evaluar si dicha "declaración" puede ser considerada o no una reserva, o limitación temporal al ejercicio de su competencia para tramitar casos individuales (...) 7. Las limitaciones a la competencia del Comité para recibir y tramitar comunicaciones individuales están expresamente señaladas en el Protocolo (...) 8. (...) Nada en el Protocolo autoriza a un Estado a realizar "reservas" o "declaraciones" que tengan por objeto restringir la competencia del Comité más allá (...) 12. La desaparición forzada constituye una violación radical de varios derechos contenidos en el Pacto (...). A tal fin cabe comprender, asimismo, la complejidad jurídica que un caso de desaparición forzada, un crimen continuado por definición, presenta en el plano temporal (...) 14. También entendemos que aun haciendo lugar a los efectos de la pretendida "declaración" efectuada por el Estado de Chile, en el presente caso... el Comité podría haber considerado posibles violaciones cuyo principio de ejecución ocurrieron con posterioridad a la adhesión de Chile al Protocolo. Tal es el caso de la violación factible del artículo 2.3 a) del Pacto, disposición que establece la obligación... de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el mismo hayan sido conculcados, pueda interponer un recurso efectivo... 20. (...) el fenómeno de la desaparición forzada de personas, ha generado el nacimiento de nuevos derechos que se han insertado por interpretación evolutiva dentro de los

Ya en su examen del fondo, el Comité constató el impacto adverso ocasionado por las deficiencias en la investigación —tras la fecha crítica no hubo una investigación pronta e imparcial— a la esposa e hijos del fallecido, víctimas por ello de un trato inhumano y de una violación del derecho a un recurso efectivo, que vulneraron los artículos 7 y 2.3 del Pacto, respectivamente:

> "*... la angustia y presión psicológica que la Sra. Sankara y sus hijos, familia de un hombre al que se dio muerte en controvertidas circunstancias, han sufrido y siguen sufriendo al no conocer aún las circunstancias que rodearon el fallecimiento de Thomas Sankara, ni el lugar exacto donde se enterró oficialmente su cadáver. La familia de Thomas Sankara tiene derecho a conocer las circunstancias de su muerte y el Comité recuerda que toda denuncia de actos prohibidos por el artículo 7 del Pacto deberá ser investigada con celeridad e imparcialidad por las autoridades competentes. Asimismo, el Comité señala, como ya lo hizo en sus deliberaciones sobre la admisibilidad, que no se ha rectificado el certificado de defunción de Thomas Sankara fechado el 17 de enero de 1988, en el cual consta que la muerte se produjo por causas naturales, lo que contradice unos hechos bien conocidos por el público y acreditados por el Estado Parte. El Comité considera que la negativa a abrir una investigación sobre la muerte..., la falta de reconocimiento oficial del lugar de*

---

instrumentos generales mencionados; uno de ellos es el "derecho a la verdad". Entendemos que las violaciones masivas o sistemáticas a los derechos fundamentales de la persona humana ofenden a la comunidad internacional en su conjunto, generan obligaciones *erga omnes* y engendran el deber de investigar exhaustivamente los hechos. (...) 24. El "derecho a la verdad" conlleva, bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho de obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes; por ello, el Estado debe investigar efectivamente los hechos constitutivos de la desaparición forzada, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales. (...) 26. En virtud del derecho individual y social a la verdad, el deber de investigar y juzgar hechos tales como la desaparición forzada, abandona progresivamente su naturaleza de "obligación de medio" y se encuentra en tránsito de constituirse como una "obligación de resultado" (...) 27. La obligación de investigar implica llevar adelante una investigación exhaustiva, con todos los medios al alcance del Estado, quien debe eliminar todo obstáculo jurídico o de hecho que entorpezca o limite a aquella. De ninguna manera se satisface esta obligación con la toma de medidas formales o acciones de alcance general; el Estado, para cumplir con su deber investigativo, debe garantizar que todas las instituciones públicas brinden las facilidades necesarias al tribunal ordinario que conoce el caso y, en consecuencia, deberán remitirle la información y documentación que les solicite, así como llevar a su presencia a las personas que este requiera y realizar las diligencias que les ordene en dicho sentido. Es a la luz de estos criterios que el Comité debió examinar los hechos del caso Cifuentes Elgueta, especialmente si los parámetros exigidos se satisfacen con una investigación colectiva y como consecuencia de las llamadas "leyes de empalme". Las investigaciones deben tender a la identificación de las personas responsables para someterlas a la justicia y al esclarecimiento de la verdad de los hechos. (...) 29. La obligación de dar a conocer el destino de las personas desaparecidas cuando dicha acción es imputable al Estado constituye, a nuestro juicio, una obligación de resultado. Cuando el Estado ha sido responsable, no solamente es inaceptable éticamente sino desde el punto de vista jurídico, que no otorgue a los familiares las respuestas necesarias para procesar el derecho al duelo en caso de que las personas desaparecidas hayan sido ejecutadas extrajudicialmente. Un "recurso efectivo"... debe ser entendido como aquel que cumple el propósito para el cual ha sido creado; y en la desaparición forzada de personas un recurso efectivo es aquel que permite averiguar el destino de la víctima. Si el Estado ha sido capaz de "hacer desaparecer" una persona, entonces debe ser capaz de decir cómo lo ha hecho y dónde se encuentra actualmente, o dónde se encuentran sus restos mortales. (...) 32. La complejidad de un caso de desaparición forzada obliga al Comité de Derechos Humanos a prestar la mayor atención a los tiempos de comisión de las posibles violaciones a los derechos humanos en favor de decidir su competencia. Cabe entender y considerar que hay hechos cuyo "momento de comisión de la violación" pueden darse con posterioridad a la privación de la libertad de la persona, y constituir violaciones autónomas al Pacto (...) 34. Los crímenes contra la humanidad lesionan al conjunto de la sociedad internacional y son intolerables de acuerdo al derecho internacional actual. La investigación y el castigo de las personas responsables constituyen imperativos éticos que obligan a los Estados a desplegar los máximos esfuerzos para evitar la impunidad y conocer la verdad de los hechos. (...)». *Ibíd.*, pp. 514-520.

su sepultura y la no rectificación de su certificado de defunción constituyen un trato inhumano infligido a la Sra. Sankara y a sus hijos y contrario al artículo 7 del Pacto…

… El Comité recuerda que, al adherirse al Protocolo Facultativo, el Estado Parte… se ha comprometido a… garantizar un remedio útil y efectivo cuando se compruebe una violación. A tenor de lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 3 a), del Pacto, el Estado Parte está obligado a garantizar a la Sra. Sankara y a sus hijos un recurso útil y efectivo, consistente en particular en el reconocimiento oficial del lugar en que están enterrados los restos de Thomas Sankara y una indemnización por la angustia que ha sufrido la familia…"[296].

Abandonando ya la cuestión competencial, más recientemente, el Comité ha vuelto a examinar la incidencia que tiene la omisión del deber de investigar debidamente las desapariciones sobre los derechos que los familiares del desaparecido tienen, en virtud del artículo 7 del Pacto. Así, ante la desaparición en Grozni de la esposa del autor de la comunicación, a manos de las fuerzas federales rusas, el Comité se basó en la investigación deficiente, entre otros factores, para apreciar la violación de esa disposición:

"*En lo que respecta a la alegación del autor en el sentido de que también él es víctima de violaciones del Pacto, el Comité recuerda su jurisprudencia según la cual los familiares próximos de las víctimas de desaparición forzada también pueden ser víctimas de una violación de la prohibición de malos tratos recogida en el artículo 7. Ello se debe a la naturaleza singular de la ansiedad, la angustia y la incertidumbre del entorno cercano a la víctima directa. Se trata de la consecuencia inexorable de una desaparición forzada. Sin desear explicar pormenorizadamente todas las circunstancias de la victimización indirecta, el Comité considera que un factor coadyuvante será generalmente el hecho de que un Estado parte no cumpla responsablemente sus obligaciones de investigar y aclarar las circunstancias del daño sufrido por la víctima directa. Pueden revelarse necesarios factores adicionales. En el caso que nos ocupa, el Comité observa las horrendas condiciones en que el autor halló los restos mutilados de su esposa, de lo que dieron entonces fe oficiales…, seguidas de las medidas esporádicas y dilatorias emprendidas para investigar las circunstancias conducentes a las conclusiones citadas anteriormente de violaciones de los artículos 6 y 7, leídos conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2. El Comité estima que, consideradas en su conjunto, las circunstancias llevan al Comité a concluir que también han sido violados los derechos del autor con arreglo al artículo 7*"[297].

[296] Párrs. 12.2 y 14 del dictamen por el caso *Mariam Sankara y Otros c. Burkina Faso*, cit. *supra*, pp. 24 y 26 (subrayado añadido).

[297] Párr. 11.7 del dictamen aprobado el 2 de abril de 2009 en el caso *Amirov c. Federación de Rusia* (comunicación Nº 1447/2006). NACIONES UNIDAS, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen II, 94º, 95º y 96º períodos de sesiones, Asamblea General, Documentos Oficiales, Sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/64/40), NACIONES UNIDAS, Nueva York, 2009, p. 222 (subrayado personal). Previamente, el Comité había apreciado una violación combinada de los artículos 6 y 2.3 del Pacto, precisamente por la ausencia de una investigación eficaz: «… la muerte por arma de fuego requería como mínimo una investigación efectiva sobre la posible participación de las fuerzas federales del Estado parte en el crimen cometido contra la Sra. Amirova, al margen de una declaración no confirmada en el sentido de que no había pruebas objetivas de que hubiesen participado soldados federales en este crimen. El Comité observa que el Estado parte ni siquiera llegó a recabar el testimonio de los agentes del Ministerio de Situa-

En su dictamen sobre el caso *Sharma c. Nepal*, relativo a la desaparición del esposo de la autora, seguidor del Partido Comunista Maoísta de Nepal, el Comité retuvo el argumento según el cual la policía raras veces investigaba la desaparición de personas, a fin de considerar, junto a otros elementos de prueba, que se había cumplido con el requisito del agotamiento de los recursos internos. Además, el Comité también constató "la angustia y la tensión en que la ha sumido la desaparición de su esposo desde el 12 de enero de 2002", a fin de apreciar la violación del artículo 7 del Pacto en la persona de la reclamante. Asimismo, afirmó una vez más que el artículo 2.3 del Pacto impone al Estado la obligación de ofrecer a la autora:

> "*... un recurso efectivo, lo que incluye la realización de una investigación exhaustiva y diligente sobre la desaparición y la suerte del esposo de la autora, su puesta en libertad inmediata si todavía está vivo, la debida notificación de los resultados de la investigación y el pago de una indemnización adecuada a la autora y a su familia por las violaciones de los derechos del esposo de la autora, de la autora y de su familia*"[298].

El Estado demandado debe realizar una investigación efectiva y proporcionar a los familiares que reclaman por la desaparición de una persona respuestas satisfactorias. Las simples negativas no bastan para desbaratar las alegaciones bien fundamentadas que la fuente presenta. En el caso *Madoui c. Argelia*, el Comité se refirió a las observaciones de las autoridades argelinas, que afirmaron haber utilizado todos los medios posibles para localizar al hijo de la autora, detenido según ésta por los gendarmes argelinos, en marzo de 1997. El Estado desmintió la detención misma, tras haber realizado algunas averiguaciones con las autoridades civiles y militares y señaló que su detención no aparecía consignada en el registro del establecimiento penitenciario adonde presuntamente fue llevado. En distintos pasajes de su dictamen, el Comité advirtió que esas respuestas no eran satisfactorias, que el Estado no había aportado prueba alguna para apoyar sus declaraciones, que estaba obligado a investigar de buena fe todas las alegaciones de violación del Pacto y que, en cambio, no realizó una investigación a fondo para averiguar la localización del detenido. En consecuencia, indicó que, de lo dispuesto en el artículo 2.3 del Pacto, se infiere "no sólo... el deber de investigar a fondo las presuntas

---

ciones de Emergencia y del Departamento Temporal de Asuntos Internos del distrito de Staropromyslovsky, en Grozny, que estuvieron presentes en el lugar del crimen el 7 de mayo de 2000. El Comité observa también las pruebas no refutadas presentadas por el autor acerca de la tendencia del Estado parte a perpetrar presuntamente violaciones del tipo que se afirma en la presente causa, así como de realizar investigaciones superficiales, infructuosas y de dudosa veracidad. Los hechos de la presente causa ilustran esta tendencia. El Comité observa además que, aunque han transcurrido más de nueve años desde la muerte de la Sra. Amirova, el autor todavía no conoce las circunstancias exactas en torno a la muerte de su esposa y que las autoridades del Estado parte no han acusado, enjuiciado, ni puesto a disposición de la justicia a nadie. La causa penal sigue suspendida sin que el Estado parte haya dado ninguna indicación de cuándo concluirá... En consecuencia, debe considerarse que el Estado parte ha infringido su obligación, de conformidad con el artículo 6, leído juntamente con el párrafo 3 del artículo 2, de investigar adecuadamente la muerte de la esposa del autor y de tomar medidas adecuadas para encontrar a los responsables» (párr. 11.4). *Ibíd.*, p. 221.

[298] V. párrs. 6,3, 7.9 y 9 del dictamen del Comité por el caso *Yesoda Sharma c. Nepal* (comunicación nº 1469/2006), aprobado el 28 de octubre de 2008. NACIONES UNIDAS, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen II, 94º, 95º y 96º períodos de sesiones, Asamblea General, Documentos Oficiales, Sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/64/40), NACIONES UNIDAS, Nueva York, 2009, pp. 247 y 249- 250.

violaciones de los derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas y los actos de tortura, sino también de encausar penalmente, juzgar y condenar a los presuntos culpables de estas violaciones"[299].

5.3. LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR LAS DESAPARICIONES FORZADAS EN LOS SISTEMAS EUROPEO E INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Examinaremos a continuación algunos precedentes de los que cabe inferir la existencia indiscutible de la obligación de investigar los casos denunciados de desapariciones forzadas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que nos ofrecen interesantes puntos de convergencia.

5.3.1. LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha mantenido constante en afirmar la obligación del Estado de investigar los casos de desapariciones que involucran a sus agentes, pero también las cometidas por particulares bajo ciertas circunstancias. Han sido numerosos los casos de desapariciones forzadas llevados a su atención. Destacaremos aquí algunos pasajes de una jurisprudencia importante en esta materia que se inicia en el año 1988, con su sentencia por el caso *Velázquez Rodríguez c. Honduras*, donde la Corte —que constató una situación incompatible con el artículo 1 (obligación de respetar los derechos) de la Convención de San José (CvIDH)— nos ofrece los primeros perfiles sustantivos de la obligación de investigar, afirmando con rotundidad lo siguiente:

> "*El Estado está... obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención.*
>
> *... En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio..., debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de*

[299] Párrs. 7.3, 7.4, 7.6 y 9 del dictamen aprobado el 28 de octubre de 2008 relativo al caso *Zohra Madoui c. Argelia* (comunicación nº 1495/2006). NACIONES UNIDAS, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen II, 94º, 95º y 96º períodos de sesiones, cit., pp. 321-324

intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

… El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.

… La Corte tiene la convicción, y así lo ha dado por probado, de que la desaparición de Manfredo Velásquez fue consumada por agentes que actuaron bajo la cobertura de una función pública. Pero, aunque no hubiera podido demostrarse tal cosa, la circunstancia de que el aparato del Estado se haya abstenido de actuar… representa un incumplimiento imputable a Honduras de los deberes contraídos en virtud del artículo 1.1 de la Convención…"[300].

La Corte tomó la misma dirección en el caso *Godínez Cruz c. Honduras*, decidiendo que el artículo 1.1 de la CvIDH "es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte" y que esa disposición, aparte de obligar a respetar los derechos y libertades que aquella enuncia, también obliga a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos. La Corte consideró varios factores que configuraron un cuadro de violaciones múltiples del artículo 1.1 de la CvIDH, resultado bien de la inaceptable pasividad de distintas autoridades, bien de una investigación que no fue ni seria, ni independiente y afirma que:

"*… 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.*

… Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder

[300] CIDH, caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párrs. 176-177 y 181-182 (subrayado nuestro). Asimismo, en su sentencia del 15 de marzo de 1989 (Fondo) por el caso *Fairén Garbi y Solís Corrales c. Honduras*, la Corte afirmó que la práctica de las desapariciones forzadas «supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención. De tal modo, el llevar a cabo acciones dirigidas a realizar desapariciones involuntarias, a tolerarlas, a no investigarlas de manera adecuada o a no sancionar, en su caso, a los responsables, genera la violación del deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio (artículo 1.1)» (párr. 152)).

público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial.

… No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

… El Estado está… obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

… La investigación criminal que se demandó ni siquiera fue proveída y no tuvo trámite alguno. Hubo, pues, una completa inhibición de los mecanismos teóricamente adecuados del Estado hondureño para atender a la investigación de la desaparición…

Tampoco los órganos del ejecutivo cumplieron una investigación seria para establecer la suerte de Saúl Godínez. Ninguna averiguación fue abierta para conocer denuncias públicas sobre la práctica de desapariciones y sobre el hecho de que Saúl Godínez habría sido víctima de esa práctica… El ofrecimiento de efectuar una investigación… concluyó en una averiguación confiada a las propias Fuerzas Armadas, quienes eran precisamente las señaladas como responsables directas de las desapariciones, lo cual cuestiona gravemente la seriedad de la investigación. Se acudió frecuentemente al expediente de pedir a los familiares de las víctimas que presentaran pruebas concluyentes de sus aseveraciones siendo que, por tratarse de delitos atentatorios contra bienes esenciales de la persona, deben ser investigados de oficio en cumplimiento del deber del Estado de velar por el orden público, más aún cuando los hechos denunciados se referían a una práctica cumplida dentro del seno de la institución armada la cual, por su naturaleza, está cerrada a investigaciones particulares. Tampoco se estableció ningún procedimiento destinado a determinar quién o quiénes fueron los responsables de la desaparición… a fin de aplicarles las sanciones que el derecho interno establece…"[301].

[301] CIDH, sentencia (Fondo) por el caso *Godínez Cruz c. Honduras*, de 20 de enero de 1989 (párrs. 175, 182, 187 y 189) (subrayado nuestro). *Cfr*. asimismo la sentencia de la Corte en el caso *Caballero Delgado y Santana c. Colombia* (Fondo), del 8 de diciembre de 1995, párrs. 56 y ss. Aunque en este caso la Corte admitió que el país demandado había efectuado una investigación judicial prolongada, y en la fecha inconclusa, para encontrar y sancionar a los responsables de la detención y desaparición de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana, advirtió sin embargo que, «para garantizar plenamente los derechos reconocidos por la Convención, no es suficiente que el Gobierno emprenda una investigación y trate de sancionar a los culpables, sino que es necesario, además, que toda esta actividad del Gobierno culmine con la reparación a la parte lesionada, lo que en este caso no ha ocurrido» (*ibíd*., párr. 58).

En ese sentido, en *El Amparo c. Venezuela*, aunque no se examina un caso de desaparición forzada de personas, la CIDH decidió que el Estado Parte tenía la obligación de continuar las investigaciones de los hechos y sancionar a quienes resultaran responsables. En efecto, la CIDH afirmó que "la continuación del proceso para la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables... es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y... debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad"[302].

Sobre el deber de investigar un secuestro seguido de la posterior desaparición de la víctima, dirá la CIDH en *Castillo Páez c. Perú*:

> "*En relación con las violaciones a la Convención Americana anteriormente citadas, la Corte considera que el Estado peruano está obligado a investigar los hechos que las produjeron. Inclusive, en el supuesto de que dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza, subsiste el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos. Corresponde por tanto al Estado, satisfacer esas justas expectativas por los medios a su alcance*"[303].

En el caso *Blake c. Guatemala* la Corte tuvo que responder a la excepción *ratione temporis* planteada por el Gobierno en vista de que la detención y muerte del Sr. Blake habían tenido lugar en marzo de 1985, antes de que Guatemala se sometiera a la jurisdicción de la Corte Interamericana (9 de marzo de 1987). La Corte consideró que la desaparición forzada "implica la violación de varios derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos la Convención Americana, y que los efectos de estas infracciones, aun cuando algunas... se hubiesen consumado, pueden prolongarse de manera continua o permanente hasta el momento en que se establezca el destino o paradero de la víctima". Dado que la familia no pudo conocer lo sucedido a Nicholas Blake hasta junio de 1992, la Corte estimó que "la excepción preliminar... debe considerarse infundada en cuanto a los efectos y conductas posteriores a dicho sometimiento. Por ello esta Corte tiene competencia para conocer de las posibles violaciones que imputa la Comisión al propio Gobierno en cuanto a dichos efectos y conductas"[304]. Así, en la sentencia de fondo, la CIDH tuvo ante sí el asesinato y desaparición de Nicholas Blake, hechos violatorios ya consumados pero con efectos que "podían prolongarse de manera continua o permanente hasta el momento en que se establezca el destino o paradero de la víctima", como el encubrimiento de ese asesinato, y proclamó que el Estado tenía la obligación de poner todos los medios a su alcance para investigar los hechos denunciados y sancionar a los responsables de lo sucedido. Además, vinculó la inexistente investigación con la vulneración del derecho a la integridad personal (artículo 5 de la CvIDH) de los familiares del desaparecido. La Corte sostiene que "la violación de la integridad psíquica y moral de dichos familiares, es una consecuencia directa

[302] CIDH, caso *El Amparo c. Venezuela*, sentencia de 14 de septiembre de 1996 (Reparaciones y Costas), párr. 61.
[303] CIDH, párr. 90 de la sentencia de 3 de noviembre de 1997 (Fondo) en el caso *Castillo Páez c. Perú* (subrayado nuestro).
[304] Párrs. 39 40 de la sentencia de 2 de julio de 1996 (Excepciones Preliminares) en el caso *Blake c. Guatemala*.

de su desaparición forzada. Las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos". Pero, en este caso, también vinculó los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 8.1 (garantías judiciales) por considerar que esta disposición, interpretada ampliamente, "confiere a los familiares... el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas por las autoridades...; a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios que han sufrido dichos familiares. Por lo tanto,... Guatemala violó el artículo 8.1..., en perjuicio de los familiares... en relación con el artículo 1.1 de la Convención"[305].

En sentencias posteriores, la Corte confirma su jurisprudencia relativa a la inadmisibilidad de la excepción de falta de competencia temporal cuando se trata de examinar los efectos de la desaparición forzada como hecho ilícito continuado. En el caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, el Estado demandado (El Salvador) pidió a la Corte que no conociera de los hechos anteriores a la fecha crítica de reconocimiento de la jurisdicción obligatoria del Tribunal (1995), ni aquellos cuyo principio de ejecución se hubiera dado también con anterioridad al depósito de la declaración de reconocimiento en la que figuraban tales límites temporales (1995). Ello hizo que la Corte excluyera de su competencia la violación de los artículos 4, 5 y 7 (derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la CvIDH, puesto que las hermanas Serrano Cruz habían sido víctimas de violaciones iniciadas en junio de 1982, trece años antes del reconocimiento de la competencia contenciosa, a raíz de su detención y posterior desaparición. No obstante, la Corte sostuvo que todos aquellos hechos acaecidos con posterioridad al reconocimiento de la competencia y relativos a la presunta violación de los artículos 8 y 25 en relación con el artículo 1.1 de la CvIDH, no resultaban excluidos temporalmente, porque se referían a actuaciones judiciales que, a su juicio, constituían hechos independientes iniciados después del reconocimiento de la competencia de la Corte, pudiendo "configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia ocurridas después del reconocimiento de la competencia"[306]. De ahí que la Corte proclamara, en su examen

[305] CIDH, sentencia (Fondo) en el caso *Blake c. Guatemala*, de 24 de enero de 1998, párrs. 54, 114 y 97. En lo que concierne a la violación de los derechos de los familiares del desaparecido, *cfr*. asimismo los párrs. 101-102 de la sentencia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) sobre el caso *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, de 7 de junio de 2003, en la que la Corte retiene además el trato dado por las autoridades a los restos mortales del detenido y desaparecido. V. igualmente el párr. 232 de la sentencia por el caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas), del 25 de noviembre de 2003.

[306] Párrs. 77 y 84-85 de la sentencia de la Corte por el caso de las *Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador* (Excepciones Preliminares), del 23 de noviembre de 2004. Véanse también las conclusiones a que llega la Corte en el examen de su competencia temporal en la sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas) por el caso de la *Comunidad Moiwana c. Suriname*. Aunque en este caso la Corte consideró que no tenía competencia para conocer la masacre cometida en la aldea de Moiwana tras la operación militar realizada el 29 de noviembre de 1986 por agentes del Estado y sus colaboradores quienes mataron al menos a 39 miembros indefensos de la comunidad hiriendo a otros—, sostuvo sin embargo que, a consecuencia de la masacre, «habría nacido para el Estado la obligación de investigar, procesar y juzgar a los responsables... La referida obligación podía ser examinada a contar de la fecha del reconocimiento por Suriname de la competencia de la Corte. El examen de la compatibilidad de las acciones y omisiones del Estado respecto a esta investigación, a la luz de los artículos 8, 25 y 1.1 de la Convención, es de competencia de esta Corte...» (párr. 43). Para ejecutar debidamente su obligación, el Estado debía «a) remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que mantengan la impunidad; b) utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y el proceso judicial; c) sancionar, de conformidad con las leyes internas aplicables, a los funcionarios estatales, así como a los particulares, que sean declarados responsables de haber obstruido la investigación penal sobre el ataque a la aldea de Moiwana; y d) otorgar las garantías de seguridad adecuadas a las víctimas, testigos, empleados judiciales, fiscales y otros operadores de justicia» (párr. 207).

del fondo, que El Salvador había violado los artículos 8 y 25 (derecho a las garantías judiciales y a protección judicial) en relación con el artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la CvIDH tanto en lo que concierne a las víctimas como a sus familiares[307]. Posteriormente, en el caso *Heliodoro Portugal c. Panamá*, la Corte aceptó la excepción preliminar del gobierno en cuanto a la ejecución extrajudicial de la víctima como acto instantáneo realizado antes de la fecha crítica de reconocimiento de la competencia de la Corte (9 de mayo de 1990); pero sostuvo su competencia para "pronunciarse respecto de los supuestos hechos que sustentan las violaciones alegadas que tuvieron lugar con posterioridad al 9 de mayo de 1990,... así como respecto de los hechos violatorios que, habiéndose iniciado con anterioridad..., hubiesen continuado o permanecido con posterioridad a ésta", reiterando que:

> "*... en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos,... la realización de una investigación ex officio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida.*
>
> *... La obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. La Corte ha sostenido que, para cumplir con esta obligación de garantizar derechos, los Estados deben no sólo prevenir, sino también investigar las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención... y procurar además, si es posible, el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos...*
>
> *... La Corte recuerda que en cumplimiento de su obligación de investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que impidan la debida investigación de los hechos, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita dicha investigación y los procedimientos respectivos, a fin de evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de su obligación de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos cometidos*"[308]

El caso *Radilla Pacheco* también ilustra los inconvenientes que puede plantear para el conocimiento del fondo de un caso de desaparición forzada la *fecha crítica* que coincide

---

[307] CIDH, sentencia sobre el caso de las *Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador* (Fondo, Reparaciones y Costas), de 1 de marzo de 2005. La Corte afirmó que «los familiares de las presuntas víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que lo sucedido a estas últimas sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos; en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido... La investigación que deben emprender los Estados debe ser realizada con la debida diligencia, puesto que debe ser efectiva. Esto implica que el órgano que investiga debe llevar a cabo, dentro de un plazo razonable, todas aquellas diligencias que sean necesarias con el fin de intentar obtener un resultado» (párrs. 64-65).

[308] Párrs. 27, 115, 142 y 246 de la sentencia por el caso *Heliodoro Portugal c. Panamá* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), del 12 de agosto de 2008 (subrayado personal).

con aquella en que el Estado interesado se adhirió a la CvIDH. Esta vez, la desaparición se produjo el 25 de agosto de 1974, poco más de siete años antes de la fecha en que México depositó su instrumento de adhesión a la Convención, el 24 de marzo de 1981. De nuevo, la Corte señaló la conveniencia de distinguir entre actos instantáneos y actos continuados o permanentes y afirmó que

> "*... por sus características, una vez entrado en vigor el tratado, aquellos actos continuos o permanentes que persisten después de esa fecha, pueden generar obligaciones internacionales respecto del Estado Parte, sin que ello implique una vulneración del principio de irretroactividad de los tratados... Dentro de esta categoría de actos se encuentra la desaparición forzada de personas, cuyo carácter continuo o permanente ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no se hayan esclarecido... Con base en lo anterior, la Corte considera que la Convención Americana produce efectos vinculantes respecto de un Estado una vez que se obligó al mismo. En el caso de México, al momento en que se adhirió a ella, es decir, el 24 de marzo de 1981, y no antes. De esta manera, de conformidad con el principio de pacta sunt servanda, sólo a partir de esa fecha rigen para México las obligaciones del tratado y, en tal virtud, es aplicable a aquellos hechos que constituyen violaciones de carácter continuo o permanente, es decir, a los que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del tratado y persisten aún después de esa fecha, puesto que ellas se siguen cometiendo. Sostener lo contrario equivaldría a privar de su efecto útil al tratado mismo y a la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.*"[309].

Pudo así la Corte examinar las deficiencias en la investigación conducida por las autoridades mexicanas y ocuparse de la obligación de investigar los casos de desaparición forzada, subrayando —entre otros elementos— que debe procederse de oficio y sin dilación a investigar los hechos de modo serio, imparcial y efectivo, aplicando tipos penales que contemplen la desaparición forzada como un delito con entidad propia y todo ello hasta conocer el paradero de la persona desaparecida o de sus restos:

> "*... toda vez que haya motivos razonables para sospechar que una persona ha sido sometida a desaparición forzada debe iniciarse una investigación. Esta obligación es independiente de que se presente una denuncia, pues en casos de desaparición forzada el derecho internacional y el deber general de garantía, imponen la obligación de investigar el caso ex officio, sin dilación, y de una manera seria, imparcial y efectiva. Esto es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados por esas si-*

[309] Párrs. 22-24 de la sentencia sobre el caso *Radilla Pacheco c. México* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), del 23 de Noviembre de 2009 (subrayado nuestro). En realidad, México interpuso tres excepciones preliminares relacionadas con la competencia temporal de la CIDH. Las otras dos guardan relación con la competencia temporal para conocer las violaciones de la para aplicar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (*ibíd.*, párrs. 15 y ss.), así como la vulneración de los artículos 4 y 5 de la CvIDH (*ibíd.*, párrs. 44 y ss. de la sentencia).

tuaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida. Sin perjuicio de ello, en cualquier caso, toda autoridad estatal, funcionario público o particular que haya tenido noticia de actos destinados a la desaparición forzada de personas, deberá denunciarlo inmediatamente. La obligación de investigar persiste hasta que se encuentre a la persona privada de libertad o aparezcan sus restos.

… Para que una investigación pueda ser efectiva, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado para desarrollar la investigación, lo cual implica regular como delito autónomo en sus legislaciones internas la desaparición forzada de personas, puesto que la persecución penal es un instrumento adecuado para prevenir futuras violaciones de derechos humanos…

… puede concluirse que los actos constitutivos de desaparición forzada tienen carácter permanente, y que sus consecuencias acarrean una pluriofensividad a los derechos… reconocidos en la Convención Americana mientras no se conozca el paradero de la víctima o se hallen sus restos, por lo cual, los Estados tienen el deber correlativo de investigarla y, eventualmente, sancionar a los responsables, conforme a las obligaciones derivadas de la Convención Americana y, en particular, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas."[310].

El obstáculo procesal *ratione temporis* no fue abordado por la Corte en el caso *Goiburú* debido al allanamiento del Estado demandado (Paraguay) ante la detención arbitraria, torturas y desapariciones de varios ciudadanos paraguayos cometidas en el marco de la *Operación Cóndor*. Lo traemos aquí, sin embargo, porque la Corte afirmó —tras reiterar el carácter continuado de las desapariciones forzadas— que, "ante la particular gravedad de estos delitos y la naturaleza de los derechos lesionados, la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *jus cogens*"[311]. En consecuencia, si a ello unimos que, según la jurisprudencia de la Corte, el Estado debe remover cualquier obstáculo de derecho interno que impida ejecutar debidamente sus obligaciones internacionales, nada debería admitirse para rechazar la investigación y el desvelamiento de la verdad en los casos de desapariciones forzadas que son, por definición, una violación de los derechos humanos gravísima, continuada, múltiple y opuesta a los principios en que se fundamentan los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos[312]. Se entiende así que la obligación de investigar adquiera para la Corte "particular y determinante intensidad e importancia en casos de crímenes contra la humanidad"[313].

De otra parte, es indudable que la falta de investigaciones y de persecución de los responsables de detenciones arbitrarias, secuestros y desapariciones seguidos de malos tratos y torturas contribuye a crear y mantener un clima de impunidad que propicia su reiteración y la indefensión de víctimas y familiares. En *Paniagua Morales*, la Corte examinó esa clase de graves violaciones de los derechos humanos cometidas en Guate-

[310] Párrs. 143-145 de la sentencia en el caso *Radilla Pacheco c. México* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), del 23 de Noviembre de 2009.
[311] CIDH, caso *Goiburú y Otros c. Paraguay*, sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) del 22 de septiembre de 2006, párrs. 84.
[312] Lo dice expresamente la Corte en el fallo por el caso *Goiburú*: «Se trata… de un delito de lesa humanidad que implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano». *Ibíd.*, párr. 82.
[313] Párr. 110 de la sentencia de la Corte en el caso *La Cantuta c. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), del 29 de noviembre de 2006.

mala entre junio de 1987 y febrero de 1988. En el fallo, antes de afirmar que Guatemala debía ordenar una investigación real y efectiva para identificar y sancionar a los responsables, la Corte aludió a esa relación de causa a efecto al constatar un estado de impunidad que concibió como

> "*... la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos..., toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares*"[314].

Además, frente a la obligación de investigar inherente a la CvIDH, el Estado afectado no puede invocar disposición alguna de su derecho interno. Al contrario, debe adoptar todas las disposiciones necesarias para evacuar debidamente sus obligaciones internacionales, como lo aseveró la Corte al decir que la Convención

> "*... 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... investigar, identificar y sancionar 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... de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser rechazado.*
>
> *... En consecuencia, el Estado tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos, procesar a los responsables y evitar la impunidad.*"[315].

La Corte fue más explícita, si cabe, en su fallo por el caso *Barrios Altos*, donde afirma que las leyes de amnistía, entre otras disposiciones de derecho interno, son incompatibles con la obligación de investigar graves violaciones de los derechos humanos que comportan una palmaria violación del *ius cogens* internacional, permitir la participación de víctimas y familiares en su desarrollo sin discriminaciones[316], asegurar la pro-

---

[314] CIDH, sentencia (Fondo) del 8 de marzo de 1998 recaída en el caso *Paniagua Morales y Otros c. Guatemala*, párr. 173 (subrayado nuestro). V. también la sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) de la Corte en el caso del *Tribunal Constitucional c. Perú*, de 31 de enero de 2001, párrs. 123-124, la sentencia por el caso *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, de 7 de junio de 2003, cit. *supra*, párr. 97; la sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) en el caso *Goiburú y Otros c. Paraguay*, del 22 de septiembre de 2006, párrs. 90 y 184; o la sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) del 26 de noviembre de 2008 en el caso *Tiu Tojín c. Guatemala*, párr. 51.

[315] CIDH, sentencia (Reparaciones y Costas) del 27 de noviembre de 1998 correspondiente al caso *Loayza Tamayo c. Perú*, párrs. 168 y 170 (subrayado nuestro). *Cfr.* igualmente el párr. 147 de la sentencia por el caso *Ticona Estrada y Otros c. Bolivia* (Fondo, Reparaciones y Costas), del 27 de noviembre de 2008.

[316] En este sentido, sobre la discriminación contra miembros de pueblos indígenas y mujeres en el ejercicio del derecho a la justicia y en el desarrollo de las investigaciones, véanse las sentencias por los casos *Tiu*

tección judicial y el respeto del derecho a un recurso efectivo, llegando al punto de proclamar la falta de eficacia jurídica de disposiciones de derecho interno que, por lo demás, vulneran en términos generales el artículo 2 de la CvIDH (el compromiso de adoptar medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades). En efecto, la Corte no duda en decir que:

> "*... son inadmisibles las disposiciones de amnistía,... 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... prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*
>
> *... las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos..., incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma.*
>
> *... a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2..., los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25... Es por ello que los Estados Partes... que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención... Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.*
>
> *... Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad..., las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables...*"[317].

Tojín c. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas), del 26 de noviembre de 2008 (párr. 100) y *González y Otras ("Campo Algodonero") c. México* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), del 16 de noviembre de 2009 (párr. 400).

[317] CIDH, sentencia (Fondo) relativa al caso *Barrios Altos c. Perú*, de 14 de marzo de 2001, párrs. 41-44 (subrayado nuestro). Asimismo, en la sentencia por el caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), de 8 de julio de 2004, se mostró la Corte tajante al aseverar que «son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos...

En tales casos, corresponde a los jueces velar porque se respete el principio de primacía del Derecho Internacional, esto es, que prevalezcan las obligaciones internacionales enunciadas por los tratados internacionales, tal cual los interpretan los órganos competentes, para lo cual deben ejercer de oficio un "control de convencionalidad" del derecho interno opuesto a las normas internacionales. Recientemente, la Corte tras afirmar que Brasil había incumplido el artículo 2 de la CvIDH, se refiere al citado control:

> "*… al aplicar la Ley de Amnistía impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, el Estado incumplió la obligación de adecuar su derecho interno consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana.*
>
> *… Este Tribunal… es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional…, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana*"[318].

La investigación debe ser, asimismo, rápida y diligente, adecuada, evitar omisiones groseras y proporcionar a los familiares información acerca de su desarrollo y resultados, a fin de cumplir la obligación general de respetar los derechos y acatar, en particular, el derecho a un recurso efectivo y las debidas garantías judiciales (artículos 1.1, 25 y

---

De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho internacional; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado les sea asegurado un efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes» (párrs. 150-151) (subrayado añadido). *Cfr.* asimismo, entre otras, la sentencia relativa al caso *Tibi c. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), de 7 de septiembre de 2004 (párr. 259); la sentencia por el caso *Heliodoro Portugal c. Panamá* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), del 12 de agosto de 2008 (párr. 247) y la sentencia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) por el caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) c. Venezuela*, del 5 de julio de 2006 (párr. 141). Además, en la sentencia relativa al caso *Tiu Tojín c. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas), del 26 de noviembre de 2008, la Corte señaló, con base en lo dispuesto en el artículo 5 de la CDF, que «la desaparición forzada de personas no puede ser considerada como delito político o conexo a delitos políticos bajo ninguna circunstancia, a efectos de impedir la persecución penal de este tipo de crímenes o suprimir los efectos de una sentencia condenatoria» (párr. 91, subrayado nuestro).

[318] CIDH, Sentencia de 24 de noviembre de 2010 por el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 172 y 176.

8, respectivamente, de la CvIDH), como lo sostuvo la Corte en el caso de los *Niños de la calle*:

> "*... las autoridades nacionales no tomaron providencias para establecer la identidad de las víctimas, las cuales permanecieron registradas como XX hasta que sus familiares se apersonaron a reconocerlos, a pesar de que tres de los jóvenes (Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez y Jovito Josué Juárez Cifuentes) tenían antecedentes penales consignados en los "archivos delincuenciales". La negligencia por parte del Estado así puesta de manifiesto, debe sumarse al hecho de que las autoridades no hicieron esfuerzos adecuados para localizar a los parientes inmediatos de las víctimas, notificarles la muerte de éstas, entregarles los cadáveres y proporcionarles información sobre el desarrollo de las investigaciones. El conjunto de esas omisiones postergó y, en algunos casos, negó a los familiares la oportunidad de dar a los jóvenes una sepultura acorde con sus tradiciones, valores o creencias y, por lo tanto, intensificó sus sufrimientos. A ello se agrega el sentimiento de inseguridad e impotencia que les causó a esos parientes la abstención de las autoridades públicas en investigar a cabalidad los correspondientes delitos y castigar a sus responsables.*
>
> *... En el expediente existen abundantes constancias que demuestran que las autoridades judiciales que condujeron las actuaciones originadas en el secuestro, tortura y homicidio... faltaron al deber de adelantar una investigación y un proceso judicial adecuados que llevaran al castigo de los responsables, y afectaron el derecho de los familiares de las víctimas a ser oídos y a tramitar sus acusaciones ante un tribunal independiente e imparcial.*
>
> *... observa la Corte que los procesos judiciales internos revelan dos tipos de deficiencias graves: en primer lugar, se omitió por completo la investigación de los delitos de secuestro y tortura... En segundo lugar, se dejaron de ordenar, practicar o valorar pruebas que hubieran sido de mucha importancia para el debido esclarecimiento de los homicidios...*
>
> *... no se investigó si habían sido adulterados los registros sobre entradas y salidas de los presuntos homicidas al servicio y los registros de entrada y salida de sus armas de dotación de las armerías; no se indagó por el vehículo en que se movilizaron los secuestradores de los cuatro jóvenes cuyos cuerpos aparecieron sin vida..., a pesar de que una testigo proporcionó el número de su placa; las amenazas que sufrieron algunos testigos y que obviamente entorpecían las investigaciones, no fueron objeto de pesquisa alguna.*"[319].

Y, refiriéndose al modo de proceder de los jueces guatemaltecos, la CIDH añadió que

> "*... los tribunales internos desestimaron por irrelevantes o tacharon absoluta o parcialmente ciertos testimonios importantes, aplicando criterios que merecen reparos*

[319] CIDH, caso de los *Niños de la Calle* (*Villagrán Morales y Otros*) c. *Guatemala* (Fondo), sentencia de 19 de noviembre 1999, párrs. 173, 229, 230 y 231 (subrayado nuestro).

Visto en su conjunto…, se hace evidente que fragmentaron el acervo probatorio y luego pretendieron enervar, caso por caso, los alcances de todos y cada uno de los elementos probatorios de la responsabilidad de los imputados. Esto contraviene los principios de valoración de la prueba, de acuerdo con los cuales las evidencias deben ser apreciadas en su integralidad, es decir, teniendo en cuenta sus relaciones mutuas, y la forma como se prestan soporte unas a otras o dejan de hacerlo. De esa manera el Estado dejó de cumplir con la obligación de investigar efectiva y adecuadamente los hechos de que se trata, en violación del artículo 1.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 8 de la misma.

… En cuanto a la violación del artículo 1.1, en concordancia con el artículo 25 de la Convención Americana, este Tribunal ha señalado en diversas ocasiones que toda persona tiene el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, "lo cual constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención…""[320].

Se acredita que la investigación no es seria, adecuada, rigurosa ni eficaz cuando se cometen groseras omisiones tras el descubrimiento del cadáver del desaparecido, lo que la Corte Interamericana pone de relieve en el caso *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, al notar que:

"*… las actuaciones judiciales para establecer la muerte del señor Juan Humberto Sánchez y sancionar a sus responsables, se han caracterizado en su conjunto por carencias en la investigación. Por ejemplo, una vez hallado el cadáver de aquél no se llevó a cabo una autopsia ni se tomaron fotografías de la ubicación del cadáver… Valga destacar que el propio Estado afirmó que en esta clase de situaciones no se practicaban estas diligencias…, con lo cual en el caso… no se tenían las pruebas necesarias para adelantar una investigación seria y eficaz sobre lo ocurrido al señor Juan Humberto Sánchez.*

… en casos en los cuales se han producido ejecuciones extrajudiciales el Estado deberá adoptar una investigación seria, imparcial y efectiva de lo acaecido. En este sentido el Protocolo de Naciones Unidas para la Investigación Legal de las Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias o Protocolo de Minnesota ha sentado algunos lineamientos básicos para llevar a cabo las investigaciones correspondientes y determinar si las ejecuciones han sido extrajudiciales, sumarias y arbitrarias…

… es fundamental… realizar una exhaustiva investigación de la escena, examinar el cuerpo de la víctima y llevar a cabo, por expertos profesionales, una autopsia para determinar las causas del deceso cuando esto sea posible o llevar a cabo una prueba igualmente rigurosa, dentro de las circunstancias del caso. En el caso en estudio, la Corte destaca que las autoridades por diferentes motivos no tomaron las medidas necesarias para preservar la prueba que había en la escena del crimen y realizar una autopsia que permitiera hacer

[320] *Ibíd.*, párrs. 232-234 (subrayado nuestro).

una investigación seria y efectiva de lo sucedido, para a la postre sancionar a los responsables."[321].

Otras deficiencias fueron advertidas en la investigación del caso *Myrna Mack Chang*, donde además la Corte afirmó la obligación del Estado guatemalteco de "facilitar todos los medios necesarios para proteger a los investigadores de las amenazas y hostigamientos dirigidos a entorpecer el proceso, impedir el esclarecimiento de los hechos y encubrir a los responsables"[322].

Asimismo, la reacción tardía de las autoridades a las peticiones para que se investigara lo acaecido en un caso de desaparición forzada corre riesgo serio de hacer fracasar los intentos por evacuar adecuadamente la obligación de investigar, como lo puso de manifiesto la Corte en el caso *Gómez Palomino*, al indicar que

> "*... las falencias investigativas que se dieron con posterioridad a la desaparición forzada del señor Gómez Palomino... difícilmente pueden ser subsanadas por las tardías e insuficientes diligencias probatorias que el Estado ha desarrollado a partir del año 2002. Prueba de ello son los trece años que han trascurrido desde que sucedieron los hechos y los cinco años que han mediado desde que el Perú restableció [sic] la democracia, sin que la investigación pase de su fase preliminar [...;] dicha demora, en exceso prolongada, constituye per se una violación de las garantías judiciales, que no ha sido justificada por el Estado*"[323].

Por otro lado, tampoco se respeta el derecho a un recurso efectivo cuando se demuestra la falta de independencia e imparcialidad en el órgano investigador, por lo que, difícilmente, sus actuaciones cumplirán las debidas garantías judiciales, contraviniendo los artículos 8 y 25 de la CvIDH. Así lo indicó la Corte en el caso *Durand y Ugarte*, a pro-

---

[321] CIDH, sentencia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) sobre el caso *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, de 7 de junio de 2003, párrs. 126-128. *Cfr*. además los párrs. 226 y ss. de la sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) relativa al caso de la *Masacre de Mapiripán c. Colombia*, del 15 de septiembre de 2005. En este caso, la Corte critica las deficiencias en la conducción de las investigaciones realizadas por las autoridades colombianas a fin de concluir una vez más que hubo violación combinada de los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la CvIDH, afirmando que «la negligencia de las autoridades judiciales encargadas de examinar las circunstancias de la masacre mediante la recolección oportuna de pruebas *in situ*, no puede ser subsanada con las loables pero tardías diligencias probatorias para buscar restos mortales en el fondo del río Guaviare, que la Fiscalía General de la Nación [no] inició hasta diciembre de 2004, es decir, más de ocho años después de ocurridos los hechos. Las insuficiencias señaladas, sumadas a los intentos de encubrir los hechos por parte de algunos miembros del Ejército... pueden ser calificadas como graves faltas al deber de investigar los hechos, que afectaron definitivamente el desarrollo posterior del proceso penal» (*ibíd*., párr. 228). Véase igualmente el párr. 178 de la sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) en el caso *de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia,* del 31 de enero de 2006.

[322] Párr. 199 de la sentencia por el caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas), del 25 de noviembre de 2003. La Corte constató que, «una vez hallado el cadáver, la policía se abstuvo de proteger apropiadamente la escena del crimen, limpió las uñas de la víctima y desechó el contenido de los raspados, y adujo que no registró ni conservó las huellas dactilares porque había llovido, pese a que en el informe meteorológico se indicó que no se registraron precipitaciones. Además,... no tomó muestras de sangre de la víctima, por lo que no se realizaron los análisis de laboratorio correspondientes; y no se sometieron a examen sus ropas ni se fotografiaron las heridas de la víctima en forma completa... Las pesquisas cuya realización se omitió son elementos fundamentales para el buen curso de la investigación judicial, especialmente cuando se está al frente de un hecho que le ha costado la vida a una persona» (párrs. 166-167).

[323] Párr. 85 de la sentencia de la CIDH en el caso *Gómez Palomino c. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), del 22 de noviembre de 2005.

pósito del proceso seguido ante la jurisdicción militar peruana para investigar los hechos y determinar la responsabilidad de los militares que hicieron un uso desproporcionado de la fuerza para reprimir un motín en un penal del país:

> "*En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.*
>
> *En el presente caso, los militares encargados de la debelación del motín ocurrido en el penal El Frontón hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función, lo que provocó la muerte de un gran número de reclusos. Por lo tanto, los actos que llevaron a este desenlace no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no.*
>
> *… es razonable considerar que los funcionarios del fuero militar que actuaron en el proceso encaminado a investigar los sucesos de El Frontón carecían de la imparcialidad e independencia requeridas por el artículo 8.1 de la Convención para investigar los hechos de una manera eficaz y exhaustiva y sancionar a los responsables por los mismos.*
>
> *… los tribunales que conocieron los hechos… "constituyen un alto Organismo de los Institutos Armados" y los militares que integraban dichos tribunales eran, a su vez, miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, requisito para formar parte de los tribunales militares. Por tanto, estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial.*
>
> *… En otro orden de ideas,… desde la fecha de la debelación del motín…, los familiares de… Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera desconocen la suerte que éstos han corrido y no han contado con un recurso efectivo para investigar los hechos, identificar y sancionar a los posibles responsables de éstos.*
>
> *… En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención… en conexión con el artículo 25.1… confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la desaparición y muerte de estas últimas sean efectivamente investigadas por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido. Ninguno de estos derechos fue garantizado en el presente caso a los familiares…*"[324].

[324] CIDH, sentencia (Fondo) de 16 de agosto de 2000 en el caso *Durand y Ugarte c. Perú*, párrs. 117-118, 125-127 y 130 (subrayado nuestro). Sobre la falta de independencia e imparcialidad de los tribunales militares, v. también la sentencia (Fondo) de la Corte en el caso *Cantoral Benavides c. Perú*, del 18 de agosto de 2000 (párrs. 111-114); la sentencia por el caso de los *19 Comerciantes c. Colombia* (Fondo, Reparaciones y Costas), de 5 de julio de 2004, párrs. 164 ss., o la sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) relativa al caso de la *Masacre de Mapiripán c. Colombia*, del 15 de septiembre de 2005, párrs. 201 ss. En su sentencia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) por el caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) c. Venezuela*, del 5 de julio de 2006, la Corte concedió particular relevancia al hecho de que las auto-

Además, de la obligación de investigar pende algo tan importante para las víctimas de desapariciones y sus familiares como es el derecho a conocer la verdad de lo ocurrido —que no es un derecho autónomo— tal y como lo señala la Corte antes de afirmar la obligación de Guatemala de ordenar una investigación para determinar las personas responsables de las violaciones cometidas (desaparición, tortura y ejecución extrajudicial), divulgar públicamente sus resultados y sancionar a los responsables:

> *"... el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención*"[325].

El derecho a conocer la verdad requiere pues de una investigación debidamente realizada que permita identificar a los autores materiales e intelectuales de los hechos ilícitos. En efecto, la investigación de las desapariciones forzadas "debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales"[326]. Se entiende pues fácilmente que la existencia de procesos administrativos o contencioso-administrativos de investigación, de procesos de tipo disciplinario o de documentación de lo ocurrido, no basten para que el Estado cumpla cabalmente su obligación de investigar las desapariciones forzadas con todas las consecuencias que ello requiere (garantizar el acceso a la justicia y conocimiento de la verdad de los hechos, la investigación y sanción de los responsables y la reparación de las consecuencias de las violaciones). Así lo advierte la Corte, por ejemplo, al evaluar las distintas diligencias de investigación realizadas por la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos en el siguiente pasaje del fallo recaído en el caso de la *Masacre de Pueblo Bello*:

---

ridades competentes para llevar a cabo la investigación «... gocen de independencia, *de jure* y *de facto*, de los funcionarios involucrados en los hechos. Lo anterior requiere no sólo independencia jerárquica o institucional, sino también independencia real» (párr. 81).

[325] CIDH, sentencia (Fondo) de 25 de noviembre de 2000 en el caso *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, párr. 201. Se trata además de un derecho inalienable que produce un importante efecto preventivo de violaciones semejantes: «El conocimiento de la verdad de lo ocurrido en violaciones de derechos humanos notorias... es un derecho inalienable, un medio importante de reparación para las víctimas y sus familiares y es una forma de esclarecimiento fundamental para que la sociedad pueda desarrollar mecanismos propios y prevención de violaciones... en el futuro». Párr. 193 de la sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) de la Corte en el caso *Servellón García y Otros c. Honduras*, del 21 de septiembre de 2006. *Cfr.* además la sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) en el caso *Blanco Romero y Otros c. Venezuela*, del 28 de noviembre de 2005, párr. 63.

[326] CIDH, sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) en el caso *de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia,* del 31 de enero de 2006, párr. 143. Más adelante la Corte predica ese requerimiento de cada una de las etapas o medidas de la investigación conducida por las autoridades: «Cada acto estatal que conforma el proceso investigativo, así como la investigación en su totalidad, debe estar orientado hacia una finalidad específica, la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento, y en su caso, la sanción de los responsables de los hechos». Párr. 131 de la sentencia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) de 10 de julio de 2007 en el caso *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz c. Perú*.

> "*... el procedimiento desarrollado en esta sede administrativa tuvo por objeto la determinación de la responsabilidad individual de funcionarios públicos por el cumplimiento de sus deberes en función de la prestación de un servicio. Ciertamente la existencia misma de un órgano dentro de la Procuraduría General de la Nación para la atención de casos de violaciones de derechos humanos reviste un importante objetivo de protección y sus resultados pueden ser valorados en el tanto coadyuven al esclarecimiento de los hechos y el establecimiento de este tipo de responsabilidades. No obstante, una investigación de esta naturaleza tiende a la protección de la función administrativa y la corrección y control de los funcionarios públicos, por lo que puede complementar pero no sustituir a cabalidad la función de la jurisdicción penal en casos de graves violaciones de derechos humanos*"[327].

Para el desarrollo de la investigación hay que contar con que, como ya lo había afirmado anteriormente la Corte en el caso *Barrios Altos*, la víctima o sus familiares tengan "pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de la investigación y el juicio correspondiente"[328], sin que puedan aceptarse dilaciones indebidas en la adopción de las medidas necesarias. Así, la Corte se ocupó de determinar qué debemos entender por plazo razonable en los procesos internos destinados a averiguar lo sucedido a 19 comerciantes, cuyos cuerpos habían sido descuartizados y lanzados a un río, con el fin de hacerlos desaparecer para que no fueran encontrados ni identificados. Habiendo constatado que habían pasado ocho años desde que se cometieron las desapariciones sin que recayera sentencia de los tribunales internos, en relación con la investigación de los hechos, la Corte precisó que los procesos internos terminan "cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto y que, particularmente en materia penal, el plazo razonable debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse". Sin embargo, añadió, a la luz de las circunstancias del caso, que "... a pesar de que se trataba de un caso complejo, desde un inicio de la investigación fueron allegados al proceso importantes elementos probatorios que habrían permitido una actuación más diligente y rápida de las autoridades

---

[327] Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) en el caso *de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia,* cit. *supra*, párr. 202. En el mismo sentido, v. las insuficiencias constatadas por la Corte en su sentencia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) relativa al caso de las *Masacres de Ituango c. Colombia*, del 1 de julio de 2006, párrs. 327 y 340. Más tarde, en el caso de la *Masacre de la Rochela c. Colombia* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 11 de de mayo de 2007, la Corte dirá que «el procedimiento disciplinario puede complementar pero no sustituir a cabalidad la función de la jurisdicción penal en casos de graves violaciones de derechos humanos» (párr. 215). Otro tanto sucede con las comisiones especiales de investigación de la verdad, cuyo alcance limitado no sirve para sustituir la responsabilidad del Estado de investigar e iniciar procesos judiciales en caso de desapariciones forzadas: «... la "verdad histórica" documentada en informes especiales, o las tareas, actividades o recomendaciones generadas por comisiones especiales... no completan o sustituyen la obligación del Estado de establecer la verdad e investigar delitos a través de procesos judiciales. Este Tribunal ha señalado que la obligación de investigar los hechos, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de un delito que constituye una violación de derechos humanos, es un compromiso que emana de la Convención Americana, y que la responsabilidad penal debe ser determinada por las autoridades judiciales competentes siguiendo estrictamente las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana». Sentencia de la CIDH en el caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia* (Fondo, Reparaciones y Costas), del 1 de septiembre de 2010 (párr. 158).

[328] Párr. 177 del fallo (Fondo, Reparaciones y Costas) relativo al caso *Maritza Urrutia c. Guatemala*, del 27 de noviembre de 2003. En el mismo sentido, v. las sentencias relativas a los casos de la *Masacre de Mapiripán* (Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 147); de la *Comunidad Moiwana c. Suriname* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; sentencia del 15 de junio de 2005, párr. 147); y de las *Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador* (Fondo, Reparaciones y Costas; sentencia del 1 de marzo de 2005, párr. 63).

judiciales en cuanto a la apertura de la investigación, determinación del paradero de los restos de los 19 comerciantes, y sanción de los responsables"[329].

Pero permitir la participación de la víctima o de sus familiares en el proceso de investigación no debe servir para olvidar la obligación del Estado de iniciar actuaciones de oficio —como dice la Corte, "toda vez que haya motivos razonables para sospechar que una persona ha sido sometida a desaparición forzada"[330]— para realizar una investigación que reúna los elementos requeridos en su jurisprudencia a fin de llegar al conocimiento de la verdad, con independencia de la iniciativa de los particulares afectados, tal y como lo indicó la Corte en el fallo relativo a la *Masacre de Mapiripán*, cuando afirma que

> "*... el Estado tiene el deber de iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Durante el proceso de investigación y el trámite judicial, las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación. Sin embargo, la búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima, o de sus familiares o de su aportación de elementos probatorios*"[331].

La investigación debe conducirse con la diligencia debida y ser exhaustiva y objetiva[332], lo que lleva a la Corte a examinar si es razonable el tiempo invertido en la investigación, si se han adoptado medidas de protección frente a las amenazas que se presentan durante la investigación, las demoras, obstáculos y obstrucciones en las actuaciones procesales o las omisiones en el seguimiento de las líneas lógicas de investigación. Por eso, el órgano investigador "debe utilizar todos los medios disponibles para llevar a cabo, dentro de un plazo razonable, todas aquellas actuaciones y averiguaciones que sean necesarias con el fin de intentar obtener el resultado que se persigue" y, tratándose de crímenes de lesa humanidad, la debida diligencia exige adoptar

> "*... todas las medidas necesarias para visibilizar los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones de los derechos humanos... tomando en cuenta la complejidad de los hechos, el contexto en que ocurrieron y los patrones que explican su comisión, evitando omisiones en la recabación [sic] de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación. En consecuencia, las autoridades judiciales debían tomar en cuenta los factores indicados en el párrafo anterior, que denotan una compleja estructura de*

[329] Párrs. 189 y 203 de la sentencia por el caso de los *19 Comerciantes c. Colombia* (Fondo, Reparaciones y Costas), cit. *supra*.
[330] CIDH, sentencia por el caso *Anzualdo Castro c. Perú* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), del 22 de Septiembre de 2009, párr. 65. La obligación de actuar de oficio se complementa con la obligación de denuncia a cargo de todo agente estatal y de los particulares: «... en cualquier caso, toda autoridad estatal, funcionario público o particular que haya tenido noticia de actos destinados a la desaparición forzada de personas, deberá denunciarlo inmediatamente» (*ibíd.*).
[331] CIDH, sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) relativa al caso de la *Masacre de Mapiripán c. Colombia*, del 15 de septiembre de 2005, párr. 219.
[332] En este sentido, sentencia por el caso *Anzualdo Castro c. Perú*, cit. *supra*, párr. 133.

personas involucradas en el planeamiento y ejecución del crimen, en la cual convergen tanto la participación directa de muchas personas como el apoyo o colaboración de otras, incluyendo a agentes estatales, estructura de personas que existe antes del crimen y permanece después de su ejecución, dado que comparten objetivos comunes"[333].

Finalmente, la investigación diligente exige también que el Estado proporcione los medios necesarios a los órganos de investigación para desarrollar cabalmente sus funciones, removiendo todos los obstáculos que lo impidan, según lo explicitó la Corte en el caso *Tiu Tojín*:

"*... el Estado deberá asegurar, como una forma de garantizar que la investigación iniciada ante la justicia ordinaria... sea conducida con la debida diligencia..., que las autoridades encargadas de la investigación tengan a su alcance y utilicen todos los medios necesarios para llevar a cabo con prontitud aquellas actuaciones y averiguaciones esenciales para esclarecer la suerte de las víctimas e identificar a los responsables de su desaparición forzada. Para ello,... garantizará que las autoridades encargadas de la investigación cuenten con los recursos logísticos y científicos necesarios para la recaudación y procesamiento de pruebas y, en particular, tengan las facultades para acceder a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados y puedan obtener indicios o evidencias de la ubicación de las víctimas*"[334].

5.3.2. LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR EN EL SISTEMA EUROPEO

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ya ha tenido ocasión de examinar múltiples casos de desaparición forzada de personas y establecer conexiones entre diversas disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y la obligación de investigar esos casos que incumbe a los Estados Partes. Se trata particularmente de los artículos 2, 3, 5 y 13 como comprobaremos seguidamente.

---

333 CIDH, caso de la *Masacre de la Rochela c. Colombia* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 11 de de mayo de 2007, párrs. 156 y 158. La determinación de responsabilidades demanda además la existencia de un «un sistema eficaz de protección de operadores de justicia, testigos, víctimas y sus familiares [...y] que se esclarezca, en su caso, la existencia de estructuras criminales complejas y sus conexiones que hicieron posible las violaciones» (*ibíd.*, párr. 194).

334 Párr. 77 de la sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) en el caso *Tiu Tojín c. Guatemala*, del 26 de noviembre de 2008. En su fallo por el caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas) de 25 del noviembre de 2003, la Corte se ocupó de la negativa de las autoridades estatales de entregar cierta documentación a los tribunales del país por tratarse de información confidencial. La Corte afirmó que «las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes» (párr. 180). Asimismo, «es fundamental que las autoridades a cargo de la investigación puedan tener acceso ilimitado a los lugares de detención, respecto a la documentación así como a las personas. La Corte reitera que el paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional con la limitación —y en algunos casos, la imposibilidad— para obtener las pruebas y/o testimonios, dificultando y aún tornando nugatoria o ineficaz, la práctica de diligencias probatorias a fin de esclarecer los hechos materia de investigación, identificar a los posibles autores y partícipes, y determinar las eventuales responsabilidades penales». Párr. 136 de la sentencia recaída en el caso *Anzualdo Castro c. Perú* cit. *supra*.

Conviene, sin embargo, detenerse previamente en el impacto puramente procesal que la ausencia de una investigación efectiva, adecuada y rápida puede tener al dispensar al demandante de la obligación de agotar los recursos internos del Estado causante de la violación, antes de acudir al mecanismo europeo en busca de protección internacional. Esto permitirá al TEDH rechazar la correspondiente impugnación del Estado Parte demandado y pronunciarse sobre el fondo del asunto. Valga como ilustración lo dicho por el TEDH en su primera sentencia relativa a un caso de desaparición forzada (caso *Kurt c. Turquía*):

> "*En ausencia de una investigación efectiva por parte de las autoridades sobre la denuncia de la Sra. Kurt, ésta no tenía ninguna base para ejercer útilmente los recursos que el Gobierno describe en su argumentación ante el Tribunal. Según éste, estas razones le habrían permitido en sí concluir, a la luz de su jurisprudencia constante (…) que circunstancias particulares dispensaron a la demandante de la obligación de agotar los recursos internos y que procedía rechazar la excepción del Gobierno por tal concepto*".[335]

No es, empero, la ausencia de investigación el supuesto único que lleva al TEDH a rechazar la excepción por falta de agotamiento de los recursos internos. Hay que contar con casos en que se llevó a cabo una investigación, pero de modo poco serio, insuficiente o inadecuado. De nuevo fue Turquía el Estado Parte que opuso aquella excepción procesal en el caso *Ertak contra Turquía*, ante lo cual el Tribunal señaló en su fallo lo que sigue:

> "*… el demandante hizo todo lo que se podía esperar de él para encontrar remedio a su queja. Se dirigió al prefecto de Sirnak en presencia de un testigo que afirmaba haber visto a Mehmet Ertak en los locales de seguridad. El prefecto de Sirnak… expuso ante los delegados de la Comisión que Ismail Ertak había seguido el asunto y había regresado a verlo en su oficina cinco o seis veces reiterando sus alegaciones. El 2 de octubre de 1992, depositó una petición al fiscal de Sirnak alegando que su hijo había sido detenido el 20 de agosto de 1992 en un control de identidad, cuando regresaba de su trabajo y nombró los testigos oculares que indicaban haberlo visto durante su detención preventiva. Sin embargo, su afirmación no fue seriamente examinada. Del expediente de investigación, abierto a raíz de la solicitud escrita presentada el 4 de noviembre de 1992 por el prefecto de Sirnak a la Dirección General de la seguridad, resulta que no se realizó ninguna diligencia útil para encontrar a los testigos que habían afirmado haber visto a Mehmet Ertak durante su detención preventiva y, en particular, para oír al demandante, y que el investigador no tenía en su posesión el expediente de la investigación abierta por el fiscal a raíz de la denuncia…. Dado que las autoridades no realizaron una investigación efectiva sobre la desaparición alegada y desmintieron constantemente la detención de Mehmet Ertak, el Tribunal constata que el demandante no disponía de ningún fundamento para utilizar provechosamente los recursos civiles y administrativos que menciona el Gobierno; y*

[335] TEDH, sentencia de 25 de mayo de 1998 en el caso *Kurt c. Turquía*, párr. 83.

considera que hizo todo lo que razonablemente se podía esperar de él para agotar los recursos internos que se le ofrecían"[336].

Si abordamos ya los vínculos que existen entre la obligación de investigar y la violación de los derechos reconocidos por la CEDH, conviene acudir nuevamente a la sentencia por el caso *Kurt c. Turquía*, en la que el TEDH alude tanto a las garantías previstas en materia de libertad y seguridad (artículo 5 de la Convención Europea), como al derecho a un recurso efectivo (artículo 13):

"*... la detención no reconocida de un individuo constituye una total negación de estas garantías y una violación extremadamente grave del artículo 5. Las autoridades que pusieron la mano sobre un individuo deben revelar el lugar donde se encuentra. Esta es la razón por la que es necesario considerar que el artículo 5 les obliga a tomar medidas efectivas para atenuar el riesgo de una desaparición y realizar una investigación rápida y eficaz en la hipótesis de una denuncia plausible según la cual una persona ha sido aprehendida y no se le ha vuelto a ver después"*

... cuando los padres de una persona tienen motivos justificables de afirmar que ésta desapareció mientras que se encontraba en manos de las autoridades, el concepto de recurso efectivo, en el sentido del artículo 13, implica, además del pago de una indemnización..., investigaciones profundas y efectivas conducentes a la identificación y castigo de los responsables y que implican un acceso efectivo de los padres al procedimiento de investigación... Bajo este ángulo, las exigencias del artículo 13 van más allá de la obligación que impone a un Estado contratante el artículo 5 a fin de realizar una investigación efectiva sobre la desaparición de una persona detenida por dicho Estado y de cuyo bienestar es, en consecuencia, responsable"[337].

En otro caso de detención no reconocida por las autoridades turcas y seguida del descubrimiento del cadáver, la Gran Sala del TEDH vinculó las distintas garantías y derechos que la CEDH protege y con rotundidad afirmó:

"*... la detención no reconocida de un individuo constituye una total negación de estas garantías y una violación extremadamente grave del artículo 5. A la vista de la obligación de las autoridades de dar cuenta de los individuos que están bajo su control, el artículo 5 les ordena tomar medidas efectivas para atenuar el riesgo de una desaparición y realizar una investigación rápida y*

[336] TEDH, sentencia de 9 de mayo de 2000 en el caso *Ismail Ertak c. Turquía*, párr. 121 (el subrayado es nuestro).

[337] TEDH, párrs. 124 y 140 de la sentencia de 25 de mayo de 1998 (caso *Kurt c. Turquía*) (subrayado nuestro). Asimismo, en su sentencia por el caso *Tas c. Turquía*, del 14 de noviembre de 2000, señaló que «si bien el Gobierno mantuvo que el fiscal no estaba obligado a investigar una reclamación no fundamentada, el Tribunal observa que corresponde a las autoridades competentes para asegurar que las personas detenidas gozar de las garantías otorgadas por la ley y el proceso judicial. La ausencia de reacción alguna ante un informe de que las fuerzas de seguridad habían "perdido" a una persona detenida bajo sospecha de haber cometido delitos graves es incompatible con esta obligación» (párr. 69). V. también los párrs. 91-93 de esta sentencia en cuanto a los vínculos entre la obligación de investigar y la posible quiebra del derecho a un recurso efectivo reconocido en el artículo 13 de la CEDH.

eficaz en la hipótesis de una alegación plausible según la cual una persona ha sido detenida y no sido vuelta a ver después.

… El Tribunal destaca por otro lado que, aunque la familia del demandante les haya indicado la existencia de tres testigos oculares de la detención de Ahmet Çakici, las autoridades no tomaron prácticamente ninguna medida para comprobar la materialidad de ésta. Se limitaron a informarse de las anotaciones practicadas en los registros de detención preventiva, y esto hasta que la Comisión comunicó la demanda al Gobierno. El Tribunal ya dio su opinión sobre el reducido número de investigaciones efectuadas, incluso en esta fase, y sobre su ausencia total una vez que se señaló el descubrimiento del cadáver… No ha habido investigación rápida ni seria sobre las circunstancias de la desaparición de Ahmet Çakici"[338].

En el caso *Çakici*, la Gran Sala tuvo ocasión de determinar los efectos que la ausencia de una investigación adecuada tiene sobre las conductas vedadas por el artículo 3 de la CEDH (la tortura y los tratos inhumanos o degradantes). Y ello es así en la medida que el demandante sostuvo que la desaparición de su hermano representaba para la familia un trato inhumano y degradante, debido especialmente a que las autoridades turcas jamás proporcionaron información alguna en respuesta a sus requerimientos, lo que se agravó por el largo periodo de incertidumbre sobre la suerte del desaparecido, bloqueando así el proceso de duelo de la familia que aún conservaba la esperanza de reencontrarlo. Ya en *Kurt c. Turquía* el TEDH había apreciado la violación del artículo 3 en la persona de la madre del desaparecido, basándose para ello en la pasividad de las autoridades, la ausencia de informaciones oficiales y la perdurable ansiedad, desconcierto y angustia que la madre soportaba tras largo tiempo[339]. No obstante, el fallo dictado para el caso *Çakici contra Turquía* aporta elementos suplementarios pues el propio Tribunal advierte que no siempre se dará aquel resultado. Es decir, que el pariente de una persona desaparecida no siempre será víctima de un trato contrario al artículo 3 de la CEDH. Para alcanzar esta conclusión deben ser sopesados diversos factores propios de una casuística que es muy dispar, de la relación que tienen la presunta víctima y el desaparecido y, en especial, de la conducta de las autoridades estatales en el ámbito de la investigación. Para el Tribunal, lo último tiene importancia singular al efecto de determinar si se vulneró el artículo 3 de la Convención:

"*La cuestión de saber si un familiar es víctima depende de la existencia de factores particulares que confieren al sufrimiento del demandante una dimensión y un carácter distintos del desconcierto afectivo que puede considerarse inevitable en los familiares de una persona víctima de graves violaciones de los derechos humanos. Entre estos factores figuran la proximidad del parentesco —en este contexto, se favorecerá el vínculo paterno-filial—, las circunstancias particulares de la relación, la medida en la cual el padre fue testigo de los acontecimientos en cuestión, la participación del padre en las tentativas de obtención de informaciones sobre el desaparecido, y la manera en que las autoridades reaccionaron a estas demandas. El Tribunal destaca por otro lado que la esencia de tal violación no reside tanto en el hecho de la "desaparición" del miembro de la familia como en las reacciones y el comportamiento de las autoridades ante la situación de la cual fueron informadas.*

[338] TEDH, sentencia de 8 julio 1999, caso *Çakici c. Turquía* (párrs. 104 y 106) (subrayado nuestro).
[339] *Cfr*. párrs. 130 a 134 de la sentencia de 25 de mayo de 1998 (caso *Kurt c. Turquía*).

Es, en particular, a la vista de este último elemento, que un padre puede considerarse víctima directamente del comportamiento de las autoridades"[340].

La apreciación del Tribunal es más concreta en el caso *Timurtas c. Turquía*, en el que constata un comportamiento inaceptable de las autoridades que agravó el sufrimiento del demandante:

"*En este caso concreto, el demandante es el padre del desaparecido. El resumen de la declaración oral del demandante… así como su declaración… al fiscal de Silopi… evidencian que su hijo había dejado el hogar familiar… aproximadamente dos años antes de ser detenido y que, entretanto, el demandante no tuvo ninguna noticia. No obstante, el Tribunal estima que este elemento no impedía en ningún caso al demandante estar muy preocupado por la noticia de la detención de su hijo. Su inquietud viene acreditada por las numerosas indagaciones que emprendió para conocer lo que le había sucedido a su hijo. Por otra parte, el Tribunal no duda de ninguna manera que la angustia del demandante sobre la suerte de su hijo haya podido ser exacerbada, por una parte, por el hecho de que otro hijo hubiera fallecido durante su detención preventiva… y, por otra parte, por el comportamiento de las autoridades a las que dirigió múltiples peticiones de información.*

… En cuanto a este último punto, el Tribunal observa no sólo que la investigación sobre la denuncia del demandante careció de celeridad y eficacia, sino también que algunos miembros de las fuerzas del orden hicieron prueba de un franco menosprecio por las preocupaciones del interesado ridiculizando la verdad y negando en su presencia que su hijo había sido detenido…

Finalmente, observando que persiste la angustia del demandante sobre la suerte de su hijo, el Tribunal considera que la desaparición de este último constituye un tratamiento inhumano y degradante contrario al artículo 3 en la persona del propio demandante"[341].

Sin embargo, el TEDH no censura únicamente la omisión o inacción del Estado Parte (ausencia de investigaciones) como base para proclamar la vulneración de los derechos enunciados en la CEDH. Es decir, si una investigación fuese ordenada por las autoridades del Estado, entonces el TEDH exige otros requerimientos porque esa investigación, aparte de rápida o inmediata, ha de ser efectiva, detallada, adecuada, realizada en forma pública e independiente y de tal manera que permita la participación del demandante. Especialmente cuando está en juego el respeto de dos disposiciones de la CEDH (artículos 2 y 3) que consagran valores fundamentales para las sociedades democráticas que integran el Consejo de Europa. En consecuencia, entendemos que la obligación de investigar aparece como instrumental, pero también necesaria y esencial para el respeto, en el caso de desapariciones forzadas, de los derechos que la CEDH enuncia, tal y como lo advirtió el TEDH en el fallo que pronunció en el año 2000 para el caso *Ertak*:

[340] TEDH, sentencia de 8 julio 1999, caso *Çakici c. Turquía* (párr. 98) (subrayado nuestro).
[341] Párrs. 96-98 de la sentencia del 13 de junio de 2000 (caso *Timurtas contra Turquía*) (subrayado nuestro). *Cfr*. también el párr. 80 de la de la sentencia del TEDH por el caso *Tas c. Turquía*, de 14 de noviembre de 2000.

"*… el artículo 2 se encuentra entre los artículos primordiales de la Convención y… combinado con su artículo 3, consagra una de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa… La obligación impuesta no se refiere exclusivamente al homicidio deliberado resultante del uso de la fuerza por agentes del Estado sino que se extiende también, en la primera frase del artículo 2 § 1, a la obligación positiva de los Estados de proteger por la ley el derecho a la vida. Ello implica y exige llevar a cabo una investigación oficial adecuada y efectiva cuando el recurso a la fuerza implica la muerte de un hombre… La protección procesal del derecho a la vida… entraña para los agentes del Estado la obligación de rendir cuentas de su uso de la fuerza letal, someterse a una forma de investigación independiente y pública adecuada para determinar si el recurso a la fuerza estaba o no justificado en las circunstancias particulares de un caso…*

Dado que el Tribunal confirmó las constataciones de la Comisión relativas a la detención no reconocida del hijo del demandante, los malos tratamientos que se le infligieron y su desaparición en circunstancias que permitían presumir su muerte posterior, las consideraciones expuestas anteriormente deben aplicarse "mutatis mutandis" en el caso de especie. Se deriva de ello que las autoridades tenían la obligación de realizar una investigación efectiva y detallada sobre la desaparición del hijo del demandante.

Para la Comisión, la investigación realizada a nivel nacional acerca de las alegaciones del demandante no fue efectuada por órganos independientes, no fue detallada y se desarrolló sin que demandante pudiese tomar parte en ella.

A este respecto, el Tribunal observa que, a raíz de la petición depositada por el aspirante el 10 de septiembre de 1992, el prefecto de Sirnak pidió a la Dirección General de la seguridad que encargarse a un investigador la realización de una investigación sobre las alegaciones del demandante. En su denuncia de 2 de octubre de 1992, formulada ante el fiscal, el demandante precisó y nombró testigos oculares que afirmaron haber visto a Mehmet Ertak durante su detención preventiva. Abdurrahim Demir manifestó que, a raíz de la denuncia penal de Ismail Ertak, había sido oído por el fiscal de la República de Diyarbakir y que había mencionado en su declaración los nombres de algunas personas detenidas en el mismo lugar. En su resolución de incompetencia "ratione materiae" emitida el 21 de julio de 1993, el fiscal indicó que devolvía el expediente al consejo administrativo de Sirnak. Omitió señalar que el investigador no dispuso de dicho expediente y no tuvo en cuenta en el marco de sus investigaciones la declaración de Ismail Ertak así como las declaraciones de las personas citadas por él en su denuncia.

… habida cuenta de las consideraciones que preceden, el Tribunal concluye que el Estado demandado incumplió su obligación de realizar una investigación adecuada y eficaz sobre las circunstancias de la desaparición del hijo del demandante. Por consiguiente, el artículo 2 del Convenio se violó igualmente por ese motivo"[342].

[342] Párrs. 134 y 135 de la sentencia del TEDH de 29 de mayo de 2000 (*Ertak contra Turquía*) (subrayado nuestro).

Poco después, el TEDH examinó la desaparición de un ciudadano arrestado por las fuerzas de seguridad turcas, habiendo transcurrido seis años y medio durante los cuales el Gobierno fue incapaz de proporcionar información alguna sobre el paradero del detenido. Tiene interés detenerse en este caso porque el TEDH aborda la obligación de investigar desde ángulos diversos, recordando primeramente su jurisprudencia constante a fin de reafirmar que, "para el buen funcionamiento del mecanismo de recurso individual instaurado por... la Convención... es vital que los Estados proporcionen todas las facilidades necesarias para permitir un examen serio y efectivo de las demandas" y que, en casos como el descrito, en que un individuo atribuye la violación de derechos garantizados por la CEDH a los agentes de un Estado Parte

> "*... es inevitable que el Estado demandado sea a veces el único en tener acceso a las informaciones susceptibles de confirmar o refutar estas alegaciones. El hecho de que un gobierno no proporcione las informaciones que tiene en su poder sin ofrecer una justificación satisfactoria puede no solo alterar el respeto por un Estado demandado de las obligaciones que le incumben..., sino también permitir sacar conclusiones en cuanto al buen fundamento de las alegaciones...* "[343].

Además, la actitud obstruccionista del Estado demandado —que no quiso permitir a la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos el cotejo de un documento fotocopiado con el expediente original en poder de las autoridades, invocando a tal fin el carácter secreto o confidencial del documento en cuestión— lleva al Tribunal a confirmar la evaluación de las pruebas hecha por la Comisión diciendo que:

> "*...el Gobierno era el primero que debía ayudar a la Comisión... permitiéndole consultar el escrito que, según él, es el documento auténtico que lleva el número de referencia que figuraba en la fotocopia. El Gobierno no puede limitarse a alegar el carácter supuestamente secreto de ese escrito que, en opinión del Tribunal, no habría impedido ponerlo a disposición de los delegados de la Comisión... para que pudiesen simplemente comparar los dos documentos sin conocer el contenido. En consecuencia, el Tribunal considera oportuno sacar conclusiones del hecho de que el Gobierno no presentara el documento en cuestión sin proporcionar una justificación válida...*"[344].

Igualmente, el TEDH constató otros obstáculos a la investigación al no facilitar las autoridades turcas a la Comisión Europea otros documentos, el testimonio de un testigo esencial, los registros penitenciarios relativos al desaparecido o la comparecencia como agente del Estado del fiscal de Şirnak. La falta de justificación alguna de estas omisiones que afectaban a las pruebas escritas y a la comparecencia de un testigo explica que el Tribunal considerase que el Estado demandado incumplió su obligación de cooperar con la Comisión para establecer la materialidad de los hechos ocurridos. Otro factor importante que retiene el TEDH es el elemento temporal de la investigación, es decir, el tiempo transcurrido entre la desaparición y la realización por las autoridades de las

[343] Párr. 66 de la sentencia del TEDH de 13 de junio de 2000 (caso *Timurtas contra Turquía*) (subrayado nuestro).
[344] *Ibíd.*, párr. 67 (subrayado nuestro).

primeras diligencias de investigación, lo que repercute inevitablemente en la eficacia de la investigación misma, calificada por el Tribunal como insuficiente:

> "*… la obligación de proteger la vida impuesta por el artículo 2…, combinada con el deber general que incumbe al Estado con arreglo al artículo 1… de "reconoce[r] a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el (…) Convenio", implica y exige realizar una forma de investigación eficaz cuando el recurso a la fuerza ha ocasionado la muerte de un hombre…*
>
> *Si bien el Gobierno ha mantenido que se habían obtenido todos los elementos de prueba disponibles y que no confirmaban las declaraciones del demandante, sino que hacían pensar que Abdulvahap Timurtaş se encontraba bien en Siria, bien las filas del PKK, la Comisión considera en su informe que la investigación fue dilatoria, superficial y no constitutiva de un esfuerzo serio por descubrir lo que le ocurrió al hijo del demandante…*
>
> *El Tribunal no encuentra ninguna razón para valorar la investigación de forma distinta diferente… Constata que transcurrió un largo plazo de tiempo antes del inicio de una investigación oficial y de la audiencia de los testigos, que las cuestiones formuladas a éstos no fueron apropiadas y que las informaciones importantes fueron ignoradas y después refutadas por los órganos de instrucción. Lo que en particular llama la atención del Tribunal es que haya sido necesario esperar dos años tras la detención preventiva del hijo del demandante para que se hiciera una investigación de los gendarmes de Şırnak. Con todo, no se ha impugnado que el demandante desde hacía tiempo había transmitido a las autoridades las informaciones… según las cuales su hijo habían sido transferido a Şırnak y que fue visto allí por Sadık Erdoğan y Nimet Nas. Además, ningún elemento indica que los fiscales interesados se preocuparon de consultar los registros de detención preventiva o inspeccionar por sí mismos los lugares de detención, ni que se haya pedido a los gendarmes del distrito de Silopi una explicación relativa a sus actos del 14 de agosto de 1993.*
>
> *La apatía de la que dieron prueba los órganos de instrucción revela de manera evidente la importancia de la inmediata intervención judicial requerida por el artículo 5 §§ 3 y 4 de la Convención que, como el Tribunal lo ha subrayado en el caso Kurt, puede conducir a la detección y a la prevención de medidas que amenazan la vida e infringen las garantías fundamentales enunciadas al artículo 2 del Convenio…*
>
> *Habida cuenta de los elementos expuestos anteriormente, el Tribunal constata que la investigación sobre la desaparición del hijo del demandante fue insuficiente y, por lo tanto, contraria a las obligaciones procesales que incumbían al Estado de proteger el derecho a la vida. En consecuencia, ha habido también una violación del artículo 2 de la Convención*"[345].

Asimismo, en el fallo correspondiente al caso *Tas c. Turquía* el Tribunal, por una parte, además de constatar que la investigación de la desaparición comenzó dos años después

[345] *Ibíd.*, párrs. 88-90 (subrayado nuestro).

de ocurridos los hechos, hizo suya la evaluación hecha por la antigua Comisión, cuando consideró que "las alegaciones vagas y contradictorias del grupo especial de operaciones en cuanto a su incapacidad para identificar al personal implicado en operaciones en las montañas... fueron aceptadas sin ulterior investigación, al igual que las negativas dadas en breves declaraciones por los tres oficiales cuyos nombres fueron presentados". Pero, además, el TEDH reprochó al Estado la falta de independencia del órgano investigador, así como los efectos que sobre la investigación producen determinadas deficiencias cometidas en los lugares de detención:

> "*... el uso de consejos administrativos provinciales para investigar las alegaciones de homicidios ilícitos no cumplió con el requisito de que la investigación fuese realizada por un órgano independiente en un proceso accesible a los parientes cercanos de la presunta víctima, en particular dado que estos consejos estaban compuestos de funcionarios bajo la autoridad del Gobernador administrativamente responsable de las fuerzas de seguridad sujetas a investigación...*
>
> *A la luz de lo anterior, la Corte considera que la investigación llevada a cabo por la desaparición del hijo del demandante no fue pronta, adecuada y efectiva, por lo que revela un incumplimiento de las obligaciones procesales del Estado de proteger el derecho a la vida. Ha habido, en consecuencia, una violación del artículo 2 de la Convención...*
>
> *... El Tribunal observa que su razonamiento y conclusiones relativos al artículo 2 no dejan ninguna duda acerca de que la detención de Muhsin Tas violó el artículo 5. Fue detenido el 14 de agosto de 1993 por gendarmes en Cizre y trasladado el mismo día a un lugar de detención en Sirnak. Las autoridades no han proporcionado una explicación plausible sobre el paradero y la suerte del hijo del demandante después de esa fecha. La investigación llevada a cabo por las autoridades nacionales sobre las denuncias del demandante no fue ni rápida, ni eficaz. Se considera de especial gravedad la falta de anotación alguna en los registros oficiales de custodia respecto a la detención de Muhsin Tas. El registro preciso y fiable de los datos de detención proporciona una salvaguardia indispensable contra la detención arbitraria, cuya ausencia permite a los responsables del acto de privación de libertad eludir la responsabilidad por el destino del detenido...*"[346].

En el marco de su examen de demandas interestatales, el TEDH también alcanzó conclusiones similares a las examinadas hasta ahora. Es el caso de la sentencia de la Gran Sala en el caso *Chipre c. Turquía*, en la que la falta de investigación efectiva sobre la desaparición de 1.491 greco-chipriotas mientras estaban detenidos por el ejército y los paramilitares turco-chipriotas fue un elemento determinante para considerar que el Estado demandado violó los artículos 2 y 5 de la Convención, en un contexto de operaciones militares seguidas de arrestos y muertes a gran escala. La Gran Sala recuerda que, en virtud del artículo 2 de la CEDH:

> "*...la obligación de proteger el derecho a la vida..., combinada con el deber general que incumbe al Estado con arreglo al artículo 1 del Convenio de "re-*

[346] TEDH, párrs. 70-72 y 85 de la sentencia recaída en el caso *Tas c. Turquía*, de 14 de noviembre de 2000 (subrayado nuestro).

conoce[r] a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el (…) Convenio", implica y exige llevar a cabo una investigación eficaz cuando el recurso a la fuerza por agentes del Estado ha ocasionado la muerte de un hombre… o cuando el recurso a la fuerza letal no fue obra de agentes del Estado…"

El Tribunal no puede sino tener en cuenta que las autoridades del Estado demandado nunca iniciaron la menor investigación sobre las quejas de las familias de los desaparecidos según las cuales se habría perdido el rastro de estos últimos mientras se encontraban detenidos en circunstancias en que había razones reales para alimentar temores acerca de ellos. A este respecto, es forzoso tener en cuenta que la declaración alarmante del Sr. Denktaş no tuvo ninguna consecuencia oficial. No se intentó nada para identificar a las personas que fueron liberadas por las fuerzas turcas y entregadas a las fuerzas paramilitares turco-chipriotas, ni para determinar el lugar en que se habrían abandonado los cuerpos. No consta tampoco que la menor investigación oficial se hubiera iniciado relativa a la alegación según la cual se presos greco-chipriotas fueron trasladados a Turquía.

… la detención no reconocida de un individuo constituye una negación total del derecho a la libertad y a la seguridad garantizado por el artículo 5… y una violación extremadamente grave de esta disposición. Las autoridades que pusieron la mano sobre un individuo están obligadas a revelar el lugar donde se encuentra. Por ello, es necesario considerar que el artículo 5 les obliga a tomar medidas efectivas para atenuar el riesgo de una desaparición y realizar una investigación rápida y eficaz ante la hipótesis de una denuncia plausible según la cual una persona ha sido detenida y no sido vista después…

El Tribunal se remite a las pruebas irrefutables según las cuales greco-chipriotas fueron detenidos por las fuerzas turcas o turco-chipriotas. Nada indica la existencia de registros donde se hubiera consignado la identidad de los detenidos o la fecha y lugar de su detención. Desde un punto de vista humanitario, no se puede excusar esta laguna alegando los combates que se desarrollaban en la época o el clima general de confusión y tensión de entonces. Desde el punto de vista del artículo 5 de la Convención, la ausencia de información de esta naturaleza impidió disipar las inquietudes de las familias de los desaparecidos en cuanto a su suerte. Aunque le fuera imposible dar la identidad de las personas detenidas, el Estado demandado habría debido realizar otras investigaciones con el fin de explicar las desapariciones. Como se indicó anteriormente, las nuevas pruebas de que greco-chipriotas desaparecidos fueron detenidos bajo la autoridad de Turquía no suscitaron la menor reacción oficial…"[347].

Precisamente para las desapariciones acaecidas mucho tiempo atrás, una sentencia de la Gran Sala del TEDH ha sentado las bases que permitirían su tratamiento por el Tribunal, pero conectando el examen de esos casos con el incumplimiento de determinadas obligaciones procesales en cuanto a su investigación, pese a que esas desapariciones se hubieran cometido antes de la *fecha crítica*: el 28 de enero de 1987, fecha en que Turquía reconoció la competencia del TEDH para recibir demandas individuales. Nos

[347] Párrs. [131], 134, 147 y 148 de la sentencia del TEDH (Gran Sala) en el caso *Chipre c. Turquía*, de 10 de mayo de 2001 (subrayado nuestro).

referimos al caso *Varnava y Otros c. Turquía*, donde varias cuestiones suscitaron el examen de las demandas relativas a la desaparición de ciudadanos greco-chipriotas en el norte de la isla de Chipre en 1974. Una de ellas, la competencia *ratione temporis* del TEDH para examinar hechos litigiosos ocurridos antes de la fecha crítica. Obviamente, la Gran Sala afirmó que "las alegaciones de los demandantes que cuestionan la responsabilidad del Estado contratante por acontecimientos concretos ocurridos en 1974 están fuera de la competencia temporal del Tribunal. En cuanto a las quejas relativas a actos u omisiones del Estado... posteriores al 28 de enero de 1987, el Tribunal tiene competencia para conocer de ellos". Pero también constató que las reclamaciones de los demandantes "se refirieron únicamente a la situación que existe desde enero de 1987, es decir, el incumplimiento continuado por el Estado demandado de su obligación de realizar un investigación eficaz para localizar el rastro de los desaparecidos y determinar lo que les pasó"[348]. Y en este punto, el Tribunal no duda en proclamar —sin duda bajo el peso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz* antes referenciado— que la obligación de investigar cobra entidad y relevancia propias:

> "*... la investigación que requiere el artículo 2 en su aspecto procesal no es un procedimiento de rectificación a los efectos del artículo 35§ 1. Es la ausencia misma de una investigación efectiva lo que constituye el núcleo de la presunta violación. La obligación procesal tiene su propio ámbito de aplicación; es distinta y puede aplicarse independientemente de la obligación material del artículo 2, que se refiere a la responsabilidad del Estado por... toda desaparición en condiciones que ponen la vida en peligro. Ello resulta de numerosos casos en los que el Tribunal observó una violación de esta disposición en su aspecto procesal, ante la inexistencia de cualquier investigación sobre la responsabilidad de los agentes del Estado por el recurso a la fuerza letal... De hecho, la obligación procesal de proporcionar una forma de investigación oficial efectiva surge cuando individuos desaparecen en condiciones donde su vida peligra, y no se limita a los casos en que todo indica que la desaparición fue causada por un agente del Estado...*"[349].

Efectivamente, es destacable que la Gran Sala separe del artículo 2 la obligación de llevar a cabo una investigación efectiva, señalando que es una obligación distinta e independiente, exigible al Estado incluso en los casos en que la muerte ocurrió antes de la entrada en vigor de la Convención, habida cuenta del carácter continuado del fenómeno de las desapariciones, que produce efectos sobre la competencia temporal del Tribunal[350]:

> "*... la obligación procesal de investigar que impone el artículo 2 en caso de muerte ilegal o presunta se desencadena, en la mayoría de los casos, por el descubrimiento del cuerpo o el acaecimiento de la muerte. Tratándose de desapariciones en circunstancias que ponen la vida en peligro, la obligación procesal de investigar difícilmente puede finalizar con el descubrimiento del*

[348] Párr. 134 de la sentencia del TEDH (Gran Sala) de 18 de septiembre de 2009 (caso *Varnava y Otros c. Turquía*).
[349] *Ibíd,* párr. 136 (subrayado nuestro).
[350] *Cfr*. párrs. 138-139.

cuerpo o la presunción de la muerte, que sólo esclarece un aspecto de la suerte de la persona desaparecida. Subsiste en general una obligación de explicar la desaparición y la muerte, y de identificar y perseguir a los posibles autores de actos ilegales…

Por tanto, el Tribunal concluye que, aunque el transcurso de un plazo de tiempo de más de treinta y cuatro años sin noticias de las personas desaparecidas puede constituir un índice sólido de que los interesados fallecieron, esto no elimina la obligación procesal de investigar"[351].

Y llegados a este punto, la Gran Sala se ocupa de la naturaleza de la obligación procesal de investigar las desapariciones, resultante del artículo 2 de la CEDH, considerando a tal efecto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos para concluir que, en caso de desapariciones, la obligación procesal de investigar tiene carácter continuado:

"*El Tribunal destaca que… la obligación procesal… en caso de desapariciones es independiente de la obligación material. Señala que la Corte Interamericana y, en cierta medida, el Comité de Derechos Humanos aplican el mismo criterio en cuanto al aspecto procesal de las desapariciones…, uno y otro examinando las alegaciones de denegación de justicia o protección judicial incluso cuando la desaparición tuvo lugar antes del reconocimiento de su competencia…*

Sin embargo, es importante diferenciar en la jurisprudencia del Tribunal la obligación de investigar una muerte sospechosa y la de investigar una desaparición sospechosa. Una desaparición es un fenómeno distinto, caracterizado por una situación donde los parientes se enfrentan continuamente a la incertidumbre y la falta de explicaciones e informaciones sobre lo sucedido, incluso a veces a la deliberada ocultación o encubrimiento de los elementos pertinentes… Con frecuencia, esta situación dura mucho tiempo, prolongando por lo mismo el tormento de los familiares de la víctima. Por lo tanto, no se podría equiparar una desaparición a un acto o acontecimiento "instantáneo". El elemento distintivo suplementario que resulta de la posterior falta de explicaciones sobre lo que le ocurre a la persona desaparecida y sobre el lugar en que se encuentra, entrañan una situación continuada. En consecuencia, la obligación procesal subsiste potencialmente mientras no se aclare la suerte de la persona afectada. La persistente falta de la investigación requerida se considerará que constituye una violación continuada… incluso cuando se pueda finalmente presumir que la víctima falleció.

… Procede señalar que el enfoque adoptado en la sentencia Šilih c. Eslovenia… relativo a la exigencia de un vínculo entre la muerte y las medidas de instrucción, por una parte, y la fecha de entrada en vigor de la Convención, por otra parte, solamente es válido en caso de homicidio o muerte sospechosa, cuando el elemento fáctico central, la pérdida de la vida de la víctima, se conoce con certeza, aunque la causa exacta o la responsabilidad última no lo

[351] *Ibíd,* párrs. 145-146 (subrayado nuestro).

sea. En este contexto, la obligación procesal no reviste un carácter continuado en el sentido descrito anteriormente"[352].

Pero, ¿qué impacto produce la inexistencia de una investigación adecuada y efectiva de las desapariciones sobre la regla de los seis meses que se cuentan desde la fecha de la decisión interna definitiva que pone fin al examen nacional de las reclamaciones individuales y permite, en consecuencia, acudir al mecanismo protector europeo? Como regla general cabe responder que, en principio, el plazo comienza a correr en la fecha en que recae la decisión interna definitiva que pone término al agotamiento de los recursos internos. Sin embargo, la regla se matiza tratándose de casos de violación continuada, pues el TEDH advierte que

"*... en realidad, el plazo se reinicia cada día y, sólo cuando la situación cesa, el último plazo de seis meses comienza realmente a correr...*

Todas las situaciones continuadas no son idénticas: en función de su naturaleza, lo que está en juego puede variar con el paso del tiempo. En los casos de desaparición, de igual modo que es imprescindible que las autoridades internas competentes inicien una investigación y adopten medidas en cuanto la persona haya desaparecido en circunstancias que ponen su vida en peligro, es indispensable que los familiares del desaparecido, que se proponen reclamar en Estrasburgo por falta de investigación efectiva o por ausencia de una investigación, no demoren indebidamente su recurso ante el Tribunal. Con el paso del tiempo, la memoria de los testigos se desvanece, éstos corren el riesgo de morir o ser ilocalizables, algunos elementos de prueba se deterioran o desaparecen y las oportunidades de realizar una investigación efectiva se reducen progresivamente, de tal modo que el examen y el pronunciamiento de una sentencia por el Tribunal corren riesgo de verse privados de sentido y eficacia. Por lo tanto, en materia de desapariciones, los demandantes no pueden esperar indefinidamente para recurrir al Tribunal. Deben demostrar diligencia e iniciativa e introducir sus quejas sin dilaciones indebidas...

En los casos de desaparición, donde los familiares de las personas desaparecidas se encuentran en un estado de ignorancia e incertidumbre y donde... las autoridades no proporcionan explicaciones sobre lo sucedido, o incluso, en algunos casos, ocultan la verdad u obstruyen su manifestación, la situación no es tan clara. Es más difícil para los familiares evaluar lo que sucede, o lo que pueden esperar que suceda. Procede entonces tener en cuenta la incertidumbre y la confusión que con frecuencia marcan el período posterior a una desaparición.

En segundo lugar, el Tribunal toma nota de los textos internacionales sobre las desapariciones forzadas. El Convenio internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas establece que cualquier plazo de prescripción aplicado a la desaparición forzada debe ser de duración larga y proporcionada a la extrema gravedad de este crimen; mientras que el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional excluye la prescriptibilidad en materia de persecución de crímenes internacionales contra la humanidad, que incluyen las desapariciones forzadas. Además, habida

[352] *Ibíd,* párrs. 147-149 (subrayado nuestro).

cuenta del consenso en que debería ser posible perseguir a los autores de tales crímenes numerosos años después de los acontecimientos, el Tribunal considera que la gravedad de las desapariciones es tal que no se podría ser demasiado riguroso con los familiares en lo que concierne la celeridad que deben probar para beneficiarse de la protección de la Convención.

Sin embargo, el Tribunal considera que las demandas pueden ser rechazadas por extemporáneas en casos de desaparición cuando los demandantes esperaron demasiado, o esperaron sin razón aparente, para recurrir al Tribunal, después de haberse percatado, o haber debido percatarse, de la falta de investigación o del estancamiento o la ineficacia de la investigación realizada, así como de la ausencia, cualquiera que sea el caso, de la menor oportunidad realista de ver que una investigación efectiva será realizada en el futuro. Cuando se toman iniciativas relativas a una desaparición, los familiares pueden razonablemente esperarse a obtener nuevos elementos que permitan resolver las cuestiones de hecho o de derecho cruciales. En estas condiciones, mientras exista un contacto verdadero entre las familias y las autoridades respecto a las denuncias y solicitudes de información, o un indicio o una posibilidad realista de que las medidas de investigación progresan, la cuestión de un eventual retraso injustificado no se plantea generalmente. En cambio, al cabo de un plazo de tiempo considerable, cuando la actividad de investigación se caracteriza por retrasos e interrupciones importantes, llega un momento en que los familiares deben darse cuenta de que no hay, ni habrá, una investigación efectiva. La cuestión de saber cuándo se llega a este punto depende inevitablemente de las circunstancias del caso particular.

… Cuando, en una situación compleja de desaparición como la presente, inscrita en el contexto de un conflicto internacional, se alega que ninguna investigación se lleva a cabo y no existen contactos verdaderos con las autoridades, se puede esperar que los familiares presenten su demanda en un plazo máximo de algunos años después del incidente. Si se lleva a cabo un tipo de investigación, aunque lo sea de forma esporádica y tropiece con dificultades, los familiares pueden razonablemente esperar algunos años más, hasta que pierdan realmente la esperanza de que investigación progrese. Tras más de diez años, deben generalmente demostrar de manera convincente que se realizaron algunos progresos concretos, para justificar su retraso en recurrir ante el Tribunal. Condiciones más estrictas se aplican cuando los demandantes tienen acceso directo a las autoridades de investigación a nivel nacional"[353].

Finalmente, en la sentencia por el caso *Tashin Acar c. Turquía* (Sentencia de 6 mayo 2003, párr. 84), el TEDH tuvo ocasión de afirmar que

"*… en los casos de personas desaparecidas o que han sido asesinadas por personas desconocidas y cuando figuran en el sumario iniciaciones de prueba apoyando las alegaciones según las cuales la investigación llevada a cabo en el plano interno ha sido inferior a lo que exige el Convenio, una declaración unilateral debe al menos contener una concesión en ese sentido, así como el compromiso, por parte del Gobierno demandado, de emprender, bajo la vigilancia del Comité de Ministros en el marco de las obligaciones que le con-*

[353] *Ibíd,* párrs. 159, 161, 162, 163, 165 y 166.

fiere el artículo 46.2 del Convenio, una investigación que sea plenamente conforme a las exigencias del Convenio, tal y como las ha definido el Tribunal en casos anteriores…"

5.4. CONCLUSIONES

La obligación de investigar forma parte de una obligación de más amplio alcance que tienen a su cargo aquellos Estados que, por acción u omisión, incurren en responsabilidad internacional por la violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se trata de la obligación de asegurar y garantizar a las víctimas el acceso a la justicia y a la interposición de un recurso efectivo. La de investigar es, indudablemente también, una de las formas de reparación a la que tienen derecho las víctimas de la desaparición forzada y sus familiares, y encaja en la satisfacción ya que la realización de una investigación no representa ni una indemnización de los daños causados, ni una *restitutio in integrum*. No obstante, la investigación de los hechos ilícitos que originaron una violación tan grave de los derechos humanos como es la desaparición forzada, tiene una gran importancia para los familiares y para la víctima, si ésta reaparece con vida. Pero, como en buena parte de los casos esto no ocurre, la investigación de los hechos conserva un gran valor para los familiares porque, entre otras cosas, permite poner un triste punto y final a la angustia e incertidumbre padecidas, mitigando su dolor y permitiéndoles abordar en mejores condiciones el proceso del duelo[354].

Por todo ello, aparte de una obligación estatal, la obligación de investigar las desapariciones forzadas aparece correlativamente concebida como un derecho de las víctimas y de los familiares. A tenor de la jurisprudencia de los órganos universales y regionales aquí examinada, esa obligación requiere medidas positivas a cargo del Estado responsable, debiendo ser evacuada por sus órganos en plazo razonable, de buena fe, en forma diligente y seria (no como pura formalidad), no discriminatoria, efectiva, adecuada, exhaustiva, independiente e imparcial para que la reparación sea completa, facilite el descubrimiento y difusión de la verdad, preceda al castigo de los responsables y coadyuve por lo mismo a prevenir la repetición de violaciones semejantes en el futuro, poniendo definitivamente coto a la impunidad y ofreciendo garantías de no repetición. Como lo dijo la Corte Interamericana en un caso individual de desaparición forzada:

---

354 Lo dice de forma elocuente la Presidente de la Federación Internacional de Asociaciones de Familias de Personas Desaparecidas en conflictos armados: «… las familias de los desaparecidos pierden también algo más, pierden un miembro de la familia. Es una pérdida permanente, insoportable, que recuerdan a diario. Las familias necesitan reunirse con sus seres queridos o recuperar sus restos para darles sepultura. Si no se les dice la verdad, no pueden entender y perdonar lo que les ha ocurrido. Tienen que hacer frente a los horrores sin vergüenza, aceptando volver a ser una familia para conservar su linaje y enseñar a sus hijos sus ideales familiares, su fe, su comunidad y su país… Una persona perdida provoca únicamente sufrimiento, no luto. El luto es la segunda fase frente a una pérdida y nos permite cambiar la vida a partir del conocimiento y la aceptación de la pérdida. Nos permite convertir nuestra relación con la persona fallecida en un recuerdo que ya no enturbia nuestros pensamientos. La verdad cierra las heridas para que pueda iniciarse el proceso de sanación». J. E. DURGON-POWERS, «Paz sostenible tras los conflictos armados y el derecho de los familiares a información veraz sobre el destino de las personas desaparecidas», en C. FALEH PÉREZ; C. VILLÁN DURÁN, (Dirs.): *Estudios sobre el derecho humano a la paz*, Madrid, 2010, p. 209.

> "*... los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos tienen el derecho a conocer la verdad sobre estas violaciones. Este derecho a la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación para la víctima y sus familiares y da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer. Por otra parte, el conocer la verdad facilita a la sociedad... la búsqueda de formas de prevenir este tipo de violaciones en el futuro... En consecuencia, los familiares de las víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que lo sucedido a aquéllas sea efectivamente investigado por las autoridades estatales, se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos y, en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido*"[355].

Además, el derecho interno del Estado debe ofrecer el marco jurídico adecuado para la investigación y sanción de conductas criminales tan graves, debiendo las autoridades remover todos los obstáculos fácticos y jurídicos que impidan el cumplimiento de la obligación de investigar cabalmente las desapariciones forzadas. En particular, a los jueces y tribunales corresponde hacer que prevalezcan las obligaciones internacionales ante las leyes y normas de derecho interno, ejerciendo lo que la Corte Interamericana denomina "control de convencionalidad", apartando y no aplicando, en consecuencia, toda norma interna que obstaculice las investigaciones.

Hasta que no se aclare la suerte de la persona desaparecida, el deber de investigar subsiste teniendo en cuenta que, en el caso de hechos ilícitos continuados en el tiempo como las desapariciones forzadas, el contenido de la responsabilidad internacional obliga al Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito "a) a ponerle fin, si ese hecho continúa; b) a ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen", sin que, como decimos, frente a las obligaciones de reparación, entre las que figura la obligación de investigar, pueda el Estado responsable "invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben"[356].

En el caso de España, desde la insurrección militar del 17 de julio de 1936 y después, durante la guerra civil y la dictadura, se cometieron en nuestro país miles de casos de desapariciones forzadas, incluidas las de los llamados *niños robados*[357], cuyo esclarecimiento es aún entre nosotros una cuestión pendiente, pese a todo el tiempo transcurrido, pese a la llegada de la democracia y pese a la promulgación de la Ley llamada de memoria histórica[358]. Aunque esta ley persigue, entre otros objetivos, "reconocer y ampliar derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura [y]

---

[355] Párrs. 78-79 de la sentencia de la CIDH en el caso *Gómez Palomino c. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), del 22 de noviembre de 2005.

[356] Artículos 30 y 32 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, doc. A/RES/56/83, 28 de enero de 2002.

[357] En efecto, se trata de miles de casos de niños supervivientes de las cárceles franquistas, arrebatados a sus madres presas o asesinadas, y entregados a otras familias, siendo criados con otra identidad y separados de sus verdaderas familias. Sobre este drama, v. M. ARMENGOU; R. BELIS, *Los niños perdidos del franquismo*, Barcelona, 2002; M. ARMENGOU; R. BELIS, *Las fosas del silencio*, Barcelona, 2004; M. A. RODRÍGUEZ ARIAS, *El caso de los niños perdidos del franquismo: Crimen contra la humanidad*, Valencia, 2008 y R. VINYES, *Irredentes. Las presas políticas y sus hijos en las cárceles franquistas*, Madrid, 2010.

[358] Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

promover su reparación moral" (artículo 1.1), nada dice sin embargo en lo atinente a la investigación de los casos, excepto en lo que se refiere al fomento de la investigación de carácter histórico sobre la Guerra Civil y el franquismo, una de las funciones del Centro Documental de la Memoria Histórica (artículo 20.c de la Ley), lo que es notoriamente insuficiente a la luz de las obligaciones jurídicas internacionales del Estado. Ciertamente, la Ley declara que sus disposiciones "son compatibles con el ejercicio de las acciones y el acceso a los procedimientos judiciales ordinarios y extraordinarios establecidos en las leyes o en los tratados y convenios internacionales suscritos por España" (disposición adicional segunda). También establece que las administraciones públicas "facilitarán a los descendientes directos de las víctimas que así lo soliciten las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas violentamente durante la Guerra Civil o la represión política posterior y cuyo paradero se ignore" y contempla otras medidas para la identificación y localización de víctimas (artículos 11 y 12).

Pero todo ello no es bastante para afirmar que España —que no cuenta en su legislación penal con un tipo específico para reprimir expresamente la desaparición forzada y disuadir de su comisión[359]— ha cumplido debidamente sus obligaciones internacionales, en especial si se considera que las desapariciones forzadas son crímenes permanentes o continuados que el Estado debe investigar de oficio, sin esperar al ejercicio de las acciones pertinentes por los familiares afectados, y que tienen carácter de imprescriptibles[360]. En este sentido, en 2008 el Comité de Derechos Humanos le recordó a España que "los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles" y que "las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto", al tiempo que constató "los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas"[361], lo que forma parte de su derecho a obtener justicia. De igual modo, las Observaciones finales aprobadas al año siguiente por el Comité contra la Tortura—tras reiterar que, "en consideración al arraigado reconocimiento del carácter de *jus cogens* de la prohibición de la tortura, el enjuiciamiento de actos de tortura no se debe limitar por el principio de legalidad, ni por el efecto de la prescripción"— señalan claramente que España "... debería asegurar que los actos de tortura, que también incluyen las desapariciones forzadas, no sean crímenes sujetos a amnistía" y alientan a nuestro país a "continuar e incrementar sus esfuerzos para ayudar a las

[359] La CDF obliga a los Estados a tomar "las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal" (artículo 4). Para un análisis comparado e internacional de los elementos del tipo penal y una propuesta legislativa, v. K. AMBOS (Coord.), *Desaparición forzada de personas Análisis comparado e internacional*, Bogotá, 2009, 255 p.

[360] Como lo dice Giulia Tamayo, «sin mecanismos de investigación para esclarecer los crímenes del pasado, descartada la memoria histórica o colectiva como objeto de legislación, con ninguna pretensión respecto de justicia material e individualizada, y sin establecer reparaciones a las víctimas conforme a la naturaleza de los crímenes sufridos, la ley aprobada finalmente si bien ha eliminado los aspectos más preocupantes, dista mucha de saldar la deuda pendiente del Estado español con aquellas víctimas que padecieron graves violaciones de derechos humanos y que fueron privadas de reparación y el derecho a interponer recursos». G. TAMAYO, «Los derechos de las víctimas de la guerra civil española y el franquismo en el contexto de la experiencia mundial y las obligaciones internacionales sobre verdad, justicia y reparación», *Entelequia*, Monográfico, nº 7, septiembre 2008, p. 256.

[361] NACIONES UNIDAS, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos (España)*, doc. CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, p. 2, párr. 9. Las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos relativas al quinto informe periódico español fueron aprobadas por el Comité de Derechos Humanos el 30 de octubre de 2008. El Comité recomendó a España «a) considerar la derogación de la Ley de amnistía de 1977; b) tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales; c) prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura; y d) permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas». *Ibíd.*

familias de las víctimas a esclarecer la suerte de los desaparecidos, identificarlos y obtener las exhumaciones de sus restos, siempre que sea posible"[362]. En tercer lugar, ese mismo año el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias recordó al Gobierno que, conforme a la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, "todo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad (art. 4.1) y que los Estados realizarán investigaciones exhaustivas e imparciales mientras no se haya aclarado la suerte de la víctima de una desaparición forzada (art. 13.6)"[363].

No hay que olvidar, por último, que las desapariciones forzadas, como ocurre con otros crímenes contra el derecho internacional de los derechos humanos, son síntoma frecuente de una *patología* o signo visible tras el cual se ocultan otras violaciones de los derechos humanos. Por eso, creemos firmemente que, para prevenir las desapariciones forzadas, hay que afrontar decididamente los retos que comporta una educación por y para los derechos humanos y la paz, para la resolución y transformación no violenta de todos los conflictos, así como para la realización efectiva de las libertades y derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, cuya violación esconden las desapariciones forzadas y toma forma de represión de la disidencia política, pobreza, exclusión social, analfabetismo, salud y alimentación deficitarias, etcétera.

[362] Las Observaciones finales relativas al quinto informe periódico español fueron aprobadas por el Comité el 12 y 13 de noviembre de 2009. NACIONES UNIDAS, *Informe del Comité contra la Tortura*, 43º y 44º períodos de sesiones (2 a 20 de septiembre de 2009 y 26 de abril a 14 de mayo de 2010), Asamblea General, Documentos Oficiales, Sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 44 (A/65/44), Naciones Unidas, Nueva York, 2010, pp. 60-61, párr. 21 (subrayado añadido).
[363] NACIONES UNIDAS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, doc. A/HRC/13/31, 21 de diciembre de 2009, párr. 502, p. 97.

6. La obligación del Estado de reparar las violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las formas de reparación

ESTHER LÓPEZ BARRERO
Profesora de Derecho Internacional Público
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

6.1. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones complejas y difíciles de resolver dentro del tema de la justicia transicional es el asunto de las reparaciones. La reparación, como se estudiará en este capítulo, es un elemento esencial de la responsabilidad internacional de los Estados, que aparece tanto en el Derecho internacional general, como en ámbitos sectoriales de este ordenamiento jurídico, cuando se viola alguna norma de este ordenamiento jurídico.

Puesto que el Derecho no es estático, los cambios en el Derecho internacional y en el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) han afectado en especial a la manera de orientar las reparaciones. El aumento de la importancia de las personas en el Derecho internacional, como individuos con cierta subjetividad internacional en especial en el ámbito del DIDH, ha hecho igualmente evolucionar las formas de reparación, sobre todo en este ámbito[364]. En este sentido, el DIDH cada vez se centra más en las víctimas y menos en el Estado lesionado o en el Estado que comete la violación. En la esfera de las reparaciones, este cambio ha supuesto una ampliación de la concepción clásica de la reparación. Lo que se pretende lograr ahora es una reparación integral que incluye, además de la tradicional compensación económica, otros aspectos que procuran una compensación equitativa y plena, adecuada y justa[365].

Este capítulo constituye un estudio introductorio sobre la obligación de reparar, desde la perspectiva del Derecho internacional general y del DIDH, repasando su fundamen-

[364] Un ejemplo de esta situación es el papel que se le da a las víctimas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Véanse los artículo 43.6, 57.3.c) y 68. Consultar también, F. GOMEZ ISA, F., "El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos", en F. GÓMEZ ISA (DIR.), *El derecho a la memoria,* p 25.

[365] F. GOMEZ ISA, "El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos", F. GOMEZ ISA (Dir.), *Op. cit*, p 23.

tación, la evolución que ha tenido dentro del DIDH, así como las principales formas de reparación que se aplican. El tema de las reparaciones en los periodos de transición, en concreto en el caso español, se desarrolla en otros capítulos de esta misma obra.

6.2. MARCO GENERAL. LA REPARACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL.

6.2.1. LA OBLIGACIÓN DE REPARAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL: FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN DE REPARAR

De acuerdo con el Derecho internacional general, cuando los Estados incumplen con las normas internacionales con las que se han comprometido incurren en responsabilidad internacional y surgen, por un lado, la obligación de cesación del daño, y si las circunstancias lo exigen, la de ofrecer seguridad y garantías adecuadas de no repetición, y por otro, la de reparación del daño causado[366]. La obligación de reparar, por tanto, es una obligación de carácter secundario, que nace entre el Estado infractor y el lesionado desde que se verifica la existencia de responsabilidad internacional, y que ha sido reconocida en el Derecho internacional general de manera amplia. Así, el Proyecto Definitivo de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (Proyecto definitivo de la CDI) en su artículo 31 reconoce la obligación de los Estados que hayan sido declarados responsables "a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito"[367]. Igualmente, la jurisprudencia internacional ha mantenido durante décadas esta misma línea. Por referir un ejemplo reciente, el Tribunal Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre el *Muro de Palestina* ha reiterado el carácter consuetudinario de la obligación de reparar, así como las formas de reparación, que ya fijó la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Asunto de la Fábrica Chorzow* (1928)[368]. Esta opinión del TIJ viene a ratificar toda la jurisprudencia internacional anterior que reconoce como obligación básica de Derecho internacional la obligación de reparar el daño causado en las relaciones entre Estados[369].

[366] Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, CDI, 53º periodo de sesiones, art 31.1

[367] CDI, Proyecto Definitivo de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado en el 53º periodo de sesiones (A/56/10) y anexado por la Asamblea General en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

[368] ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, para. 152.

[369] En este sentido se pueden consultar también ICJ, *Reparations for Injuries suffered in the Service of United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, p 184; *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, ICJ Reports 1980, para. 90.

6.2.2. FORMAS DE REPARACIÓN RECOGIDAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

En 1928 la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Asunto de la Fábrica Chorzow* dejó fijadas las formas de reparación que el Derecho internacional consuetudinario tenía ya admitidas. El Proyecto definitivo de la CDI recoge en su articulado las formas clásicas de reparación: restitución, indemnización y satisfacción, que son las que se aplican en el derecho internacional general:

> "*Artículo 34.- Formas de reparación*
>
> *La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo.*"

Las diferentes modalidades de reparación se recogen el Proyecto definitivo de la CDI en los siguientes términos, que obviamente recogen la práctica consuetudinaria:

> "*Artículo 35.- Restitución*
>
> *El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:*
>
> *a) No sea materialmente imposible;*
>
> *b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.*
>
> *Artículo 36.- Indemnización*
>
> *1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.*
>
> *2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado.*
>
> *Artículo 37.- Satisfacción*
>
> *1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.*

2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada.

3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable."

Queda claro, por tanto, que la responsabilidad internacional del Estado hace nacer el derecho a la reparación en el ámbito del Derecho internacional general. Ahora bien, hay otros sectores del Derecho internacional, en los que se aplican sistemas especiales de responsabilidad internacional, como la responsabilidad internacional del individuo (Responsabilidad Penal Internacional) o la responsabilidad internacional por violación de derechos humanos[370]. Centrándonos ahora en el ámbito del DIDH, que constituye el objeto central de este trabajo, la cuestión que hay que clarificar es qué ocurre con la obligación de reparación cuando el que sufre el daño no es un Estado, sino una persona física o un grupo de personas físicas; todo ello, dentro de la previsión contenida en el artículo 55 del Proyecto definitivo de la CDI:

"*Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional.*"

6.3. LA REPARACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

6.3.1. CARACTERIZACIÓN GENERAL

La especialidad que presenta el DIDH con respecto al Derecho internacional general, la de tutelar relaciones no interestatales (relaciones horizontales), sino entre Estados y personas físicas (relaciones verticales), no afecta a la relación intrínseca que existe entre el Derecho a la reparación y la responsabilidad por la comisión de ilícitos. De manera que en el ámbito del DIDH también existe la obligación de reparar como elemento esencial de la responsabilidad de los Estados por violaciones de este tipo de normas internacionales[371].

[370] Sobre la responsabilidad internacional del individuo por crímenes internacionales se puede consultar J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz*, Madrid: E. Parthenon, 2007, pp. 41-67.

[371] Ver A. SALADO OSUNA, "La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos: la obligación de reparar en los sistemas regionales de protección", en *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Libro Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla / Málaga / Huelva: Universidad de Sevilla /Universidad de Málaga/Universidad de Huelva, 2005, pp. 1251-1271.

En este sentido, el Proyecto de Artículos de Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI (art 33.2[372]), en combinación con los tratados de derechos humanos, la jurisprudencia de los tribunales especiales de derechos humanos, y las interpretaciones de los informes de Naciones Unidas, reconocen la obligación de los Estados de reparar como un elemento clave en los casos de violaciones de derechos humanos, con sus propias características específicas.

Se está pues ante el deber de llevar a cabo una reparación rápida, plenamente eficaz, y proporcional al daño causado tendente a eliminar o reparar las consecuencias del perjuicio padecido, así como evitar que se cometan nuevas violaciones a través de la prevención y la disuasión; tal y como explicitaron los Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación elaborados por Theo van Boven[373]. Teniendo además en cuenta, en palabras del Relator Especial sobre Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas, que el reconocimiento del derecho de las víctimas o de sus familiares a recibir una reparación adecuada equivale a reconocer la responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos; y añadiendo que éste estará obligado a cumplir con la obligación de investigar las denuncias de violaciones de derechos humanos, presupuesto necesario para la concesión de la reparación[374].

A modo de ejemplo de lo señalado, y sin pretender agotar todos los textos de DIDH, se citan a continuación los artículos de algunos tratados de derechos humanos que contienen el reconocimiento expreso de la obligación de reparar. Así, en el artículo 9.5 del PIDCP, se dice que "toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación". Igualmente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 5.5 señala que "toda persona víctima de una privación de libertad o detención realizada en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación". En el ámbito sectorial, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas inhumanos, crueles o degradantes, en su artículo 14 establece que "todo Estado Parte velará porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización". En términos similares esta obligación se recoge en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, artículo 6, o en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 39, en la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículos 15 y 16.9, o en el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, artículos 15 y 16. Dentro de los tratados regionales, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 10 dice que "toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial", y el art. 21.2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos también

---

372 El artículo regula el alcance de las obligaciones internacionales enunciadas en el Proyecto de Artículos, afirmando en su apartado segundo que: "*La presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado.*"

373 SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN A LAS MINORÍAS: -"La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: Serie revisada de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación, preparada por el Sr. Theo van Boven de conformidad con la decisión 1995/117 de la Subcomisión", Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 de mayo de 1996, párrs. 6 y 7.

374 Ver COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: "Informe del Relator Especial sobre las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias", documento de las Naciones Unidas CN.4/1995/61, de 14 de diciembre de 1994, para. 711

habla de la reparación al decir que "en caso de expoliación, el pueblo desposeído tendrá derecho a la recuperación legal de su propiedad así como a una compensación adecuada".

Igualmente, y por citar un solo ejemplo de entre los muchos posibles, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General nº 31 ha recogido y desarrollado lo referido. Así, el párrafo 3 del artículo 2 requiere que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados. Si no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del Pacto han sido violados, la obligación de proporcionar un recurso efectivo, que es fundamental para la eficacia del párrafo 3 del artículo 2, no se cumple. Además de la reparación explícita exigida por el párrafo 5 del artículo 9 y el párrafo 6 del artículo 14 el Comité considera que el Pacto entraña por lo general una indemnización adecuada. El Comité señala que, cuando procede, la reparación puede entrañar la restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como apologías públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y las prácticas pertinentes, así como al sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos.[375]

6.3.2. EVOLUCIÓN

Asentado el principio, al igual que ocurre en el Derecho internacional general, de que toda violación de los derechos humanos hace nacer la obligación del Estado de reparar a las víctimas o a los familiares, en su caso, conviene aclarar que la reparación deberá existir tanto si la violación es individual, como si es masiva, independientemente de que haya sido cometida por agentes estatales o por particulares con el consentimiento del poder público. En este sentido, es interesante ver cómo ha ido evolucionando, ampliándose, el contenido de la reparación a medida que ha ido avanzando el DIDH y que ha ido cambiando su centro de gravedad desde los infractores a las víctimas, lo que ha hecho nacer el derecho a reparar de las víctimas, que vendría a ser el *alter ego* de la obligación de reparar de los Estados.

Desde la aparición del DIHD hasta hoy, la obligación de reparar ha ido aumentando su espectro y se ha liberado del marcado peso económico que tenía, de manera que en la actualidad se busca que la reparación sea lo más justa y procure dar satisfacción completa a la violación previa cometida. El cambio en la concepción de la justicia favoreció esta evolución de la obligación de reparar. Así, principalmente a partir de 1985 se pasa de una concepción de justicia retributiva, que era la perspectiva tradicional, a una nueva concepción de la justicia reparadora, en la que la obligación de reparar pasa a un primer plano. Este nuevo concepto implica situar en planos iguales al ofensor, a las víctimas y la comunidad internacional, y busca la reparación y la reconciliación, siempre que sea posible[376].

---

[375] Ver COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: "Observación General nº 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto", adoptada por el Comité de Derechos Humanos en su 80ª Período de sesiones, 29 de marzo de 2004, Documento de las Naciones Unidas: HRI/GEN/1/Rev.7 at 225, para. 16.

[376] En este sentido, F. GOMEZ ISA, "El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos", *op cit*, p 25; R. MANI, *Beyond Retribution, Seeking Justice in the Shadows of War,* Cambridge: Polity Press, 2002; A. RIGBY, *Justice and Reconciliation after after de Violence,* London: Lynne Rienner Publishers, 2001; H. STRANG, *Repair o Revenge, Victims and retroactive Justice,* Oxford: Oxford Clarendon Press, 2002. Sobre la evolución en la concepción de la justicia, en especial apli-

Como reflejo de este cambio de concepción en la justicia y del aumento del protagonismo de las víctimas en la esfera internacional basta citar el Estatuto de Roma para la creación del Tribunal Penal Internacional (17 de julio de 1998, en vigor desde el 2002), o los Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados en 2005 por la Asamblea General de las Naciones Unidas[377], y que como bien se ha dicho, suponen un "acuerdo universal sobre el derecho de las víctimas a obtener reparación"[378]. Los Principios y Directrices son uno de los textos principales de recepción de esta nueva concepción de la justicia. En línea con esta nueva tendencia, los principios reconocen que sitúan a las víctimas en el centro del derecho a la reparación. Además se basan en un concepto amplio de víctima, al afirmar que:

> "*A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización*". (Principio 8º).

E igualmente, propugnan que se respeten todos los derechos que les corresponden a las víctimas:

> "*Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencias o traumas gocen de una consideración y atención especiales, para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma*" (Principio 10º).

Por otra parte, desde la perspectiva de la obligación de reparar, los Principios recogen, por un lado, la obligación del Estado de atender las reclamaciones individuales o colec-

---

cada a los procesos de transición resulta interesante J. BONET PÉREZ; R. ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Bilbao: Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 53, 2009, pp. 124-141; J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional... Op cit*, pp. 273, 301.

[377] Resolución 60/147, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005.

[378] AEDIDH, *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la guerra civil y la dictadura*, p 18 (http://www.aedidh.org/sites/default/files/dictamen%20mayo%2008-1.pdf)

tivas, cuando sea oportuno, y de establecer las medidas necesarias para que la reparación sea rápida, plenamente eficaz, y proporcional al daño causado, y por otro, la de evitar que se cometan nuevas violaciones a través de la prevención y la disuasión.

Además incluyen un elenco amplio y abierto de formas de reparación, tal y como se explica más adelante, que trata de responder a la concepción de justicia retributiva.

6.3.3. FORMAS DE REPARACIÓN: EXAMEN GENERAL Y ALGUNOS MATICES EN EL ÁMBITO TRANSICIONAL

El punto de partida en este aspecto es que el DIDH recoge y se hace eco de las formas de reparación admitidas en el Derecho internacional general, profundizando en algunas de las formas o medios de ejercer la reparación, como se verá a continuación. No obstante, antes de entrar en el análisis de las formas de reparación en concreto, vamos a señalar tres cuestiones previas importantes para la determinación de las mismas: la necesidad de identificación de las víctimas, la participación de las propias víctimas en el proceso de reparación, y la valoración de la reparación.

Un factor importante para la correcta aplicación del derecho a la reparación es la *identificación de las víctimas*. Este factor remite directamente a la relación que mantiene el derecho a la reparación con el deber de investigación y el derecho a la verdad. Dentro del grupo de víctimas es necesario distinguir entre víctimas directas e indirectas y víctimas individuales y colectivas. Se consideran víctimas indirectas "las que no ha sufrido directamente las violaciones, pero están vinculadas a las víctimas directas"[379]. Se habla de víctimas colectivas cuando el daño no lo sufre un sujeto, sino un grupo que se haya unido por razón de la raza, el idioma, la religión, etc.

Igualmente es importante para una correcta aplicación de la reparación la participación de las propias víctimas, su implicación en el proceso de reparación. Este aspecto adquiere especial relevancia sobre todo en los casos en que la reparación se orienta a los daños morales, como suele ocurrir en los casos de violaciones masivas de derechos humanos, en especial en los periodos de transición. En estos supuestos resulta crucial que las víctimas intervengan en el proceso de definición del programa de reparación. Ahora bien, para que esta posibilidad resulte efectiva es necesario un cierto grado de organización de las víctimas, que deberán participar en los procesos a través de asociaciones, que, además de permitir la coordinación de intereses, tienen más capacidad de presión y de lograr que se apruebe un programa que satisfaga los intereses de las mismas[380].

Por lo que respecta a la cuestión de la valoración de la reparación, en términos generales se establece que debe ser adecuada y justa[381]. No obstante, la determinación de estos

[379] GOMEZ ISA, F., "El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos", *op cit*, p 54. En el ámbito regional iberoamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace una distinción destacable sobre las víctimas directas e indirectas. Así, señala que los familiares de las víctimas deben ser reparados respecto de aquellas violaciones de las que son víctimas directas y, en su caso, respecto de aquellas violaciones en las que son causahabientes de la propia víctima. Véase C. NASH ROJAS, *Las Reparaciones ante la Corte interamericana de Derechos Humanos*, Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2004, pp. 47-49.

[380] GOMEZ ISA, F., "El derecho... *Op cit*.

[381] Sobre la necesidad de que la reparación sea adecuada y justa resulta especialmente ilustrativa la sentencia de la Corte IDH en el *caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Indemnización Compensatoria (art. 63.1*

criterios es compleja. Como norma, en el DIDH la valoración se hará atendiendo a las circunstancias especiales del caso concreto[382], y ello, porque la noción de violación de derechos humanos, así como la reparación que lleva aparejada, se asientan sobre la presunción de que se trata de comportamientos excepcionales. En los casos de violaciones masivas de derechos humanos la posibilidad de analizar las circunstancias de cada caso concreto se complica extremadamente, haciéndose igualmente compleja la concreción real de una reparación "adecuada y justa". En estos casos es necesario equilibrar las especialidades del DIDH y en especial el papel que juegan las víctimas en ellas, con los estándares del derecho internacional, a la hora de fijar una reparación "adecuada y justa".

En cuanto a las formas de reparación en el ámbito del DIDH, el texto que mejor recoge las formas de reparación en este ámbito es el de los Principios y Directrices de 2005. La propia Comisión de Derecho Humanos en el texto de los Principios reconoce que estos Principios y Directrices contienen mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes, pero que no suponen la creación de nuevas obligaciones jurídicas internacionales[383]. Del Principio 18º al 23º se recogen las diversas modalidades de reparación en los términos que se explican a continuación. A modo introductorio, el Principio 18º fija las características básicas de la reparación (apropiada, proporcional, plena y efectiva[384]) y enumera los mecanismos y procedimientos a los que los Estados pueden recurrir, sin perjuicio de que apliquen otras medidas más adecuadas al asunto en concreto del que se trate, dado que no es una lista cerrada lo que contienen los Principios y Directrices[385]:

> "*Conforme al Derecho interno y al Derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios*

Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 21 de julio de 1989, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 7*, para 174.

[382] COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, "Principios y directrices básicos sobre…", *op. cit.*, para. 18.

[383] COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y a obtener reparaciones", Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/2005/L.10/Add.11, de 19 de abril de 2005, para. 8 del Preámbulo, para. 15-23.

[384] En términos similares se recoge en el Proyecto Definitivo de Artículos de la CDI, artículos 35.b) y 37.3:

[385] Así, aunque no se incluyen en el elenco de las medidas recogidas en los Principios y Directrices del 2005, se podrían adoptar también como formas de reparación: la disolución de grupos armados paramilitares; la derogación de disposiciones de excepción, legislativas u otras que favorezcan la comisión de violaciones de derechos humanos; la anulación de procesos judiciales; el derecho a ser informado de la situación y suerte corrida por las víctimas, en el caso de desapariciones forzadas, o el deber de restituir el cuerpo. Sobre la libertad de elección del medio de reparación, resultan interesantes algunas resoluciones de la Corte IDH, como la recaída en el asunto *Garrido y Baigorria v. Argentina, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos,* en la que la Corte afirmó que "La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la restitutio in integrum de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc." Véase, Caso Garrido y Baigorria v. Argentina, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C: Resoluciones y Sentencias No. 39, para. 41.

19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición."

De acuerdo con estos Principios, la forma más perfecta de reparación y a la que hay que aplicar siempre que sea posible es la *restitución* (principio 19), que implicaría devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Aun siendo la forma más perfecta, la reparación en la mayoría de los casos es una modalidad que no puede aplicarse:

"*19. La* restitución*, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.*"

En segundo lugar, se incluye la indemnización (principio 20), que es más común como medio de reparación. Supone una compensación económica por los daños sufridos a todos los niveles. La indemnización debe concederse de forma adecuada y ser proporcional a la violación y las circunstancias en que sucede ésta:

"*20. La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:*

a) El daño físico o mental;

b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;

c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;

d) Los perjuicios morales;

e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales".

En tercer lugar, se incluye la *rehabilitación* (principio 21), que es el medio idóneo para los casos en que hay secuelas físicas o psicológicas importantes:

"*21. La* rehabilitación *ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.*"

La satisfacción, o reparación moral, se recoge en cuarto lugar (principio 22) y puede adoptar diversas formas: disculpas públicas, búsqueda de las personas desaparecidas y/o asesinadas, declaración oficial o decisión judicial restableciendo la dignidad, la reputación y los derechos de las víctimas, etc. Esta forma de reparación está directamente relacionada con el derecho a la verdad:

"*22. La satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:*

a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones;

b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones;

c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad;

d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;

e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;

f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;

g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas;

h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles."

Y en quinto y último lugar, se incluyen las garantías de no repetición (principio 23), que recoge todo el conjunto de medidas orientadas a que no se vuelvan a cometer las violaciones de derechos humanos:

"*23. Las garantías de no repetición han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención:*

a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;

b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;

c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;

d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;

e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad;

f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;

g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales;

h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan."

Como se ha podido ir viendo, dentro del DIDH la obligación de reparar adquiere tintes más amplios y más perfectos, desde la perspectiva de la superación del hecho ilícito del que nace. Como consecuencia de la concepción misma de la reparación en este contexto, el derecho a la reparación mantiene una indisoluble relación con el derecho a la verdad y el derecho a la justicia, dado que para que se pueda aplicar una reparación integral y sanadora es necesario la búsqueda y el logro de ambas. Estos dos factores se constituyen como dos medios necesarios para logar una reparación integral y como formas de reparación en sí.

A todo lo anterior conviene añadir, brevemente pues este tema es objeto de un artículo monográfico dentro de esta obra, que el derecho a la verdad implica el conocimiento de los hechos, no sólo por parte de las víctimas, sino por la sociedad. El reconocimiento público de los hechos, de la verdad, se situaría en el ámbito del derecho a la reparación, como una forma de satisfacción, incluida entre el elenco de formas posibles que reco-

nocen los Principios y Directrices de las Naciones Unidas (Principio 22º)[386]. En la determinación de esta forma de reparación es importante destacar la labor la de Corte Interamericana de Justicia. A modo de ejemplo, en el Caso *Myrna Marck c. Guatemala*, la Corte no sólo reconoció el derecho a la verdad, tanto de las víctimas como de la sociedad, sino que además reconoció que el conocimiento de la verdad es un medio importante de reparación, incluyendo la difusión pública de la verdad como un medio importante de reparación[387]. Por otra parte, la importancia del conocimiento y reconocimiento de la verdad como forma de reparación en los procesos de transición se ve apoyada por la creación en prácticamente todos estos procesos de Comisiones de la Verdad, cuya labor tiene mucha importancia desde la perspectiva de la reparación y la reconciliación que se trata de lograr a través de estos procesos.

El reconocimiento del derecho a la reparación en los contextos de transición puede reclamar un cierto margen para que los Estados puedan fijar en base a criterios de equidad cuál es la amplitud que se le puede dar a este derecho, de manera que se cumpla sin conculcar otros valores básicos de justicia[388]. Además, un derecho a la reparación integral, como reclaman los Principios y Directrices de las Naciones Unidas y los textos de justicia transicional, implica la aplicación de diversas formas de reparación para poder dar satisfacción completa a las víctimas. En este sentido, la reparación en estos procesos conlleva una carga de satisfacciones inmateriales de mayor peso que las puramente económicas, dado que pretende lograr, no sólo la satisfacción de las víctimas, sino la reconciliación nacional[389]. De ahí la necesidad de que sí que exista el reconocimiento y el ejercicio del derecho de reparación en los textos de justicia transicional, y la necesidad de este reconocimiento se derivaría de la existencia de una obligación internacional para los Estados, puesto que las especialidades de la justicia transicional no hacen desaparecer el fundamento del derecho a la reparación como elemento esencial de la responsabilidad internacional del Estado.

Por otra parte, hay que señalar que en los casos de reparaciones en periodos de transición, el problema principal que se plantea a la hora de elegir las formas de reparación es que los tiempos de las víctimas y los de los poderes públicos, en cuanto a las necesidades de la reparación que tienen cada uno, no suelen coincidir. Los poderes públicos quieren reparaciones rápidas y poco dilatadas en el tiempo, mientras que las víctimas, por el propio proceso de superación del daño, necesitan más tiempo y periodos más amplios de reparaciones. Desde esta perspectiva, si se enfoca el derecho a la reparación desde el punto de vista de las víctimas, se puede hablar de la reparación más como un proceso que como un solo acto. Si tenemos en cuenta que las reparaciones en los casos de las violaciones graves de derechos humanos en los periodos de transición lo que pretenden es reconstruir el tejido social y resituar a las víctimas en el contexto político que les corresponde, la completa satisfacción de estos intereses reclama un conjunto de medidas, que no pueden circunscribirse a un momento determinado. En este sentido, lo que se logra con este tipo de reparaciones es aplicar una justicia reparadora y transformadora[390].

---

[386] Véase F. GOMEZ ISA, "El derecho... *Op. cit*, p 38; A. BARAHONA DE BRITO; C. GONZÁLEZ-ENRIQUEZ; P. AGUILAR (Eds), *The Politics fo Memory. Transicional Justice in Domocratizing Societies,* Oxford University Press, Oxford, 2001.

[387] *Caso Myrna Marck Chang vrs Guatemala,* Corte interamericana de Justicia, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, nº 101, para.274-275.

[388] A. O´SHEA, *Amnesty for Crime in International Law and Practice,* The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 275.

[389] F. GOMEZ ISA, "El derecho... O*p cit*, p 36.

[390] F. GOMEZ ISA, "El derecho... *Op cit*, pp. 51-52.

7. La responsabilidad penal individual por crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad. Derecho comparado y práctica española

LYDIA VICENTE MÁRQUEZ
Abogada y consultora internacional de Derechos Humanos

7.1. INTRODUCCIÓN

En los últimos dos siglos, la cuestión de la subjetividad internacional del individuo (y en consecuencia, de la responsabilidad internacional del mismo), ha experimentado una profunda evolución. El modo en que se definen la Comunidad internacional y sus principios ha determinado el tránsito de un sistema internacional puramente interestatal construido sobre el principio de soberanía a otro orden internacional en el que el Derecho Internacional contemporáneo reconoce la existencia de otros sujetos de derechos y obligaciones diferentes al Estado, caso de las Organizaciones Internacionales, el individuo, grupos rebeldes o guerrilleros e incluso las compañías transnacionales.

El Derecho internacional contemporáneo es así el fruto de un proceso de evolución de la propia ética de la Comunidad internacional en su conjunto en la que la protección de la persona –independientemente de su nacionalidad- se ha convertido en una obligación[391]. Dentro de este proceso, la articulación, desarrollo y perfeccionamiento del Derecho internacional penal y del Derecho internacional de los Derechos Humanos han respondido al empeño de poner fin a cualquier resquicio de impunidad y colmar la necesidad de proteger a las víctimas de violaciones graves y atrocidades masivas "que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad"[392], haciendo efectivo el derecho a la justicia -en su sentido más amplio- y la reparación de los daños sufridos, incluida la no repetición de tales hechos.

No obstante, la aplicación de este marco legal no está exenta de problemas ya que, por un lado, su integración o incorporación en los distintos ordenamientos jurídicos es objeto de debate y, por otro, los tribunales internos en los que se apoya el sistema de justi-

[391] J. ZALAQUETT DAHER, "El Caso Almonacid. La noción de una obligación imperativa de Derecho internacional de enjuiciar ciertos crímenes y la jurisprudencia Interamericana sobre leyes de impunidad", *Anuario de Derechos Humanos*, 2007.
[392] Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de Julio de 1998 y que entró en vigor el 1 de Julio de 2002, U.N. Doc. A/CONF.183/9.

cia internacional no pueden o no están dispuestos a ejercer su papel de agentes de la Comunidad Internacional al perseguir y sancionar crímenes de Derecho internacional, como lo son el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

7.2. LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL: NUEVOS MECANISMOS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL PARA GARANTIZAR LA JUSTICIA

Nuremberg marcó un hito al reconocer en forma explícita la posibilidad de exigir responsabilidad a las personas que, actuando "ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones (...) lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución" de ciertos crímenes de Derecho internacional, así como a "los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución"[393]. Para reforzar este principio, el Estatuto de Nuremberg además establecía que ni el cargo oficial ni la obediencia de órdenes del gobierno o de un superior podían conducir a la exclusión de la responsabilidad penal[394]. Si hasta ahora, la tradicional responsabilidad del Estado al implementar políticas represivas, no permitía vislumbrar al individuo detrás de su aparato[395], "levantar el velo" estatal, haciendo decaer la inmunidad soberana, ha sido una respuesta necesaria para impedir huecos vacíos de responsabilidad frente a la comisión de crímenes atroces y para, al mismo tiempo, hacer justicia a las víctimas. Estos principios y normas se consolidaron en los años 90 con los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda (TPIY y TPIR, respectivamente)[396], cuyas disposiciones vinieron a codificar normas de Derecho internacional consuetudinario preexistentes[397]. La culminación de este proceso se produciría con el

[393] Artículo 6: "El Tribunal (...) estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones: Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal (a) crímenes contra la Paz (...); (b) crímenes de Guerra (...); (c) Crímenes contra la Humanidad (...)", Estatuto del Tribunal Militar Internacional (TMI) de Nuremberg adoptado el 6 de octubre de 1945.

[394] Aunque hay que matizar que la "obediencia debida" sí puede considerarse una circunstancia atenuante de la pena. Ver, artículos 7 y 8, respectivamente, del Estatuto del TMI de Nuremberg. Asimismo, ver Principios III y IV de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, [1950] 2 Y.B. Comisión de Derecho Internacional (CDI), 377, UN Doc A/CN.4/SER.A/1950/Add.1.

[395] Las violaciones masivas de derechos humanos y/o actos de violencia a gran escala frecuentemente son crímenes de Estado, es decir, forman parte de una política de estado que necesita de una estructura y recursos estatales para poder perpetrarlos. Ver, A. LANG, "Crime and Punishment: Holding States Accountable", *Ethics and International Affairs,* vol. 21, núm. 2, 2007, pp. 239-257.

[396] Artículo 7 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, U.N. Doc. S/25704 at 36, annex (1003) y S/25704/Add.1 (1993) adoptado por el Consejo de Seguridad el 25 de mayo de 1993, U.N. Doc. S/RES/827 (1993); y, de forma similar, artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, adoptado en virtud de Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, Annex (1994), UN. Doc. S/RES/955, de 8 de noviembre de 1994. Ambos artículos siguen las líneas amplias marcadas por el Estatuto y los Principios de Nuremberg (es decir, la no exclusión de responsabilidad penal por razón del cargo oficial o de la existencia de órdenes del gobierno o de un superior, así como la responsabilidad del mando o del superior y la doctrina del "plan común").

[397] D. CASSEL, "Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts", *Northwestern Journal of International Human Rights Law*, vol. 6, núm. 2, Spring 2008, pp. 305-325, haciendo referencia al Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de la ONU en virtud del párrafo 2º de la Resolución 808 (1993), U.N. Doc S/25704 de 3 de mayo de 1993. De manera similar, ver

Estatuto de Roma de 1998 que crea la Corte Penal Internacional (CPI), una "institución permanente"[398] que estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas físicas –privadas o ejerciendo un rol público- respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional[399].

Si bien la definición de estos conceptos y principios ha evolucionado a raíz de la jurisprudencia de los TPIs *ad hoc* (TPIY y TPIR)[400], no se puede minusvalorar el importantísimo aporte a la construcción y consolidación del Derecho internacional penal que han tenido los tribunales domésticos, bien a través del ejercicio del principio de jurisdicción universal –y cuyo desarrollo será esencial para hacer efectivo el principio de complementariedad del Estatuto de Roma de la CPI[401]- bien al incorporar el Derecho internacional al ámbito interno, ni tampoco la influencia que en el proceso han tenido los tribunales regionales de derechos humanos que se ocupan más bien de la responsabilidad del Estado[402].

---

afirmación contenida en la Resolución de la Asamblea General 95(I) de 11 de diciembre de 1946 en relación a los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto de Nuremberg en virtud de la cual se aceptaba la naturaleza de derecho consuetudinario de las disposiciones contenidas en el Acuerdo de Londres, en I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 1991, pág. 562.

[398] En contraste con el carácter limitado (en razón del tiempo y funciones) de los TPIs *ad hoc* y los tribunales híbridos o internacionalizados.

[399] Ver, Artículo 1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en relación con los art. 25 (responsabilidad penal individual), art. 27 (improcedencia del cargo oficial), art. 28 (responsabilidad de los jefes y otros superiores), art. 31 (circunstancias eximentes de responsabilidad penal), y art. 33 (órdenes superiores y disposiciones legales).

[400] Por ejemplo, para un análisis jurisprudencial sobre las formas de autoría y participación en los crímenes de derecho internacional, ver R. GALLMETZER; M. KLAMERG, "Individual responsibility for crimes under International law. The UN ad hoc Tribunals and the International Criminal Court", *The Summer School on International Criminal Law*, 2005. Asimismo, HUMAN RIGHTS WATCH: "Genocidio, Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad. Compendio Temático sobre Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia". Universidad Iberoamericana, 2006 (Capítulo V Responsabilidad Individual (artículo 7(1), planeación, instigación, orden y comisión, ayuda y aliento; empresa criminal conjunta/la doctrina del propósito común) y Capítulo VI Responsabilidad de Mando (artículo 7(3)), páginas 327-467. Igualmente, HUMAN RIGTHS WATCH: "Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity: A Digest of the Case-Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda", 2010, páginas 167-245.

[401] Que se apoya en el principio de complementariedad, es decir, el deber de los Estados de ejercer en primer término su propia jurisdicción penal. Cabe traer a colación brevemente que uno de los argumentos utilizados en contra de incluir la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito competencial de la CPI fue precisamente que se desvirtuaría el principio de complementariedad, pues se entendería que aquellos Estados que internamente no recogen la responsabilidad penal de las personas no podrían reivindicar su derecho de investigar y perseguir en primer término por entender que "no están dispuestos" o "no puedan realmente hacerlo" (en término del artículo 17 del Estatuto). Ver J. KYRIAKAKIS, "Corporations and the International Criminal Court: the complementarity objection stripped bare", *Criminal Law Forum*, vol. 19, núm. 1, 2008, pp. 115-151.

[402] No obstante, estos tribunales tienen la capacidad de interpretar y aplicar la costumbre y principios generales del Derecho internacional, así como instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho internacional penal y Derecho Internacional Humanitario (salvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos que no tiene competencia para aplicar este último cuerpo normativo). Ver, G. PINZAUTI, "The European Court of Human Rights' Incidental Application of International Criminal Law and Humanitarian Law. A critical discusión of Kononov v. Latvia", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, núm. 5, 2008, pp. 1043-1060; y S. HERENCIA CARRASCO, "Implementation of War Crimes in Latin America: An assessment of the impact of the Rome Statute of the International Criminal Court", *International Criminal Law Review*, vol. 10, núm. 4, 2010, pp. 461-474.

7.2.1. PLURALIDAD DE RESPONSABILIDADES SOBRE LA BASE DE LAS OBLIGACIONES CONTENIDAS EN LAS NORMAS INTERNACIONALES CONSUETUDINARIAS Y CONVENCIONALES

A partir de Nuremberg, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no sólo se ha beneficiado y reforzado por el perfeccionamiento del sistema de justicia internacional penal sino que también ha experimentado un importante desarrollo normativo propio, presidido por un buen número de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que codifican crímenes[403] sancionados por normas imperativas –es decir, que obligan a todos, Estados, individuos, actores no estatales, etc. y son jerárquicamente superiores al resto de normas- y que en otros, definen y reprimen un número de conductas especialmente graves de trascendencia para la Comunidad internacional[404]. Este marco normativo "*pro personae*", junto con el Derecho Internacional Humanitario que de igual forma avanzó en la postguerra[405], contiene obligaciones vinculantes tanto para el Estado como para el individuo por lo que su infracción puede generar paralelamente una doble responsabilidad: la internacional del Estado y la individual, penal, de la persona física[406]. El propio Estatuto de Roma de la CPI señala que "nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional"[407].

A este respecto, conviene resaltar[408] que en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio[409], los Estados se comprometen a prevenir y a sancionar

[403] Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, la Convención Internacional sobre la represión y el castigo del crimen de Apartheid de 1973, Convención contra la tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños de 2002, y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006. La prohibición de genocidio, apartheid, tortura, desaparición forzada y sometimiento a esclavitud tiene atribuida la jerarquía de norma imperativa (*ius cogens*) por el Derecho internacional. Ver M. Ch. BASSIOUNI, "La represión de crímenes internacionales jus cogens y Obligatio erga omnes", en *Represión Nacional de las Violaciones al Derecho Internacional Humanitario* (Sistemas Romano-Germánicos). Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1997.

[404] Ver AMNISTÍA INTERNACIONAL: "España: Ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad", serie "estrechando el cerco", EUR 41/017/2008, 15 de octubre de 2008, págs 10-17. Acerca de la clasificación de los delitos, ver G. WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

[405] Con los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 ((I) para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; (II) para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en e mar; (III) relativo al trato debido a los prisioneros de Guerra; y (IV) relativo a la protección debidas a las personas civiles en tiempos de guerra) y sus dos Protocolos Adicionales de 1977 ((I) relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y (II) de los conflictos armados sin carácter internacional).

[406] Por ejemplo, cuando el individuo comete la conducta prohibida y el Estado no adopta las medidas necesarias para prevenir la violación del derecho concreto y/o no investiga, sanciona al perpetrador y/o repara a la víctima.

[407] Ver artículo 25(4). Cabe recordar el artículo 58 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por el Comité de Redacción de la Comisión de Derecho Internacional según el cual "los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado", Anexo al Doc. ONU A/RES/56/83, de 28 de enero de 2002.

[408] Disposiciones similares se encuentran, por ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivos, en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (arts. 2 y 16 –adopción de medidas internas para impedir y prohibir actos descritos-, art. 4 –obligación de tipificar, sancionar, principios subjetivos de responsabilidad, no invocación de orden de superior-, art. 5 –jurisdicción-, art. 7 –*aut dedere aut judicare*- y art. 14 –derecho a reparación para las víctimas); y en la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Art. 1 -derecho absoluto-, art.

los actos de genocidio[410] (definidos en el artículo II), a conceder la extradición (dado que se reconoce que la cooperación internacional es un instrumento necesario[411]) a adoptar "medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio"[412]. Por otro lado, establece que las personas que hayan cometido genocidio serán castigadas "ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares" y juzgadas por un tribunal competente[413]. En lo que respecta al cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario, los Convenios de Ginebra III y IV establecen que el Estado es responsable del trato que reciban - y que den sus agentes a- las personas protegidas (prisioneros de guerra y civiles), sin perjuicio de las responsabilidades individuales que pueda haber[414]. Con respecto a las infracciones graves –la categoría más grave de crímenes de guerra- los cuatro Convenios obligan a los Estados a tomar las medidas oportunas para determinar las sanciones penales adecuadas a las personas que hayan cometido o dado la orden de cometer tales crímenes y exigen a los Estados buscar a tales personas para juzgarlas o extraditarlas[415].

Por tanto, existe una obligación *erga omnes*, con base tanto en el derecho internacional consuetudinario como convencional, y debida a la Comunidad Internacional como un todo, de criminalizar, perseguir y sancionar las conductas que lesionen gravemente los derechos humanos y que estén reconocidas por la comunidad internacional como constitutivas de un crimen de Derecho internacional. Se trata en definitiva del deber de protección o garantía[416], que se traduce en las obligaciones[417] de prevenir, investigar (en sede jurisdiccional) y, en su caso, llevar ante la justicia y sancionar a los responsables. Además, de la necesaria reparación a las víctimas, lo que incluye la posibilidad de emprender acciones judiciales para hacer cesar la vulneración del derecho y esclarecer las

---

3 -obligación de investigar y procesar a los responsables-, art. 4 -obligación de tipificar delito en legislación interna-, art. 6 -responsabilidad penal individual, elementos subjetivos, responsabilidad del superior, no justificación fundada en las órdenes superiores-, art. 7 -sanción con penas apropiadas a la gravedad- arts. 9 y 11 - jurisdicción, incluyendo el principio *aut dedere aut judicare*-, art. 12 (obligación de prevenir y sancionar la obstaculización en las investigaciones y garantizar la protección de los que participen en las mismas- y art. 24 -el derecho de las víctimas a conocer la verdad y a reparación y el deber del Estado para la búsqueda, localización y restitución de restos).

409 Adoptada por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948 y que entró en vigor el 12 de enero de 1951.

410 Ver artículo I. En cuanto a los principios subjetivos, ver artículo III, que incluye la asociación, la instigación directa y pública, la tentativa y la complicidad.

411 Ver artículo VII y Preámbulo.

412 Ver artículo V.

413 Ver artículos IV y VI.

414 Artículos 12 (III) y 29 (IV).

415 Ver arts. 49-51, (Convenio de Ginebra I), art. 50-52 (II), art. 129-131 (III) y art. 146-148 (IV). Según el Comité Internacional de la Cruz Roja, la mayoría de los Estados cumplen con la obligación de investigar crímenes y encausar a los sospechoso "estableciendo la jurisdicción universal para esos crímenes en su legislación interna". Ver comentario a la norma 158 –leída junto con la norma 157, en J. HENCKAERTS; L. DOSWALD-BECK, *et al.*, *Customary International Humanitarian Law*, New York: Cambridge University Press, 2005. Asimismo, en cuanto al Protocolo I (que completa los Convenios de Ginebra y su artículo 2 común), ver art. 75(4)(b) (responsabilidad penal individual – "nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual"), art. 86 (responsabilidad superior o del mando), art. 87 (deberes de los jefes de impedir y reprimir); en cuanto al Protocolo II (que completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra), ver art. 6(2)(b) (responsabilidad penal individual).

416 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia (fondo), de 29 de julio de 1988, párr. 166.

417 L. VICENTE, "La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el Franquismo", *Jueces para la Democracia*, Agosto 2009, pp. 143-171. Además, junto al deber de proteger, se encuentran el deber de respetar, que exige abstenerse de violar, limitar e interferir en el ejercicio y disfrute de los derechos humanos, y el deber de promover y hacer cumplir los derechos humanos.

circunstancias y razones que llevaron a la perpetración del crimen, y en su caso, conocer el paradero de los seres queridos[418].

7.2.2. ¿HA LLEGADO EL MOMENTO DE RECONCEPTUALIZAR LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES PARA AVANZAR EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?

La cuestión de la responsabilidad internacional está íntimamente relacionada con la violación de las obligaciones internacionales por parte de cualquiera de los sujetos que son responsables de su cumplimiento[419]. A través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, y para dar respuesta a esta conflictividad, se imponen directamente obligaciones tanto al Estado, como a actores no estatales, incluidas las personas privadas y las entidades jurídicas, los cuales deben hacer frente a las consecuencias legales de sus actos. Se expande así la capacidad para respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. La consecuencia es que ciertas conductas prohibidas, como planificar, ordenar, proponer, inducir, encubrir, facilitar o colaborar en la comisión de actos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad -incluidas las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y la desaparición forzada- pueden dar lugar simultáneamente a diferentes regímenes de responsabilidad. En definitiva, se puede atribuir la responsabilidad a varios sujetos a la vez[420].

La doctrina de la responsabilidad del superior (como una forma de complicidad) ha servido para supeditar la responsabilidad individual a la del Estado[421]. Esto se debe a que se vincula la comisión de los crímenes de derecho internacional a una política de estado y, por tanto, son cometidos por personas que actúan en calidad de actores estatales, haciendo imposible separar el individuo del Estado[422]. En cualquier caso, ambas

[418] *Vid. Ibíd.* Asimismo, ver J. CHINCHÓN ALVAREZ; L. VICENTE MÁRQUEZ, "La investigación de los crímenes cometidos en la Guerra Civil y el Franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del Derecho internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI*), número 19/2010. Además, ver Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 2005.

[419] Para un estudio pormenorizado del tema de la responsabilidad internacional ver J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Sevilla: Ediciones Parthenon, 2007.

[420] Ver, A. NOLLKAEMPER, "Concurrence between individual responsibility and State responsibility in International Law", *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, vol. 52, July 2003, pp. 615-640. Algunos autores incluso se plantean el grado de responsabilidad colectiva o de la sociedad por las acciones del Estado, por ejemplo, ver J. M. PARRISH, "Collective responsibility and the state", *International Theory*, Cambridge University Press, vol. 1, Issue 1, 2009, pp. 119-154; J. SUBOTIC, "Expanding the Scope of Postconflict Justice: Individual, State and Societal Responsibility for Mass Atrocity", prepared for *2010 Annual Convention of the International Studies Association*, 2010.

[421] Ver, N.L. REID, "Bridging the conceptual chasm: Superior responsibility as the missing link between state and individual responsibility under International law", *Leiden Journal of International Law*, 18, Issue 4, 2005, pp. 795-828.

[422] Ver, M. BASSIOUNI, *The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework*, en M. BASSIOUNI CHERIF (Ed.), International Criminal Law. Vol. 1: Crimes, New York: Transnational Publisher Inc., 2ª ed., 1999. En relación con el crimen de genocidio, ver W. SCHABAS, *Genocide in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000. Así ha sido entendido/interpretado por el TPIY, por ejemplo, en el caso *Prosecutor vs Kunarac, Kovač and Vuković*, Judgment, case Nos. IT-96-23 and IT-96-23/I-A, Appeals Chamber, 12 June 2002.

responsabilidades pueden ser tratadas de manera independiente[423] cuando, por ejemplo, el miembro de un grupo no estatal –un grupo paramilitar, guerrillero, rebelde o terrorista y cuyas estructuras jerárquicas de mando son informales o poco jerarquizadas[424]- que ni actúa o cuenta con la aquiescencia, tolerancia o apoyo del Estado (es decir, cuya conducta no puede ser atribuida al Estado), realiza una conducta que vulnera los derechos humanos y el Estado no adoptó medidas eficaces para prevenirla o no investiga y sanciona (en virtud de su obligación de proteger). En este caso, la responsabilidad de tal persona se predica del incumplimiento de una obligación directamente impuesta por el derecho internacional (la de no cometer actos de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad[425]).

Siguiendo este planteamiento, y en el marco de la reciente tendencia en el ámbito internacional de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas por su participación en la violación de obligaciones contenidas en el derecho internacional[426], cabría la posibilidad de aplicar la doctrina de la responsabilidad del superior civil, como base legal para establecer la responsabilidad penal de una persona jurídica a través de la imputación de un agente o ejecutivo corporativo que a su vez es responsable, en tanto superior, de prevenir los actos criminales del personal que gestiona[427]. O incluso, a través de la figura del plan criminal conjunto o propósito común ("*joint criminal enterprise*" o "*common purpose*") que guarda cierta proximidad con la responsabilidad colectiva[428]. Lo que ha quedado claro desde Nuremberg es que los representantes de las empresas (actores no estatales) podrían incurrir en responsabilidad penal individual (vinculada a la responsabilidad estatal) por facilitar, participar o cooperar en la comisión o ejecución de crímenes de derecho internacional mediante su actividad empresarial[429]. De hecho

[423] Si bien la conveniencia de conectarlas y mantener la responsabilidad del Estado redundará en presión al Estado en la exigencia de determinadas reparaciones.

[424] En cuanto a los criterios necesarios para establecer la responsabilidad del superior en casos de falta de formalidad en la estructura de mando, ver *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landžo (Čelebići case),* Judgment, Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber II, quarter, 16 November 1998 y Judgment, Case No. IT-96-21-A, Appeals Chamber, 20 February 2001. En cuanto a los criterios para establecer la responsabilidad del superior civil, ver *Prosecutor v. Bagilishema*, Judgment, Case No. ITCR-95-IA-A, Appeals Chamber, 3 July 2002.

[425] Y, en el caso de los jefes o superiores, actuar como tales para prevenir (cuando pudiendo hacerlo no evitaron que las personas subordinadas bajo su efectivo control cometieran la conducta prohibida) y, en su caso, reprimir, una conducta criminal.

[426] Ver, por ejemplo, artículo 5 de la Convención Internacional de Naciones Unidas para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo, de 9 de diciembre de 1999, y artículo 10 de la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Transnacional Organizado, de 15 de noviembre de 2000. D. CASSEL, "Corporate Aiding ..., *Op.cit*.

[427] Ver, REPORT OF THE INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, EXPERT LEGAL PANEL ON CORPORATE COMPLICITY IN INTERNATIONAL CRIMES: "Corporate Complicity & Legal Accountability", Vol. 2, *Criminal Law and International Crimes*, Geneva, 2008. Asimismo, E. ENGLE, "Extraterritorial Corporate Criminal Liability: A Remedy for Human Rights violations?", *St. Johns Journal of Legal Commentary*, vol. 20, Issue 2, 2006, pp. 287-340. Además, en cuanto a los elementos de la responsabilidad del superior, ver *Čelebići case,* Judgment, Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber II, quarter, 16 November 1998 y Judgment, Case No. IT-96-21-A, Appeals Chamber, 20 February 2001.

[428] En el informe de la COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS se describen una serie de escenarios o situaciones de complicidad empresarial en violaciones de derechos humanos/crímenes de derecho internacional. Ver nota a pie de página 37, *supra*. Asimismo, ver W. KALECK; M. SAAGE-MAAβ, "Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes. The Status quo and its challenges", *Journal of International Criminal Justice*, 8, 2010, pp. 699-724.

[429] Ver, J. A. BUSH, "Prehistory of Corporations and Conspiracy in international criminal law: What Nuremberg really said", *Columbia Law Review*, Vol. 109, núm. 5, 2009, pp. 1094-1262. Con posterioridad, se continuaron llevando a cabo procesos contra los representantes, entre otras, de IG Farben, Flick, Krupp o Tesch & Stabenow (caso Zyklon B o Testa).

la sentencia de Nuremberg estableció como hecho probado que la industria alemana estaba dispuesta a colaborar con el gobierno nazi[430].

La definición y conceptualización de los parámetros de las obligaciones internacionales que incumben a las personas jurídicas (en especial, las de las empresas de seguridad privadas contratadas por gobiernos para prestar servicios públicos y de las corporaciones transnacionales que operan en estados autoritarios, inmersos en conflictos o bajo regímenes militares[431]) así como su capacidad para asumirlas figuran hoy día en el centro del debate del derecho internacional (tanto penal como de los Derechos Humanos)[432]. Si la acumulación de poder por parte de estos actores se debe en parte a una "desmonopolización" o "privatización" de funciones básicas y originarias del Estado, su consecuencia lógica es que estos actores no estatales respondan ante las violaciones de sus obligaciones internacionales que cometan (a través de sus órganos sociales)[433] junto a los Estados y los individuos (representantes de las empresas), dándose así una pluralidad de responsabilidades que beneficiará la evitación de impunidad de las violaciones graves a los derechos humanos constitutivas de crímenes de Derecho internacional. En este orden de ideas, cabe recordar brevemente los esfuerzos del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en relación con la puesta en práctica del marco de los deberes de "proteger, respetar y remediar"[434]. Por otro lado, el artículo 31 del borrador de la Convención sobre la Regulación, Vigilancia y Supervisión de Compañías Militares y de Seguridad Privadas establece una serie de obligaciones directas sobre la conducta de estas empresas para contribuir de forma efectiva a la prevención y protección de los derechos humanos[435].

---

[430] Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – October 1946, Vol.1, p. 183, citado en REPORT OF THE INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, Experto Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, nota a pie de página 37, *supra*.

[431] Ver, J. PALOU LOVERDOS, "Justícia Internacional, Pillatge de Guerra, Drets Humans i Multinacionals", en *Materials de Pau i Drets Humans*, 16, Barcelona: Generalitat de Catalunya, Julio 2010.

[432] Ver, A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, Oxford: Oxford University Press, 2006. Asimismo, Ph. ALSTON (Ed.), *Non-state Actors and Human Rights*, New York: Oxford University Press, 2006.

[433] La jurisdicción más activa en este tema es la Estadounidense en aplicación de la *Alien Tort Claims Act* (ATCA), que permite a un extranjero interponer ante tribunales de EEUU una acción civil (para la reparación de daños y perjuicios) por violaciones al derecho de gentes cometidos en el extranjero (lo que se conoce como jurisdicción universal civil). En uno de los casos más importantes, *Doe contra Unocal Corp*, (por violaciones de derechos humanos - torturas, abusos sexuales, desplazamientos forzosos- en Myanmar) el tribunal de apelación consideró que había pruebas suficientes para imputar a Unocal (complicidad- inducción), aunque finalmente las partes llegaron a un acuerdo. En el *caso Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc.* (por violaciones de derechos humanos –crímenes de Guerra- en Sudán) el tribunal sostuvo que, al igual que los individuos privados pueden ser responsables de violaciones del derecho internacional en determinadas circunstancias, no hay razón lógica por la que las corporaciones no puedan serlo, al menos en casos de violaciones del *ius cogens*. (244, F. Supp. 2d [289] 318 [(SDNY 2003)(244, F. Supp. 2d [289] 318 [(SDNY 2003)]. Ver EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS (ECCHR): *Amicus Curiae en el procedimiento penal No. 4012, nº ref 292 contra Riveros, Tasselkraut, Rodríguez y Ruckauf* ante el Tribunal Penal Federal de 1ª Instancia de San Martín. Así como E. MONGELARD, "Responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario", *International Review of the Red Cross*, vol. 88, núm 863, 2006, pp. 665-691.

[434] Ver, por ejemplo, los informes A/HRC/11/13, de 22 de abril de 2009, A/HRC/8/5, de 7 de abril de 2008, A/HRC/8/16, de 15 de mayo de 2008 (Aclaración de los conceptos de "esfera de influencia" y "complicidad").

[435] Borrador de julio de 2009, bajo el mandato del Grupo de Trabajo sobre el uso de mercenarios como medio de obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación. Asimismo, en relación con la privatización o externalización del uso de la fuerza por parte de los Estados, ver A. LEANDER, *Globalization and the State Monopoly on the Legitimate Use of Force,* Political Science Publications, No. 7, Faculty of Social Sciences, Sydanska Universitet, 2004; D. THÜRER; M. MACLAREN, "Military outsourcing as a case study in the accountability and responsibility of power", in A. REINISCH; U.

7.2.3. IMPLEMENTACIÓN: ¿FALLOS DEL SISTEMA O MIEDO A LAS CONSECUENCIAS?

En definitiva, si hasta ahora la Comunidad Internacional sólo se había ocupado de responsabilizar a los Estados "en abstracto" ante violaciones graves de derechos humanos constitutivas de crímenes de Derecho internacional, el gran avance que ha experimentado el sistema consiste en la posibilidad de enjuiciar a las personas físicas responsables de los mismos que, como ya se ha señalado, permanecían impunes parapetadas tras la máquina del Estado. De igual manera, la posibilidad de imputar a la persona jurídica permitiría obviar la impunidad de actuaciones delictivas perpetradas bajo la estructura de una persona jurídica por miembros de la misma. No se trata de un retroceso desde la responsabilidad individual hacia la responsabilidad colectiva (aquella está definitivamente reconocida y afirmada), sino de establecer cuantos más cauces posibles de exigencia de responsabilidad que, combinándose, eviten la impunidad, garanticen la no repetición de ciertas conductas y otorguen a las víctimas verdad, justicia y reparación.

Los esfuerzos y evolución de la Comunidad Internacional han permitido la creación de la CPI[436] que es el vértice de una estructura cuyos cimientos necesariamente se asientan sobre los tribunales nacionales[437]. Lejos de constituir una laguna o imperfección del sistema (el tener que apoyarse o servirse de los tribunales domésticos), existe una red de mecanismos judiciales sancionadores para combatir y condenar los crímenes de Derecho internacional que permitirá cerrar el círculo de evasión de responsabilidades y proteger de forma efectiva los derechos humanos. Recordemos que los mandatos de los TPIs e internacionalizados tienen limitaciones temporales y funcionales y que los casos de que conocerá la CPI también serán limitados. Los tribunales nacionales deberán completar y tomar el relevo de los TPIs en el avance del Derecho internacional penal. El problema aparece cuando sólo una minoría de las jurisdicciones nacionales da soporte al sistema. En efecto, si bien hay ordenamientos que reconocen estos principios y velan por el cumplimiento de las obligaciones que establece el Derecho internacional, intentando poner fin a la impunidad y reparar a las víctimas, no son menos aquellos que, por el contrario –porque no quieren o no pueden- aseguran la impunidad de sus dirigentes y otros, responsables de graves violaciones a los derechos humanos, en circunstancias similares. No obstante, es innegable la valiosa contribución que los tribunales domésticos han hecho –y hacen- al desarrollo y evolución del mismo[438], y es que, en el caso de crímenes de Derecho internacional aquéllos actúan como verdaderos tribunales inter-

KRIEBAUM (Eds), *The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, The Netherlands: Eleven International Publishing, 2007, PP. 391-414.

436 Si bien en la actualidad no tiene competencia sobre las personas jurídicas (aunque si sobre las personas físicas que representan o actúan en nombre de aquellas), nada obsta a que en el futuro se pueda revisar el Estatuto de Roma para incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

437 Ver el Preámbulo del Estatuto de Roma: "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional", así como que "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales" y que la CPI es "complementaria de las jurisdicciones penales nacionales", en relación con el artículo 17.

438 Por ejemplo, a través del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial (en base a los principios de personalidad pasiva y activa, así como de protección de intereses) y de la jurisdicción universal para perseguir crímenes de derecho internacional. En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, este fenómeno goza de cierta vigencia en los sistemas de "common law" y se está extendiendo rápidamente e incorporando en el derecho penal de los sistemas de tradición "civilista". Ver, A. RAMASASTRY; R.C. THOMPSON, "Commerce, Crime and Conflict. *Legal remedies for private sector liability for grave breaches of international law. A survey of sixteen countries*, FAFO Executive summary –report 536, 2006.

nacionales, en nombre de la Comunidad Internacional, por lo que no sólo deben aplicar el Derecho internacional penal sino que deben estar capacitados para redefinir y adaptar los principios y estándares legales para aplicarlos a las circunstancias y realidades que juzgan[439].

7.3. CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL: ¿MAL DE TODOS?

Hace más de un siglo que el Derecho internacional asumió la prohibición absoluta de ciertas conductas en tanto que crímenes contra el Derecho internacional[440]. El genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad –incluida la tortura, las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales- forman parte de esta categoría. Se podría definir crimen de Derecho internacional como una violación grave de una norma internacional de carácter imperativo (*ius cogens*)[441], ya sea consuetudinaria[442] o convencional, que lleva aparejada la responsabilidad penal individual y cuya definición y características así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento, vienen determinadas por el Derecho internacional, con independencia de su consideración como tal por el Derecho interno de los Estados[443].

La configuración de los tipos de actos constitutivos de genocidio[444], crímenes de guerra[445] y crímenes de lesa humanidad[446] está claramente determinada en el Estatuto de

---

[439] Ver G. METTRAUX, G., "*Judicial Inheritance: the value and significance of the Nuremberg trial to contemporary war crimes tribunals*", en G. METTRAUX, (Ed.), *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

[440] Tanto en el Derecho internacional convencional (por ejemplo, desde el comienzo de la codificación del Derecho Internacional Humanitario con la primera Convención de Ginebra de 1864 y del Derecho internacional de la Guerra con las 13 Convenciones de la Haya de 1899 y 1907) como en el Derecho internacional consuetudinario (por ejemplo, la Declaración de Francia, Gran Bretaña y Rusia de 14 de mayo de 1915, Conferencia Preliminar de Paz de París de 1919).

[441] Es decir, normas jerárquicamente superiores al resto de las normas. Ver, por ejemplo, *Prosecutor v Blagojevic and Dragan Jokic,* Judgment, Case No. ICTY- 02-60-T, Trial Chamber, 17 January 2005 y *Prosecutor v Kayishema and Ruzindana*, Judgment, Case No. ICTR-95-1-T, Trial Chamber, 21 May 1999 (la norma que prohíbe el genocidio es una norma de *jus cogens*); CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,* Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 26 de septiembre de 2006 (prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*); CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs Guatemala*, Sentencia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) de 24 de noviembre de 2009 (hechos graves contra la integridad personal como torturas y violencia sexual en conflictos armados y/o dentro de patrones sistemáticos, constituyen (…) graves violaciones a derechos humanos, las cuales contravienen normas inderogables (jus cogens)) así como voto razonado concurrente del Juez Ramón Cadena Rámila (el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra ya formaba parte del derecho internacional consuetudinario, e inclusive, del dominio del *jus cogens)*.

[442] Ver, por ejemplo, *Prosecutor v Stakic*, Case No. ICTY-97-24-T (Trial Chamber), 31 July 2003, párr. 411: (las normas establecidas en los artículos 2 a 5 [infracciones graves a los Convenios de Ginebra, violaciones de las leyes o practices de Guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad] del Estatuto son reflejo del derecho internacional consuetudinario).

[443] Ver, A. CASSESSE, *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003. Asimismo, ver artículo 5 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas. A este tipo de crímenes (de Derecho internacional) se refiere el artículo 15(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[444] La definición del artículo 6 del Estatuto reproduce la definición del Convenio de 1948.

[445] El artículo 6(b) del Estatuto de Nuremberg enumeraba una serie de conductas que suponían "violaciones de las leyes o usos de la Guerra". El Estatuto de la CPI -que en virtud de su artículo 21 reconoce como

Roma de la CPI. Los elementos contextuales o internacionales de estos crímenes son[447], en relación con el genocidio, una intencionalidad específica (destruir total o parcialmente) contra un grupo específico, pudiendo ser el sujeto activo cualquier persona (natural, jurídica, estatal o no). Para los crímenes de lesa humanidad, se debe probar la existencia de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra cualquier población civil (como parte de un plan o política determinada), con conocimiento general del ataque, y quedando así desvinculados de situaciones de conflicto armado. Y, en los crímenes de guerra, evidentemente se requiere la existencia de un conflicto armado (ya sea de carácter internacional o no) y un nexo entre el conflicto y la conducta. Además, los elementos de cada una de estas tres categorías de crímenes de Derecho internacional figuran detallados en los Elementos de los Crímenes del Estatuto, que en algunos casos representan un entendimiento más avanzado sobre el concepto y contenido de los crímenes derivado, en parte, de la recepción de la jurisprudencia de los TPIs[448].

Las principales características y consecuencias jurídicas que se derivan de la naturaleza de los crímenes de derecho internacional son la imprescriptibilidad[449], la imposibilidad de amnistiar o indultar[450], la sujeción a persecución universal[451] (incluidos los jefes de Estado[452]), el no sometimiento a los principios de cosa juzgada y *non bis in idem*[453], y la imposibilidad de invocar el principio de irretroactividad de la ley penal[454].

---

parte del derecho aplicable por la CPI los principios y normas de derecho internacional de los conflictos armados, es decir, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales- en su artículo 8 define como "crímenes de guerra" cincuenta conductas penales divididas en cuatro grupos: (a) infracciones graves de los Convenios de Ginebra (8 conductas); (b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales (26 actos); (c) violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra (es decir, en el caso de conflictos armados de carácter no internacional – 4 delitos); y (d) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional (12 delitos). No obstante, también se observan algunas omisiones. Ver, por ejemplo, VALENCIA VILLA, H.: "El Genocidio y los Crímenes de lesa humanidad ante la nueva Corte", *Revista de Estudios Sociales*, núm. 007, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, 2000.

446 El artículo 7 del Estatuto de Roma es para algunos autores el más importante de la categoría de crímenes de derecho internacional sobre los que tiene competencia la CPI pues supone su reconocimiento convencional. Ver, por ejemplo. MERON, T., *War crimes law comes of age: Essays*, Oxford: Oxford University Press, 1998.

447 Por ejemplo, ver FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL: "Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de Derecho internacional", 2009 (ver capítulo I). Asimismo, ver HUMAN RIGHTS WATCH, nota a pie de página 10, supra.

448 Como ocurre, por ejemplo, en el caso de los elementos de la definición de la violación como crimen de guerra y crimen de lesa humanidad. Los Elementos de los Crímenes, aprobados por la Asamblea de los Estados Partes en la CPI en septiembre de 2002, de conformidad con el artículo 9(1) del Estatuto de Roma "ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 (…)". Así, este instrumento –que no es vinculante- puede servir como una guía interpretativa ("*best practices*"), con ciertas salvedades, para otros tribunales (internacionalizados y domésticos) así como para adecuar las legislaciones internas al derecho internacional. Ver, AMNISTÍA INTERNACIONAL: "Cómo utilizar el derecho penal internacional para impulsar reformas legislativas que incorporen la perspectiva de género", Índice AI: IOR 40/007/2005.

449 Ver, Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968. Asimismo, artículo 29 del Estatuto de Roma.

450 Ver, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Ould Dah contra Francia*, App. No. 13113/03, decisión sobre la admisibilidad, 17 de marzo de 2009 (las leyes de amnistía son generalmente incompatibles con la obligación de investigar los actos de tortura o barbarie) y *Caso Abdülsamet Yaman v. Turkey*, App. Nº 32446/96, Sentencia de 2 de noviembre de 2004, párr 55. CORTE ESPECIAL PARA SIERRA LEONA: *Prosecutor v. Moinina Fofana*, Case no. SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on preliminary motion on lack of jurisdiction, Appeals Chamber, 25 May 2004 (El Tribunal encuentra fundamento para sostener que existe cristalizada una norma de derecho internacional que impide a los gobiernos conceder amnistías por serios crímenes de derecho internacional).

451 Ver, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Jorgic contra Alemania*, App. No. 74613/01, Sección 5ª, Sentencia de 12 de Julio de 2007 (en relación con el crimen de genocidio).

452 Ver, Artículo IV de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Asimismo, artículo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Y, artículo 27(1) del Estatuto de Roma.

Al interpretar la obligación de los Estados de proteger y garantizar los Derechos Humanos, íntimamente relacionada con la obligación de investigar (y sancionar[455], la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha pronunciado sobre las características propias de los crímenes de Derecho internacional. Así, en el emblemático *Caso La Cantuta,* la CIDH ha reiterado y precisado las consideraciones realizadas en el *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* así como en *Barrios Altos vs. Perú*:

> "*el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos (…). El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos de la Cantuta. En particular (…) el Estado no podrá volver a aplicar las leyes de amnistía, las cuales no generarán efectos en el futuro (supra párr. 152), ni podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio non bis in idem (supra párr. 182), o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables[456]. Por ende, también deberán activarse, según corresponda, las investigaciones pertinentes contra quienes fueron investigados, condenados, absueltos o cuyas causas fueron sobreseídas en los procesos penales militares.*"[457]

La Corte Suprema de Chile, siguiendo la consistente tendencia marcada por la CIDH, en el *caso de Miguel Ángel Sandoval* concluyó que los crímenes de Derecho internacional acarrean:

> "*las siguientes consecuencias jurídicas: la responsabilidad individual y la responsabilidad del Estado, la inadmisibilidad de la eximente de obediencia debida a una orden superior, la jurisdicción universal, la obligación de extraditar o juzgar a los responsables del delito, la obligación de no otorgar asilo a los responsables del delito, la imprescriptibilidad de la acción penal, la improcedencia de beneficiarse de actos del poder ejecutivo o legislativo de los*

---

453 Artículo 20(3) del Estatuto de Roma.

454 Articulo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Ver TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Kolk y Kislyiy contra Estonia*, Sección 4ª, decisión sobre admisibilidad, de 17 de enero de 2006 (en relación con crímenes contra la humanidad) y recientemente *Caso Kononov contra Latvia*, App. No. 36376/04, Judgment of the Grand Chamber, 17 May 2010 (crímenes de guerra).

455 En relación con el derecho a las garantías judiciales o del debido proceso, a un recurso efectivo así como a adoptar las disposiciones legales necesarias para hacer efectivos los derechos humanos.

456 De violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas. Ver, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) vs. Perú*, Sentencia (fondo), de 14 de marzo de 2001, párr. 41.

457 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), de 29 de noviembre de 2006, párrs. 225-226. Asimismo, ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Gomes Lund y Otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil,* Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), de 24 de noviembre de 2010, párr. 171.

cuales pueda resultar la impunidad del delito y la obligación de investigar y sancionar a los responsables del delito"[458].

Por su parte, los tribunales españoles también se han pronunciado sobre algunas de estas cuestiones al investigar crímenes de Derecho internacional cometidos fuera de España, en ejercicio del principio de jurisdicción universal[459]. Por ejemplo, los tribunales españoles han afirmado reiteradamente que las amnistías concedidas por terceros países (Argentina y Chile) que tengan por efecto exonerar de responsabilidad penal a los presuntos autores de crímenes de Derecho internacional no son vinculantes para la Justicia española y carecen de validez[460]. Un asunto más controvertido es la interpretación del principio de legalidad, si bien cabe resaltar que uno de los procesos que en la actualidad sigue abierto y en fase de instrucción se apoyó en el argumento de que el Código Penal español vigente puede aplicarse retrospectivamente a conductas anteriores que ya estaban prohibidas con arreglo al derecho internacional consuetudinario aunque aún no hubieran sido tipificados en la norma interna[461]. Por último, y aunque se trata de un tímido ejemplo sobre el alcance de la prescripción, en el caso de la solicitud de extradición de la ex presidenta María Estela Martínez de Perón, la Audiencia Nacional denegó la misma por entender que los delitos que se le imputaban no eran de lesa humanidad y, por tanto, estaban prescritos[462].

En definitiva, para responder a la gravedad de las violaciones masivas a los derechos humanos que afectan y agravian a toda la Comunidad Internacional, el Derecho internacional penal necesariamente ha evolucionado para superar los obstáculos tradicionales del derecho penal interno y responder a las exigencias de la justicia, a los derechos de las víctimas y a erradicar la impunidad. Efectivamente, como destaca el audaz voto particular discrepante de tres magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional al auto de 27 de octubre de 2010 que pone fin a la instrucción[463] del *caso Tíbet*[464] "como exigencia derivada de la restitución de la dignidad humana que les ha sido menoscabada", se reconoce a las víctimas el derecho a la reparación que se configura:

> "*como un auténtico derecho humano, concebido no en la forma tradicional, sino como un proceso de obtención de justicia, verdad, reparación, a través de los tribunales" ya que "frente a violaciones masivas y especialmente graves de derecho humanos que entran en la categoría de crímenes de Derecho*

[458] CORTE SUPREMA DE CHILE: Sentencia de la Sala Segunda de 17 de noviembre de 2004, rol nº 517-2004, párr. 39. Para ver otras sentencias de tribunales latinoamericanos sobre el tema, ver FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, nota a pie de página 57, *supra*.

[459] Para mayor detalle ver, AMNISTÍA INTERNACIONAL: "España: Ejercer la jurisdicción universal (…)", nota a pie de página 14, *supra*.

[460] Ver, JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN 5: Auto de 25 de marzo de 1998, confirmando la jurisdicción española, FJº 15 (*caso militares argentinos*) y auto de procesamiento de *Miguel Cavallo* de 1 de septiembre de 2000; JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN 6: Auto de 20 de septiembre de 1998 (manteniendo la competencia de la jurisdicción española), FJº 1 (*caso Pinochet*); SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL: Auto de 4 de noviembre de 1998, FJº 8 (*Plan Cóndor - caso Adolfo Scilingo*) y 5 de noviembre de 1998, FJº 8 (*caso Pinochet*).

[461] JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN 2: Auto de 17 de Julio de 2008, Diligencias Previas 211/09 L, Hechos, 2º (*Caso del campo de concentración de Mauthausen*).

[462] SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL, SECCIÓN 2ª: Auto nº 7/2008, 28 de abril de 2008, FJ5º.

[463] Tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en virtud de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, que limita la aplicación del principio de jurisdicción universal del artículo 23.4 LOPJ.

[464] PLENO DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL: Auto de 27 de octubre de 2010, Diligencias Previas nº 242/05, Juzgado Central de Instrucción 1 (por la presunta comisión desde 2.008 de un delito de lesa humanidad contra la población tibetana).

internacional, sólo la tutela judicial result[a] factible para restaurar la dignidad de las víctimas."[465]

7.4. LA PRÁCTICA EN ESPAÑA: ¿COMPROMETIDOS CON LA JUSTICIA?

7.4.1. LA OBLIGACIÓN DE ADECUAR EL DERECHO INTERNO: CUMPLIMIENTO IMPERFECTO

España es parte en la mayoría de tratados internacionales referentes a crímenes de Derecho internacional[466]. Asimismo, España es Estado parte del Estatuto de Roma de la CPI desde el 2000. Apenas un mes antes de adoptarse la Ley Cooperación con la CPI[467], se aprobaba la Ley Orgánica 15/2003, de modificación del Código Penal, justamente para adaptar sus disposiciones a las exigencias del Estatuto de Roma. No obstante, dicha reforma ni fue exhaustiva ni conforme con el Estatuto[468]. Así, en el Plan de Derechos Humanos de 2008, el gobierno reiteraba su compromiso de impulsar todas las medidas legislativas necesarias para asegurar la plena adecuación del derecho español a lo previsto en el Estatuto de Roma y que aprovecharía el proceso de reforma del Código Penal en curso para hacerlo[469]. Con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se ha aprobado la última reforma del Código Penal[470] que –diez años después de la ratificación del Estatuto de Roma- sigue sin tipificar ciertos crímenes de Derecho internacional[471], y

[465] VOTO PARTICULAR de 5 de noviembre de 2010 que formulan los magistrados Clara Bayarri García, Ramón Sáez Valcárcel, José Ricardo de Prada de Solaesa, contra el AUTO DEL PLENO DE LA SALA DE LO PENAL de 27 de octubre de 2010, en el recuro de apelación en el procedimiento DP 242/2005 del Juzgado Central de Instrucción 1.

[466] España se adhirió a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio mediante Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Es estado parte de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes, desde el 21 de octubre de 1987. Asimismo, España ratificó la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas el 24 de septiembre de 2009 (y que entrará en vigor el 23 de diciembre de 2010). España ratificó los cuatro Convenios de Ginebra el 4 de agosto de 1952 así como sus dos Protocolos Adicionales el 21 de abril de 1989. No obstante, y a pesar de ser un compromiso adquirido en el Plan de Derechos Humanos (2008) llevar a cabo la firma y ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, aún no se ha hecho (ver, Medida 2, sección IV. Acción Exterior de España en Derecho Humanos, punto 1. ONU).

[467] En virtud de Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, para regular, tal y como declara su Exposición de Motivos: "aquellos aspectos orgánicos, procesales y procedimentales que permitan la aplicación concreta del Estatuto, evitando reproducir preceptos de éste que serían redundantes" ya que se "parte del presupuesto del carácter autoejecutivo de numerosos preceptos del Estatuto de Roma, en condiciones de positividad que permiten su aplicación directa por los tribunales, en aquellos sistemas como el español, en los que los tratados pueden ser aplicados directamente cuando el contenido material de la norma internacional así lo permita."

[468] AMNISTÍA INTERNACIONAL: "España: Ejercer la jurisdicción universal (...)", nota a pie de página 14, *supra*.

[469] Ver, Medida 40.

[470] Reforma que ha sido ampliamente criticada por asociaciones y profesionales en la materia así como por organizaciones de la sociedad civil. Ver, por ejemplo, la iniciativa "Plataforma otro derecho penal es posible" (www.otroderechopenal.com), así como AMNISTÍA INTERNACIONAL: "España: Recomendaciones de Amnistía Internacional al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal", Febrero 2010.

[471] Como la desaparición forzada de personas y las ejecuciones extrajudiciales.

sin ajustar las definiciones típicas de algunos crímenes al Derecho internacional[472] y tampoco ha removido ciertos obstáculos para poder investigarlos y juzgar y castigar a sus responsables[473]. Si, como hemos visto, los Estados tienen la obligación de tomar todas las medidas necesarias para tipificar y reprimir aquellos delitos a cuya persecución se han comprometido en virtud de un tratado internacional vinculante (y que han de cumplir de buena fe sin poder argumentar obstáculos de derecho interno[474]), no hacerlo o elegir a su antojo como hacerlo, sobre todo cuando ha sido instado en repetidas ocasiones por mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos[475], sin duda podría acarrear la responsabilidad internacional de España. Tal actitud de España tiene graves consecuencias, como obstaculizar e incluso impedir investigaciones judiciales[476] lo que se traduce en la denegación de justicia para las víctimas y en una violación de obligaciones internacionales[477].

7.4.2. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN: RESPUESTA PARCIAL AL DESAFÍO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El Código Penal español consagra, como garantía jurisdiccional y de ejecución, el principio de culpabilidad y establece que "*son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes*"[478]. Se equipara la omisión a la acción cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar, y cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión prece-

[472] Como el delito de tortura y, sobre todo, los delitos de lesa humanidad. A pesar de que el apartado 1º del artículo 7 del Estatuto de Roma enumera claramente los actos que constituyen delitos de lesa humanidad (siendo un gran número de ellos crímenes de índole sexual y que la reforma si ha castigado los actos de índole sexual contra personas protegidas en situación de conflicto armado), y en su apartado 2º ofrece definiciones específicas para algunos de ellos, el artículo 607 bis del Código Penal sigue sin ajustarse al mismo y la necesidad de adecuarlo ni siquiera ha sido considerada.

[473] Por ejemplo, no se incluye la imprescriptibilidad del delito de tortura, ni se castiga expresamente su incitación o provocación ni tampoco se contempla la inaplicabilidad de la eximente de obediencia debida. Por otro lado, se mantiene el artículo 616bis) que admite la eximente de obediencia debida o cumplimiento de un deber para "[e]l que cumpla un mandato de cometer o participar" en un crimen de guerra (Capítulo III, del Título XXIV). En todo caso, podría considerarse circunstancia atenuante pero nunca una eximente de responsabilidad, debiendo interpretarse de la forma más restrictiva posible y de conformidad con el derecho internacional consuetudinario.

[474] Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, de la que España es Estado parte, adoptada el 23 de mayo de 1969 (A/CONF.39/27 (1969), 1155 UNTS 331)).

[475] Ver, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: "Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos al 5º informe periódico de España", CPR/C/ESP/CO/5, de 5 de enero de 2009; COMITÉ CONTRA LA TORTURA: "Observaciones finales del Comité contra la Tortura al 5º informe periódico de España", CAT/C/ESP/CO, 5, de 19 de noviembre de 2009; informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/13/31, de 21 de diciembre de 2009. Ver asimismo Comunicado de prensa del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU, expresando su preocupación por la suspensión del juez Garzón (25/05/2010).

[476] Cuando además, en casos de graves violaciones a los derechos humanos que alcanzan la categoría de crímenes de Derecho internacional, el Estado tiene el deber de iniciarlas *ex officio* y sin dilaciones desde que las autoridades tienen conocimiento de los hechos. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*: Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia (fondo, reparaciones y costas) de 31 de enero de 2006, párr. 143 y *Caso del Penal Castro Castro vs Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 256.

[477] Ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Bras*il, sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) de 24 de noviembre de 2010, párrs. 172-4. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de Varnava et al. c. Turquía*, Sentencia de la Gran Sala de 18 de septiembre de 2009. Párrs. 138, 145-8, 190-1.

[478] Ver artículo 10 en relación con artículo 5.

dente[479]. Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito, así como la conspiración, la proposición y la provocación (incitar directamente a la perpetración) para delinquir, aunque éstas sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la ley[480]. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción[481].

Son responsables penalmente los autores (incluidos los que inducen directamente a otros o los que cooperan de forma necesaria en el delito) y los cómplices[482]. El artículo 615 bis, introducido mediante la reforma de 2003, incorpora el principio de responsabilidad del superior para los crímenes de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. En cuanto a la eximente de obediencia debida, no se admite frente a los que cumplen mandatos de cometer o participar en los hechos constitutivos de genocidio y delitos de lesa humanidad, pero excluye incorrectamente –y en contra del derecho internacional consuetudinario- los crímenes de guerra[483].

A partir de la entrada en vigor de la última reforma del Código Penal, el 23 de diciembre de 2010, las personas jurídicas (excepto el Estado, las Administraciones públicas, los organismos reguladores, las empresas públicas, las organizaciones internacionales, los sindicatos y los partidos políticos) responderán penalmente por los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas (administradores), así como por los delitos cometidos por quienes están sometidos a la autoridad de las personas físicas antes mencionadas, por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre tales empleados (equiparable a la responsabilidad del superior). La responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física[484]. Cabe resaltar que el artículo 515 del Código Penal castiga a la asociación que se constituye, entre otros, con el objeto de cometer o promover la comisión de un delito, o que tenga un fin ilícito, y eludir la responsabilidad penal individual (equiparable a la figura del "plan criminal conjunto"). Ser fundador, director, presidente y miembro de una asociación ilícita es un delito *per se* para el Código Penal, con independencia de que se cometan delitos concretos, que se castigarían aparte[485].

El nuevo apartado 7 del artículo 33 establece las penas aplicables a las personas jurídicas, teniendo todas la consideración de graves[486]. No obstante, sólo se podrán imputar a las personas jurídicas un catálogo limitado de delitos, entre los que no se incluyen el genocidio, los crímenes de guerra ni los crímenes de lesa humanidad (incluidos la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y la desaparición forzada)[487]. Así pues, a pesar de

---

[479] Ver artículo 11. Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley (artículo 12).
[480] Ver artículos 15, 17 y 18. En relación con los artículos 141 y 142 (en cuanto al homicidio), ver artículo 171 (amenazas) y el artículo 615 del Código Penal (común a los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra).
[481] Artículo 18 del Código Penal.
[482] Ver artículos 27, 28, 29 y 30 del Código Penal.
[483] Ver artículo 616 bis) del Código Penal y nota a pie de página 83*, supra*.
[484] Ver Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010, así como nuevo artículo 31bis).Y la responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil (nuevo apartado 3 del artículo 116 en relación con el art. 110).
[485] Ver art. 517. El art. 520 prevé la disolución de la asociación ilícita. El art. 519 castiga la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita.
[486] La multa, disolución, suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos, prohibición de realizar actividades en el futuro, inhabilitación para obtener subvenciones, gozar de beneficios fiscales y la intervención judicial.
[487] El tráfico ilegal de órganos (nuevo art. 156 bis)), la trata de seres humanos (nuevo art. 177 bis)), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (Capítulo V, Título VIII), descubrimiento y revelación de secretos (art. 197), la estafa (art. 251), insolvencia punible (art. 261), daños en propiedad ajena (art.

alinearse con la tendencia mundial al reconocer la responsabilidad penal directamente a las personas jurídicas, España se queda a medio camino y desaprovecha la oportunidad de garantizar que los Tribunales españoles puedan investigar y perseguir a las personas jurídicas por su participación en la comisión de violaciones a normas de derecho internacional convencional o consuetudinario.

7.4.3. LA PRÁCTICA JUDICIAL ESPAÑOLA: ¿REALMENTE A LA VANGUARDIA?

Los Tribunales españoles se muestran sistemáticamente renuentes a aplicar directamente el Derecho internacional, en tanto no se encuentre materialmente incorporado al derecho interno[488]. El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 31 en relación con el alcance de las obligaciones jurídicas impuestas a los Estados en virtud del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha manifestado que:

> "*el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto puede ser garantizado con eficacia por el poder judicial de muchas formas distintas, entre ellas la aplicabilidad directa del Pacto (…) o el efecto interpretativo del Pacto en la aplicación del derecho nacional" así como que la obligación de adoptar "medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto no está sometid[a] a condiciones y es de efecto inmediato.*"[489]

Lo anterior no quiere decir que se cuestione la obligación internacional de investigar, procesar y sancionar a los responsables de crímenes de Derecho internacional, pero ciertamente supone un obstáculo excesivo e innecesario que podría derivar en responsabilidad internacional del Estado español. La orden de detención dictada contra el general Pinochet para responder por los graves crímenes cometidos, así como la docena de casos relevantes en virtud del principio de jurisdicción universal demuestran que los Tribunales españoles pueden, si quieren, superar los retos que encuentran acudiendo a una interpretación dinámica del Derecho internacional y actuando de acuerdo a este marco legal que prohíbe el uso y aplicación de instrumentos jurídicos que dan lugar a la impunidad respecto de las más graves violaciones de los derechos humanos. Uno de los casos representativos por haber sido el único que en España ha llegado a celebrarse

264), delitos relativos a la propiedad intelectual/industrial (Capítulo XI, Título XIII), delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social (Título XIV), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis)), delitos sobre ordenación del territorio (art. 319), delitos contra recursos naturales y medio ambiente (art. 327 y 328), delitos de riesgo provocados por explosivos (art. 348), delitos contra la salud pública (art. 368) cohecho (art. 427), tráfico de influencias (art. 429), delitos de corrupción, blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (nuevo art. 576 bis)), entre otros.

[488] Ver, en esta misma publicación J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: "La obligación… *Op.cit*.

[489] COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: "Observación General nº 31", adoptada el 29 de marzo de 2004 (HRI/GEN/1/Rev.7), párrafos 14 y 15. Lo que, además debe leerse junto con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –de la que España es Estado parte- que instauran la primacía del Derecho internacional. Asimismo, ver artículos 10, 95 y 96 de la Constitución. Sobre la jerarquía normativa del Derecho internacional, ver J. CHINCHÓN ALVAREZ; L. VICENTE MÁRQUEZ, L.: "La investigación… *Op.cit*.

juicio y condena, es el *caso Scilingo*.

El 19 de abril de 2005 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó sentencia condenatoria contra Adolfo Scilingo por un delito de lesa humanidad del artículo 607 bis, introducido en el Código Penal una vez iniciado el proceso contra Scilingo. La Sala consideró el tipo aplicable al caso ya que en el momento de los hechos "existían normas internacionales consuetudinarias de aplicabilidad general que prohibían claramente las conductas llevadas a cabo durante la dictadura militar argentina" y que dichas normas preexistentes de derecho internacional eran "integrantes por sus características y objeto (…) del *ius cogens* internacional y, por ello, con validez obligatoria *erga omnes*."[490] No obstante, el 1 de septiembre de 2007, el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación interpuesto por Scilingo removió esa calificación de los hechos considerándolos como meros delitos comunes u ordinarios de asesinato y detención ilegal vigentes tanto en el Código Penal español como en el argentino. No obstante, y precisamente con el objeto de salvar los obstáculos de derecho interno (para afirmar la competencia de la jurisdicción española) el Tribunal Supremo acudió al Derecho internacional penal para concluir que:

> "*el elemento que justifica la extensión extraterritorial de la jurisdicción de los Tribunales españoles es precisamente la concurrencia en los hechos perseguidos de una serie de circunstancias ajenas al tipo, pero claramente relevantes a estos efectos en cuanto que son las propias de los crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional Penal consuetudinario ya en el momento de los hechos (…). Las previsiones del Derecho Internacional Penal consuetudinario, las normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y convenios suscritos por España, concreta y especialmente el CEDH y el PIDCP, deben ser tenidas en cuenta al interpretar y aplicar las normas de Derecho interno, de forma que resulte conducente a la efectiva protección de los Derechos Humanos esenciales. Nada impide, por lo tanto, la persecución de hechos que, aun calificados conforme al derecho interno como delitos ordinarios de asesinato y detenciones ilegales, deban ser considerados como crímenes contra la Humanidad conforme al Derecho Internacional Penal*"[491].

A pesar de que se trata de una solución imperfecta por vía de analogía que acarrea otra serie de problemas[492], con esta fórmula (que podríamos denominar, por qué no, "de justicia de transición") se satisface al menos el derecho de las víctimas a justicia, verdad y reparación, al ofrecerse un relato judicial completo de los hechos que se consideran probados (esclareciendo las circunstancias que los rodearon), se producen argumentos sobre la tipicidad de los crímenes, se adjudican autorías para determinar las responsabilidades individuales y se acuerdan medidas de reparación judicial por los daños causados. Este planteamiento "híbrido" ha sido igualmente utilizado por los tribunales nacionales de Chile, Argentina y Perú en los *casos Molco* (2006), *Menéndez et al.*

[490] SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL, SECCIÓN 3ª: Sentencia núm.16/2005, de 19 de abril, FJ 1º B.
[491] TRIBUNAL SUPREMO: Sentencia núm. 798/2007, de 1 de octubre de 2007, FJ. 7-8. Cabe resaltar, no obstante, que en este caso, el Tribunal Supremo no llegó a pronunciarse sobre la cuestión de la prescripción.
[492] En este sentido, ver por ejemplo, CHINCHÓN ALVAREZ, J. y VICENTE MÁRQUEZ, L.: "La investigación … *Op.cit.*

(2008) y *Fujimori* (2009), respectivamente.

En el caso *Molco*[493] el Tribunal Supremo chileno determinó que las conductas ya eran delitos de homicidio –vigentes en el Derecho nacional- y en el Derecho internacional, como un crimen contra la humanidad de tal manera que no se quiebra el principio de legalidad penal al declarar vigente la acción penal –fundada en el Derecho internacional[494]. La justicia argentina en el *caso Menéndez et al* (conocido como *caso Brandalisis*)[495] encontró culpables a los acusados por delitos de privación de libertad, tortura y homicidio calificado (según el Código Penal argentino) y que a su vez constituían crímenes de lesa humanidad en el momento de su comisión de conformidad con el Derecho internacional por lo que se justifica la no aplicación de medidas internas tales como la amnistía y la prescripción[496]. Por último, en el *caso Fujimori* se investigaron los hechos conforme a su naturaleza de crímenes de Derecho internacional con consecuencias jurídicas a efectos de su persecución si bien a efectos de imposición de la pena se recurre a los tipos ordinarios (asesinato y lesiones graves)[497].

Donde España se aleja clamorosamente de esta tendencia[498] es cuando precisamente se trata de investigar y perseguir los crímenes de Derecho internacional cometidos en España durante la Guerra Civil y el régimen franquista. Se trata de "los hechos con relevancia penal más graves –por su intensidad y su extensión- que se han presentado ante la jurisdicción española[499]", con más de 100.000 personas desaparecidas y 30.000 niños secuestrados (los denominados "niños perdidos del Franquismo"[500]). De la excepcionalidad y

[493] Los miembros del Movimiento de Izquierda Revolucionario, Hugo Vásquez Martínez y Mario Superby Jeldres fueron ametrallados por una pareja de carabineros del Molco de Choshuenco. El juzgado absolvió en primera instancia declarando prescritos los delitos de homicidio premeditado.

[494] SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, SALA PENAL: *Caso Molco*, rol nº 559-2004, de 13 de diciembre de 2006. La Corte Suprema se basó, entre otros, en la sentencia de la CIDH, de fecha 26 de septiembre de 2006, en el caso *Almonacid contra Chile*. Ver asimismo, J.L. GUZMÁN DALBORA, "El tratamiento de los crímenes internacionales en la jurisprudencia chilena: una cabeza de Jano", *Lateinamerika Analysen 18*, Hamburgo: ILAS, 2007, pp. 95-122.

[495] Condena a Menéndez y otros 7 represores por el secuestro, tortura, asesinato y desaparición en 1977 de Humberto Brandalisis, Hilda Flora Palacios, Carlos Lajas y Raúl Cardozo, miembros del Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT), en un operativo que se intentó disfrazar como un enfrentamiento armado.

[496] SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ORAL Nº 1: *Caso Brandalisis*, 40/M/2008, de 24 de Julio de 2008. El Tribunal se apoyó en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia en los casos *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro y otros* (2004) y *Simón, Julio Héctor y otros* (2005). Ver, G. CHAVEZTAFUR, "Using International Law to by-pass domestic legal hurdles", en *Journal of International Criminal Justice* 6, 2008. Así como, P.F. PARENTI, "La jurisprudencia argentina frente a los crímenes de Derecho internacional", en *Lateinamerika Analysen 18*, Hamburgo: ILAS, 2007, pp. 61-94.

[497] SENTENCIA DE A SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA: *Caso Fujimori*, Expediente núm. AV 19-2001, de 7 de abril de 2009. Ver asimismo, L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ; J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, "Algunas consideraciones jurídico-internacionales acerca de la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República del Perú contra Alberto Kenya Fujimori Fujimori", en M. PÉREZ ARROYO (Dir.); L. SÁNCHEZ PONCE; M. GIRAO ISIDRO (Coords.): *El caso de "Alberto Fujimori Fujimori". La sentencia. Doctrina y Jurisprudencia: Perú, 7 de abril de 2009*, Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales-Centro de Educación Continua (en prensa).

[498] Aunque cabe resaltar el retroceso que ha supuesto la reciente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que ha venido a restringir y desvirtuar el principio de jurisdicción universal. Ver, por ejemplo, http://www.es.amnesty.org/jurisdiccion-universal-espana/articulos-de-opinion/

[499] VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formulan los magistrados José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri García y Ramón Sáez Valcárcel al AUTO DEL PLENO DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL, Rollo de Sala 34/2008, de 2 de diciembre de 2008.

[500] Ver M. A. RODRÍGUEZ ARIAS, *El caso de los niños perdidos del Franquismo. Crimen contra la humanidad*. Tirant lo Blanch. 2008.

> "*condición de caso difícil proceden una serie de requerimientos al Tribunal, entre otros, procurar interpretaciones que reduzcan los márgenes de apreciación subjetiva que tengan su origen en el prejuicio y verificar una aplicación de las reglas de competencia favorable a la mayor efectividad de los derechos humanos reconocidos en el orden jurídico internacional" ya que "no por haber ocurrido en el pasado reciente de nuestro país, dejan de afectar en la misma medida a la comunidad internacional" circunstancia que "implica un plus de no obstaculización de la persecución penal*"[501].

Esta excepcionalidad que debería rechazar toda interpretación formalista de las instituciones de derecho interno para superar los obstáculos y para facilitar el acceso a justicia, verdad y reparación lo más completa posible para los familiares de víctimas de los crímenes del pasado español, sólo es reconocida por una minoría de jueces en España[502]. El ejemplo más alarmante y devastador de lo que puede ocurrirle a aquellos jueces que acudan a la preeminencia del Derecho internacional para vencer los obstáculos de orden interno y cumplir con su obligación de investigar los crímenes de Derecho internacional, es la inculpación del Magistrado-Juez Baltasar Garzón por un presunto delito de prevaricación[503]. El auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional por el que éste asumió la competencia para tramitar la causa por "presuntos delitos permanentes de detención ilegal, sin dar razón del paradero, en el contexto de crímenes contra la humanidad" tenía precisamente como tarea abordar el ocultamiento de unos hechos no investigados hasta la fecha y que, amparados por motivaciones políticas, han propiciado la impunidad de crímenes de Derecho internacional. Lo que no es sino una cuestión de aplicación del derecho, de valoración de pruebas para atribuir responsabilidades y reparar a las víctimas (dicho sea de paso, de forma respetuosa con la legalidad internacional) merece el reproche emocional del Magistrado-Instructor del Tribunal Supremo que lo califica de "encomiable" y "loable finalidad" así como de ejercicio "honesto o bienintencionado", pero que se aleja de cualquier criterio jurídico[504].

Para la jurisprudencia comparada, los argumentos de orden jurídico que ofrece un juez, desafiando la legalidad interna que pretende blindar mecanismos de impunidad (como por ejemplo lo es la Ley de Amnistía de 1977[505]) y que mantienen un vacío de justicia, ni son una "teorización creativa" ni constituyen la base de una actitud prevaricadora. En una reciente sentencia del Tribunal Constitucional de la República del Perú en el *caso Accomarca*, el Tribunal advirtió que dadas las características especiales del caso:

> "*atinentes a la renuencia del Estado peruano a investigar lo ocurrido" ya que "el propio Estado habría instaurado un proceso ante un órgano jurisdiccio-*

[501] Ver, VOTO PARTICULAR DISCREPANTE, nota a pie de página 109, *supra*. Para un análisis crítico del Auto de la Sala, ver J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, "La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo (Del Auto de 16 de octubre a la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008", en *La Ley*, núm. 7102 (28 de enero de 2009). Asimismo ver, AMNISTÍA INTERNACIONAL: "España: La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo", Noviembre 2008.
[502] Ver nota a pie de página 98, *supra*.
[503] Para una cronología de los antecedentes del caso, ver http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es/p/antecendentes-del-caso.html
[504] TRIBUNAL SUPREMO: Causa Especial nº 20048/2009, auto de 3 de febrero de 2010 y auto de 7 de abril de 2010.
[505] Ver, en esta misma publicación H. VALENCIA VILLA, "La Ley… *Op.cit*.

nal abiertamente incompetente que demostró su intención de encubrir los hechos criminosos, permisión que fue consumada luego con la dación de leyes de amnistía destinadas a impedir toda persecución penal", de tal forma que "la prescripción de la acción penal, que supone la defensa del individuo contra los excesos del Poder estatal, no puede ser utilizada con la finalidad de avalar el encubrimiento que el Estado haya realizado de los hechos que deben ser investigados. (...) De este modo, una interpretación conforme a la Constitución de las normas de prescripción de la acción penal implica dejar de contabilizar todo el lapso en que se sustrajeron los hechos de una efectiva investigación, a través de órganos judiciales incompetentes y leyes de amnistía inconstitucionales"[506].

Por supuesto cuando el Magistrado-Instructor del Tribunal Supremo desecha la aplicación del Derecho internacional como una "teorización" ajena al "ejercicio de la potestad jurisdiccional", deja claro que desconoce y priva erróneamente de la función que tienen los jueces en el avance, redefinición y expansión de principios de Derecho internacional (más allá de su mera aplicación) para poder dar una respuesta coherente a sus compromisos internacionales y poner coto a las violaciones de derechos humanos[507]. No se trata de una excentricidad, sino de una actuación conforme a su capacidad como jueces que representan a la Comunidad Internacional para vencer la impunidad de crímenes de Derecho internacional, promover la rendición de cuentas internacional y restaurar la dignidad de las víctimas. Si no lo hicieran los Tribunales españoles, otros tribunales de otros países podrían hacerlo, a los que podrían acudir las víctimas de graves violaciones de derechos humanos en la búsqueda de justicia cuando en los suyos propios no existen o no se les ofrece un recurso efectivo. Es el caso del procedimiento abierto en Argentina a instancia de las víctimas españolas para investigar los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y el régimen franquista[508]. Habrá que esperar a la respuesta del gobierno español al exhorto librado por la justicia argentina[509]. Porque una cosa es reiterar en foros de carácter más bien político el eterno discurso de que "los Jueces y Tribunales instruyen y juzgan todas las denuncias sobre desapariciones que ante ellos se formulan" (cuando la realidad judicial española demuestra que aquellos archivan alegando prescripción de la acción penal y la aplicación de la ley de amnistía[510]), y otra bien distinta es probar en un proceso judicial que "efectivamente se está investigando la existencia de un plan sistemático, generalizado, deliberado y planificado para aterrorizar españoles (...) llevado a cabo en el período comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de

[506] SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de la República del Perú: Exp. Nº. 00218-2009-PHC/TC, Lima, 11 de noviembre de 2010. Se refiere a la matanza perpetrada por la patrulla militar llamada "lince siete" en el distrito de Accomarca.

[507] En este sentido ver, GRUPO DE TRABAJO SOBRE JUSTICIA INTERNACIONAL Y DERECHOS HUMANOS: "Las razones del Tribunal Supremo para juzgar a Garzón", 17 de abril de 2010, disponible en http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es/2010/04/las-razones-del-tribunal-supremo-para.html

[508] Ver, GRUPO DE TRABAJO SOBRE JUSTICIA INTERNACIONAL Y DERECHOS HUMANOS: "¿Cambian las tornas? Jurisdicción Universal Sur-Norte para juzgar los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo" , 28 de abril de 2010, disponible en http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es/2010/04/cambian-las-tornas-jurisdiccion.html

[509] Exhorto de la Jueza María Servini de Cubría, Juez Federal, Juzgado Nacional en los Criminal y Correccional Federal nº 1, de 14 de octubre de 2010. Asimismo ver, GRUPO DE TRABAJO SOBRE JUSTICIA INTERNACIONAL Y DERECHOS HUMANOS: "Tras los últimos acontecimientos", 22 de octubre de 2010, disponible en http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es/2010/10/tras-los-ultimos-acontecimientos.html

[510] Ver AMNISTÍA INTERNACIONAL: "España: La obligación de investigar los crímenes del pasado (...)", nota a pie de página 111, *supra*. Asimismo, J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, "La obligación... *Op.cit.*; GRUPO DE TRABAJO SOBRE JUSTICIA INTERNACIONAL Y DERECHOS HUMANOS: "Tras los... *Op.cit.*

junio de 1977"[511]. Por otro lado, y para retrasar pronunciarse al respecto dada la evidente incomodidad que este caso le supone tanto a Argentina (recordemos que la jueza federal desestimaba inicialmente la querella, siguiendo el pedido del Ministerio Público[512]) como a España, no debe descartarse que el gobierno supedite la respuesta a las autoridades argentina a la resolución del proceso contra Garzón, alegando no querer influir o injerir en el mismo mientras esté abierto[513].

En todo caso, resaltar que las investigaciones, para cumplir con los estándares de seriedad, efectividad, eficiencia e independencia, no pueden ser acometidas de cualquier manera y "no se agota[n] con el trámite formal de procesos internos"[514]. Así, la CIDH en relación con las desapariciones forzadas en el caso *La Cantuta* ordenó al Estado peruano como medida de reparación "proceder de inmediato a la búsqueda y localización de los restos mortales" y ello porque se habían constatado diversos fallos durante las diligencias y, sobre todo, la ausencia de "acciones adoptadas en el marco de los procesos penales, o a través de otras instancias, para determinar el paradero de las víctimas o buscar sus restos mortales"[515]. Adicionalmente, la CIDH ha especificado las diligencias mínimas que deben realizarse:

> "*la eficiente determinación de la verdad en el marco de la obligación de investigar una muerte, debe mostrarse desde las primeras diligencias con toda acuciosidad. (…) Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados.*"[516]

También el TEDH ha precisado, en relación con las desapariciones ocurridas en Chipre en 1974 (caso *Varnava*) que, incluso de encontrarse el cuerpo de la persona desaparecida, no quiere ello decir que se pueda determinar o quede claro como encontró la muerte[517]. El TEDH recuerda que la jurisprudencia sobre el alcance de la obligación procesal es clara: la investigación oficial ha de ser independiente, accesible para los familiares de las víctimas, debe realizarse con prontitud y sin dilaciones indebidas, existiendo un elemento suficiente de escrutinio público de la misma y sus resultados y debe ser efectiva en el sentido de ser capaz de conducir a la determinación de las circunstancias del caso y a la identificación y castigo de los responsables los resultados[518]. Aún en

---

[511] Exhorto de la Jueza María Servini de Cubría, Juez Federal, Juzgado Nacional en los Criminal y Correccional Federal nº 1, de 14 de octubre de 2010.
[512] Decisión que fue desestimada en virtud de la Resolución de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Argentina de 3 de septiembre de 2010.
[513] Recordemos que esta es la actitud –insólita- adoptada por el Tribunal Supremo al suspender la decisión de las cuestiones de competencia (tras rechazar los juzgados de Granada y de El Escorial la inhibición que acordó el juez Garzón en noviembre 2008) "hasta que la Causa Especial 3/20048/2009 sea resuelta".
[514] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), de 29 de noviembre de 2006, párr. 149.
[515] *Vid Ibid*. párrs. 135 y 146.
[516] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú*, parr. 383 así como caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 91. La CIDH en estos casos hizo referencia al Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de las Naciones Unidas (UN Doc. E/ST/CSDHA/12 (1991)).
[517] TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de Varnava et al. c. Turquía*, Sentencia de la Gran Sala de 18 de septiembre de 2009, Párr. 190.
[518] *Vid. Ibid*, párrs. 191. Asimismo, ver F. REY MARTÍNEZ, "La protección juridical de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: Un derecho en transformación y expansion", en *Estudios Constitucionales*, Año 7, núm. 1, 2009.

el caso que la investigación pudiera resultar inconcluyente y las pruebas insuficientes, no puede eximirse al Estado en ningún caso de realizar todos los esfuerzos posibles para evitarlo[519].

A pesar de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que en los casos en los que restos mortales y se sospeche una muerte violenta, el juez debe personarse con el forense e iniciar unas diligencias penales, lo cierto es que en la mayoría de los casos esto no ocurre, lo que supone una violación de una obligación legal y una denegación de tutela judicial efectiva[520]. También deberá tenerse en cuenta que según la Ley 2/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura, el Estado aparece como mero colaborador o facilitador (concediendo subvenciones a las asociaciones de familiares de víctimas) en cuanto a las tareas de localización de fosas, exhumación e identificación de restos, ignorando su responsabilidad y alejando tales labores del contexto judicial en el que deberían situarse por ley[521].

Si España quisiera evitar la intervención de la justicia argentina debería comprometerse a cumplir con su obligación de proteger y garantizar a las víctimas un recurso efectivo para que puedan acceder a una tutela judicial efectiva, por ejemplo, impartiendo instrucciones desde la Fiscalía General del Estado para promover de oficio –en vez de obstaculizar- la acción pública, apoyando interpretaciones de las normas respetuosas con la legalidad internacional, o exigiendo una actuación del Poder Judicial conforme al Derecho internacional (no aplicando leyes de amnistía ni alegando la prescripción). Vista la deriva de la impunidad en España frente a los crímenes de su pasado esto es impensable, por lo que el proceso abierto en Argentina constituye el escenario idóneo para abordar el tema de la Ley de Amnistía española y la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad que tanto temen las autoridades y sociedad española.

7.5. CONCLUSIÓN

El Derecho internacional refleja la comunidad que regula y, en la medida en que se trata de una comunidad y realidad vivas y en constante evolución, resultan necesarias la adaptación y re-conceptualización de sus reglas y principios para evitar la impunidad. Al mismo tiempo, para los crímenes de Derecho internacional se ha evolucionado, en un primer momento, de la responsabilidad "inexigible" salvo por el ejercicio de poder de unos estados sobre otros, a poder reclamar esa responsabilidad ante los tribunales (como la Corte Internacional de Justicia de la Haya); y de ahí, a la responsabilidad penal individual exigible ante los tribunales penales domésticos o internacionales, siendo la tendencia en el momento actual hacia la expansión a la responsabilidad penal de las personas jurídicas como tales (y quizás, a más largo plazo, a la responsabilidad de la

[519] *Vid Ibid*, párr. 192.
[520] Ver declaraciones del Magistrado del Tribunal Supremo, José Antonio Martín Pallín disponibles en http://www.cadenaser.com/sociedad/articulo/martin-pallin-obligacion-jueces-personarse-exhumaciones/csrcsrpor/20100807csrcsrsoc_2/Tes
[521] Ver, AMNISTÍA INTERNACIONAL: "España: Víctimas de la Guerra Civil y el franquismo: No hay derecho. Preocupaciones sobre el proyecto de ley de "Derechos de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo", noviembre de 2006. Asimismo, AMNISTÍA INTERNACIONAL: "España: La obligación de investigar los crímenes del pasado (…)", nota a pie de página 111, *supra*.

sociedad). Si tenemos todos los mecanismos al alcance para luchar contra la barbarie y la impunidad, ¿qué nos falta?

8. Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso español

FELIPE GÓMEZ ISA
Profesor de Derecho Internacional Público
Investigador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe
Universidad de Deusto, Bilbao

8.1. INTRODUCCIÓN

La denominada justicia transicional o justicia de transición se ha desarrollado de una manera vertiginosa en las tres últimas décadas, convirtiéndose en un campo abonado para una floreciente y rica reflexión académica[522], la aparición de ONGs y centros de investigación y consultoría[523], la creciente atención por parte de la comunidad internacional organizada[524] y la adopción de estándares jurídicos e institucionales tanto inter-

[522] A continuación cito tan solo algunos de los títulos que yo considero más relevantes de una muy vasta y prolija producción científica al respecto, como son N.J. KRITZ, *Transitional Justice: How emerging democracies reckon with former regimes*, Washington D.C.: United States Institute of Peace Press, 1995; Ruti G. Teitel, *Transitional Justice*, New York: Oxford University Press, 2000; M. MINOW, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing history after genocide and mass violence*, Boston: Beacon Press, 1998; R. MANI, *Beyond Retribution: Seeking justice in the shadows of war*, Cambridge: Polity Press, 2002; Ch. LEKHA SRIRAM, *Confronting past human rights violations: justice vs. peace in times of transition*, London: Frank Cass, 2004; E. HUGHES, W.A. SC HABAS and A. THAKUR (Eds)., *Atrocities and international accountability. Beyond transitional justice*, New York: United Nations University, 2007; N. ROHT-ARRIAZA and J. MARIEZCRRENA (Ed.), *Transitional justice in the twenty-first Century*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006; J. CHINCHÓN, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Madrid: Parthenon, 2007. Existe una publicación periódica dedicada exclusivamente al campo de la justicia transicional, *International Journal of Transitional Justice*.

[523] Uno de los centros de referencia es el *International Center on Transitional Justice*, con sede central en Nueva York y oficinas en lugares tan diversos como Ciudad del Cabo, Bruselas, Ginebra, Yakarta, Katmandú, Kinshasa, Beirut o Bogotá (www.ictj.org). Asimismo, existen el Oxford Transitional Research Group, el Transitional Justice Institute de la Universidad del Ulster, Irlanda, o el Center for the Study of Violence and Reconciliation en Ciudad del Cabo, Sudáfrica.

[524] Muestra de este creciente interés es el estudio del Secretario General de las Naciones Unidas, *El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos* (S/2004/616, 3 de agosto de 2004). La Organización de Estados Americanos (OEA) también se ha involucrado crecientemente en aspectos relacionados con procesos de justicia transicional, como en el caso del proceso de desmovilización paramilitar en Colombia. En este caso, en febrero de 2004 el Secretario General de la OEA celebró un acuerdo con el Gobierno colombiano para monitorear el proceso de desmovilización. La OEA proporcionaría apoyo técnico para la verificación del alto el fuego y el cese de hostilidades, la desmoviliza-

nos como internacionales cada vez más sofisticados[525]. A pesar de que los contextos en los que operan los mecanismos de justicia transicional son contextos muy complejos donde priman las consideraciones políticas y de oportunidad, y a pesar de que los éxitos rotundos de procesos de justicia transicional brillen por su ausencia, lo cierto es que se ha instalado progresivamente, tanto en círculos académicos como en círculos políticos, una cierta sensación de *inevitabilidad* de acudir a mecanismos de justicia transicional cuando se aborda un proceso de transición democrática tras un periodo autoritario o dictatorial o cuando se sale de un conflicto plagado de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos. En este sentido, no creo infundado afirmar que la justicia transicional ha tenido una suerte de *éxito epistémico* al situarse en el centro de las discusiones en procesos de transición política y de resolución de conflictos y al reflejar una cierta conciencia de su utilidad para abordar los legados incómodos del pasado.

Ahora bien, este relativo éxito epistémico viene acompañado, paradójicamente, de un "escaso avance de la teoría"[526] en el ámbito de la justicia transicional que hace que todavía no podamos hablar con propiedad de la existencia de un nuevo paradigma conceptual. Todavía somos rehenes de una construcción teórica episódica, parcial y muy fragmentada que comenzó en la década de los 80 al calor de las transiciones a la democracia en el Cono Sur de América[527], siguió en los casos de la resolución de conflictos muy prolongados en Centroamérica, tuvo su eclosión en la Sudáfrica post-apartheid y se ha ido extendiendo recientemente a otros contextos en África y Asia[528]. Esta particular evolución ayuda a explicar que tanto las herramientas conceptuales básicas como los mecanismos de aplicación de la justicia transicional han ido evolucionando a medida que se han aplicado a nuevos casos y en nuevos contextos, apareciendo una de las características inherentes a la justicia transicional, como es su *versatilidad*. Las normas y mecanismos de justicia transicional no pueden ser absolutamente uniformes y monolíticos, sino que tienen que ser lo suficientemente versátiles y flexibles como para poder adaptarse a las diferentes, complejas y variadas circunstancias en las que necesariamente tienen que operar.

Asimismo, la no muy dilatada experiencia de justicia transicional nos enseña que quienes han diseñado y pilotado los procesos de transición han sido actores políticos con una agenda y con intereses que en todo caso querían preservar y proteger, y con una estructura de poder que apoyaba sus pretensiones. A pesar de que contamos con estándares jurídicos y jurisdiccionales en el campo de la justicia transicional cada vez más elaborados y con un relativo grado de coerción, sin embargo debemos reconocer que por lo general no han sido éstos quienes han marcado la hoja de ruta a seguir, sino que los distintos actores involucrados han tratado de acomodar estratégicamente sus intereses y objetivos al marco normativo e institucional de la justicia transicional. Este

---

ción, el desarme y las iniciativas para la reintegración de los desmovilizados. Para ello, se estableció la *Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia, MAPP/OEA*, que ha seguido muy de cerca todos los desarrollos del proceso de paz con las AUC. Ver al respecto Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales*, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 de octubre de 2007.

[525] Ver F. GÓMEZ ISA, "El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos", *El Otro Derecho*, nº 37, 2007, pp. 11-64.

[526] P. de GREIFF, "Una concepción normativa de la justicia transicional", en A. RANGEL (Ed.), *Justicia y paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?*, Bogotá: Intermedio, 2009, p. 22.

[527] Algunas personas se remontan al periodo inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, donde se aplicaron mecanismos de justicia transicional ligados a los juicios de Nuremberg y Tokio y a políticas de reparación en Francia y en la Italia post-fascista. Ver M. CAPELLÀ, "Represión política y Derecho Internacional: una perspectiva comparada (1936-2006)", en M. CAPELLÀ; D. GINARD (Coords.), *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*, Palma de Mallorca: Edicions Documenta Balear, 2009, pp. 164-174.

[528] Un lúcido análisis histórico de la justicia transicional lo encontramos en J. ELSRTER, *Closing the books. Transitional Justice in historical perspective*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

uso político y estratégico del discurso de la justicia transicional para legitimar la consecución de sus propios objetivos es algo que encontramos, en mayor o en menor medida, en todos los procesos de transición, es algo inherente a los mismos.

Por otro lado, la convicción generalizada acerca de la utilidad de la aplicación de los conceptos y mecanismos de justicia transicional ha llevado a tratar de expandirlos a contextos que, en sentido estricto, no son de carácter transicional[529]. Existe una presión cada vez más acusada para ampliar el espectro de aplicación de la justicia transicional, lo que puede acabar afectando tanto a cuestiones básicas de carácter conceptual como a la propia operatividad de los mecanismos de justicia transicional. En este sentido, el discurso de la justicia transicional se está predicando en situaciones de conflicto abierto en el que todavía no existen expectativas creíbles de terminación y en el que el proceso de paz se limita a tan solo uno de los actores, como es el caso de Colombia[530]. Esta expansión del discurso está afectando también a transiciones democráticas llevadas a cabo bajo un manto de olvido y sin afrontar los abusos del pasado y que, ahora, décadas después, como ocurre en España, diferentes actores recurren al discurso y a la práctica de la justicia transicional como forma de cerrar definitivamente una transición que creen inconclusa[531]. A su vez, la justicia transicional se está reivindicando para abordar las injusticias históricas que han sufrido colectivos como los pueblos indígenas[532], los afro-descendientes[533] y otros grupos sub-alternos[534] que reclaman reconocimiento de su papel en la historia y reparación por los sufrimientos del pasado[535]. Finalmente, también se cuestiona si la justicia transicional tiene que dejar de abordar exclusivamente las más graves violaciones de los derechos civiles y políticos, como ha ocurrido hasta ahora, para ampliar su abanico de actuación a aspectos relacionados con el desarrollo[536], la justicia social[537] o los derechos económicos, sociales y culturales[538], ingredientes todos ellos esenciales para que un proceso de transición pueda llegar a buen puerto.

Debemos reconocer que estas presiones para extender el ámbito de aplicación del discurso de la justicia transicional nos obligan necesariamente a una reconsideración sistemática de los presupuestos epistemológicos y conceptuales sobre los que ha operado

---

529 J. BONET; R. ALIJA, "Impunidad, derechos humanos y justicia transicional", *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, Nº 53, 2009, p. 110.

530 R. UPRIMNY (Dir.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá: DeJusticia-Antropos, 2006.

531 P. AGUILAR FERNÁNDEZ, *Políticas de la memoria y memorias de la política. El caso español en perspectiva comparada*, Madrid: Alianza Editorial, 2008.

532 F. GÓMEZ ISA, "El derecho de los pueblos indígenas a la reparación por injusticias históricas", en N. ÁLVAREZ; D. OLIVA; N. ZÚÑIGA (Eds.), *La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid: Los Libros de la Catarata, 2009, pp. 157-191.

533 C. MOSQUERA ROSERP-LABBÉ; L.C BARCELOS (Ed.), *Afro-reparaciones: memorias de la esclavitud y justicia reparativa para negros*, afrocolombianos y raizales, Bogotá: Observatorio del Caribe Colombiano, 2007.

534 El término "subalterno" fue acuñado por Antonio Gramsci, pero ha sido desarrollado de una manera muy interesante por el colectivo de los denominados Estudios Subalternos. Ver al respecto R. GUHA; G. CHAKRAVORTY SPIVAK (Ed.), *Subaltern Studies*, New Delhi: Oxford University Press, 1985.

535 J. TOHMPSON, *Taking Responsibility for the Past: Reparation and Historical Injustice*, Cambridge: Polity Press, 2002; J. TORPEY (Ed.), *Politics and the Past. On Repairing Historical Injustices*, Maryland: Rowman&Littlefield Publishers, 2003; E. BARKAN, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*, Baltimore: The John Hopkins University Press, 2000; G. ULRICH; L.K. BOSERUP (Ed.), *Reparations: Redressing Past Wrongs*, The Hague: Kluwer Law International, 2003; R. MATE (Ed.), *Responsabilidad Histórica. Preguntas del nuevo al viejo mundo*, Barcelona: Anthropos, 2007.

536 Ver la interesante reflexión provocada por P. de GREIFF y R. DUTHIE (Eds), *Transitional justice and development. Making connections,* New York: Social Science Research Council, 2009.

537 G. ORÉ AGUILAR; F. GÓMEZ ISA (Ed.), *Rethinking Transitional Agendas*, Antwerp-Oxford: Intersentia, 2010, en prensa.

538 J.L. CAVALLARO; S, ALBUJA, "The Lost Agenda: Economic Crimes and Truth Commissions in Latin America and beyond", en K. McEVOY; L, McGREGOR (Eds.), *Transitional justice from below. Grassroots activism and the struggle for change*, Oxford: Hart, 2008, pp. 121-141.

hasta ahora la justicia transicional, nos obliga a estar permanentemente alertas acerca de la idoneidad o no de dichos presupuestos en cada caso concreto y, sobre todo, acerca de sus eventuales impactos en los conceptos y en los mecanismos de la justicia transicional.

El objetivo de este artículo es precisamente analizar la utilización y la aplicación del discurso de la justicia transicional en el caso español. Una vez analizados el contexto, los discursos empleados y la implementación de los mecanismos de justicia transicional trataremos de extraer algunas conclusiones en torno a si la progresiva ampliación del campo de actuación de la justicia transicional a escenarios no transicionales es una estrategia adecuada o no y en torno a los beneficios y eventuales riesgos que corremos con dicha estrategia.

8.2. LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN ESPAÑA

El caso español también es un caso *sui generis*, dado que se están aplicando las herramientas de la justicia transicional a un caso que, en puridad, no es transicional, ya que la transición a la democracia tras una larga dictadura tuvo lugar, exitosamente, en la segunda mitad de la década de los 70. Es este pretendido éxito de la transición española a la democracia el que se está cuestionando hoy, más de 30 años después, desde algunos sectores al calor del candente debate social, político y mediático sobre la recuperación de la memoria histórica de la guerra civil y el franquismo. Este cuestionamiento lleva a algunos a reclamar una revisión de la transición española, para replantear "su función de mito fundacional de la democracia y del Estado de Derecho en España"[539].

Una de las opiniones críticas a este respecto ha venido de la mano de Vicenç Navarro, para quien el olvido que se instaló tras la dictadura franquista explica en gran parte las insuficiencias de la democracia española y del Estado del bienestar que se ha construido. En su opinión, una de las causas de dichas insuficiencias "ha sido el olvido de lo que fue la República Española, la Guerra Civil y la dictadura que la siguió. Este olvido, resultado de un pacto de silencio entre la derecha y las izquierdas, alcanzado durante la Transición, fue consecuencia de confundir la amnistía con la amnesia, amnesia... por la cual estamos pagando hoy un coste político muy elevado"[540].

Se ha discutido ampliamente sobre si realmente hubo o no hubo tal *pacto de silencio*[541]. Para el historiador Santos Juliá la continua referencia al denominado pacto de silencio se ha convertido en una metáfora de la que se abusa y en un "tópico que ignora y desprecia lo mucho que durante la transición se escribió y se debatió sobre la guerra, el franquismo y la represión"[542]. Es verdad que durante los primeros años de la democra-

[539] A. ARAGONESES, "El Derecho bajo el franquismo. Transformaciones del sistema jurídico español (1936-1978)", en M. CAPELLÀ; D. GINARD (Coords.), *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*, *op. cit.*, p. 157.
[540] V. NAVARRO, *Bienestar insuficiente, democracia incompleta*, Barcelona: Anagrama, 2002, p. 25.
[541] E. SILVA; A. ESTEBAN; J. CASTÁN; P. SALVADOR (Coords.), *La memoria de los olvidados, un debate sobre el silencio de la represión franquista*, Valladolid: Ámbito, 2004.
[542] S. JULIÁ, "Memoria, historia y política de un pasado de guerra y dictadura", en S. JULIÁ (Dir.), *Memoria de la Guerra y del Franquismo*, Taurus: Madrid, 2006, p. 57. Opinión muy similar es la expresada por una de las principales estudiosas del debate sobre la memoria histórica en España, Paloma Aguilar, para

cia se publicó mucho y con total libertad acerca de la guerra civil y el franquismo, pero también es verdad que "la trascendencia social de este tipo de actitudes fue mínima"[543], sobre todo si lo comparamos con la enorme atención que ha acaparado el debate sobre la memoria histórica a partir del año 2000.

Se defiende, asimismo, que el consenso al que se llegó entre las élites políticas fue acerca de una no instrumentalización política del pasado[544] que permitiera pasar una de las páginas más siniestras de la historia contemporánea española para transitar con éxito hacia la democracia. Pero lo que tenemos que reconocer es que la transición vino acompañada de una *Ley de Amnistía*[545], aprobada en octubre de 1977, que venía a impedir el juzgar cualquier posible violación a los derechos humanos cometidas por cualquier parte durante la guerra civil y la dictadura franquista[546], una auténtica ley de punto final[547].

En lo que sí existe acuerdo casi unánime es que durante la transición española se produjo un olvido generalizado de las víctimas de la guerra civil y el franquismo[548]. Si bien las víctimas causadas por el bando republicano en la guerra civil fueron objeto de reparación y de políticas de memoria durante una buena parte del franquismo, en cambio las víctimas que perdieron la guerra y sus familias no sólo no fueron objeto de reparación, sino que sufrieron el desprecio y el oprobio más absolutos durante los casi 40 años de dictadura[549].

Es este olvido el que, en gran parte, pretende reparar el movimiento memorialista que en la última década ha tratado de recuperar y dignificar la memoria de las víctimas de la guerra civil y el franquismo[550]. Nos encontramos aquí con una de las características más sobresalientes del proceso español: el proceso ha sido iniciado por las víctimas y sus familiares, quienes, al principio, se enfrentaron a la desidia, cuando no al más absoluto rechazo, de una clase política que ya daba por cerrada la transición[551].

---

quien no deja de resultar paradójico "un pacto de silencio del que nunca ha dejado de hablarse y ni de escribirse". A esta socióloga le resulta, asimismo, "sorprendente que haya tantas alusiones a una conspiración de silencio sobre el pasado cuando la guerra civil ha ocupado un lugar preferente en la literatura, el cine y la producción histórica españolas", P. AGUILAR, "Guerra civil, franquismo y democracia", *Claves de Razón Práctica*, nº 140, 2004, p. 24.

543 P. PAGÈS, "Memoria y olvido de la guerra civil", en *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*, *op. cit.*, p. 108.

544 J.A. GARCÍA AMADO, "Usos de la historia y legitimidad constitucional", en J.A. MARTÍN PALLÍN; R. ESCUDERO ALDAY (Eds.), *Derecho y memoria histórica*, Madrid: Trotta, 2008, p. 60.

545 Ley 46/1977, de Amnistía, de 15 de octubre de 1977.

546 El artículo 2 de la Ley amnistía "los delitos y faltas que pudieron haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta ley" y "los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas". Un estudio exhaustivo de la ley y sus implicaciones se encuentra en A. GIL GIL, *La justicia de transición de España: de la amnistía a la memoria histórica,* Barcelona: Atelier, 2009.

547 P. AGUILAR, "Justicia, política y memoria: los legados del franquismo en la Transición española", en A. BARAHONA; P. AGUILAR; C. GONZÁLEZ (Eds.), *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Madrid: Istmo, 2002, pp. 135-193.

548 J.A. GARCÍA AMADO, "Usos de la historia y legitimidad constitucional", *op. cit.*, p. 61.

549 J. CASANOVA (Coord.), *Morir, matar, sobrevivir: la violencia en la dictadura de Franco*, Barcelona: Editorial Crítica, 2002.

550 De todas maneras, como reconoce Javier Chinchón, algunas tímidas medidas de reparación se adoptaron desde finales de los 70, J. CHINCHÓN, "El viaje a ninguna parte: memoria, leyes, historia y olvido sobre la Guerra Civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el Derecho Internacional", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 45, 2007, pp. 138 y ss.

551 Ver el análisis de uno de los protagonistas de este proceso, nieto de un represaliado durante la guerra civil y miembro destacado de la Asociación Española para la Recuperación de la Memoria Histórica

Uno de los detonantes de este interesante proceso fueron las exhumaciones por parte de asociaciones para la recuperación de la memoria histórica de varias fosas comunes de las miles de personas que fueron asesinadas y desaparecidas durante la guerra civil y los primeros años del franquismo[552]. La enorme carga simbólica y emocional de estas exhumaciones las convirtió en un asunto de gran trascendencia tanto en España como fuera de ella[553]. Muy pronto, la innegable fuerza moral y política de las reivindicaciones de las víctimas y de sus familiares, junto a un creciente apoyo de la opinión pública española, hicieron que esta cuestión diese el salto a la arena política. Tras los titubeos iniciales de rigor por parte de unos partidos políticos que veían con suspicacia una iniciativa que surgía directamente de la sociedad civil (*from below*), sin mediaciones de carácter partidista, todos los partidos políticos se fueron mostrando proclives a abordar esta cuestión, salvo el partido popular. Ha sido fundamentalmente la derecha política, heredera sociológica del franquismo, junto con ciertos sectores de la Iglesia católica, quienes se han opuesto con más virulencia a lo que consideran como una traición al denominado *espíritu de la transición*, ese espíritu que cubrió la transición a la democracia con un manto de olvido y, por qué no decirlo, de impunidad. Para José Antonio Martín Pallín, ese tan manoseado espíritu de reconciliación y concordia de la transición española no deja ser, lamentablemente, más que un "argumento retórico"[554].

Con la victoria del partido socialista en las elecciones de marzo de 2004 parecieron abrirse amplias expectativas en torno a la discusión de la eventual aplicación del discurso de la justicia transicional a un proceso de transición con asignaturas pendientes como el español. El propio Presidente Rodríguez Zapatero hizo referencia a estas cuestiones en el discurso de investidura, lo que hacía albergar grandes esperanzas entre los movimientos sociales que habían impulsado las iniciativas para la recuperación de la memoria. En septiembre de ese mismo año se creó la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo[555], procediendo a partir de ahí a la aprobación de diversas medidas de reparación económica para los denominados "niños de la guerra"[556], medidas de restitución del patrimonio incautado a los sindicatos durante la guerra civil y el franquismo[557], o la restitución de los Archivos de Salamanca, donde había gran información sobre la guerra civil y el franquismo, a la Generalitat de Cataluña[558]. En la misma línea, y como medida de carácter claramente simbólico, se declaró el año 2006 como el Año de la Memoria Histórica[559].

Pero el movimiento asociativo exigía una ley que, con carácter integral, recogiera sus demandas en el campo de las políticas públicas de memoria y en el campo de la verdad y la justicia. Tratando de responder a esta demanda, el Gobierno envió al Parlamento un primer proyecto que suscitó profundas críticas porque se quedaba muy lejos de las expectativas generadas. Este primer proyecto no gustó a las asociaciones de víctimas y

(ARMH), E. SILVA, "El despertar de la memoria histórica en España: el papel de la sociedad civil", en F. GÓMEZ ISA (Dir.), *El derecho a la memoria*, *op. cit.*, pp. 571-580.

552 Ver el inicio de este proceso narrado por dos de sus protagonistas, E. SILVA y S. MACÍAS, *Las fosas de Franco*, Madrid: Temas de Hoy, 2003.

553 Ver al respecto el testimonio de un antropólogo que ha trabajado en varias de las exhumaciones de fosas colaborando con la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica, F. FERRÁNDIZ, "Exhumaciones y políticas de la memoria en la España contemporánea", en S. NAROTZKY; J.M. VALCUENDE (Eds), *Las políticas de la memoria en los sistemas democráticos: Poder, Cultura y Mercado*, Sevilla: ASANA-FAAEE, 2005, pp. 109-132.

554 J.A. MARTÍN PALLÍN, "La Ley que rompió el silencio", en J.A. MARTÍN PELLÍN; R. ESCUDERO ALDAY (Eds.), *Derecho y memoria histórica, op. cit.*, p. 24.

555 Real Decreto 1891/2004, de 10 de septiembre.

556 Ley 3/2005, de 18 de marzo.

557 Real Decreto 13/2005, de 28 de octubre.

558 Ley 21/2005, de 17 de noviembre.

559 Ley 24/2006, de 7 de julio.

familiares de víctimas como el Foro por la Memoria o la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica. Tampoco satisfacía a determinadas ONGs de derechos humanos como Amnistía Internacional[560], Human Rights Watch[561] o la Comisión Internacional de Juristas, que habían mostrado interés en participar en el proceso de discusión sobre la justicia transicional en España. Por su parte, incluso los partidos políticos que habían mostrado su apoyo al Gobierno en este tema se distanciaron de ese proyecto presentado por el Gobierno socialista.

Tras intensas y acaloradas discusiones tanto dentro como fuera del Parlamento durante la segunda mitad del año 2006 y todo 2007, que incluso estuvieron a punto de hacer descarrilar el intento de aprobar un marco legal integral para las víctimas de la guerra civil y el franquismo, finalmente se aprobó *in extremis* la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, "por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura", más conocida como *Ley de la Memoria Histórica*[562].

La verdad es que la Ley no ha dejado contento prácticamente a nadie, ha suscitado muchas críticas y generado muchos sinsabores entre los principales promotores de la Ley, sobre todo las asociaciones de víctimas. Ha sido el malestar y la frustración de estas asociaciones ante la Ley lo que les ha llevado a plantear judicialmente el caso de los crímenes de la guerra civil y el franquismo ante la Audiencia Nacional, vía que, por ahora, ha quedado cerrada[563].

Por otro lado, debemos considerar la Ley como parte de un proceso de recuperación de la memoria y de reparación de las víctimas, como punto de partida y nunca como punto de llegada[564]; lo importante es lo que a partir de ahora hagamos, y empujemos a hacer, con los mimbres de esta ley.

Si examinamos atentamente los principales contenidos de la Ley, y si comparamos la transición española con procesos coetáneos de aplicación de mecanismos de justicia transicional como los casos de Argentina, Chile, Portugal o Grecia, debemos compartir la visión pesimista expresada por Margalida Capellà, para quien la Ley de Memoria Histórica "no está a la altura ni de las expectativas generadas en el movimiento por la

[560] Ver al respecto el crítico informe de Amnistía Internacional, *Víctimas de la Guerra Civil y el franquismo: no hay derecho*, noviembre de 2006.
[561] Wilder Tyler, de HRW, advirtió del contraste de la postura española en el interior y en el exterior al señalar que "España es un referente obligado para muchos países, y así como la política exterior de España ha sido en general muy positiva en justicia y reparación de víctimas y ha tenido una posición de vanguardia, en cuestión interna no propugna los mismos principios que traslada al exterior", ver "Duras críticas a la Ley de Memoria Histórica", *El País*, 23 de marzo de 2007.
[562] Un interesante análisis de todo este proceso se puede encontrar en J.A. MARTÍN PALLÍN; R. ESCUDERO ALDAY, "Introducción", en J.A. MARTÍN PALLÍN; R. ESCUDERO ALDAY, *op. cit.*, pp. 13-17. Como han señalado muy acertadamente estos autores, postura que comparto plenamente, "la llamada Ley de la Memoria Histórica nace de todo este esfuerzo por desenterrar la verdad. Nace de la tierra, de las fosas comunes, de todas y cada una de las excavaciones realizadas en estos últimos años, de los actos de recuerdo y homenaje que han tenido lugar en cada pequeño rincón del país, de las entrevistas, programas y documentales elaborados con ese objetivo de grabar lo olvidado y, también, de las líneas escritas en ese esfuerzo por sacar a la luz todo lo ocurrido y lo sufrido. Es, pues, una ley de víctimas y de voluntarios, de arqueólogos y de historiadores, de literatos y de artistas... La Ley no ha nacido, pues, del impulso de los políticos. Tiene su origen en las entrañas de nuestra tierra donde yacen sepultados cientos de miles de conciudadanos que perdieron la Guerra Civil y no pudieron escapar de la brutal represión que siguió a la victoria...", *idem*, p. 17. Estas ilustrativas y evocadoras palabras ponen una vez más sobre la mesa la memoria como imparable proceso de construcción social, como vimos en su momento a la luz del caso colombiano.
[563] Un análisis crítico de las actuaciones llevadas a cabo por la Audiencia Nacional en J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, "La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra civil y el franquismo", *La Ley*, nº 7102, 28 de enero de 2009, pp. 1-7.
[564] R. ESCUDERO ALDAY, "La declaración de ilegitimidad de los tribunales franquistas: una vía para la nulidad de sus sentencias", en J.A. MARTÍN PALLÍN; R. ESCUDERO ALDAY (Eds.), *op. cit.*, p. 233.

recuperación de la memoria histórica ni tampoco de los avances experimentados en el ámbito del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación en las últimas décadas"[565].

8.2.1. EL DERECHO A LA VERDAD

En primer lugar, brillan por su ausencia medidas para tratar de garantizar el derecho individual de las víctimas y el derecho colectivo de la sociedad[566] a conocer toda la verdad acerca de las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos que tuvieron lugar durante la guerra civil y en las décadas que duró la dictadura franquista. En la Ley no hay nada que se parezca a alguno de los mecanismos que se han utilizado para hacer efectivo el derecho a la verdad, como pueden ser las comisiones de la verdad creadas en varios de los procesos de justicia transicional. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones, en el marco del examen del quinto informe periódico de España, recomendó al Estado en 2008 que creara "una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura"[567], recomendación que no ha sido tenida en cuenta, por ahora, por el Estado[568]. Al final, parece que va a ser la sociedad civil, con la ayuda de los historiadores, quien elabore la narrativa del sufrimiento de las víctimas de la guerra civil y el franquismo, algo que, aunque imprescindible, resulta totalmente insuficiente. Como ya hemos señalado, la verdad por sí sola no es suficiente, tiene que ir acompañada de un reconocimiento público del sufrimiento. La verdad no se puede quedar en el círculo más íntimo de las víctimas, sino que tiene que ser reconocida oficial y públicamente, elevando así su validez al público y a la sociedad en su conjunto.

Lo único que establece la Ley de Memoria Histórica, en su exposición de motivos, es que dicha ley "sienta las bases para que los poderes públicos lleven a cabo políticas públicas dirigidas al conocimiento de nuestra historia y al fomento de la memoria democrática". Esta disposición se concreta en la creación del *Centro Documental de la Memoria Histórica*[569], con sede en Salamanca. Algunas de las funciones que va a tener este Centro se pueden asociar, aunque de manera muy tenue, a la realización del derecho a la verdad tanto en su dimensión individual como colectiva. Como señala la Ley en su artículo 20, las funciones del Centro Documental son las siguientes: mantener y desarrollar el Archivo General de la Guerra Civil Española; recuperar, reunir, organizar y poner a disposición de los interesados los fondos documentales y fuentes secundarias de interés para el estudio de la Guerra Civil, la dictadura, la resistencia guerrillera contra ella, el exilio...; fomentar la investigación histórica y contribuir a la difusión de sus

[565] M. CAPELLÀ, "Represión política y Derecho Internacional: una perspectiva comparada (1936-2006)", *op. cit.*, p. 235. Opinión muy parecida es la expresada por J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, "Transición española y justicia transicional: ¿qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición?", *Entelequia, Revista Interdisciplinar*, nº 7, 2008, pp. 1-31.

[566] A. OLIVEIRA; M.J. GUEMBE, "La verdad, derecho de la sociedad", en M, ABREGÚ; C. COURTIS (Comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los Tribunales locales*, Buenos Aires: Editores del Puerto-CELS, 2004, pp. 541-558.

[567] Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/ESP/CO/5, de 27 de octubre de 2005, para. 9.

[568] El Auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado de Instrucción Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional presidido por el juez Baltasar Garzón preveía la creación de un grupo de siete personas expertas con el fin de desarrollar la labor de búsqueda y localización de los desaparecidos, debiendo presentar un informe sobre el número total de fallecidos.

[569] De todas formas, este Centro ya estaba previsto, como hemos visto, en la Ley 21/2005, de 17 de noviembre.

resultados; reunir y poner a disposición de los interesados información y documentación sobre procesos similares en otros países. Esta disposición se completa con la garantía del "derecho de acceso a los fondos documentales depositados en los archivos públicos" (artículo 22), una disposición que mejora ostensiblemente lo dispuesto en el proyecto de Ley que presentó el Gobierno en julio de 2006[570].

Un aspecto de la Ley que resulta altamente criticable es lo que establece en relación con la localización e identificación de las personas desaparecidas durante la guerra civil o bajo la represión de la dictadura franquista. A lo único que se compromete la Administración es a "facilitar" a los descendientes directos de las víctimas que así lo soliciten las actividades de indagación, localización e identificación de dichas personas desaparecidas (Artículo 11.1). Para ello, la Administración "elaborará planes de trabajo y establecerá subvenciones para sufragar" los gastos derivados de las actividades de exhumación e identificación (Artículo 11.2). Para dar coherencia a las innumerables exhumaciones que están teniendo lugar a lo largo de la geografía española, el Gobierno, en virtud del artículo 12.1 de la Ley, deberá elaborar un "protocolo de actuación científica y multidisciplinar que asegure la colaboración institucional y una adecuada intervención en las exhumaciones". Como podemos comprobar, el Estado no asume directamente las actividades de indagación, localización e identificación de los miles de desaparecidos que todavía subsisten en cunetas y cementerios clandestinos, sino que delega esta responsabilidad que le corresponde con arreglo al Derecho internacional en los familiares y en las asociaciones, que recibirán las oportunas subvenciones para ello[571]. El propio Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, "aunque toma nota con satisfacción de las garantías dadas por el Estado parte en el sentido de que la Ley de la Memoria Histórica prevé que se esclarezca la suerte que corrieron los desaparecidos", se ha mostrado muy preocupado por "las informaciones sobre los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas"[572].

8.2.2. EL DERECHO A LA JUSTICIA

El aspecto sin ninguna duda más criticable de la Ley de Memoria Histórica es el relativo a la garantía del derecho a la justicia, quedándose muy lejos de lo que hubiera constituido el mínimo absolutamente imprescindible.

En primer lugar, debemos reconocer que el proceso de transición a la democracia en España se hizo sin exigir responsabilidades por las violaciones a los derechos humanos durante la guerra civil y los casi 40 años de franquismo. Estas violaciones cayeron bajo el campo de acción de la Ley de Amnistía aprobada en 1977. En este punto, la Ley de Memoria Histórica guarda un silencio casi absoluto, lo que ha sido criticado como una "ocasión perdida", dado que "no abre ninguna vía procesal nueva para el enjuiciamiento de tales hechos"[573]. Es muy criticable tanto desde el punto de vista estrictamente ju-

[570] A. GREPPI, "Los límites de la memoria y las limitaciones de la Ley. Antifascismo y equidistancia", en J.A. MARTÍN PALLÍN; R. ESCUDERO ALDAY, *op. cit.*, p. 115.
[571] M. CAPELLÀ, "Represión política y Derecho Internacional: una perspectiva comparada (1936-2006)", *op. cit.*, p. 245.
[572] Comité de Derechos Humanos, *op. cit.*, para. 9.
[573] A. GREPPI, "Los límites de la memoria y las limitaciones de la Ley. Antifascismo y equidistancia", *op. cit.*, p. 115. Lo único que hace la Ley, en su Disposición adicional segunda, es salvar el eventual recurso de las víctimas a procedimientos tanto de carácter interno como internacional. Como señala esta Disposición

rídico como desde el punto de vista político que la Ley de Memoria Histórica no haga ni una sola alusión a la Ley de Amnistía, algo que le ha sido recordado al Gobierno por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Al examinar el informe periódico presentado por España, el Comité se mostró "preocupado por el mantenimiento en vigor de la Ley de Amnistía de 1977"[574]. Asimismo, el Comité recordó al Estado "que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.... y que las amnistías relativas a las violaciones graves a los derechos humanos son incompatibles"[575] con el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. De acuerdo con todo ello, el Comité recomendó al Gobierno "considerar la derogación de la Ley de Amnistía de 1977"[576].

Otro de los aspectos más polémicos se refería a la pretensión de las asociaciones de víctimas y de algunos partidos políticos de declarar la nulidad de las condenas y sanciones injustas emanadas de órganos franquistas sin el más mínimo respeto a las normas básicas del derecho al debido proceso. Esta pretensión se consideraba que era perfectamente asumible sin que con ello se resintiese la seguridad jurídica[577], el principal argumento en contra de dicha pretensión defendido hasta hoy por la Sala Militar del Tribunal Supremo. Una vez más, en este punto la Ley de Memoria Histórica se muestra vacilante y titubeante, llegando a una solución de compromiso que tampoco satisface ni a unos ni a otros, por la indefinición que comporta. La Ley opta por reconocer y declarar "el *carácter radicalmente injusto* de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la Dictadura" (Artículo 2, la cursiva es nuestra). Asimismo, "se declara la *ilegitimidad* de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la Guerra Civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como la de sus resoluciones" (Artículo 3.1, la cursiva es nuestra). De la misma manera, se declaran "*ilegítimas*... las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos... contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución" (Artículo 3.3, la cursiva es nuestra). El principal problema se produce a la hora de concretar los efectos de estas declaraciones de injusticia y de ilegitimidad, ya que el artículo 4.1 de la Ley tan solo se refiere al "derecho a obtener una *Declaración de reparación y reconocimiento personal* a quienes... padecieron los efectos de las resoluciones a que se refieren los artículos anteriores" (la cursiva es nuestra). Además, esta Declaración de reparación y reconocimiento "no constituirá título para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado ni de cualquier Administración Pública, ni dará lugar a efecto, reparación o indemnización de índole económica o profesional" (Artículo 4.5). Es decir, esta Declaración va a tener efectos meramente simbólicos, una suerte de reparación de carácter moral para las personas e instituciones afectadas. Queda la duda de si, una vez obtenida esta Declaración de reparación y reconocimiento, podrá servir para

adicional, "las previsiones contenidas en la presente ley son compatibles con el ejercicio de las acciones y el acceso a los procedimientos judiciales ordinarios y extraordinarios establecidos por las leyes o en los tratados y convenios internacionales suscritos por España".

574 Comité de Derechos Humanos, *op. cit.*, para. 9.

575 *Idem*.

576 *Idem*.

577 J.A. MARTÍN PALLÍN, "La Ley que rompió el silencio", *op. cit.*, p. 36. Además, existían precedentes como la Ley alemana de 25 de agosto de 1988 sobre la anulación de las sentencias nacionalsocialistas injustas, o la Ley Federal suiza de 20 de junio de 2003 sobre la anulación de las condenas impuestas a las personas que asistieron a refugiados durante el régimen nazi.

instar la nulidad judicial de las sentencias y resoluciones injustas a las que se refiere la Ley, algo que resultaría perfectamente posible para Rafael Escudero[578].

Como hemos visto, en materia de derecho a la justicia la Ley de Memoria Histórica resulta del todo insuficiente y criticable. Ahora bien, desde consideraciones que tienen que ver con la *prudencia* y con el principio de *oportunidad* en los procesos de justicia transicional algunos sostienen que el valor simbólico del castigo "va perdiendo fuerza a medida que los hechos empiezan a quedar atrás en el tiempo y la opinión pública logra metabolizar las culpas y el duelo"[579]. Esto es algo que ocurre cuando, como en el caso español, han pasado décadas desde que tuvieron lugar los hechos sobre los que ahora se discute. De todas maneras, el propio Andrea Greppi reconoce que "la amenaza del castigo es la mejor garantía para evitar que esos hechos puedan repetirse"[580]. Aquí es donde puede entrar el debate acerca de la concepción holística de la justicia transicional, donde las diferentes medidas en el campo de la verdad, la justicia y la reparación se complementan y se refuerzan mutuamente, admitiendo diferentes grados e intensidades. Lo importante es que el proceso de justicia transicional cumpla los objetivos de alcanzar la democracia, hacer justicia y reparar a las víctimas, pero su consecución admite variaciones y gradaciones en función de los diferentes contextos en los que se aplica.

8.2.3. EL DERECHO A LA REPARACIÓN

En el ámbito del derecho de las víctimas a la reparación es donde, indudablemente, más ha avanzado la Ley de Memoria Histórica y todo el conjunto de normas que ya habían sido aprobadas con anterioridad. La mayor parte de las medidas que se prevén tienen que ver con dicha reparación, pero en su vertiente estrictamente económica. Así, del artículo 5 de la Ley al artículo 10 se establecen todo un conjunto de medidas para la reparación económica de las personas y sus familias que se vieron afectadas por la guerra civil o por la represión franquista[581].

Un aspecto del derecho a la reparación que reviste un especial interés tiene que ver con el tratamiento dado a la simbología franquista, una simbología que, debido a los casi 40 años de dictadura, acabó inundando lo largo y ancho de la geografía española. Como señala la exposición de motivos de la Ley de Memoria Histórica, se parte del convencimiento de que los ciudadanos tienen derecho a que se evite toda exaltación de la sublevación militar que condujo a la guerra civil o de la dictadura mediante símbolos o monumentos conmemorativos de esos acontecimientos. Ese derecho pretende que "los símbolos públicos sean ocasión de encuentro y no de enfrentamiento, ofensa o agravio". En consecuencia, como dispone el artículo 15.1 de la Ley, "las Administraciones Públicas... tomarán las medidas oportunas para la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura". De todas ma-

[578] R. ESCUDERO ALDAY, "La declaración de ilegitimidad de los tribunales franquistas: una vía para la nulidad de sus sentencias", *op. cit.*, pp. 209-233.
[579] A. GREPPI, "Los límites de la memoria y las limitaciones de la Ley. Antifascismo y equidistancia", *op. cit.*, p. 118.
[580] *Ibid.*, p. 119.
[581] Un detallado análisis de todas estas medidas de indemnización figura en Antonio Baylos Grau, "Derechos económicos e indemnizaciones derivados de la memoria histórica", en J.A. MARTÍN PALLÍN; R. ESCUDERO ALDAY, *op. cit.*, pp. 185-208.

neras, lo establecido anteriormente no será de aplicación "cuando concurran razones artísticas, arquitectónicas, o artístico-religiosas protegidas por la ley" (Artículo 15.2). Como se ha puesto de manifiesto, "teniendo en cuenta que buena parte de estos símbolos fascistas se encuentran todavía en iglesias y fachadas de edificios públicos, esta disposición corre el peligro de quedar en papel mojado cuando no haya voluntad política de eliminar monumentos y simbología franquista"[582].

Un último aspecto que resulta claramente insuficiente respecto de los denominados *lugares de memoria*[583] tiene que ver con el tímido, por decirlo suavemente, tratamiento otorgado a uno de los lugares emblemáticos de la exaltación de la guerra civil y el franquismo, el Valle de los Caídos[584]. Lo único que establece el artículo 16.2 de la Ley a este respecto es que en ningún lugar del recinto del Valle de los Caídos "podrán llevarse a cabo actos de naturaleza política ni exaltadores de la Guerra Civil, de sus protagonistas, o del franquismo"[585].

Como hemos visto, el proceso de justicia transicional que está siguiendo España para revisar algunos de las cuentas pendientes de la transición a la democracia deja mucho que desear desde la óptica de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación típicos de un esquema transicional. Ha sido la sociedad civil el auténtico motor del proceso, pero la clase política ha demostrado tibieza y falta de valentía a la hora de afrontar uno de los aspectos más oscuros de nuestra historia reciente. Esperemos que la Ley de Memoria Histórica aprobada en 2007 sea tan solo un paso más de un largo proceso social y político de recuperación y dignificación de la memoria de las víctimas en el que también se abran espacios para la verdad y la justicia. Por otro lado, debemos ser plenamente conscientes de que el tiempo transcurrido desde la guerra civil (1936-1939) y desde la transición tras la muerte de Franco (1975) impone algunos condicionantes con los que necesariamente debemos lidiar, sobre todo en el terreno del derecho a la justicia.

8.3. A MODO DE CONCLUSIONES

Del análisis efectuado del modelo español de justicia transicional podemos extraer algunas conclusiones que, con carácter general, nos ayuden a abordar este tipo de transiciones que salen del marco tradicional de transiciones a la democracia o transiciones a la paz.

---

[582] M. CAPELLÀ, "Represión política y Derecho Internacional: una perspectiva comparada (1936-2006)", *op. cit.*, p. 244.

[583] Acerca de su enorme importancia en el marco de las políticas de memoria ver C. MOLINERO, "Lugares de memoria y políticas de memoria", en F. GÓMEZ ISA (Dir.), *El derecho a la memoria*, *op. cit.*, pp. 295-309.

[584] Ver el debate organizado por EL PAIS en torno a las diferentes propuestas sobre el destino que se debería a el Valle de los Caídos, Paloma Aguilar, "Una reconversión inevitable" y Juan Antonio Mayor de la Torre, "La verdad del Valle", *El País*, 8 de mayo de 2005, p. 17.

[585] La Disposición adicional sexta de la Ley también establece que "la fundación gestora del Valle de los Caídos incluirá entre sus objetivos honrar y rehabilitar la memoria de todas las personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil... y de la represión política que la siguió con objeto de profundizar en el conocimiento de este periodo histórico y de los valores constitucionales".

En primer lugar, a pesar de todos los problemas que plantean este tipo de transiciones que se salen de la ortodoxia del discurso de la justicia transicional, creo haber justificado la utilidad de seguir aplicando dicho discurso. Debemos ser muy cautos y extremar las precauciones, pero estoy convencido que los aspectos positivos priman claramente sobre los riesgos que podemos correr, riesgos que, por otra parte, son inherentes a cualquier proceso de justicia transicional.

Uno de los aspectos más positivos de la aplicación del esquema de la justicia transicional es la progresiva emergencia de las víctimas como actor social y político con el que hay que contar ineludiblemente en cualquier proceso de justicia transicional. Su mayor visibilidad, la creación de asociaciones y organizaciones que legítimamente representan sus intereses y hablan en su nombre, y la canalización de una mayor cantidad de recursos en su favor, han posibilitado interesantes procesos de empoderamiento. Por otro lado, cuando las expectativas generadas no son colmadas por los poderes públicos o algunas víctimas se sienten discriminadas pueden surgir sentimientos de frustración que pueden acabar minando la confianza cívica, uno de los objetivos últimos de la justicia transicional.

Asimismo, la experiencia española muestra que han sido las víctimas y la sociedad civil quienes han dado un fuerte impulso al proceso de extensión del discurso de la justicia transicional. En este sentido, se han desencadenado interesantes procesos *from below* de generación de espacios alternativos de verdad, de justicia y de reparación con un rol protagonista de las propias víctimas.

Otro elemento importante asociado a estos procesos es la imparable presencia de la verdad y la memoria. Una vez que comienzan los procesos, los diferentes actores que participan ponen en marcha iniciativas que, de una u otra manera, contribuyen a hacer luz sobre los abusos del pasado y a dar voz a las víctimas. Los procesos de justicia transicional vienen acompañados de iniciativas artísticas, literarias, cinematográficas, documentales... que no tienen otro objetivo que contribuir a que emerjan la verdad y la(s) memoria(s) sobre un pasado que se resiste a quedar en el olvido.

Finalmente, el avance producido en el desarrollo de los estándares normativos e institucionales en el campo de la justicia transicional ha hecho que los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y las garantías de no repetición hayan estado presentes, no con mucha fortuna debemos reconocer, en el caso español. Hoy simplemente ya no es posible orillar estos derechos cuando se discute de un proceso de justicia transicional, aunque su concreción práctica venga en gran medida condicionada por las características del contexto al que se aplican.

Por todo ello, y por muchas otras razones que se me quedan en el tintero, me parece ineludible aplicar el discurso de la justicia transicional a estos procesos que se salen de los moldes clásicos, aunque siempre tratando de ser consciente del contexto y de las dificultades y barreras que dicho contexto impone.

9. La ley española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional

HERNANDO VALENCIA VILLA
Profesor de Derechos Humanos
Universidad de Syracuse en Madrid
Representante de la AEDIDH en Madrid

Era el remedio olvidar, y olvidóseme el remedio.
Lope de Vega, *La villana de Getafe* (1620)

Las cosas que son más para olvidadas son las más acordadas.
Baltasar Gracián, *Oráculo manual y arte de prudencia* (1647)

Detrás de la amnistía acecha la amnesia.
Nicole Loraux, *La ciudad dividida* (1997)

La ley española de amnistía, primer acto legislativo del primer parlamento postfranquista, fue adoptada en circunstancias políticas excepcionales en octubre de 1977, un año antes de la refrendación ciudadana de la nueva constitución democrática en diciembre de 1978. Treinta y tres años después, muchos alegan que aquella precaria medida de gracia constituye una decisión intocable y por consiguiente un obstáculo insalvable para cualquier ejercicio de justicia transicional que pretenda esclarecer, castigar y reparar los crímenes atroces e impunes de la guerra civil y de la dictadura franquista. Este argumento de los defensores a ultranza de la Transición, quienes para estos efectos se encuentran a lo largo de todo el espectro político, se esgrime con singular agresividad tras el fallido pero histórico proceso transicional abierto por el juez Baltasar Garzón en la Audiencia Nacional de Madrid, que no sólo fue archivado "por incompetencia" a instancias de la Fiscalía y por decisión dividida de la Sala Penal de dicho tribunal, sino que además ha provocado como retaliación un juicio de corte inquisitorial por presunta prevaricación contra el magistrado instructor por parte del Tribunal Supremo. El resultado es que, una generación más tarde, la Ley 46 de 15 de octubre de 1977 ha vuelto al centro del debate público en España. Tres hechos, públicos y notorios, explican en principio este peculiar estado de cosas: [1] el movimiento de recuperación de la memoria histórica de la última década, que no sólo ha conseguido convertir la cuestión de las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales y las fosas comunes del franquismo en una causa democrática de ámbito nacional, sino que constituye *per se* la experiencia de construcción de ciudadanía y abogacía de derechos de mayor calado que se observa hoy en la península; [2] la invocación misma de la amnistía de la Transición como coartada de los sectores más recalcitrantes de la judicatura y de la clase política para justificar su oposición cerrada a cualquier iniciativa de la sociedad civil para ajustar cuentas con la barbarie generada por el levantamiento armado contra la segunda república española, por el conflicto intestino que provocó y por la dictadura resultante de todo ello; y [3] la proscripción de las amnistías generales por el Derecho internacional de los derechos humanos tal como puede verse en un horizonte de justicia de transición o justicia transicional. Con el fin de contribuir a la crítica de la postura "intransitiva" sobre la amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional, las páginas siguientes se proponen responder de manera sinóptica a tres preguntas específicas: qué

es lo esencial de la amnistía; por qué y para qué se aprobó la Ley española de amnistía de la Transición; y, a la luz de la costumbre internacional emergente en esta materia estratégica, cómo debería interpretarse hoy la norma en cuestión. Pues mientras haya miles de víctimas en la indefensión y miles de crímenes en la impunidad, la herencia sin testamento del franquismo seguirá siendo la principal asignatura pendiente de España desde el punto de vista de la ética democrática.

9.1. AMNISTÍA E INDULTO

Amnistía es una palabra de origen griego que quiere decir "olvido" y con la cual se designa el subrogado o beneficio penal consistente en suprimir, por razones políticas o humanitarias, el carácter ilícito del delito y con él la consiguiente responsabilidad del acusado, procesado o condenado. Proviene de la *lex oblivionis* [ley de olvido] del Derecho romano y debe distinguirse del indulto, que es el olvido de la pena o sanción como tal. La amnistía suele ser empleada por los Estados y gobiernos para superar crisis políticas, concluir conflictos armados o dictaduras, e impulsar procesos de reconciliación o de transición a la democracia[586]. El jurista canadiense Mark Freeman, autor de la monografía más solvente dedicada a la cuestión en las últimas décadas, la define así: "Amnistía es una medida legal extraordinaria cuya función primaria es eliminar la posibilidad y las consecuencias de la responsabilidad penal para individuos o grupos determinados con respecto a ciertos tipos de infracciones, con prescindencia de si las personas afectadas han sido juzgadas por tales ofensas ante un tribunal"[587]. Y la profesora española Amelia Valcárcel distingue: "El indulto supone la remisión de una pena ya acordada, que se elimina o acorta, mientras que la amnistía lo que hace es dejar fuera de la consideración de delito merecedor de pena determinadas acciones, por malvadas o peligrosas que hayan sido... El indulto supone el perdón del yerro y la amnistía, que la situación era la errada"[588]. Se trata, por supuesto, de la expresión jurídica de un acto político porque la supresión de la ilicitud del delito es una decisión que procede de la razón de Estado, es decir, de la voluntad política del gobierno de renunciar a su pretensión punitiva del crimen por motivos de conveniencia u oportunidad y no por exigencia del Derecho internacional o del Derecho constitucional. En tal sentido, la amnistía es lo contrario de la retribución como objetivo central de la justicia judicial, e implica el reconocimiento de un injusto o entuerto cuyo castigo legal se olvida o se borra por razones de Estado.

El experto citado distingue tres modalidades principales de amnistía: [1] la autoamnistía, que es la que un gobierno se otorga a sí mismo o a sus aliados por crímenes directamente imputables a él o a ellos; [2] la no auto-amnistía, que es la que un gobierno concede tan sólo para beneficio de sus oponentes; y [3] la amnistía simétrica o recíproca, que es la que un gobierno negocia con sus oponentes o les otorga a éstos para beneficio de ambas partes[589]. La segunda modalidad es la que mejor consulta el espíritu filantrópico de la institución; las otras dos son por desgracia las más frecuentes porque

[586] H. VALENCIA VILLA, *Diccionario de derechos humanos*, Madrid: Espasa Calpe, 2003, p. 9.
[587] M. FREEMAN, *Necessary evils: Amnesties and the search for justice*, New York: Cambridge University Press, 2009, p. 13.
[588] A. VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, Barcelona: Herder Editorial, 2010, pp. 129 y 130.
[589] M. FREEMAN, *Op. cit.*, pp. 152 y 153.

resultan más rentables para la defensa de los intereses corporativos o sectarios que explican en la práctica la apelación a esta figura.

El constitucionalista catalán Joan Lluís Pérez Francesch recuerda que los subrogados penales pertenecen al llamado "derecho de gracia", que es una supervivencia del antiguo régimen monárquico y que no tiene ubicación precisa en el Estado de derecho contemporáneo. La amnistía como tal no se menciona en la constitución española de 1978, ni en el código penal vigente. Tan sólo hay una referencia al indulto en el artículo 62 constitucional, donde aparece como una atribución formal del Rey en casos individuales "con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales"[590]. El Tribunal Constitucional español, en sus sentencias 63 de 1983, 122 de 1984 y 147 de 1986, estima que la amnistía compete al parlamento como órgano legislativo ordinario y no forma parte del derecho de gracia que ejerce el Rey[591].

"Abrogación paradójica de la ley por parte de la ley... la amnistía quiere ser sutura, síntesis, manera de rehacer la unidad nacional", ha escrito la politóloga francesa Sandrine Lefranc en su libro sobre amnistía y perdón[592]. Pero se trata de una práctica profundamente problemática por cuanto está en la encrucijada entre la justicia y la paz, entre la defensa de los derechos humanos y la búsqueda de la reconciliación nacional, entre el deber de esclarecer, castigar y reparar el crimen impune y honrar a sus víctimas, y el deber de hacer las paces entre los antiguos adversarios políticos[593]: dos imperativos que responden a lógicas diferentes, a veces antagónicas, y cuya articulación no ha sido satisfactoria o razonable en ninguna experiencia histórica conocida. Esto no implica, sin embargo, que la amnistía no sea un componente casi inevitable de muchos procesos de justicia transicional, en los cuales ha jugado o juega un papel complejo y equívoco, a la vez constructivo y destructivo. La jurista argentina Ruti Teitel afirma que "en últimas, las amnistías y el castigo no son más que las dos caras de la misma moneda: ritos legales que de manera visible y potente demuestran el cambio en la soberanía que resulta en una transición política"[594]. Este último caso supondría una cuarta modalidad de amnistía, la amnistía transicional, que es la que se adopta con el deliberado propósito de neutralizar una eventual intervención de la justicia penal internacional, a sabiendas de que la medida de gracia no contribuye a la lucha contra la impunidad que constituye hoy la tarea prioritaria de la comunidad internacional de derechos humanos[595].

Con todo, lo esencial de la amnistía concierne a la índole específica de los delitos beneficiados con la amnesia legal. En una tradición que se remonta a la Grecia clásica[596], pero que alcanza su apogeo en el derecho penal liberal del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, las amnistías se han dedicado casi siempre al olvido de los llamados "delitos políticos", es decir, aquellas conductas como la rebelión, la sedición, la asonada y otras similares, que se caracterizan por su móvil altruista y que no suelen implicar violencia o atrocidad. A diferencia de los delitos comunes, que tienen un móvil egoísta y suelen implicar violencia o atrocidad, los delitos políticos son actos de disidencia, resistencia u oposición, que se definen por su referencia directa y casi siempre exclusiva al poder político. Se ha dicho que, en contraste con todos los demás ilícitos, el delito polí-

---

590 J. L. PÉREZ FRANCESCH, "Amnistía, indulto e intencionalidad política", en M. J. ESPUNY TOMÁS; O. PAZ TORRES (Eds.), *30 años de la ley de amnistía (1977-2007)*, Madrid: Universidad Autónoma de Barcelona / Dykinson, 2009, p. 58.
591 *Idem*, pp. 59 y 60.
592 S. LEFRANC, *Políticas del perdón*, Madrid: Ediciones Cátedra, 2004, pp. 90 y 305.
593 H. VALENCIA VILLA, "Introducción a la justicia transicional", *Claves de Razón Práctica*, núm. 180, marzo de 2008, p. 76.
594 R.G. TEITEL, *Transitional justice*, New York: Oxford University Press, 2000, p. 59.
595 *Idem*, p. 51. Veáse también M. FREEMAN, *Op. cit.*, pp. 17 y 19.
596 J. ELSTER, *Rendición de cuentas: La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires: Katz Editores, 2006, pp. 17-40.

tico no puede ser castigado más que como tentativa frustrada, cuando fracasa, pues como acto cumplido, cuando triunfa, implica la transformación del rebelde en gobernante y con ella la imposibilidad teórica y práctica de sancionar a quien es ahora el titular o el detentador de la autoridad[597]. Lo esencial de estos delitos es entonces su relativismo o perspectivismo: el gobernante de hoy puede ser el rebelde de ayer y el rebelde de hoy puede ser el gobernante de mañana, según se advierte en la historia de muchos países, que puede ser leída también como una sucesión de amnistías e indultos entre beligerantes que intercambian sin cesar las funciones de gobernantes e insurgentes[598].

Esta tradición caballeresca, sin embargo, está en derrota por varias razones, entre las cuales cabe señalar dos muy importantes y contradictorias entre sí: la creciente eliminación de la distinción entre delitos políticos y delitos comunes en los códigos penales contemporáneos, debido a la extensión del constitucionalismo democrático como forma hegemónica de organización y administración de las sociedades humanas en la mayor parte del planeta, que suele entrañar el reconocimiento de amplias garantías para la oposición y las minorías, lo cual a su vez significa la descriminalización de toda modalidad de disidencia o resistencia, siempre que no invoque o utilice la violencia; y la también creciente manipulación de los subrogados penales por toda clase de regímenes transicionales, que supone el uso sectario o ideológico de amnistías e indultos, con el ostensible propósito de mantener enclaves o subculturas de impunidad, aún después de superadas las guerras o dictaduras, y a la vez impedir la intervención de las jurisdicciones universal e internacional. Así, paradójicamente, unas veces por el avance real de la democracia y otras veces por la persistencia de la barbarie o del autoritarismo bajo nuevas apariencias, el hecho es que ya casi nadie habla de delitos políticos y la amnistía se emplea con alarmante frecuencia para renunciar al castigo de atrocidades que constituyen crímenes graves de Derecho internacional (agresión, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, en la terminología del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional).

Ahora bien, conviene recordar que entre la aplicación rigurosa de la ley penal para castigar el crimen y la eliminación del carácter antijurídico de la conducta mediante la amnistía o amnesia legal, existen al menos cinco modalidades de lenidad o benevolencia punitiva que oscilan entre uno y otro extremo, aunque se acercan más al segundo que al primero, al punto que en la práctica puede decirse que constituyen formas más o menos encubiertas de amnistía, como en la ley colombiana de Justicia y Paz de 2005[599]. Tales formas de lenidad son: la omisión de la responsabilidad penal, los esquemas de reducción de sentencias, los esquemas de alternatividad penal, los esquemas de inmunidad y el asilo en terceros países[600].

---

[597] H. VALENCIA VILLA *et al*., *El derecho de resistencia a la opresión*, Bogotá: Editorial Visión, 1973, pp. 84-85.
[598] H. VALENCIA VILLA, *La justicia de las armas: Una crítica normativa de la guerra metodológica en Colombia*, Bogotá: Tercer Mundo Editores/Universidad Nacional de Colombia, 1993, pp. 92-97.
[599] H. VALENCIA VILLA, *La ley de Justicia y Paz de Colombia a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid: Centro de Investigación para la Paz, 2005; y "Memoria histórica y derechos humanos: Lecciones de Hispanoamérica", en J. ORTEGA (Ed.), *Nuevos hispanismos interdisciplinarios y trasatlánticos*, Madrid: Iberoamericana-Vervuert, 2010, pp. 61-75.
[600] M. Freeman, *Op. cit*., pp. 118-122.

9.2. LA AMNISTÍA ESPAÑOLA DE 1977

Los estudiosos de la Transición española coinciden en que la amnistía decretada en octubre de 1977, a mitad de camino entre la muerte natural del dictador en noviembre de 1975 y la refrendación de la nueva constitución democrática en diciembre de 1978, fue el resultado de un contexto político excepcional en el cual coexistían la fortaleza del régimen franquista, que mantenía el control fáctico de las principales instituciones del Estado; la debilidad de la oposición antifranquista, que venía levantando su perfil social pero carecía de un proyecto político alternativo de ámbito nacional; y el pragmatismo de la sociedad civil, que respiraba aliviada por el fin de la larga noche de la dictadura pero no contaba con una cultura democrática propia y temía la recaída en la guerra civil, el golpe de Estado o la tiranía[601]. El nuevo régimen resultante de este proceso transicional logró ciertamente acuerdos admirables en materia constitucional y de seguridad social, y consiguió evitar el conflicto abierto entre franquistas y antifranquistas. Pero el precio que se pagó entonces por el consenso constitucional y por la reconciliación política fue muy alto, como que supuso eludir cualquier "lustración" o depuración de cuadros y élites en las instituciones centrales del Estado y en especial en la rama jurisdiccional, que conservó la integración y la orientación de la última etapa del franquismo; e implicó también aplazar en forma indefinida toda reivindicación de justicia transicional propiamente dicha, esto es, cualquier exigencia individual o colectiva de esclarecimiento, castigo y reparación de los crímenes de la guerra civil y de la dictadura, sobre los cuales pretendió tenderse un piadoso manto de perdón y olvido. En este clima de amnesia política y moral fue adoptada la Ley 46 de 15 de octubre de 1977 o Ley de amnistía.

La Ley carece de exposición de motivos y de preámbulo, y se reduce a un escueto articulado dispositivo, que ha sido interpretado de manera enteramente funcional para el antiguo régimen por los tribunales de cúpula del Estado español, el Supremo y el Constitucional, debido en gran parte a su ideología franquista o neofranquista, a su mediocre nivel académico y a su positivismo jurídico extremo, que se prolongan hasta nuestros días, como lo demuestra con creces el proceso inquisitorial contra el juez Garzón por haber intentado ofrecer justicia transicional a las víctimas de los crímenes del franquismo. Ello hace que una exégesis contextual del instrumento, como la que aquí se propone[602], resulte no sólo muy difícil sino también y sobre todo muy desafiante para los sectores dominantes de la comunidad legal española. Pero la única interpretación judicial legítima es la que consulta el propósito y en especial las consecuencias de la ley aplicable al caso concreto[603]. En la perspectiva de los derechos humanos, una tal exége-

[601] Veáse M. J. ESPUNY TOMÁS; O. PAZ TORRES (Eds.), *Op. cit.*; J. M. COLOMER, *La transición a la democracia: El modelo español*, Barcelona: Editorial Anagrama, 1998; E. TRAVERSO, *El pasado, instrucciones de uso: Historia, memoria, política*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 45-47; Paloma AGUILAR FERNÁNDEZ, *Políticas de la memoria y memorias de la política: El caso español en perspectiva comparada*, Madrid: Alianza Editorial, 2008; y A. GIL GIL, *La justicia de transición en España: De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona: Atelier, 2009.

[602] La sabiduría convencional recomienda abstenerse de utilizar las categorías de hoy para comprender los hechos de ayer. Pero sólo podemos juzgar los acontecimientos del pasado con los ojos del presente, y cada nueva generación tiene derecho a valorar la gestión de sus predecesoras, y a cambiar las leyes y las instituciones para ajustarlas a su propio tiempo.

[603] S. BREYER, *Active liberty: Interpreting a democratic constitution*, New York: Oxford University Press, 2008.

sis propositiva o consecuencial se llama *interpretatio pro homine*[604].Como ejemplo de la jurisprudencia del antiguo régimen puede citarse la opinión de la penalista española Alicia Gil Gil al referirse al debate sobre la jurisdicción universal: "Se ha criticado a los tribunales españoles la incoherencia política de perseguir crímenes cometidos en otros países desconociendo leyes de amnistía, mientras no persigue los cometidos en España amparados por una ley de amnistía. Sin embargo, en un país con división de poderes y con independencia judicial, las decisiones de los tribunales no tienen por qué ser políticamente correctas ni políticamente coherentes, sino sólo jurídicamente correctas"[605]. Pero la corrección jurídica no se puede separar de la coherencia política, ni sobre todo de la responsabilidad moral, a menos que se pretenda que la función jurisdiccional consiste tan sólo en hacer derecho formal e impartir justicia ritual, lo cual termina por convertirse en positivismo puro y duro al servicio del orden o desorden establecido.

En su artículo primero, la Ley declara amnistiados:

> *(a) "todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día 15 de diciembre de 1976";*
>
> *(b) "todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el 15 de diciembre de 1976 y el 15 de junio de 1977, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España"; y (c) "todos los actos de idéntica naturaleza o intencionalidad contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el 6 de octubre de 1977, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas*"[606].

Como salta a la vista, el beneficio del olvido legal incluye los delitos políticos con dos condiciones básicas: que hayan tenido como motivación el restablecimiento de las libertades o la reivindicación de las autonomías y que no hayan supuesto violencia grave contra las personas. Y puesto que la propia norma no define "intencionalidad política", tanto el principio de favorabilidad penal como la interpretación *pro homine* indican que el legislador extiende el beneficio a todas las conductas de las cuales puede predicarse una motivación política en sentido amplio. Más aún, como las infracciones amnistiadas no constituyen un *numerus clausus*, hay que colegir que la ley debe interpretarse y aplicarse mediante el método casuístico.

El artículo segundo confirma esta lectura al disponer que "están comprendidos en la amnistía":

> *(a) los delitos de rebelión y sedición tipificados en la ley penal militar;*
>
> *(b) la objeción de conciencia al servicio militar;*

---

[604] Th. BUERGENTHAL; C. GROSSMAN; P. NIKKEN, *Manual internacional de derechos humanos*, San José / Caracas: Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, 1990, p. 175.
[605] A. GIL GIL, *Op. cit.*, p. 109.
[606] *Boletín Oficial del Estado*, No. 248, 17 de octubre de 1977.

(c) los delitos de denegación de auxilio a la justicia;

(d) los delitos de opinión;

(e) los delitos y las faltas de las autoridades con ocasión de la represión de los actos de intencionalidad política de que trata la ley; y

(f) los delitos de los funcionarios contra los derechos de las personas.

La lista del artículo primero se extiende entonces a los que podrían denominarse los delitos políticos de los funcionarios y agentes del Estado, en lo que bien cabe calificar de "ejercicio de equilibrio". Pero, como están de acuerdo en señalar muchos comentaristas, la amnistía fue adoptada en primer lugar para excarcelar a los antifranquistas y compensar a la oposición por los años de plomo de la dictadura. Así, el columnista Javier Pradera, que se ha convertido, junto al historiador Santos Juliá y al exdirigente socialista Joaquín Leguina[607], en uno de los críticos más beligerantes del movimiento memorialista, escribe: ""La amnistía fue una iniciativa de los partidos recién salidos de la clandestinidad... Sin la amnistía de 1977 no existiría la Constitución de 1978: forma parte de su génesis y empapa su articulado. La reconciliación entre vencedores y vencidos fue el cimiento de una Constitución que descansó por vez primera en la historia de España sobre el consenso social"[608]. Y desde otra perspectiva, el jurista Joan Garcés, uno de los pioneros de la justicia universal en España y América Latina, dice: "La finalidad primera de la Ley era amnistiar a quienes sufrían entonces cárcel, exilio y otras sanciones por resistir al Movimiento Nacional [el partido único del franquismo]"[609]. Por su parte, los coautores del libro de la Universidad Autónoma de Barcelona sobre la ley 46 de 1977 abundan en el reconocimiento de este hecho fundamental: la amnistía estaba dirigida ante todo a los antifranquistas, y si se incluyeron los funcionarios del antiguo régimen fue para salvar el requisito de la equidistancia o no discriminación que siempre se espera de la ley en tanto expresión de la voluntad general[610]. Pero es de público conocimiento que el único grupo político que se abstuvo en la votación de la Ley fue Alianza Popular, antecesora del actual Partido Popular, que expresó de manera inequívoca que no se sentía comprometida con la norma porque, en palabras de uno de sus diputados, "una democracia responsable no puede estar amnistiando continuamente a sus propios destructores"[611]. En cualquier caso, era casi imposible que el franquismo buscara una autoamnistía porque, desde su punto de vista, en 1977 resultaba impensable tener que rendir cuentas de su gestión ante la justicia[612]. Pero los actos de intencionalidad política eran muy distintos en uno y otro caso[613]: los delitos imputados a los antifranquistas dejaron de serlo con el advenimiento de la democracia parlamentaria, y no sólo porque fueron amnistiados sino también porque casi todos ellos eran delitos políticos y de opinión, al paso que los delitos imputables a los franquistas eran violaciones de los derechos humanos o del derecho humanitario y seguían siendo tales a la luz de la nueva constitución y del Derecho de gentes, e incluso, como se verá más ade-

---

607 J. Leguina, *El duelo y la revancha: Los itinerarios del antifranquismo sobrevenido*, Madrid: La Esfera de los Libros, 2010.
608 J. PRADERA, "¿La amnistía contra la Constitución?", *El País*, 5 de mayo de 2010.
609 J. GARCÉS, "Auto de fe ante el Tribunal Supremo", *El País*, 18 de mayo de 2010.
610 P. YSÀS, "La Transición española en la democracia: Historia y mitos", en M. J. ESPUNY TOMÁS; O. PAZ TORRES (Eds.), *Op. cit.*, p. 35; C. MOLINERO, "La ley de amnistía de 1977: La reivindicación antifranquista y su lectura treinta años después", *idem*, pp. 46 y 51; y M. GARCÍA ARÁN, "Repercusiones penales de la ley de amnistía de 1977", *idem*, pp. 189-190.
611 *Diario de Sesiones del Senado*, 14 de octubre de 1977.
612 C. MOLINERO, *loc. cit.*, p. 52.
613 M. GARCÍA ARÁN, *loc. cit.*, p. 189.

lante, no podían beneficiarse con amnistía alguna porque constituían y constituyen crímenes internacionales graves, y de hecho no fueron ni han sido amnistiados porque no les ha sido aplicada la ley 46 de 1977 de manera específica o casuística.

Los artículos tercero, cuarto y quinto de la Ley 46 de 1977 amplían el beneficio penal a las faltas relacionadas con sentencias en curso, a las faltas disciplinarias judiciales e infracciones administrativas, y a las faltas laborales y sindicales. El artículo sexto establece la extinción de la responsabilidad penal en general y de los militares en particular. El artículo séptimo determina los efectos específicos de la amnistía en materia de salarios caídos, prestaciones sociales y antecedentes penales. El artículo octavo regula la amnistía laboral y sindical. El artículo noveno asigna a los jueces y sólo a ellos la aplicación de la Ley. El artículo décimo decreta la excarcelación inmediata de todos los antifranquistas recluidos en el sistema penitenciario franquista y beneficiados por la Ley. El artículo undécimo dispone la aplicación oficiosa o rogada de la amnistía, según el caso. Y el artículo duodécimo, por fin, regula la entrada en vigor del instrumento con su publicación en el *BOE*, que tuvo lugar dos días después.

En perspectiva, la amnésica Transición española[614] parece haber estado basada de manera paradigmática en lo que en la historia legislativa norteamericana se conoce con el nombre de *gag rule* o "regla de mordaza", que consiste en un pacto político para guardar silencio, por la conveniencia del encubrimiento y de la impunidad, sobre un problema público o sobre un período histórico cuya injusticia clama reparación al cielo. Al decir del sociólogo español Ignacio Sánchez-Cuenca, "el caso de España resulta ilustrativo: mientras que durante los primeros treinta años de democracia [1978-2008] parece que hubo una regla tácita de mordaza, esa regla se ha visto superada por la aparición de nuevas generaciones que no se sienten obligadas por ella y que creen llegado el momento de revisar el pasado"[615].

9.3. LA AMNISTÍA ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La actual valoración negativa de las amnistías por el Derecho internacional público resulta de uno de los cambios culturales más dramáticos de nuestro tiempo. En 1983, un órgano hoy desaparecido del sistema de las Naciones Unidas, la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, encargó al jurista francés Louis Joinet la preparación de un informe sobre la contribución de las leyes de amnistía a la protección y la promoción de los derechos humanos. Dos años más tarde, en 1985, Joinet presentó un informe que fue el más sofisticado estudio de derecho comparado hecho hasta entonces sobre la cuestión. Sin embargo, apenas seis años después, en 1991, la Subcomisión pidió al antiguo fiscal de la Corte de Casación de París que elaborase un nuevo dictamen en un sentido completamente diferente, esta vez sobre la contribución de las leyes de amnistía a la impunidad de las violaciones de los derechos humanos. El segundo Informe Joinet, presentado en 1995, es inequívoco en su repudio a los subrogados penales por cuanto se trata de medidas nacionales de impunidad, inconsistentes con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de recurso

[614] E. TRAVERSO, *Op. cit.*, p. 46.
[615] I. SÁNCHEZ-CUENCA, *Más democracia, menos liberalismo*, Madrid: Katz Editores, 2010, p. 153.

efectivo a la justicia y derechos de las víctimas, y constituye desde entonces la fuente del amplio consenso que existe hoy en el mundo del derecho y en el derecho del mundo acerca de la ilegitimidad de las amnistías[616]. ¿Qué sucedió entre 1985 y 1991, o entre 1985 y 1995, que permita explicar este cambio tan radical?

Varios factores de carácter contextual han de tenerse en cuenta para responder al anterior interrogante. En primer lugar, conviene recordar que la nueva costumbre internacional en contra de las amnistías generales surgió en el marco de los debates sobre estas prácticas de impunidad en las dictaduras militares del cono sur de América, que tuvieron lugar en el seno de la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra a finales de los años setenta y principios de los años ochenta del siglo pasado, que fueron promovidos por las organizaciones de la sociedad civil, y que jugaron un papel clave en la formulación de la actual doctrina global sobre lucha contra la impunidad, derechos de las víctimas y justicia transicional.

En segundo lugar, el giro copernicano de la Comunidad internacional de derechos humanos en esta materia recibió un espaldarazo decisivo con el clima de distensión, apertura y progreso que vivió el mundo entre el fin de la guerra fría en noviembre de 1989 y el comienzo de la guerra contra el terrorismo en septiembre de 2001, y que se tradujo, entre otras cosas, en la revitalización del sistema de Naciones Unidas y en la creación de los tribunales penales internacionales del Consejo de Seguridad para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, y sobre todo en la erección de la Corte Penal Internacional de carácter permanente.

Y en tercer lugar, la jurisprudencia emergente sobre amnistías procede también de las dos generaciones de procesos de transición a la paz y a la democracia en más de veinticinco países de América Latina, África, Asia y Europa a lo largo de los últimos treinta años[617], que se distinguen la primera (1970-1995) por su énfasis en la reconciliación y la segunda (1995-2010) por su acento en la verdad y en la justicia, y que han significado tanto la insurgencia de las víctimas como nuevos actores políticos y legales cuanto la consolidación de la justicia penal internacional como última frontera de los derechos humanos.

Junto al creciente protagonismo de las organizaciones de la sociedad civil, estos factores permiten entender cómo y por qué las amnistías generales y otras medidas similares de impunidad y lenidad han devenido inaceptables para la Comunidad internacional, al punto que aún los más conspicuos abogados de la reconciliación reconocen que puede hablarse ya, con todas sus letras, del surgimiento y la consolidación de una norma consuetudinaria general contra la amnesia legal en materia penal en el espacio global[618]. Y como es bien sabido, la costumbre internacional, fundamento del *jus cogens* o Derecho internacional general de carácter obligatorio, surge de la convergencia entre la práctica de los Estados [*usus*] y la opinión de la comunidad legal [*opinio juris sive necessitatis*][619], que es precisamente lo que viene ocurriendo de manera creciente con el rechazo frontal de las amnistías generales desde hace veinte años.

Tras el segundo Informe Joinet ante la antigua Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1995, la postura adversa de la Comunidad internacional con

---

[616] M. FREEMAN, *Op. cit.*, pp. 1-2.
[617] Véase P. HAYNER, *Verdades innombrables: El reto de las Comisiones de la Verdad*, México: Fondo de Cultura Económica, 2008; N. ROTH-ARRIAZA: J. MARIEZCURRENA (Eds.), *Transitional justice in the twenty-first century: Beyond truth versus justice*, Cambridge: Cambrige University Press, 2006; y M. LATTIMER; Ph. SANDS (Eds.), *Justice for crimes against humanity*, Oxford: Hart Publishing, 2003.
[618] M. FREEMAN, *Op. cit.*, p. 54.
[619] *Idem*, pp. 33 y 47. Veáse también J-M. HENCKAERS; L. DOSWALD-BECK, *Customary international humanitarian law. Volume I: Rules*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. xxxi-xlv.

respecto a las amnistías se advierte con gran claridad en una sucesión de decisiones claves provenientes de órganos centrales del sistema internacional, entre los cuales pueden señalarse el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su dictamen sobre el Líbano en 1997, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA en su informe sobre el caso 10480 contra El Salvador en 1999, y la Secretaría General de la ONU en su evaluación del Acuerdo de Paz de Lomé en Sierra Leona en 1999 y en su informe para el Consejo de Seguridad sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en 2004[620]. Este último documento recomienda, por ejemplo, que los acuerdos de paz aprobados por la organización "nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra o de lesa humanidad, o infracciones graves de los derechos humanos" y que "se rechace la amnistía en casos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, incluidos los delitos internacionales relacionados con la etnia, el género y el sexo, y se garantice que ninguna amnistía concedida con anterioridad constituya un obstáculo para el enjuiciamiento ante cualquier tribunal creado o asistido por las Naciones Unidas"[621].

La jurisprudencia de los dos órganos principales del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y en particular de la Corte Interamericana resulta ejemplar en su razonada y vigorosa oposición a las amnistías como medidas de impunidad y lenidad, como lo atestiguan sus Sentencias en los casos *Barrios Altos contra Perú* en 2001 y *Almonacid contra Chile* en 2006, entre otras. En la primera sentencia, el Tribunal regional sostiene que "todas las disposiciones de amnistía o prescripción y las medidas orientadas a eliminar la responsabilidad son inadmisibles porque pretenden evitar la investigación y el castigo de los responsables de serias violaciones de los derechos humanos". Y en la segunda aplica esta doctrina a la amnistía general decretada por la dictadura pinochetista en 1978, que conduce a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo cual es incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y afecta los derechos que ella consagra. Ello constituye como tal un quebrantamiento de dicho instrumento y genera responsabilidad internacional del Estado[622].

La política antiamnistía de las Naciones Unidas se remonta a la Resolución 3074/28 de la Asamblea General en 1973 y a la Declaración de la Conferencia de Viena en 1993. Según la primera, "los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad". Y según la segunda, "los Estados deben derogar la legislación orientada a la impunidad de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos como la tortura y deben perseguir tales violaciones". En su informe sobre el Tribunal Especial de Sierra Leona, Amnistía Internacional afirma que "amnistías, perdones y similares medidas de impunidad" han sido rechazadas en el ámbito de Naciones Unidas por la Secretaría General, el Consejo de Seguridad, la Asamblea General, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, el Comité contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos, y cita en detalle los pronunciamientos de estas ocho instancias[623].

---

[620] M. FREEMAN, *Op. cit.*, pp. 36, 45, 53 y 265.
[621] "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos", Informe del Secretario General para el Consejo de Seguridad, S/2004/616, párrafos 10 y 64.
[622] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia en el caso Barrios Altos (2001), párrafo 41, y Sentencia en el caso Almonacid (2006), párrafo 119.
[623] Documento AI AFR 51/012/2003, p. 12.

Parece, pues, incuestionable que existe hoy un amplio y sólido consenso normativo en la comunidad internacional de derechos humanos acerca de la ilegitimidad de las amnistías generales. Para completar nuestra presentación de la nueva costumbre internacional en materia de subrogados penales como marco de interpretación de la ley de amnistía de 1977, conviene hacer alusión a dos temas finales: el tratamiento de la cuestión por el derecho convencional y la naturaleza de las atrocidades imputables al franquismo como crímenes graves contra el derecho de gentes.

La única referencia explícita a la amnistía en un tratado multilateral de derechos humanos se encuentra en el artículo 6 (5) del segundo Protocolo adicional de Ginebra de 1977, que a la letra dice:

> "*A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado*".

Según el comentario oficial del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), que es la entidad internacional especial encargada por costumbre de codificar, interpretar y promover el derecho internacional humanitario,

> "*el objeto de este parágrafo es fomentar gestos de reconciliación que puedan contribuir a reestablecer relaciones normales en la vida de una nación que se ha dividido*"[624].

Y Louis Joinet considera que su propósito es "facilitar el intercambio recíproco de prisioneros"[625]. Adoptada apenas dos meses antes que la ley española de amnistía, la norma humanitaria pudo haber sido leída durante algún tiempo como un espaldarazo a la concesión o negociación de amnistías para la solución de conflictos armados internos, como en la sentencia de la Corte Constitucional sudafricana en el caso *Azapo* de 1996[626], pero su exégesis actual está en plena consonancia con la nueva costumbre internacional en materia de medidas de impunidad y lenidad.

De esta suerte, el propio CICR sostiene hoy que el artículo 6 (5) del Protocolo II está previsto para promover la amnistía tan sólo por crímenes que sean consistentes con las obligaciones humanitarias de los Estados, como los delitos políticos, y no por crímenes que sean inconsistentes con tales obligaciones, como los delitos graves contra el Derecho internacional. Así lo confirma de manera inequívoca la Regla 159 de la gran compilación de normas humanitarias consuetudinarias que la entidad suiza ha publicado hace cinco años bajo la firma de Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck y que constituye una reformulación muy relevante de la disposición protocolaria:

[624] M. Freeman, *op. cit.*, pp. 33 y 34.
[625] *Idem*, p. 264.
[626] *Idem*, pp. 34 y 35.

> "*Cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello*"[627].

Ello significa, en otras palabras, que la amnistía humanitaria o transicional sólo puede recaer hoy sobre delitos de índole nacional, de carácter menor o puramente político, como la rebelión, la sedición, la asonada o la simple pertenencia a ejércitos rebeldes o fuerzas irregulares[628].

En esta perspectiva, el Estatuto de Roma de 1998, que es la norma fundamental de la Corte Penal Internacional, representa un desarrollo potencialmente significativo de la prohibición internacional de las amnistías. De una parte, el párrafo sexto del Preámbulo sostiene que "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales", lo cual supone un aval de la jurisdicción universal y por tanto un cortafuegos contra las amnistías generales. Y de otra parte, el artículo 17 (2) (a) del Estatuto descalifica de manera absoluta las políticas nacionales de perdón y olvido, amnistía general, justicia lenitiva o reconciliación a cualquier precio al disponer que el nuevo tribunal criminal global tiene plena autoridad para conocer de casos contra individuos ya juzgados en el ámbito interno cuando "la decisión [judicial] nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte". Esto quiere decir además que en el Estatuto de Roma el principio de la cosa juzgada, que protege la firmeza y la seguridad de las sentencias, está claramente subordinado al principio de la justicia material, que defiende la dignidad eminente y las libertades fundamentales de la persona humana mediante la tutela judicial efectiva.

Leer la ley 46 de 1977 en 2010 implica, por fin, recordar que los crímenes del franquismo no podían ser amnistiados entonces y no pueden ser amnistiados ahora porque eran delitos graves contra el Derecho de gentes y lo siguen siendo en la actualidad, como que constituyen violaciones atroces de los derechos humanos cuando menos a la luz de la codificación del derecho internacional de los conflictos armados, en su doble vertiente de derecho humanitario o derecho de Ginebra y derecho de la guerra o derecho de La Haya, que comienzan con la primera Convención de Ginebra de 1864 y con las trece Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907, respectivamente.

Así lo confirman también otros precedentes normativos de trascendencia, como la declaración diplomática de los aliados de la primera guerra mundial, en mayo de 1915, para condenar el genocidio de los armenios por los turcos otomanos como un crimen "contra las leyes de la humanidad"; el Acuerdo de Londres, en agosto de 1945, por el cual los aliados de la segunda guerra mundial crearon el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg para juzgar a los jerarcas de la dictadura nazi por crímenes contra la paz, contra las leyes y costumbres de la guerra, y contra las leyes de la humanidad; la Convención contra el Genocidio, de diciembre de 1948, que constituye el instrumento fundacional del derecho penal internacional; y la decisión de la Comisión de Derecho Internacional, en julio de 1950, que codifica como nuevas normas consuetudinarias los Principios de Nuremberg que la Asamblea General de las Naciones Unidas ya había

[627] J.-M. HENCKAERTS; L. DOSWALD-BECK, *Op. cit.*, pp. 611-614.
[628] B. BROOMHALL, *International justice and the International Criminal Court: Between sovereignty and the rule of law*, New York: Oxford University Press, 2003, pp. 93-104.

sancionado como tales en diciembre de 1946. Más aún, tanto el artículo 7 (2) de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 cuanto el artículo 15 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, cuyo texto es casi idéntico, disponen que la observancia de las garantías procesales, incluido el principio de no retroactividad de la ley penal, no impedirá el juicio ni la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional o por las naciones civilizadas.

Ello significa que la desaparición forzada, la ejecución extrajudicial, la tortura, el expolio, el exilio, la detención arbitraria y las demás prácticas infames infligidas a miles de españoles durante la guerra civil y bajo la dictadura franquista eran crímenes internacionales en julio de 1936, lo mismo que en abril de 1939, en noviembre de 1975, en octubre de 1977, en diciembre de 1978 y en diciembre de 2010, al punto que la ley de amnistía, las sentencias de impunidad y lenidad, y el transcurso del tiempo no han saneado o reducido su ilicitud, ni han desvirtuado su punibilidad.

En los últimos veinte años ha habido, pues, un cambio de opinión y de paradigma en la Comunidad internacional de derechos humanos sobre el precio que una sociedad en trance de superar una guerra civil y/o una dictadura debe pagar tras un proceso de transición a la paz y/o a la democracia. En una perspectiva de ética democrática, dicho precio no puede consistir en otra cosa que en hacer efectivo el derecho de las víctimas del conflicto y/o de la tiranía al esclarecimiento de los crímenes con la construcción de la verdad pública y la recuperación de la memoria histórica, el castigo de los victimarios y la reparación de los damnificados, tal como ha quedado codificado en la Resolución 60/147, de diciembre de 2005, mediante la cual la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la nueva jurisprudencia internacional en esta materia[629]. Y aunque la Ley 46 de 1977 fue adoptada antes de la ratificación de la constitución democrática y de la forja de la nueva costumbre internacional en materia de subrogados penales, como se ha visto ya no tuvo más que una eficacia breve y puntual, limitada a los delitos políticos de la oposición antifranquista. Con respecto a los crímenes internacionales del régimen franquista, en cambio, si se pretende que el beneficio de la amnesia legal aún los ampara treinta y tres años después, como alegan los sectores "intransitivos" de la sociedad española que prohíjan la inhabilitación del juez Garzón y la denegación de toda justicia judicial a los memoriosos, la única respuesta acorde con la legalidad internacional vigente y aplicable es que la ley en cuestión sólo puede ser interpretada a la luz del nuevo paradigma antiamnistía pues sólo él protege los derechos de los ciudadanos en general y de los destinatarios de la norma en particular. Y en tal caso la ley española de amnistía resulta inaplicable hoy pues está aquejada de manera incurable por una especie de doble "inconstitucionalidad sobrevenida": es ilegítima con respecto al derecho constitucional español, que a partir del 6 de diciembre de 1978, y por refrendación del constituyente primario, deroga todas las disposiciones legales anteriores que le sean contrarias, y que en el artículo 10 (2) del ordenamiento superior dispone que "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"; y es ilegítima con respecto al derecho internacional de los derechos humanos, que obliga a los Estados a combatir la impunidad de los crímenes graves contra el derecho de gen-

[629] Por el carácter unánime de su adopción (la Resolución 60/147 fue aprobada sin votación, es decir, por aclamación) y por la naturaleza general y fundamental de su contenido normativo, puede afirmarse que esta decisión constituye *opinio juris communitatis* [opinión jurídica de la comunidad internacional] y es, por consiguiente, obligatoria. Veáse J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional y organizaciones internacionales*, Madrid: Editorial Tecnos, 1996, pp. 176-181.

tes y a garantizar los derechos de las víctimas mediante el recurso efectivo a la justicia judicial.

En últimas, la contradicción entre amnistías y derechos humanos pone en evidencia la distancia que va del pragmatismo a la normatividad, de la razón de Estado a la ética democrática. Y la clave para entender por qué la justicia debe prevalecer sobre la conveniencia o sobre la oportunidad pasa hoy por el concepto de memoria, entendida como una práctica normativa de alto valor simbólico y de gran eficacia reivindicativa: la reconstrucción moral de un pasado luctuoso o criminal que debe recuperarse y atesorarse para establecer la verdad, honrar y reparar a las víctimas, castigar a los victimarios y depurar a sus cómplices, y aleccionar a las generaciones presentes y futuras. Tales son las tareas de la justicia transicional, concebida como corazón ético de la democracia de los derechos.

10

10. El valor jurídico de las sentencias de los tribunales franquistas a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

CARLOS JIMENEZ VILLAREJO
Ex Fiscal Jefe de la Fiscalía Anticorrupción

10.1. INTRODUCCIÓN. LA REPRESIÓN

El presente análisis parte de un presupuesto fundamental. La Constitución de 1931 proclamaba que "La Justicia se administra en nombre del Estado" y que "Los jueces son independientes en su función" (Art. 94). En el Art. 95, establecía que "La jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los institutos armados". La jurisdicción militar aplicaba, con algunas adaptaciones, el Código de Justicia Militar de 27 de setiembre de 1890, con la finalidad de adaptarlo a los principios y normas de la nueva Constitución. Estábamos, pues, ante una jurisdicción con unas competencias limitadas al ámbito militar y un régimen orgánico y procesal claramente determinado en función de dichas competencias.

Por otra parte la Constitución de 1931 había establecido un régimen de "garantías individuales y políticas", particularmente, en los Art. 28 y 29, además de estar vigente la Ley de Enjuiciamiento criminal que había implantado el régimen de garantías propio de un Estado liberal.

Ya nadie duda del significado y alcance de la represión en la estrategia del golpe militar de julio de 1936, represión que se materializó inmediatamente desde aquella fecha en los territorios ocupados y, sobre todo, desde el 1 de abril de 1939 cuándo se implantó la Dictadura bajo la forma de un Estado fascista. Cuando decimos represión, decimos la planificación y ejecución de una política de exterminio que, allí donde resultó imposible la resistencia civil y militar al golpe, se impuso inmediatamente. Estrategia represiva que se llevó a cabo paralelamente a la destrucción sistemática de las instituciones republicanas y de los derechos democráticos. El rasgo definitorio de la nueva situación quedó expresado en el D. L. de 16/2/1937, sobre el régimen jurídico de "las provincias ocupadas por el Ejército", en el que se disponía "la subordinación estrecha y obligada de las Autoridades civiles a los mandos militares superiores".

En el ámbito de la represión en Cataluña, el profesor Borja de Riquer ha definido con toda claridad los significados y rasgos de la represión franquista. Además de afirmar que la "repressió esdevingué una necessitat política per a mantenir i consolidar el seu projecte dictatorial i contrarevolucionari", la definió "pel seu carácter d'exemplaritat i de càstig, de totalitat i massivitat , i de continuitat"[630]. Sólo un dato expresa de forma estremecedora el alcance de la represión en Barcelona. Los Consejos de Guerra entre 1939 y 1952 aplicaron la pena de muerte y ordenaron el fusilamiento de 1.717 personas.[631]

En ese marco de represión generalizada, los rebeldes dictaron disposiciones normativas, con independencia de su denominación formal, todas dictadas por el General Franco desde su posición de Dictador que concentraba todo el poder. Represión a través de la cual, por recuperar hoy las palabras del profesor E. Díaz, "los derechos humanos son…salvajemente negados y ultrajados".

Las consecuencias del régimen de terror impuesto fueron terribles. Según las Autoridades franquistas, los presos políticos eran el 7 de enero de 1940 270.719 y el 10 de abril de 1943 92.477.Según cifras facilitadas por el Mº de Justicia de Franco, los presos políticos fallecidos, entre los que incluía los ejecutados tras un proceso y los muertos en las cárceles, desde abril de 1939 al 30 de junio de 1944 fueron 192.684.Son datos que, aunque parciales, expresan sin paliativos un auténtico genocidio.

10.2. LA JURISDICCIÓN DE GUERRA. EL DECRETO 55

La función central de la jurisdicción militar en la represión resulta con toda evidencia de los Bandos de Guerra. Primero, el de 28 de julio de 1936 de la Junta de Defensa Nacional, que "hace extensivo a todo el territorio Nacional" el estado de guerra ya declarado en otras provincias. Tanto esta jurisdicción como los posteriores Tribunales especiales ejecutan con toda precisión y frialdad una política de exterminio de los republicanos y de demócratas, combinando la eliminación física, mediante las ejecuciones extrajudiciales y las ejecuciones de las penas de muerte, con el encarcelamiento masivo y la discriminación de los vencidos en todos los ámbitos.

La generalización de la represión a través de la jurisdicción militar fue revalidada por el Decreto número 79 de la Junta de Defensa Nacional, de 31 de agosto de 1936, con la siguiente justificación: "Se hace necesario en los actuales momentos, para mayor eficiencia del movimiento militar y ciudadano, que la norma en las actuaciones judiciales castrenses sean la rapidez…". Y, para ello, establece en el Art. 1º: "Todas las causas de que conozcan la jurisdicciones de Guerra y Marina se instruirán por los trámites de juicio sumarísimo que se establecen en el título diecinueve, tratado tercero, del Código de Justicia Militar, y título diecisiete de la Ley de enjuiciamiento militar de la Marina de Guerra". No será preciso para ello que "el reo sea sorprendido «in fraganti» ni que la pena a imponerse sea la de muerte o perpetua".

[630] B. De RIQUER, "La repressió dels vençuts", en P. VILAR, *Historia de Catalunya. Volumen VII. El franquisme i la transició democràtica (1939-1988)*, Barcelona: Edicions 62, 1988, pp.79-104.
[631] J. CORBALÁN GIL, *Justicia, no venjança. Els executats pel franquisme a Barcelona*, Valls: Cossetània Edicions, 2008. Obra donde están relacionados todos y cada uno de los fusilados en aquel periodo en el Camp de la Bota.

Pero la estructuración de una jurisdicción militar para dichos fines mucho más arbitraria y autoritaria, tanto orgánica como procesalmente, tiene lugar mediante el Decreto del General Franco Nº 55, de 1 de noviembre de 1936, que deja sin efecto las disposiciones vigentes en el Código de Justicia Militar e implanta el procedimiento "sumarísimo de urgencia", procedimiento en vigor hasta la Ley de 12 de julio de 1940, de Seguridad del Estado, que restableció el sumarísimo ordinario con escasas diferencias entre ellos. El Decreto 55 se dicta, según el preámbulo, ante la previsión de la ocupación de Madrid, para garantizar "la rapidez y ejemplaridad tan indispensable en la justicia castrense".

En dicho Decreto se establece la composición de los Consejos de Guerra, que admite la participación de "funcionarios de la carrera judicial o fiscal", se establece que "el cargo de defensor será desempeñado en todo caso por un militar" y la competencia de los Consejos de Guerra abarcará a "los delitos incluidos en el Bando que al efecto se publique por el General en Jefe del Ejército de Ocupación". Asimismo se dictan normas procesales como las siguientes, que representan la reforma y supresión de las ya escasísimas garantías contempladas en el Código de Justicia Militar para los procedimientos sumarísimos:

> *«A) "Presentada la denuncia o atestado se ratificarán ante el instructor los comparecientes ampliando los términos en que esté concebida aquella si fuere necesario". B) "Identificados los testigos y atendido el resultado de las actuaciones, con más la naturaleza del hecho enjuiciado, el Juez dictará autoresumen de las mismas, comprensivo del procedimiento, pasándolas inmediatamente al Tribunal, el cual designará día y hora para la celebración de la vista". "En el intervalo de tiempo que media entre la acordada para la vista y la hora señalada se expondrán los autos al fiscal y defensor a fin de que tomen las notas necesarias para sus respectivos informes". C) Si se estimara conveniente por el Tribunal la comparecencia de los testigos de cargo, se devolverán los autos al Juez que los transmite, quien, oído el defensor, aceptará o no los de descargo. D) "Pronunciada sentencia, se pasarán las actuaciones al Auditor del Ejército de Ocupación a los fines de aprobación o disentimiento».*

En lo que no se oponga a dicho Decreto "se observarán las normas del Juicio Sumarísimo".

Es una descripción sumaria del significado y función de la Jurisdicción Militar que se completa con la Circular del Alto Tribunal de Justicia Militar, de 21 de noviembre de 1936, dada en Valladolid, según la cual "Se entenderá limitada la posible interposición de recursos a aquellos procedimientos que no tengan carácter de sumarísimos".

Finalmente, por Decreto Nº 191, también del General Franco, de 26 de enero de 1937, dado en Salamanca, "Se hace extensiva a todas aquellas plazas liberadas o que se liberen la jurisdicción y procedimientos establecidos en el Decreto nº cincuenta y cinco".

Así se generaliza e impone un jurisdicción militar que infringe todas y cada una de las reglas orgánicas y procesales entonces vigentes.[632]

10.3. LOS PROCESOS MILITARES BAJO EL FRANQUISMO

Los Consejos de Guerra constituidos desde el 18 de julio, ya fueran por el procedimiento "sumarísimo de urgencia" o "sumarísimo", en modo alguno podían calificarse como Tribunales de Justicia. Eran, pura y simplemente, una parte sustancial del aparato represor implantado por los facciosos y posteriormente por la dictadura. Consejos constituidos con la activa participación de jueces y fiscales ordinarios que, como los militares, también traicionaron la Constitución republicana que, en el Art. 94, proclamaba que los "jueces son independientes en su función". Así, muchos jueces y fiscales, al servicio y bajo las directrices de los Jefes y oficiales sublevados cooperaron activamente a la represión franquista.

Y, en consecuencia, tanto los procesos ante dichos Consejos de Guerra como sus sentencias eran radicalmente nulos por varias causas. En primer lugar, en cuanto fueron siempre constituidos, ya desde el Decreto 55 del general Franco, por la máxima instancia de los sublevados contra la República. En segundo lugar, los militares miembros de dichos Tribunales carecían radicalmente de cualquier atributo de independencia, propio de un juez, en cuanto eran estrictos y fieles servidores de los jefes de que dependían y compartían plenamente los fines políticos y objetivos represivos de los sublevados. Basta la lectura de cualquier sentencia de las dictadas por esos Tribunales en las que destaca su absoluta falta de objetividad e imparcialidad tanto en la exposición de los hechos como en los fundamentos jurídicos –si es que así pudieran calificarse– en los que asumen expresamente como legítimos los motivos y fines del golpe militar. En tercer lugar, era incompatible su posible independencia con la disciplina castrense impuesta por todos los jefes. Son numerosos los procedimientos en los que el Comandante Militar de la Plaza ordena al Juez Militar que eleve a "Procedimiento sumarísimo" el procedimiento ordinario que estuviera tramitando. Asimismo, las sentencias que dictaban carecían de todo valor en cuanto debían ser supervisadas y aprobadas por el Auditor de guerra o, en determinados supuestos, por el Capitán General, como condición para que adquirieran firmeza y prueba indiscutible de la estructura jerarquizada del tribunal[633]. La sumisión a las más altas instancias del Poder militar y del Poder Ejecutivo que los sublevados iban configurando quedaba de manifiesto cuando la ejecución de la pena de muerte exigía del "enterado" del Jefe de Estado, como expresión de conformidad con la ejecución de la pena capital.

Pero, sobre todo, concurría una total vulneración de todas las garantías y derechos fundamentales. Los Consejos de Guerra actúan a partir de las detenciones practicadas por los diversos cuerpos policiales franquistas y agentes de Falange.

---

[632] El funcionamiento de los Consejos de Guerra ha sido objeto de numerosos estudios, sobre todo en su primera fase. Valgan como referencia de todos ellos los siguientes: M. NÚÑEZ DÍAZ-BALART; A. ROJAS, *Consejo de Guerra. Los fusilamientos en el Madrid de la posguerra (1936-1945)*. Madrid: Compañia Literaria, 1997; y J. BENET, *Doménec Latorre, afusellat per catalanista*. Barcelona, Edicions 62, 2003.

[633] La exigencia de la aprobación de la sentencia por el Capitán General estaba prevista en el Art. 28,9º y 10º del C.J.M.de 1890 y en el Art. 52,9º y 10º del Código de 1945,que incluía expresamente las dictadas "en procedimiento sumarísimo".

Evidentemente, desde el inicio del golpe militar, quedaron suspendidas *de facto* todas las garantías procesales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente, particularmente el plazo de detención policial que ya era de setenta y dos horas. En su lugar, se impuso un régimen arbitrario e indefinido de detenciones policiales que era una parte sustancial de la política de terror y que favorecía y amparaba la práctica generalizada de la tortura, práctica esencial en la ejecución de la política represiva, siempre impune hasta el final de la dictadura.[634]

Debe recordarse que el delito de tortura se introdujo en el C. Penal por la Ley 3/1978, de 17 de Julio. En este punto, ya concluida la contienda militar, es ineludible la cita de la Orden de 9 de enero de 1940 (*BOE* 11) que regula en los siguientes términos "el régimen de detenciones y prisiones", disposición de mínimo rango legal pese a afectar a un valor esencial cual era la libertad personal. El presupuesto de la norma es hacer frente a "la magnitud de la criminal revolución roja" y dictar normas que evitando "la impunidad del culpable", "no produzcan daños ni ocasionen molestias superiores a las indispensables para restablecer el equilibrio jurídico". En consecuencia, esta norma confirma la continuidad del estado de guerra y expresa desde esa fecha hasta 1975 el mantenimiento de un Estado policial que violó de forma sistemática todos los derechos humanos. Una expresión concreta de la violencia policial se encuentra, entre otras muchísimas, en el atestado policial incoado por la Comisaría de Granollers el día 7 de noviembre de 1939 en la que se hace constar toscamente que el detenido "estrechado a preguntas acaba por confesar"[635]

Cuando ya ha transcurrido más de un año del fin de la contienda militar, se mantienen disposiciones de excepción en materia de detenciones. Afectan tanto a los detenidos en los "procedimientos sumarísimos de urgencia, tramitados con arreglo al Decreto de 1º de noviembre de 1936" como a los "detenidos gubernativos". En ambos casos, se establece un plazo ordinario de treinta días de detención militar o policial. En el caso de los "gubernativos" (Art. 4º) se autoriza una extensión de dicho plazo hasta tres meses "por ratificaciones sucesivas" que deben ser "aprobadas por la Dirección General de Seguridad". Constituye una previsión legal inaudita por sí misma y por las consecuencias que generaba entonces, dado que basta imaginarse lo que podía representar estar detenido en esas condiciones, sin comunicación con el exterior y, desde luego, sin asistencia letrada. Como hemos dicho, era el soporte legal de la tortura. Año y medio después, el régimen vigente es esencialmente el mismo. El Decreto de 2 de septiembre de 1941 mantiene para los "detenidos gubernativos" el plazo ordinario de treinta días de detención, que puede ampliarse hasta tres meses. Y ante la "detención de "una persona sujeta a la jurisdicción castrense", la Autoridad Judicial Militar disponía de un plazo de ocho días para resolver sobre su libertad.

La instrucción del procedimiento era inquisitiva y bajo el régimen de secreto, sin ninguna intervención del defensor. El Juez Militar instructor, practicaba diligencias con el auxilio de las Fuerzas de Seguridad, Comisarías de Investigación y Vigilancia y otros cuerpos policiales y militares, como, entre otros, la Brigada Político Social o el "Servicio de información y Policía Militar" (S.I.P.M.), así como los Servicios de Información e Investigación de la F.E.T. y del as J.O.N.S. y los Ayuntamientos, que siempre colaboraron activamente con la represión.

Merece una especial atención la colaboración de particulares, como parte del aparato represor, a través de las delaciones y denuncias que formulaban ante las autoridades

[634] Testimonios, entre otros, de conocimiento ineludible sobre la tortura franquista, M. NUÑEZ, *La Revolución y el Deseo,* Barcelona: Península, 2002, pp.95-115; R. VINYES, *El daño y la memoria. Las prisiones de Maria Salvo*, Barcelona: Plaza & Janés, 2004.
[635] Archivo del TMT Tercero: Nº loalización archivo 28981. Nº de causa 1937

represoras. “Ningú no es va escapar d’aquest món de la vigilancia amagada i de les acusacions anònimes”[636].Los abusos que se produjeron a través de dichas denuncias debieron ser de tal alcance que merecieron un cierto tratamiento legal. En efecto, en el Decreto citado de 1941 se regulaba “la presentación de denuncias”, exigiendo al denunciante la presentación de “dos testigos de conocimiento”, dado que algunas se basaban “en estímulos personales de tipo vindicativo, en vez de inspirarse en móviles de justicia y de exaltación patriótica”. El Juez Instructor Militar se limitaba en la relación con los investigados, siempre en situación de prisión preventiva, a la audiencia de los mismos, naturalmente sin asistencia de letrado ni acceso a las actuaciones. Con una particularidad que expresa de forma evidente la presencia activa de la Falange en muchos de los procesos militares. El examen de éstos en la provincia de Barcelona, entre los años 1939 y 1940, revela que dichos Jueces nombraban como Secretarios de numerosos procedimientos a miembros o “militantes” de Falange que, de esta forma, adquiría una completa información sobre el curso del proceso y sobre todas y cada una de las actuaciones que se practicaban, constituyendo a Falange en el aparato político mejor informado y con mayor capacidad de represión de aquel periodo. Cargo que no podían desempeñar por carecer de la condición de militares[637], lo que añadía un elemento más de nulidad de dichos procesos. Además de que los procedimientos siempre constaba el Informe de Falange contra los encausados atribuyéndoles la comisión de toda clase de delitos, con un denominador común, todos eran “peligrosísimos para la Nueva España”.[638]

Tras la instrucción, el instructor acuerda una diligencia de procesamiento en la que relata los hechos y su calificación penal y, finalmente, dicta un Auto-resumen que contenía el escueto relato de los hechos, las pruebas y las imputaciones y que elevaba a la Autoridad militar superior que solía ser el General jefe de la División correspondiente. En dicho Auto, en los procedimientos militares incoados por la Auditoria de Guerra de Cataluña a partir de 1939 se constata de forma reiterada que los hechos que motivan las actuaciones están “comprendidos en las disposiciones declaratorias del Bando de Estado de Guerra”.[639] En otros procesos se hace expresa referencia al Decreto número 55. Resumen que prácticamente es el documento que va a fundamentar la acusación y la sentencia ya que las diligencias practicadas por el instructor no se reproducían en el plenario con una manifiesta infracción del principio de inmediación en la práctica de la prueba y la correspondiente indefensión de los acusados.

Previamente al juicio oral, en el sumarísimo de urgencia estaba previsto dar vista de las actuaciones al defensor inmediatamente antes de la celebración del Consejo de Guerra. Reviste particular relevancia dicha diligencia en un determinado procedimiento, entre otros muchos, en el que dicha diligencia tiene lugar en la misma fecha de la celebración

---

[636] J. CORBALÁN GIL, *Op.cit*., pág. 50. En esta obra, concretamente en el capitulo “Organitzar la repressió” (pp. 43-52) se lleva a cabo un análisis exhaustivo de los mecanismos de colaboración con la represión.
[637]Según se disponía en los Arts. 142 en relación con el 134 del C.J.M. entonces vigente.
[638] Así se desprende de numerosos procedimientos sumarísimos de urgencia, como los siguientes que obran en el Archivo del Tribunal Militar Territorial Tercero de Barcelona. Número localización archivo 499/39, procedimiento que acumuló los incoados y tramitados por los Juzgados Militares de Arenys de Mar , Vilafranca del Penedés, Sant Feliu de Llobregat y Granollers. El Juez Militar de Arenys nombró a falangistas como secretarios judiciales en seis procedimientos y el de Sant Feliu de LLobregat en dos de ellos . Número de localización de archivo 28981/número de Causa 1937. Procedimiento en el el Juez Militar de Granollers nombró secretario judicial a un “Militante de FET y de las JONS”. Número de localización de archivo 27112/ número causa 27.208. El juez militar de Granollers nombra también secretario judicial a un militante de la FET. Número de localización de archivo 20293. número de causa 165. El juez militar de Granollers reitera el nombramiento de secretario judicial a un militante de la FET. Número de localización de archivo 22660/ número de causa 12696. El Juez Militar de Granollers reitera el mismo nombramiento. Asi consta también en los procedimientos correspondientes a los siguientes archivos: Número de localización de archivo 27395/ causa 9948 y en el correspondiente al número localización archivo 27490/ causa 12702.
[639] Archivo TMT Tercero. Nº localización de archivo 773/1939.

del juicio oral y de la sentencia, el 23 de junio de 1939.Era la constatación de la nulidad radical del proceso y la sentencia. Proceso especialmente complejo en el que llegó haber 18 imputados, 13 fueron condenados y de estos 4 a pena de muerte que fue ejecutada en la madrugada del 17 de octubre. La diligencia se limitaba a decir lo siguiente: "Diligencia de notificación: seguidamente yo, el Secretario, teniendo ante mí a los señores Fiscal y Defensor, les notifique el acuerdo anterior dándoles vista de las actuaciones. Enterados, firman y doy fe"[640].

Las sentencias de los Consejos de Guerra, sobre todo durante los primeros años inmediatos a la insurrección militar, trataban de justificar la supuesta legitimidad de su autoridad, en el marco de las instituciones creadas por los insurrectos. Así en la sentencia del Consejo de Guerra en la plaza de Vigo de 17 de octubre de 1936, decían: "que contra este gobierno legítimo (el que representaba la Junta de Defensa Nacional) se alzaron en armas los elementos que integran el Frente Popular, constituyendo partidas militarmente organizadas en distintas partes del territorio Nacional las cuales hostilizaron a las tropas, antes y después de la declaración del Estado de Guerra". En similares términos se pronunciaba el Consejo de Guerra celebrado en Barcelona el 23 de agosto de 1939[641]: "que contra los legítimos poderes del Estado, asumidos por el ejército a partir del 17 de julio de 1936, en cumplimiento de su función constitutiva, se produjo un alzamiento en armas seguido de una tenaz resistencia a cuyo amparo se cometieron toda clase de violencias…". En términos semejantes, con un razonamiento pretendidamente más fundado, se pronunció el Consejo de Guerra que condenó al President Companys[642].

La "jurisdicción de guerra", en fin, estaba completamente sometida a las facultades omnímodas de los "Capitanes Generales" y otros Jefes militares como resultaba del Art. 27 del C.J.M. de 1890 y de los art.51 y 52 del Código de 1945, en los que se atribuían a dichos Jefes hasta diecinueve competencias procesales. La máxima expresión de las facultades del Capitán General era, en los casos de conformidad de los acusados con los términos de la acusación, la sustitución del Consejo de Guerra, que no se celebraba, por una diligencia en la que el Capitán General, sin ningún razonamiento, dictaba una especie de fallo en el que imponía la pena correspondiente al acusado y, en su caso, la posibilidad de su conmutación por otra inferior. Así resulta en uno de los procedimientos en el que figura la siguiente diligencia: "Barcelona 21 de agosto 1942. De conformidad con el precedente dictamen (del Auditor) impongo ejecutoriamente al encartado en el presente proceso (…) la pena de doce años y un día de reclusión temporal como autor de un delito de auxilio a la rebelión militar, conmutándola por la de seis años de prisión menor".[643]

En el proceso de consolidación de la jurisdicción militar, se aprobó, como hemos dicho, en 1945 el nuevo Código de Justicia Militar. En la Exposición de Motivos del mismo, además de justificar el mantenimiento del procedimiento sumarísimo, resulta indispensable citar cómo razona la supresión de los "sumarísimos de urgencia" que, en su día estuvieron justificados " para lograr rapidez y ejemplar castigos de los monstruosos e incontables crímenes cometidos en la sofocada rebeldía….", ya que los sumarísimos

[640] Archivo. TMT Tercero. Nº localización archivo 499/1939.
[641] Archivo del Tribunal Militar Territorial Tercero de Barcelona. Número de localización de archivo: 773/39.
[642] C. JIMÉNEZ VILLAREJO, "El proceso militar contra el President Companys. Un paradigma de barbarie", *Quaderns del Memorial Democràtic*, volum 1, 2010, pp. 30-32.
[643] Archivo. TMT Tercero. Nº localización archivo 27.112. Nº de causa 27.208. La diligencia transcrita figura con la siguiente anotación Sección 5ª A. Número 72574. Igualmente puede constatarse en el procedimiento que puede examinarse bajo la siguiente identidad: Nº localización archivo 27562. Nº de causa 28674.

se estiman suficientes para hacer frente "para el caso, no esperado, de que se produjeran convulsiones de insospechado volumen...". En dicho Código, se regula con todo detalle la pena de muerte, se regula el "enterado del Gobierno" para su ejecución, se dispone que "que se ejecutará de día y con publicidad" y se establece que "se ejecutará pasando al reo por las armas" (artículos 867 - 872).

En la regulación del procedimiento sumarísimo, en principio solo previsto "para los reos de flagrante delito castigado con pena de muerte o treinta años" (art.918 - 937), se mantiene la antigua estructura del Código de 1890, con escasísimas variaciones: el procesado permanecerá "siempre preso", el traslado al fiscal y al "defensor militar" para formular sus conclusiones será de cuatro horas, plazo que se estima suficiente para estudiar las actuaciones, proponer pruebas y formular el escrito de defensa. Como es habitual en dicha jurisdicción, "la sentencia será firme por la aprobación de dicha Autoridad (la Judicial Militar) de acuerdo con su Auditor" y, finalmente, se dispone que "...podrán ejecutarse sin dilación, incluso tratándose de la pena de muerte", con la salvedad del "enterado del Gobierno".

La jurisdicción militar permanecerá vigente en la Ley de Orden Público 45/1959,de 30 de Julio, en cuya D. Transitoria Segunda se dispone que "seguirá entendiendo la jurisdicción militar de los delitos que, afectando al orden público, le estén atribuidos con arreglo a lo establecido en Leyes especiales" y, finalmente, en el Decreto-Ley 10/1975,de 26 de Agosto, de prevención del terrorismo, en el que se establece que los procedimientos "correspondientes a la jurisdicción militar se sustanciarán por el procedimiento sumarísimo".

Consejos de Guerra que, como hemos visto con los Secretarios-falangistas, se constituían de forma habitual ilegalmente, es decir, infringiendo su propio marco legal. El sentido del voto particular emitido por el Presidente de la Sala 5ª del Tribunal Supremo en la sentencia sobre la revisión de la condena a muerte de Julián Grimau podría extenderse a todas las sentencias dictadas por los Consejos de Guerra durante el franquismo: "la condena de Julián ha de reputarse inexistente", fue un "acto estremecedor para la conciencia jurídica", más que una sentencia era una "apariencia de sentencia". Aquella muerte, continuaba, "no fue el desenlace de un proceso, fue "un acto despojado de todo respaldo jurídico", "un hecho máximamente reprobable por su absoluta contradicción con el Derecho". La ilegalidad y ahora ilegitimidad de ese Consejo de Guerra fue común a prácticamente todos de procedimientos militares del franquismo.

A todos estos procesos se refería el apartado 57 de la Declaración de la Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa sobre el franquismo denominándolos un "sistema de justicia militar expeditiva" en el marco de la imposición de la "ley marcial".

10.4. LA REVISIÓN PENDIENTE DE LOS JUICIOS FRANQUISTAS

El análisis del aparato represor del franquismo y su cobertura jurídica ya no puede hacerse como se hacía antes de la entrada en vigor de la Ley 52/2007, de 26 de Diciembre, cualquiera que fuese la valoración que ésta merezca. Antes de esa fecha, constan innumerables análisis jurídicos, políticos e históricos que, sin duda, han favorecido y conducido a las conclusiones de dicha Ley. Son de destacar las palabras de los profe-

sores Marc Carrillo y Pere Ysàs: “La dictadura se dotó de un arsenal de normas jurídicas e instituciones administrativas y jurisdiccionales de excepción de carácter netamente represivo. Es decir, normas e instituciones creadas *ad hoc* en el marco de una estrategia planificada de represión contra la oposición. La práctica de esta violencia institucionalizada, en la que la pena de muerte estaba tipificada y se aplicaba ampliamente a los autores y participes del delito de rebelión, estaba presente en las tres fases a las que se veía sometida cualquier persona represaliada por razones políticas: la detención, el proceso judicial y la prisión”[644].

La reacción institucional más importante frente a la dictadura, ha sido sin duda la incoación del Sumario 53/2008 por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, por las denuncias de entidades memorialistas y familiares de desaparecidos sobre las desapariciones forzadas durante la Guerra Civil y la dictadura, luego censadas provisionalmente en 114.266 personas, por los delitos de “detención ilegal, sin dar razón del paradero, en el contexto de Crímenes contra la Humanidad”, proceso finalmente archivado con las consecuencias ya conocidas de la injustificable persecución penal del Juez Instructor de esta causa.

Previamente se produjo el acuerdo unánime de 20 de noviembre de 2002 del Congreso de Diputados aprobando una Declaración Institucional en la que condenaba, aunque sin mencionarlo expresamente, el golpe de Estado del 18 de julio de 1936.

Momento en que un Diputado dijo: "la casa no será totalmente habitable" mientras no se afronte la recuperación de la memoria histórica y la rehabilitación moral y jurídica de los "ex presos, guerrilleros, represaliados, exiliados y los enterrados clandestinamente".

La “casa”, nuestro sistema democrático, es ahora algo más habitable pero con evidentes carencias que deberán subsanarse.

Lo ha hecho posible, solo en parte, la aprobación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre (BOE 27-12-2007), “por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura”, dando así cumplimiento a la Resolución del Congreso de Diputados de 8 de Junio de 2004.

Ciertamente la Ley es tardía, pero representa que, por fin, la democracia española, pese a sus evidentes insuficiencias, se enfrenta directamente a la Dictadura. Ya era hora de condenar formalmente el franquismo, precedido por una “sublevación militar”, precisamente por la violación de los Derechos Humanos que se detallan en la Declaración del Consejo de Europa de 17-3-2006 que se asume expresamente.

La Exposición de Motivos de la Ley parte, pues, de dicha condena que era el presupuesto de otros pronunciamientos necesarios para completar el rechazo de aquel régimen, de su aparato represor y de las consecuencias de la represión. Dice así:

> “*Es la hora de que la democracia española y las generaciones vivas que hoy disfrutan de ella honren y recuperen para siempre a todos los que directamente padecieron las injusticias y agravios producidos, por unos u otros motivos políticos o ideológicos o de creencias religiosas, en aquellos doloro-*

[644] Jornada Violencia, represió i justicia a Catalunya (1936-1975), Fundació Carles Pi i Sunyer, 6 de Junio de 2007.

sos períodos de nuestra historia. Desde luego, a quienes perdieron la vida. Con ellos, a sus familias. También a quienes perdieron su libertad, al padecer prisión, deportación, confiscación de sus bienes, trabajos forzosos o internamientos en campos de concentración dentro o fuera de nuestras fronteras. También, en fin, a quienes perdieron la patria al ser empujados a un largo, desgarrador y, en tantos casos, irreversible exilio. Y, por último, a quienes en distintos momentos lucharon por la defensa de los valores democráticos, como los integrantes del Cuerpo de Carabineros, los brigadistas internacionales, los combatientes guerrilleros, cuya rehabilitación fue unánimemente solicitada por el Pleno del Congreso de los Diputados de 16 de mayo de 2001, o los miembros de la Unión Militar Democrática, que se autodisolvió con la celebración de las primeras elecciones democráticas. En este sentido, la Ley sienta las bases para que los poderes públicos lleven a cabo políticas públicas dirigidas al conocimiento de nuestra historia y al fomento de la memoria democrática".

Complementariamente, la Ley incluye una disposición derogatoria que, de forma expresa, priva de vigencia jurídica a aquellas normas represoras dictadas bajo la Dictadura por ser manifiestamente contrarias a los derechos fundamentales, desde los primeros Bandos de Guerra hasta la Ley del Tribunal de Orden Público, "con el doble objetivo de proclamar su formal expulsión del ordenamiento jurídico e impedir su invocación por cualquier autoridad administrativa y judicial"[645]. Derogación que evidencia las carencias de la Constitución democrática de 1978 en cuanto no afrontó directamente la ruptura con el régimen totalitario anterior incorporando una norma como la que ahora, veintinueve años después, se ha aprobado.

Es ya evidente que la institucionalización de la violencia y el terror estuvo constituida, sobre todo durante los primeros años, por los Consejos de Guerra y Tribunales especiales que aceptaron y consintieron la tortura generalizada, impusieron miles de penas de muerte y castigaron con masivos y largos encarcelamientos a quienes no se adhirieron a la sublevación, se opusieron a ella o defendieron ideales democráticos. Por tanto, era fundamental, casi la clave de bóveda de la Ley, cómo se afrontaba esa represión y sus consecuencias. Ciertamente, no fue posible, por la irreductible oposición del PSOE-carente de fundamentación jurídica-, que se declarase la expresa nulidad de tantas y tantas sentencias radicalmente injusta.

El Gobierno no fue coherente con la posición mantenida el 28 de julio de 2003 cuando el Portavoz de su Grupo Parlamentario, Jesús Caldera, presentó una Proposición no de Ley solicitando, entre otras peticiones, "la anulación de los fallos injustos emitidos en los juicios sumarios realizados al amparo de la Instrucción de la Causa General, de responsabilidades políticas, por la ilegalidad de las normas e ilegitimidad de los tribunales y aparatos judiciales que iniciaron esos procesos y dictaron las sentencias"(*Boletín Oficial del Congreso de Diputados* de 8 de septiembre de 2003). Decían entonces que la democracia tenía una "obligación moral, pero también jurídico-política" de reparar los

[645] "El Bando de Guerra de 28 de julio de 1936 de la Junta de Defensa Nacional aprobado por Decreto núm. 79, el Bando de 31 de agosto de 1936 y, especialmente, el Decreto del general Franco, núm. 55, de 1 de noviembre de 1936;las Leyes de Seguridad del Estado de 12 de julio de 1940 y 29 de marzo de 1941, de reforma del Código penal de los delitos contra la seguridad del Estado; la Ley de 2 de marzo de 1943 de modificación del delito de Rebelión Militar; el Decreto- Ley de 18 de abril de 1947, sobre rebelión militar y bandidaje y terrorismo y las Leyes 42/1971 y 44/1971 de reforma del Código de Justicia Militar; las Leyes de 9 de Febrero de 1939 y la de 19 de febrero de 1942 sobre responsabilidades políticas y la Ley de 1 de marzo de 1940 sobre represión de la masonería y el comunismo, la Ley de 30 de julio de 1959, de Orden Público y la Ley 15/1963, creadora del Tribunal de Orden Público"

daños causados a las personas víctimas de esa represión y citaban como precedente la Ley dictada en Alemania, tras el nazismo," de derogación de los fallos injustos nacionalsocialistas...". Ciertamente, resulta patética la falta de coherencia del Gobierno. Y, posteriormente, el Parlament de Catalunya adoptó una resolución similar. El 18 de junio de 2004 aprobó la Resolución 89/VII en la que se acordaba instar al Gobierno de Cataluña para que traslade al Gobierno del Estado la necesidad de que "s'adoptin les mesures adequades per a decretar la nul.litat de tots els judicis i les sentències subsegüents dictades a l'empara de l'anomenada *Instrucción de la causa general* i del *Tribunal del Honor y Jurisdicciones Antimasónicas y Anticomunistas* i que es declari el carácter il.legitim d´aquells tribunals i de les normes en que s'emparaven".

Para justificar su posición, el Presidente del Gobierno en la respuesta dada a la pregunta formulada por el Portavoz del Grupo Parlamentario de IU dijo lo siguiente: "Con los informes jurídicos a la mano", informes que se desconocen, y porque "nuestra Constitución optó por el principio de salvaguarda de la seguridad jurídica" no es posible otra alternativa a la contemplada en el Proyecto de Ley (*BOCD* de 13 de septiembre de 2006). El planteamiento es erróneo. El principio de seguridad jurídica es uno de los que informan el ordenamiento constitucional (Art. 9.3), siempre para garantizar la protección de los ciudadanos. Con él se pretende que estos, ante cualquier actuación de los Poderes del Estado o de las Administraciones Públicas, obtengan una respuesta previsible eludiendo o, en su caso, limitando el riesgo de la incertidumbre, sobre todo ante situaciones jurídicas similares. Así, el ciudadano está más protegido frente a la Administración y sus posibles abusos. Pero, en todo caso, es un principio subordinado a otro de rango superior, el de "justicia" que proclama el art. 1 de la Constitución. La seguridad jurídica no puede invocarse para sacrificar el valor "justicia" que es el que fundamenta la reclamación de nulidad que se formula. Y, por otra parte, ¿a quién perjudica la declaración de nulidad que se reclama? Sencillamente, a nadie.

Pero, pese a todo, los resultados obtenidos son de evidente trascendencia, inmediata y futura, en cuanto representan la rotunda y definitiva descalificación de la Dictadura y de todo su aparato represor. Lo que sitúa a España entre los países que, aunque de forma insuficiente, han afrontado su pasado oscuro y represor.

Todo esto es lo que significa el reconocimiento por la Ley de que los Tribunales franquistas eran "contrarios a Derecho", es decir, ilegales en cuanto sustituyeron por la fuerza a la legalidad y las instituciones republicanas. Y eso significa también que los procesos y las sentencias eran "ilegítimas", en cuanto radicalmente contrarias a los derechos fundamentales y a los más elementales Principios de Justicia. Pero la condena y descalificación es aún mayor.

El contenido esencial de los "vicios de fondo y forma" de las sanciones y condenas a que hace alusión el art. 3.3 de la Ley tiene como contenido esencial la ausencia absoluta de garantías, definidas en los arts. 6 del Convenio de Roma y 14 de los Pactos de Nueva York, ausencia de garantías que tienen como consecuencia la indefensión de los acusados y condenados. Indefensión que se expresaba en la imposibilidad total y absoluta de los acusados, como ocurría en aquellos procesos, de hacer valer sus derechos, de mantener su posición y de oponerse eficazmente a la acusación. Derecho del que todos los acusados fueron privados masiva y sistemáticamente en sus dos manifestaciones esenciales, la asistencia letrada, entonces inexistente, y el derecho a la prueba, también completamente ausente.

El término indefensión tiene una gran trascendencia porque es el que se emplea en el art 238 de la LOPJ cuando define "la nulidad de los actos procesales". Nulidad que se asocia a "vicios de forma y fondo" que generan indefensión.

Pero, en cualquier caso, la declaración prevista en la Ley, asociada a los términos de la Exposición de Motivos, establece que las normas "represoras" son "contrarias a los derechos fundamentales" y que los tribunales, de la clase que fuesen, han "vulnerado las más elementales garantías del derecho a un proceso justo", atentando contra "los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas" (Art. 7. 2 del Convenio de Roma), lo que constituye el máximo fundamento de la declaración de ilegitimidad. Por más que solo la declaración ex lege o judicial de nulidad elimine las sentencias como acto procesal y represente la formal declaración de inocencia de los injustamente condenados.

Así lo expresa rotundamente la Ley:

> *Art. 3.2. Por ser contrarios a Derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo, se declara en todo caso la ilegitimidad del Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, así como los Tribunales de Responsabilidades Políticas y Consejos de Guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la presente Ley.*
>
> *Art. 3.3. Igualmente, se declaran ilegítimas, por vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución".*

Así lo expresó claramente el Magistrado del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) en el voto particular que emitió apoyando la anulación de la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra núm. 2 de Valencia, el 25 de mayo de1942 en el procedimiento sumarísimo núm. 6981.V.39, que condenó a muerte a José Pellicer Gandia, quien fue ejecutado. Una vez más la Sala 5ª del Tribunal Supremo rechazó la revisión de la sentencia. Pero, una vez más, un magistrado disintió de ese criterio y apoyó que fuese revisada. Los razonamientos son estos: "El Estado social y democrático no es el mero Estado de legalidad, sino el proyecto de un Estado justo. Y en un Estado justo, siempre inacabado, no tienen cabida las condenas pronunciadas sin un juicio justo. A tal Estado de Derecho ha de resultarle intolerable la presencia de condenas pronunciadas abiertamente en contra de la Justicia". La condena de ese Consejo de Guerra no fue un "juicio justo", porque el órgano que la dictó era "ilegítimo, dependiente y parcial" (Auto 20-6-2006.Recurso Revisión 5/2006).

Con la expresión "juicio justo" se denomina un conjunto de principios de carácter suprapositivo y supranacional, cuya legitimación es esencialmente histórica, pues proviene –en ello coincide la doctrina- de la abolición del procedimiento inquisitorial, de la tortura como medio de prueba, del sistema de prueba tasada y de la formación de la convicción del juez sobre la base de actos escritos en un procedimiento fuera del control público y que se define por los siguientes derechos:

- derecho a un tribunal independiente,

- derecho a ser oído,

- derecho a la presunción de inocencia,

- derecho a ser informado de la acusación,

- derecho a disponer de tiempo y facilidades para la defensa,

- derecho a defenderse por sí o por un defensor de su elección,

- derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo,

- derecho de igualdad de armas, y

- derecho de acceso a los recursos.

Posición conforme con los principios que condujeron a la absoluta descalificación de los juicios nazis. Ante leyes y tribunales de esa naturaleza, conservan toda su vigencia las palabras del profesor alemán G. Radbruch cuando en 1946, ante el horror nazi, escribió un famoso opúsculo denominado "Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes"[646]. Decía que, "la legalidad, la aspiración a la justicia, la seguridad jurídica son requisitos de una Administración de Justicia. Y las tres condiciones se echan de menos en los Tribunales Penales por delitos políticos en la época de Hitler". Y citaba las palabras de un Fiscal del Estado de Sajonia que en un juicio contra responsables nazis afirmó "la legislación del Estado nazi, que sirvió de base para condenar de muerte carece de toda validez jurídica", llegando a afirmar que "ningún juez puede invocar, ni ninguna jurisprudencia puede atenerse a una ley que no solo es injusta sino que es delictiva". Concluyendo, "Invocamos los derechos humanos que están por encima de las leyes escritas, el derecho inextirpable y eterno que rehúsa la validez de los mandatos ilegítimos de los tiranos inhumanos".

Eran palabras que hoy conservan plena actualidad, máxime cuando hasta ahora, hasta setenta años después, no va afrontarse directamente la realidad de las leyes y de los tribunales impuestos por el General Franco que representaban no solo la ausencia de Derecho –como expresión de principios de Justicia- sino la contradicción con esos principios de Justicia que tienen su último fundamento en la dignidad humana. Como decía Radbruch, en estos casos la contradicción de la Ley con la justicia alcanza "un grado insoportable". A las víctimas del fascismo español serían plenamente aplicables las palabras pronunciadas por el profesor Jellinek cuándo se preguntaba que "a las víctimas de la Inquisición española les ha de ser muy difícil reconocer que las normas en virtud de las cuales fueron juzgadas eran normas de Derecho".

Pero, pese a los nuevos instrumentos legales de que hoy se disponen, todos los procesos descritos conservan aún su validez, a causa de la pasividad del Fiscal General del Estado, que no ha atendido y dado efectivo cumplimiento a las declaraciones contenidas en la Ley 52/2007, de 26 de Diciembre, instando de oficio los correspondientes recursos de revisión ante el Tribunal Supremo para la anulación de las sentencias[647].

Porque mientras todas esas sentencias no sean anuladas, los condenados no serán formalmente inocentes. Disponemos de una muestra reciente de cómo el aparato institucional se resiste, pese a la aprobación de dicha Ley, a aplicarla de forma rigurosa y

[646] G. RADBRUCH, *Derecho injusto y Derecho nulo*, Madrid: Editorial Aguilar 1971, pp. 3-22.
[647]Art. 961 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:"El Fiscal General del Estado podrá también interponer el recurso siempre que tenga conocimiento de algún caso en el que proceda y que, a su juicio, haya fundamento bastante para ello, de acuerdo con la información que haya practicado".

coherente. El Govern de Catalunya instó al Fiscal General del Estado a interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo para obtener la nulidad formal de la sentencia dictada por el Consejo de guerra que el 14 de Octubre de 1940 condenó a muerte y fusiló al Presidente de Catalunya *Lluís Companys*. El Fiscal General lo ha rechazado, omitiendo el ejercicio de la facultad que le otorga la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero lo que no es admisible es que ante una petición formal de una descendiente de Companys y del Govern, el Fiscal se limite a reiterar lo que ya dice la ley y mantenga que, de acuerdo con ella, la sentencia es «nula de pleno derecho» y que, por tanto, carece de objeto su revisión. No pasa de ser una opinión cualificada pero completamente infundada. Por ello, la Lecrim ha previsto un procedimiento, el recurso de revisión ante el Supremo, para acreditar, ante la concurrencia de «hechos nuevos»[648], lo son la vigencia de la Ley 52/2007, la «inocencia» del condenado y anular la sentencia que lo condenó injustamente. El Fiscal no puede sustituir el pronunciamiento de un tribunal y con su decisión no puede entenderse «jurídicamente inexistente» la sentencia condenatoria del *Presidente* ya que carece de legitimidad para acordar una decisión de ese alcance, que está reservada exclusivamente al Tribunal Supremo. En consecuencia, está aún pendiente la plena rehabilitación jurídica de todas las víctimas del franquismo. La respuesta del Estado debe consistir en proclamar legalmente la anulación de las sentencias dictadas en los procesos penales de los tribunales franquistas a través de los que se impusieron condenas de toda clase a los republicanos y demócratas españoles. En definitiva, la mínima reparación de las víctimas del franquismo que los Tratados internacionales exige al Estado español.

[648]Art. 954.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que regula los presupuestos del recurso de revisión.

11. Selección de bibliografía y documentación

SANTIAGO RIPOL CARULLA
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

11.1. INTRODUCCIÓN

La literatura científica sobre Justicia de transición se caracteriza por dos notas. Es muy numerosa y se ha realizado desde múltiples enfoques (histórica, política, sociológica, jurídica). La obra *Justicia de transición. El caso español* incorpora una selección de bibliografía y de documentación sobre Justicia de transición en el entendido de que los lectores y estudiosos interesados por el tema precisan más que de una recopilación de materiales y referencias de libros, una selección de los mismos.

Las obras que se recogen a continuación son fundamentalmente estudios realizados desde el Derecho, aunque se han incluido también algunas obras de carácter general con capítulos que abordan el tema desde otras disciplinas.

Como regla general se han incluido trabajos publicados en fechas recientes, durante la primera década del siglo XXI. Hay, claro está, alguna excepción pues no podían dejar de incluirse algunas obras anteriores que han tenido una incidencia grande en la conceptuación de la justicia de transición.

La Selección de bibliografía y documentación consta de 100 entradas divididas en tres apartados. El primero, más amplio (60 entradas), recoge obras sobre el concepto y el fundamento de la justicia de transición, así como sobre los mecanismos a través de los cuales opera y sobre las experiencias vividas en distintos Estados. El segundo apartado (25 entradas) se centra en la bibliografía relativa al caso español. El tercero incluye una selección de 15 textos sobre Justicia de transición aprobados por las Naciones Unidas – la Organización universal - tanto de carácter general como relativos a España. Cada uno de estos apartados incluye además una somera presentación de los criterios de selección utilizados y del debate científico existente.

Conviene recordar que el trabajo resultante del proyecto de investigación en el que se incluye esta selección bibliográfica se entregó al ICIP en abril de 2011, siendo ésta, por tanto, la fecha hasta la que cubre la presente selección bibliográfica y documental.

11.2. CONCEPTO DE JUSTICIA DE TRANSICIÓN

11.2.1. PRESENTACIÓN

Por justicia de transición ha de entenderse "toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación" [SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Documento S/2004/616, 3 de agosto de 2004, epígrafe 8].

Esta definición, aportada por la Secretaría General de las Naciones Unidas, constituye un buen punto de partida para la presentación de la amplia documentación y bibliografía surgida durante los últimos años sobre la justicia de transición.

De entrada, esta definición muestra que la tarea de conceptualización sobre la justicia de transición es deudora de la práctica y que ésta ha sido – está siendo – muy numerosa y variada. Como ha expuesto J. Chinchón Álvarez, colaborador de este volumen, en su monografía *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*:

> "*Los últimos decenios han sido testigos del inicio de un número sin precedente de procesos de transición en el mundo. A finales de los años setenta del siglo pasado fue el sur de Europa; en los ochentas, sería el turno de Iberoamérica; entre finales de la década de los ochenta y principios de los noventa, al menos quince países africanos salieron de regímenes monopartidistas represivos, y para 1994 cerca de la mitad de los Estados africanos se encontraban inmersos en procesos de transición; Asia experimentaría un desarrollo parcialmente similar a partir de 1986 con la caída de Ferdinand Marcos en Filipinas, con la apertura, un año después, del gobierno militar del General Park Chung Hee en Corea del Sur, y con el fin de la ley marcial taiwanesa en pertinaz vigencia durante veintiocho años. Apenas dos años después, casi en las mismas semanas de aquel diciembre de 1989, Chile y Brasil celebrarían sus primeras elecciones presidenciales libres (tras diecisiete y veinte años respectivamente), mientras que se daban parejas transformaciones en Checoslovaquia, Hungría, Rumanía y la República Democrática de Alemania. En 1991 Etiopía dejaría atrás más de diecisiete años de atroz dictadura bajo el régimen Dergue de Mengistu Haile Mariam, Guatemala y El Salvador superarían períodos de gobiernos no democráticos y conflictos armados, Pakistán, Bangladesh y Nepal profundizarían sus transiciones, y, en bloque, los Estados de la antigua Unión Soviética se unirían al aparentemente imparable desarrollo de los procesos de transición en todos los Continentes. Hacia el final de esta "tercera ola de democratización", más de la mitad de los Estados bajo regímenes no democráticos habían activado diversas transiciones, viendo un principio de luz tras años de represión, violaciones a los derechos humanos y, en no pocos casos, crímenes de derecho internacional.*

Este extraordinario conjunto de acontecimientos abonó un terreno del que fueron surgiendo una enorme cantidad de trabajos que enfrentaron el análisis de estas experiencias desde múltiples disciplinas y enfoques. Entre todos ellos, fue alcanzando en papel propio lo que vino a conocerse, con un neologismo de origen inglés, como estudios sobre la "Justicia Transicional" (Justicia de Transición), cuyo interés se centró en resolver, a grandes rasgos, cuatro interrogantes básicos: 1) Si hay que recordar, procesar y enfrentar los crímenes cometidos en el pasado durante la transición, o es mejor intentar olvidar y pensar sólo en el futuro; si se aborda ese pasado, 2) cuándo conviene hacerlo; 3) quién debe hacerlo; y 4) cómo hacerlo. La respuesta a estas preguntas en la práctica ha ido desde la inicial línea del presidente polaco Mazowiecki –o el "modelo español"- hasta la decida apuesta por la sanción de los crímenes pasados de las autoridades ruandesas o etíopes; la "lustración" checoslovaca primero, checa después, alemana, húngara y finalmente polaca, o las políticas eminentemente reparatorias de Bielorrusia o el primer Chile de Aylwin; la selectiva persecución penal de la Grecia de Karamanlis o de los primeros años de la Argentina de Alfonsín, el complejo equilibrio entre castigo y perdón de Sudáfrica o la desnuda impunidad de hecho en Guatemala".

En este primer apartado se recoge una selección de trabajos doctrinales centrados en torno de la reflexión conceptual sobre la justicia de transición. Son, en general, trabajos recientes, publicados durante la última década (2000-2010). Algunos, con todo, datan de los años 90 y son precisamente éstos los que mejor reflejan la importancia del problema (¿puede haber paz sin justicia?) y el desgarro de la situación (¿puede haber futuro sin memoria?).

Aunque referidas a los conflictos armados internacionales y a la amenaza nuclear, estas cuestiones aparecen ya en los artículos de N. Bobbio que componen el volumen *El problema de la guerra y las vías de la paz* (publicado en italiano en 1979 y en español tres años más tarde). Con posterioridad, estas cuestiones se plantean abiertamente respecto de "uno de los temas más complicados a afrontar por los políticos de todo el mundo cuando intentan sustituir un sistema de gobierno dictatorial por uno democrático: qué hacer con los antiguos torturadores". Tremendo dilema que enfrenta a los políticos ante dos imperativos que se entrecruzan: las demandas de justicia y de verdad. De este modo, sin emplear todavía el término "justicia transicional", planteaba la cuestión L. Weschler en una obra de 1990 basada ya en las experiencias vividas en Uganda, Argentina, corea del Sur, Chile, Sudáfrica, Brasil, Filipinas, Guatemala y Haití [*A miracle, a universe: settling accounts with torturers*, pp. 3-4].

El proceso de conceptualización de la justicia de transición puede estudiarse con especial claridad en el importante libro, editado por N.J. Kritz en 1995, *Transitional Justice: How emerging democracies reckon with former regimes*. Es una obra extensa, compuesta de tres volúmenes, que ofrece una selección de artículos científicos y documentos sobre justicia transicional.

Cuatro años después, J. Méndez publica un trabajo breve, pero muy claro, sobre la justicia de transición ["Accountability for past abuses", en *Human Rights Quarterly*, vol. 19, núm. 2, may 1997, pp. 255-282], en el que destaca la triple dimensión - ética, política y legal – del tema, incidiendo sobre la necesidad de afrontarlo, a su vez, desde esta triple perspectiva.

Las bases del problema, su caracterización, la pluralidad de enfoques,... quedaron así definidas a mediados de los noventa. Con posterioridad, se han publicado muchos trabajos sobre el tema. La evolución doctrinal que reflejan ha sido estudiada por R. G. Teitel en su trabajo "Transitional Justice Genealogy" (2003).

Las respuestas que, desde una perspectiva de justicia de transición, se han ofrecido han variado de un Estado a otro. Es por ello que gran parte de la producción bibliográfica en materia de justicia transicional se centra en el examen de un determinado proceso de cambio político (vg.: Sudáfrica) o de un grupo de procesos de transición (por ejemplo: los habidos en Iberoamérica).

Al considerar esta bibliografía se advierte cómo la identificación de los elementos propios de la justicia de transición se ha producido en muy buena medida a través del estudio comparado de las diversas experiencias transicionales vividas. Por otra parte, el análisis de los casos ha permitido en ocasiones destacar las singularidades de los distintos procesos de cambio político y exponer porqué se recurrió a unos mecanismos y no a otros o porqué el factor exterior ha tenido más o menos influencia.

Dos libros de finales de la década de los ochenta recogen ya algunos elementos que serán propios de los estudios sobre justicia de transición, en concreto: 1) desde el punto de vista metodológico, el análisis comparado entre experiencias similares, y 2) respecto del contenido, el estudio de los problemas con que se enfrentan las democracias recientemente instauradas. Pese a que ninguno de estos dos libros formula expresamente la cuestión de cómo afrontar la transición desde la perspectiva de la justicia, sí tratan de la necesaria introducción de reformas institucionales (especialmente de reforzamiento del régimen parlamentario) y emplean el concepto de "democracias inciertas" que devendrá importante en la teorización de la justicia de transición.

Los libros a los que nos referimos, ambos de 1988, son *Transiciones desde un gobierno autoritario* (4 volúmenes compilados por G. O'donnell, P.C. Schmitter y L. Whitehead) y *Reforma política* y *consolidación democrática. Europa y América Latina,* compilado por D. Ohlen y A. Solari. Estos rasgos se hallan plenamente consolidados en la obra editada por A. J. McAdams *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies* (1997), donde además del estudio de las experiencias vividas en Grecia, Bolivia, Argentina, Chile, Hungría, Polonia, Alemania y Sudáfrica, se incluye el estudio introductorio de Juan Méndez "In defense of transitional justice", ya citado. Merece destacarse también el libro de Ch.L. Sriram *Confronting past human rights violations: justice vs. peace in times of transition* (2004), que estudia 26 casos, algunos de ellos con gran detalle.

Junto a volúmenes que realizan estudios comparados de carácter general, como los indicados, se incluyen referencias de trabajos relativos a un determinado proceso de transición (Argentina, Chile, Bolivia, Colombia, antigua Yugoslavia, Sudáfrica,...) así como de estudios centrados en las experiencias de una región (Iberoamérica, Europa del sur y oriental,...). Entre la literatura en español, muy abundante, merece destacarse el libro coordinado por J. Almqvist y C. Espósito titulado *Justicia transicional en Iberoamérica* (2009).

En su Informe de 2004, el Secretario General de las Naciones Unidas se preguntaba por el fundamento normativo de la labor de fomento del Estado de derecho, dentro de la cual sitúa como una acción principal "la tarea de ayudar a sociedades desgarradas por la guerra a restablecer el Estado de derecho y superar abusos pasados cometidos a gran escala" (párrafo 3). El fundamento de esta acción es – afirma el Secretario General - "la propia Carta de las Naciones Unidas junto con los cuatro pilares del ordenamiento jurí-

dico internacional moderno: la normativa internacional de derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional, y el derecho internacional de los refugiados". Ello incluye todo el acervo de normas de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y justicia penal desarrollado durante los últimos 50 años. En concreto, cita:

> "*El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, obliga a los Estados partes en él a "respetar y garantizar ... los derechos reconocidos" en el Pacto y a "adoptar ... las medidas oportunas ... para hacer efectivos los derechos ...", entre otras cosas garantizando recursos efectivos frente a violaciones y facilitando que la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, decida sobre los derechos y cumpla toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (art. 2). El principio del Estado de derecho aborrece la arbitrariedad en el ejercicio de la autoridad. Así pues, el Pacto prohíbe explícitamente la arbitrariedad en la privación de la vida (art. 6), la prisión o reclusión (art. 9), la privación del derecho a entrar en el país propio (art. 12), y las injerencias en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia (art. 17). Además, garantiza un proceso justo y legítimo para la detención y la prisión (art. 9), la privación de libertad (art. 10), la expulsión de extranjeros (art. 13) y el derecho a un juicio justo (art. 14). El artículo 26 establece el importante principio de que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. Análogamente, con la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados partes "[se] comprometen a adoptar medidas ... para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados ... la plena efectividad de los derechos ... reconocidos" (art. 2). El Estado de derecho tiene la misma importancia central en la protección de los derechos económicos y sociales que en la de los civiles y políticos. Un ordenamiento jurídico, para garantizar a todos la justicia y la protección del Estado de derecho, deberá incorporar estas normas y principios fundamentales*".

Para el Secretario General, estas normas:

- representan principios de aplicación universal adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas.

- han sido formulados y aprobados por países de todo el mundo y acogidos por toda la variedad de sistemas jurídicos de los Estados Miembros, ya estén basados en el common law, la tradición romanista, el derecho islámico u otras tradiciones jurídicas.

- proporcionan por sí mismos una legitimidad que no puede reconocerse a los modelos nacionales exportados que tantas veces reflejan los intereses individuales o las experiencias de donantes o de quienes aportan asistencia más que los intereses superiores o las necesidades de desarrollo jurídico de los países receptores.

- fijan los límites normativos de la participación de las Naciones Unidas, por ejemplo el de que los tribunales de las Naciones Unidas nunca puedan permitir la pena capital o que los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos, así como, en los casos en que recibimos el mandato de desempeñar funciones ejecutivas o judiciales, el de que los servicios de las

Naciones Unidas deben cumplir escrupulosamente los principios internacionales de derechos humanos en la administración de justicia.

La bibliografía sobre el tema es muy numerosa. Las obras sobre este particular que se incluyen en la selección bibliográfica se circunscriben a aquellas que se refieren al "acervo de normas sobre derechos humanos y justicia penal", obviando tanto las obras generales sobre Derecho penal internacional, como las que estudian los tribunales internacionales o algunos de ellos.

Una última cuestión importante para determinar el concepto de Justicia de transición es la relativa a los mecanismos a los que puede recurrirse para resolver los problemas derivados de los abusos del pasado. Tales mecanismos son variados y, de nuevo, el recurso a unos u otros ha dependido de múltiples factores y de las circunstancias de cada proceso de transición. La reforma de las instituciones, la exigencia de reparaciones económicas a las víctimas, el establecimiento de vías para que éstas accedan a los archivos públicos, la investigación de los hechos a través del establecimiento de comisiones de investigación, los enjuiciamientos penales,... son las vías principalmente utilizadas al efecto; vías que – no puede olvidarse - conviven con las leyes de amnistía. Así lo recuerda el libro de L. Mallinder *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide* (2008), del que debe destacarse que contiene una muy completa base de datos sobre Leyes de amnistía con referencias sobre 506 procedimientos de amnistía en 130 países desde la II Guerra mundial.

La selección bibliográfica sobre los mecanismos se centra fundamentalmente sobre tres tipos de actuaciones: a) las comisiones de la verdad, b) los enjuiciamientos penales, c) mecanismos diversos. Los dos primeros, como es sabido, son los más empleados. Así, desde 1974 a 2007 se han creado al menos 32 comisiones de la verdad en 28 países. Más de la mitad se han establecido en los últimos 10 años Ahora bien se recurre a ellos siempre en conjunción con otros instrumentos, pues por sí solos difícilmente sirven al objetivo de restaurar la confianza de los particulares en las instituciones y el Derecho.

Por lo demás, debe indicarse que mientras algunos de los estudios referenciados tienden a poner de manifiesto la existencia de una obligación de las autoridades nacionales, bien a perseguir por la vía penal determinados crímenes, bien a crear comisiones de investigación [como el trabajo de Tapattá de Valdez (2003)], otros destacan las dificultades que estos mismos instrumentos suponen para alcanzar la justicia [así el expresivo artículo de R.M. Brody (2001)] o los posibles solapamientos que pueden darse entre ambos [es el caso de la obra *Truth commissions and courts: the tension between criminal justice and the search for truth* editada por W. Schabas y S. Darcy en 2004].

Finalmente debe hacerse constar que existe una publicación periódica dedicada exclusivamente al campo de la justicia de transición, *International Journal of Transitional Justice*, algunos de cuyos trabajos se han recogido en la bibliografía.

Del mismo modo, se han constituido centros de investigación centrados en la justicia de transición, entre los que merecen destacarse el *International Center on Transitional Justice*, el *Oxford Transitional Research Group*, el *Transitional Justice Institute* de la Universidad del Ulster, o el *Center for the Study of Violence and Reconciliation* en Ciudad del Cabo. Algunas de estas instituciones han realizado trabajos de recopilación bibliográfica [así, el International Development Research Centre, *Bibliografía temática sobre justicia transicional y temas afines*, Ottawa (Canadá): IDRC, 2004], libros monográficos [*Ensayos sobre la justicia transicional*, Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2003], y estudios dedicados a las experiencias vividas en una determinada región o grupo de países. Es el caso del informe titulado *Las vícti-*

mas y la justicia transicional: ¿Están cumpliendo los Estados lationamericanos con los estándares internacionales?, que ha sido editado en 2010 por la asociación Due Process of Law Foundation (Washington). También este es el caso del número 4 del volumen 10 de *International Criminal Law Review* (2010), dedicado a Latinoamérica, con estudios dedicados a las experiencias vividas en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Perú y Uruguay, además de trabajos centrados en la codificación de los crímenes internacionales por las legislaciones nacionales, la acción judicial de los tribunales internos y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el particular. En este orden de cosas cabe mencionar, por último, el núm. 27 (2006) del *Boletín de Documentación* del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, cuyo título es "Memoria histórica: el proceso de justicia transicional en Alemania, Argentina, Chile, España, Portugal y Sudáfrica".

11.2.2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A) CONCEPTO Y FUNDAMENTO

1. AMBOS, K., *Impunidad y Derecho internacional*, Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1999

2. ----------; LARGE, J.; WIERDA, M. (Eds.), *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlin / Heidelberg: Ed. Springer, 2009.

3. ----------; MALARINO, E., y ELSNER, G. (Eds.): *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2009.

4. ALMQVIST, J. y ESPÓSITO, C. (coords.): *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

5. ALTMAN, A.; WELLMAN, Ch. H., *A liberal theory of international justice*, Oxford [etc.]: Oxford University Press, 2009.

6. BABIANO, J. (Ed.), *Represión, derechos humanos, memoria y archivos: Una perspective latinoamericana*, Madrid: Ediciones GPS, 2010.

7. BARAHONA DE BRITO, A.; AGUILAR FERNÁNDEZ, A.; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (Eds.), *Las políticas hacia el pasado. Justicias, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Madrid: Istmo, 2002

8. BASSIOUNI, M. CH. (Ed.), *Post Conflict Justice*, New York: Transitional Publishers, 2002.

9. ---------- "The Need for International Accountability", en BASSIOUNI, M. CH., *International Criminal Law*, vol. III, New York: Transnational Publishers, 1999.

10. BLUMENTHAL, D.A.; McCORMACK, T.L.H. (Eds.), *The Legacy of Nuremberg: civilising influence or institutionalised vengeance?*, Leiden [etc.]: Nijhoff, 2008.

11. BOLLO AROCENA, C., *Derecho internacional penal: Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Bilbao: Universidad del País Vasco, 2004.

12. BONET PÉREZ, J. y ALIJA FERNÁNDEZ, R.: *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, p. 13.

13. BORAINE, A., *A Country Unmasked. Inside South Africa´s Truth and Reconciliation Comission*, Oxford University Press, Nueva York, 2000.

14. BORAINE, A., LEVY, J. y SHEFFER, R. (eds.): *Dealing with the Past: Truth and Reconciliation in South Africa*, Ciudad del Cabo: IDASA, 1994.

15. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Madrid: Ediciones Parthenon, 2007.

16. DECAUX, E.; DIENG, A.; SOW, M. (Eds.), *From human rights to international criminal Law: Studies in honour of an African jurist, the late judge Laïty Kama / Des droits de l'homme au Droit international pénal: études en l'honneur d'un juriste africain, feu le juge Laïty Kama*, Leiden [etc.] : Nijhoff, 2007.

17. DE GREIFF, P., "Una concepción normativa de la justicia transicional", en RANGEL, A. (Ed.), *Justicia y paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?*, Bogotá: Intermedio, 2009.

18. EIROA PABLO, D., *Política del castigo y Derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Buenos Aires: Ed. Ad Hoc, 2009.

19. ELSTER, J., *Closing the books. Transitional Justice in historical perspective*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004. Traducción español de E. Zaudenwerg, *Rendición de cuentas: La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires: Katz Editores, 2006.

20. GÓMEZ ISA, F. (Ed.), *El derecho a la memoria*, Bilbao: Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe (Universidad de Deusto), 2006.

21. HUGHES, E.; SCAHABAS, W.A.; THAKUR, A. (Eds.), *Atrocities and international accountability. Beyond transitional justice*, New York: United Nations University, 2007

22. KOHEN, M. (Ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international Liber Amicorum Lucius Caflish*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 315-338.

23. KRITZ, N.J. (Ed.), *Transitional Justice: How emerging democracies reckon with former regimes, Vol. I General Considerations Vol. II Country Studies. Vol. III Laws, Ruling, and Reports*, Washington, United States Institute of Peace Press 1995.

24. LINZ, J. J y STEPAN, A.: *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996.

25. MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, Notre Dame / London: University of Notre Dame, 1997.

25. McEVOY, K.; McGREGOR, L. (Eds.), *Transitional justice from below: grassroots activism and the struggle for change*, Oxford: Hart Publishing, 2008.

26. MÉNDEZ, J. "In defense of transitional justice", en MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, Notre Dame / London: University of Notre Dame, 1997, pp. 1-26.

27. O´DONNELL, G., SCHMITTER, P. C., y WHITEHEAD, L. (compiladores): *Transiciones desde un gobierno autoritario. 1. Europa meridional; 2. América Latina; 3. Perspectivas comparadas; 4. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas,* Buenos Aires: Paidós, 1988.

28. OSIEL, M., *Mass atrocity, collective memory and the Law*, New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 1997, reimpresión, 1999; traducción al francés *Juger les Crimes de Masse: La Mémoire Collective et le Droit*, Paris: Éditions du Seuil, 2006.

29. RATNER, S.R.; ABRAMS, J.S., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Legacy of Nuremberg*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 2001.

30. ROHT-ARRIAZA, N. (Ed.): *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford Univesity Press, Nueva York, 1995

31. ----------, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2ª ed., 2006.

32. ----------; MARIEZCURRENA, J. (Ed.), *Transitional justice in the twenty-first century: Beyond truth versus justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006

33. SANDS, Ph. (Ed.), *Justice for Crimes against Humanity*, Oxford: Hart Publishing, 2003.

34. SOROETA LICERAS, J. (Ed.), *Los Derechos Humanos frente a la impunidad. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Volumen X*, Bilbao: Universidad del País Vasco, 2009, pp. 318-319.

35. TAMARIT SUNALIA, J. (Coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona: Atelier, 2010.

36. SCHABAS, W., *Genocide in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2ª ed., 2009.

37. TEITEL, R.G., *Transitional Justice*, New York: Oxford University Press, 2000.

38. ----------, "Transitional Justice Genealogy", en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003.

39. THAKUR, R.; MALCONTENT, P. (Eds.), *From Sovereign Impunity to International Accountability: The Search for Justice in a World of States*, Tokyo: United Nations University Press, 2004.

40. VALENCIA VILLA, H., "Memoria histórica y derechos humanos: Lecciones de Hispanoamérica", en ORTEGA, J. (Ed.), *Nuevos hispanismos interdisciplinarios y trasatlánticos*, Madrid: Iberoamericana-Vervuert, Madrid, 2010, pp. 61-75.

41. VAN DER WILT, H.; NOLLKAEMPER, A. (Eds.), *System criminality in international Law*, Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 2009.

42. WILLIANS, P. R. y SCHARF, M. P.: *Peace with Justice? War Crimes and Acountability in the Former Yugoslavia*, Boston: Rowam & Littlefield Publishers, 2002

43. ZALAQUETT, J.: "Derechos Humanos y limitaciones políticas en las transiciones democráticas del Cono Sur", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 14, 1991.

B) MECANISMOS

44. DA SILVA CATELA, L.; JELIN, E. (Comp.), *Los archivos de la represión: documentos, memoria y verdad*, Madrid: Siglo XXI de editores, 2002.

45. ENGLE, E.: "Extraterritorial Corporate Criminal Liability: A Remedy for Human Rights violations?", *St. Johns Journal of Legal Commentary*, Vol. 20, núm. 2, 2006.

46. FREEMAN, M., *Truth commissions and procedural fairness*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006

47. ----------, *Necessary evils: Amnesties and the search for justice*, Cambridge University Press, New York, 2009.

48. GÓMEZ ISA, F., "El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos", *El Otro Derecho*, nº 37, 2007, pp. 11-64.

49. HAYNER, P.B., *Unspeakable truths: confronting state terror and atrocity*, New York: Routledge, 3ª ed. 2011. En español: *Verdades innombrables: El reto de las Comisiones de la Verdad*, México: Fondo de Cultura Económica, 2008.

50. MALLINDER, L., "Amnesty", *Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Oxford /Portland: Hart Publishing, 2008

51. PARENTI, P.F.: "La jurisprudencia argentina frente a los crímenes de derecho internacional", en *Lateinamerika Analysen 18*, Hamburgo: ILAS, 2007.

52. ROEHRING, T., *The prosecution of Former Military Leaders in Newly Democratic Nations,* McFarland & Company, INC, Publishers, Londrés, 2002.

53. ROTBERG, R.I.; THOMPSON, D. (Eds.), *Truth versus Justice: The morality of truth commissions*, Princeton: Princeton University Press, 2000.

54. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: "Algunas consideraciones jurídico-internacionales acerca de la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República del Perú contra Alberto Kenya Fujimori Fujimori", en *Revista de Estudios Jurídicos,* nº. 10/2010 (Segunda Época), páginas 1-22.

55. SCHABAS, W.; DARCY, S. (Eds.), *Truth commissions and courts: the tension between criminal justice and the search for truth*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2004.

56. STOVER, E.; WEINSTEIN, H.M., *My neighbor, my enemy: Justice and community in the aftermath of mass atrocity*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

57. TAPPATÁ DE VALDEZ, *Comisiones de la Verdad: Un instrumento de las transiciones a la democracia*, Departamento de Ciencia Política y de la Administración (CPA), UNED, CPA Estudios / Working Paper 6/2003.

58. ULRICH, G.; BOPERUP, L.K. (Eds.), *Reparations: Redressing Past Wrongs*, The Hague: Kluwer Law International, 2003.

11.3. ESPAÑA

11.3.1. PRESENTACIÓN

La bibliografía sobre justicia de transición en España se inscribe en el contexto más amplio de los estudios sobre la recuperación de la memoria histórica del pasado reciente (Franquismo y Guerra Civil) y aun inmediato (Transición) que se inició a principios del siglo XX. Desde el año 2000, en efecto, historiadores, sociólogos y politólogos han realizado numerosos trabajos [ver, entre otros, Dossier monográfico de la *Revista de Historia Contemporánea Hispania Nova,* núms. 6 (2006) y 7 (2007); S. Gálvez Biesca (coord.), La memoria como conflicto. Memoria e historia de la Guerra Civil y el Franquismo, Número monográfico de *Entelequia*, *Revista Interdisciplinar*, número 7, septiembre de 2008, pp. 331-354; Bibliografía relacionada con el período de transición política y social de España (800 citas), en http://www.uem.es/myfiles/pageposts/bibliografia_transicion_espanola.pdf] y han sostenido importantes debates doctrinales sobre estos temas: los nombres de la guerra, la posición de los intelectuales durante el Franquismo (tanto en el interior como en el exilio), el discurso político de la Transición, las nociones de memoria, historia, olvido, etcétera. Algunos libros publicados constituyen en sí mismos un mecanismo de reparación pues realizan un rescate de los comportamientos mantenidos por personas y colectivos durante la República, la Guerra civil y el Franquismo [a modo de ejemplo, A. Viñas (Dir.), *Al servicio de la República. Diplomáticos y guerra civil*, Madrid: Marcial Pons Historia /Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, 2010]. Otros se centran en el estudio de los mecanismos a los se ha recurrido en España para resolver los problemas derivados de los abusos del pasado – desde la Ley de amnistía de 1977 a otros más concretos y recientes como las exhumaciones, el derecho de acceso a los archivos, la conveniencia de ofrecer un reconocimiento público a las víctimas de tales abusos como elemento imprescindible para el desarrollo de una auténtica cultura democrática -. En general, la aproximación es interdisciplinar - por lo que incluyen estudios jurídicos - y se ha realizado en el marco de jornadas o congresos nacionales o internacionales.

Pero la selección bibliográfica que se recoge a continuación se centra alrededor de las obras que tratan la cuestión desde una perspectiva estrictamente jurídica. En general, son escasas y de publicación reciente. Es posible distinguir tres grupos:

a) obras que estudian los textos normativos que regulan determinados mecanismos de justicia transicional, en particular, las Leyes de Amnistía de 1977 y de Memo-

ria Histórica de 2007, y la Ley del Parlament de Catalunya, del Memorial democrático, también de 2007;

b) obras que consideran el Derecho internacional como fundamento de la obligatoriedad de emprender genuinas políticas de justicia de transición en España y, más en particular, de recurrir al mecanismo judicial;

c) obras relativas a las actuaciones emprendidas por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional para juzgar los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo. Estas acciones han sido objeto de interés tanto para determinada doctrina como para ciertas asociaciones y organizaciones no gubernamentales quienes han publicado interesantes trabajos orientados las más de las veces a aportar argumentos en pro del Juez Garzón y de sus actuaciones. Es el caso del Informe *España: La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo*, publicado por Amnistía Internacional en noviembre 2008.

En este sentido debe mencionarse la página web http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es que contiene documentación y artículos de análisis sobre el tema (como el interesante artículo de J. Garcés "La ley española 46/1977, de Amnistía, más citada que leída, no tiene por objeto actos de naturaleza genocida y lesa humanidad", de 14 de mayo de 2010).

11.3.2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A) LEY DE AMNISTÍA, LEY DE MEMORIA HISTÓRICA Y LEY DE MEMORIAL DEMOCRÁTICO

59. ABAD LICERAS, J.M., *Ley de Memoria Histórica: la problemática jurídica de la retirada o mantenimiento de símbolos y monumentos públicos*, Madrid: Dykinson, D. L. 2009.

60. AGUILAR FERNÁNDEZ, P., *Políticas de la memoria y memorias de la política: El caso español en perspectiva comparada*, Alianza Editorial, Madrid, 2008.

61. ESPUNY TOMÁS, M.J.; PAZ TORRES, O. (Eds.), *30 años de la ley de amnistía (1977-2007)*, Madrid: Universidad Autónoma de Barcelona / Dykinson, 2009.

62. FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F.; GARCÍA LÓPEZ, D.J. (Eds.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Granada: Comares, 2009.

63. FERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Juicio a la memoria: los crímenes de la guerra civil y la dictadura franquista", en *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código Penal*, Salamanca: Ratio Legis, 2009, pp. 95-125.

64. FERRÁNDIZ, F. "Exhumaciones y políticas de la memoria en la España contemporánea", en: NAROTZKY, S.; VALCUENDE, J.M. (Ed.), *Las políticas de la memoria en*

los sistemas democráticos: Poder, Cultura y Mercado, Sevilla: ASANA-FAAEE, 2005, pp. 109-132.

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

66. GÓMEZ ISA, F. (Dir.), *El derecho a la memoria*, Bilbao: Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, 2006.

67. JIMÉNEZ CAMPO, J., "Et in Arcadia ego", *Revista de Occidente*, núm. 223, diciembre de 1999, pp. 123-131.

68. MARTÍN PALLÍN, J. A., y ESCUDERO ALDAY, R. (editores), *Derecho y memoria histórica*, Madrid: Trotta, 2008.

B) LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN COMO OBLIGACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

69. CAPELLÀ, M., "Represión política y Derecho internacional: Una perspectiva comparada", en CAPELLÀ, M.; GINARD, D. (Coords), *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*, Palma de Mallorca: Edicions Documenta Balear, 2009, pp. 161-254.

70. ----------, "Las desapariciones forzadas en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de Derecho internacional sin reparación ni castigo", en SOROETA LICERAS, J. (Ed.), *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional. Cursos de Derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. VI, 2006, pp.

71. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: "*El viaje a ninguna parte*: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la Guerra Civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el Derecho internacional", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 45, enero-junio de 2007, pp. 119-233

72. ---------- "Transición española y Justicia Transicional: ¿Qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política española", en GÁLVEZ BIESCA, S. (coord.), La memoria como conflicto. Memoria e historia de la Guerra Civil y el Franquismo, Número monográfico de *Entelequia*, *Revista Interdisciplinar*, número 7, septiembre de 2008, pp. 331-354.

73. ---------- "La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: Nunca es tarde si la dicha es ¿buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la `Ley de Memoria Histórica´", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Foro, Nueva Época*, número 7/2008, pp. 13-55.

74. JIMENA QUESADA, L., *Dignidad humana y justicia universal en España*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2008.

75. PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales,* Barcelona: Generalitat de Catalunya. Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos. Barcelona, 2009.

76. VICENTE, L., "La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el Franquismo", *Revista de Jueces para la Democracia*, Agosto 2009.

77. VILLÁN DURÁN, C.; FALEH PÉREZ, C., "Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la Guerra civil y la dictadura", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 16/2008

C) SOBRE LAS ACTUACIONES JUDICIALES RELATIVAS A LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO

78. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: "Examen del Auto del Juzgado de Instrucción Nº. 5 de la Audiencia Nacional por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo", *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, año 2008, tomo 5, pp. 1388-1397

79. ---------- "La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo: Del Auto de 16 de octubre a la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008", *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, año 2009, tomo 1, pp. 1415-1424.

80. ----------; VICENTE MÁRQUEZ, L.: "La investigación de los crímenes cometidos en la Guerra Civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del Derecho internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 19, 2010, pp. 1-43.

81. JIMÉNEZ VILLAREJO, C. (Coord.), *La solidaridad con el Juez Garzón*, Córdoba (Argentina): El Páramo, 2010.

82. OLIVAS DÍAZ, A.: "La intervención del juez de instrucción en las diligencias de investigación seguidas por desapariciones forzadas en la dictadura franquista", *Jueces para la Democracia*, núm. 63, 2008, pp. 86-102.

83. RODRÍGUEZ ARIAS, M.A., *El caso de los niños perdidos del franquismo. Crimen contra la humanidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

11.4. DOCUMENTOS Y TEXTOS NORMATIVOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

11.4.1. PRESENTACIÓN

Ya se ha señalado el carácter principal que las resoluciones adoptadas por los órganos de las Organizaciones internacionales han tenido en el doble proceso de conceptuación y fundamentación de la justicia de transición. La ONU, a través de los distintos órganos dedicados a la promoción y protección de los derechos humanos, ocupa un lugar singular en esta acción. Pero, junto a ella, también lo han hecho otras Organizaciones regionales como la Unión Africana [High Level Panel on Darfur. *Report of the African Union on Darfur, The Quest for Peace, Justice and Reconciliation*,Adis Ababa: African Union, 2009] y muy principalmente, los órganos que integran el Sistema interamericano de Derechos Humanos, los cuales han adoptado decisiones muy relevantes a estos efectos tanto en el marco de su actuación normativa [Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Directrices para una política comprehensiva de reparaciones*, OEA/Serv/L/V/II.131.Doc1, Washington: Inter-American Commission, 19 February 2008] como jurisdiccional [entre otras, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Hugo Leonardo de los Santos et. al. c. Uruguay*, de 2 de octubre de 1992].

La selección que a continuación se incluye se centra, sin embargo, en los textos y documentos de las Naciones Unidas no sólo por el carácter universal de esta Organización sino también porque, siendo España miembros de ella, tales textos inciden directamente en el Derecho español.

En un segundo bloque se recogen una serie de textos adoptados en el marco de los procesos de control del cumplimiento por España de determinados tratados de derechos humanos. La presentación del documento se realiza en este caso de forma diferente, pues se reproducen los párrafos concretos de los documentos. Ello ha de permitir advertir cómo se ha sucedido el diálogo entre los órganos de las Naciones Unidas y las autoridades españolas.

Con fecha 5 de febrero de 2008 España presentó el informe al que se refiere el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cumpliendo así las obligaciones derivadas de la ratificación de dicho Pacto (CCPR/C/ESP/5).

El Comité de Derechos Humanos examinó tal informe periódico en sus sesiones 2580ª y 2581ª, celebradas los días 20 y 21 de octubre de 2008, y aprobó sus Observaciones finales en sesión de 30 de octubre de 2008 (CCPR/C/ESP/CO/5, de enero de 2009). Éstas contienen una referencia a la derogación de la Ley de amnistía de 1977 (Recomendación 9) que, sin embargo, no había sido incluida en la lista de cuestiones que España debía abordar al examinar el quinto informe periódico de España (CCPR/C/ESP/Q/5, de 7 de agosto de 2008), por lo que lógicamente no trató de esta cuestión en las respuestas ofrecidas a las cuestiones señaladas (CCPR/C/ESP/Q/5/Add.1, de 14 de octubre de 2008). A mayor abundamiento la referida inclusión de la Recomendación 9 en las Observaciones finales propició que España formulara el 26 de enero de 2009 un comentario adicional (CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, de 26 de enero de 2009) en el que lamenta la forma de actuación del Comité y no da respuesta al tema planteado.

En 2009, con motivo del examen del quinto informe periódico presentado por España con motivo del cumplimiento del art. 19 de la Convención contra la Tortura y otros tratos inhumanos y degradantes (CAT/C/ESP/5, de 18 de febrero de 2009), el Comité contra la Tortura incluyó en la lista de cuestiones a abordar por el Estado la relativa a la vigencia de la Ley de amnistía de 1977 (CAT/C/ESP/Q/5, de 24 de julio de 2009). El Doc. CAT/C/ESP/Q/5/Add.1, 22 de septiembre de 2009, recoge esta respuesta a partir de la cual el Comité formuló, entre sus conclusiones y recomendaciones (CAT/C/ESP/CO/5, 9 de diciembre de 2009) ciertas consideraciones sobre el particular.

Más recientemente el Consejo de Derechos Humanos ha considerado esta misma cuestión en el marco de dos órganos: el Grupo de Trabajo sobre el Examen periódico universal y el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias.

11.4.2. REFERENCIAS

A) DE CARÀCTER GENERAL

84. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 1997/29 sobre *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Incorpora el informe "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario internacional a obtener reparación, que presentó Theo van Boven en 1996 al SGNU (E/CN.4/1997/104, 16 de enero de 1997).

85. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por L. Joinet, de conformidad con la Res. 1996/119 de la Subcomisión*. E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 de junio de 1997.

86. SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, 3 de agosto de 2004.

87. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe de la Sra. Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad - Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

88. OFICINA DEL ALTO COMISARIADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *El Derecho a la verdad*, E/CN.4/RES/2005/66, 20 de abril de 2005.

89. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución A/RES/60/147 del 21 de marzo de 2006, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de todas las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos huma-*

nos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

90. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Aprobada a partir de la Declaración sobre, la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, A/RES/47/133, de 12 de febrero de 1993. La Convención *fue* adoptada por la Asamblea General por Resolución 61/177, de 20 de diciembre de 2006, y abierta a la firma el 6 de febrero de 2007.

B) RELATIVOS A ESPAÑA

91. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos al 5º informe periódico de España*, CPR/C/ESP/CO/5, de 5 de enero de 2009

> *B. Aspectos positivos*
>
> *3. El Comité acoge con satisfacción la Ley Nº 52/2007, "Ley de la memoria histórica", que prevé una reparación para las víctimas de la dictadura.*
>
> *C. Principales motivos de preocupación y recomendaciones*
>
> *9. Aunque ha tomado nota de la decisión reciente de la Audiencia Nacional de examinar la cuestión de los desaparecidos, preocupa al Comité el mantenimiento en vigor de la Ley de amnistía de 1977. El Comité recuerda que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y señala a la atención del Estado parte sus Observaciones generales Nº 20 (1992), relativas al artículo 7, según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto, y Nº 31 (2004), sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto. El Comité, aunque toma nota con satisfacción de las garantías dadas por el Estado parte en el sentido de que la Ley de la memoria histórica prevé que se esclarezca la suerte que corrieron los desaparecidos, toma nota también con preocupación de las informaciones sobre los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas.*
>
> *El Estado parte debería: a) considerar la derogación de la Ley de amnistía de 1977; b) tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales; c) prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura; y d) permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas.*

92. COMITÉ DE DERECHO HUMANOS, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto. España. Adición. Comen-*

tarios del Gobierno de España sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, 26 de enero de 2009.

> *"7. Respecto de las recomendaciones del párrafo 9, el Comité de Derechos Humanos no explicita en virtud de qué disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos realiza estas recomendaciones. El Estado español no acierta a ver en qué medida entran dichas recomendaciones dentro del mandato del Comité. Además, cabe destacar que el Estado español no ha podido ejercer su derecho a réplica sobre todos los aspectos que contiene el párrafo 9 en el marco del actual proceso de examen.*
>
> *8. Cualquier Estado sujeto a un proceso de examen internacional debe poder responder a aquellas cuestiones sustantivas que vayan a formar parte de una recomendación final. En particular, durante el presente procedimiento, el Comité no ha transmitido consideración, duda o pregunta alguna sobre la derogación de la Ley de Amnistía. El Comité se limitó, únicamente en la fase oral, a realizar algunas preguntas sobre los procedimientos en curso ante la Audiencia Nacional en relación con los desaparecidos así como sobre la ratificación del Convenio relativo a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.*
>
> *9. El Estado español también quisiera resaltar que el Comité está descalificando una decisión respaldada por toda la sociedad española y que contribuyó a la transición a la democracia en España. La citada ley fue una demanda de toda la oposición democrática y fue una de las primeras leyes aprobadas por consenso por las mismas Cortes que aprobaron la Constitución de 1978. Además, no sólo la sociedad española sino también la opinión pública mundial es conocedora y ha respaldado siempre el proceso de transición en España que fue posible, en parte, gracias a dicha ley.*
>
> *10. Por estos motivos, el Estado español lamenta la inclusión de este punto en las observaciones del Comité, considerando que se han cometido disfunciones procesales en términos de competencia (ausencia de referencia a la disposición pertinente del Pacto), proceso debido (ausencia de oportunidad de defensa en el procedimiento) y determinación de los hechos (desconocimiento del origen y significación social de la Ley de Amnistía)".*

93. COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el quinto informe periódico de España*, CAT/C/ESP/Q/5, 24 de julio de 2009.

> *Artículos 5 y 7*
>
> *14. De modo análogo al Comité de Derechos Humanos, preocupa al Comité contra la Tortura el mantenimiento en vigor de la Ley de amnistía de 1977. El Comité señala que, en consideración al arraigado reconocimiento de la prohibición jus cogens de la tortura, el enjuiciamiento de los actos de tortura no debe estar limitado por norma de prescripción alguna ni por la doctrina de nullen crimen sine lege. ¿Considera el Estado parte que la Ley de amnistía de 1977 está en contradicción con sus obligaciones en virtud del artículo 5 de instituir su jurisdicción sobre el delito de tortura y de enjuiciar o extraditar a*

las personas acusadas de tortura? ¿Cuál es la política del Estado parte sobre el ejercicio de la acción penal respecto de los actos de tortura a los que sería aplicables la Ley de amnistía de 1977?

94. COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Respuestas por escrito del gobierno de España a la lista de cuestiones*, CAT/C/ESP/Q/5/Add.1, 22 de septiembre de 2009.

164. Cabe precisar, en primer lugar, que la Ley de amnistía de 1977 constituye una decisión respaldada por toda la sociedad española y que contribuyó a la transición a la democracia en España. La citada ley fue una demanda de toda la oposición democrática y fue una de las primeras leyes aprobadas por consenso por las mismas Cortes que aprobaron la Constitución de 1978. De hecho, no solo la sociedad española sino también la opinión pública mundial es conocedora y ha respaldado siempre el proceso de transición en España que fue posible, en parte, gracias a dicha ley. Con el fin de entender mejor lo que realmente pretendía la Ley de amnistía, se reproduce el primer artículo de dicha ley que dispone que quedan amnistiados:

a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día 15 de diciembre de 1976;

b) Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el 15 de diciembre de 1976 y el 15 de junio de 1977, cuando en la intencionalidad política se aprecie, además, un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España;

c) Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el 6 de octubre de 1977, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas.

165. En segundo lugar, la formulación de la pregunta parece querer indicar que, ante un delito de torturas, argumentos como el respeto al principio de legalidad o la prescripción del delito no debieran ser invocados. Cabe recordar al respecto que, en nuestro ordenamiento jurídico, la prescripción no se aplicará a aquellos actos constitutivos de crímenes contra la humanidad o genocidio, sin que entre en consideración la posible aplicación de la Ley de amnistía.

166. De hecho, tal y como dispone el apartado c) del artículo primero de la Ley de amnistía, la amnistía no se aplicará si los actos han "supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas". Corresponderá entonces a los órganos jurisdiccionales considerar si los casos que se le sometan entran dentro del marco de la Ley de amnistía o no. Cabe insistir al respecto en que corresponde a los órganos jurisdiccionales la persecución de los delitos y que serán ellos quienes determinen los casos en los que la Ley de amnistía sea de aplicación.

167. En tercer lugar, en relación con un posible conflicto de la Ley de amnistía con las obligaciones que el Estado español tiene bajo el artículo 5 de la Convención contra la Tortura, en el sentido de establecer jurisdicción sobre el crimen de tortura, y enjuiciar o extraditar individuos acusados de infligir actos de tortura, cabe señalar que la Convención contra la Tortura fue adoptada y abierta a la firma el 10 de diciembre de 1984 y entró en vigor el 26 de

junio de 1987, mientras que la Ley de 1977 se refiere a hechos acaecidos con anterioridad a la adopción de dicha ley. Dicho lo cual, deben destacarse, no obstante, los esfuerzos realizados estos últimos años por el Estado español en relación con las víctimas de la guerra civil y la dictadura.

La reciente adopción de la Ley Nº 52/2007, de 26 diciembre, por la que se reconoce y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura se refiere al derecho a obtener una declaración de reparación y reconocimiento personal en materia de reparación de las víctimas del franquismo (incluidas las torturadas).

168. La ley reconoce así, en su artículo 1, el derecho a la reparación moral y a la recuperación de memoria personal y familiar a quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. Como expresión de este derecho, en su artículo 2, se reconoce y declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa durante la guerra civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la dictadura. Esta declaración genérica se complementa, como señala la exposición de motivos de la ley, con un procedimiento específico para obtener una declaración personal, de contenido rehabilitador y reparador, previsto en el artículo 4 de la ley, que se abre como un derecho a todos los perjudicados, y que podrán ejercer ellos mismos o sus familiares o aquellas instituciones públicas donde hubiesen desempeñado cargo o actividad relevante.

169. Ahora bien, la inaplicación de la prescripción por la Ley de amnistía de 1977 frente a los delitos de tortura que hayan supuesto "violencia grave contra la vida o integridad de las personas" opera respecto de los hechos cometidos entre el 15 de junio de 1976 y el 15 de diciembre de 1977; respecto de los anteriores a la primera de estas fechas, rige el apartado a) del artículo 1 de la referida ley, carente de salvedad alguna.

170. En todo caso, interesa precisar que el texto de la Constitución española garantiza el principio de legalidad penal y que el instituto de la prescripción ha sido en cierta medida

"constitucionalizado" por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (véase SSTC 63/2005 de 14 de marzo; 29/2008 de 20 de febrero, y muy recientemente 147/2009 de 17 de julio).

El Tribunal afirma en estas sentencias que la prescripción penal supone una autolimitación del "ius puniendi" del Estado producida por el mero transcurso del tiempo, siendo indisponible para las partes actuantes, toda vez que lo que prescribe no es la acción penal para perseguir el delito, sino el delito mismo. El Tribunal Constitucional ha anulado resoluciones judiciales denegatorias del efecto prescriptivo, basándose en una perspectiva de consistencia axiológica de los fines de la prescripción que ha de llevar a una tutela judicial reforzada a la que tenían derecho los recurrentes: "Tal decisión consistió -la censurada por el TC- recordémoslo de nuevo, en negar que hubieran prescrito los delitos que se enjuiciaban y en afirmar para ello que en el momento de finalización del plazo prescriptivo se dirigía ya el procedimiento contra quienes luego resultarían imputados". Su idoneidad para satisfacer

dicha tutela judicial reforzada por estar implicado el derecho a la libertad sirve de razonamiento a la estimación del recurso de amparo".

95. COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la convención. Observaciones Finales: España*, CAT/C/ESP/CO/5, 9 de diciembre de 2009.

Aspectos positivos (párrafo 4)

"El Comité observa con satisfacción los esfuerzos que sigue realizando el Estado parte para reformar la legislación, las políticas y los procedimientos a fin de velar por una mejor protección de los derechos humanos, en particular el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en particular [...]:

La adopción de la Ley de memoria histórica (Ley núm. 52/2007), de 26 diciembre, por la que se reconoce y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, incluso el derecho a obtener una declaración de reparación"

Principales motivos de preocupación y recomendaciones (párrafos 21-22)

Ley de amnistía e imprescriptibilidad de la tortura. Si bien toma nota de que el Estado parte señaló que la Convención contra la Tortura entró en vigor el 26 de junio de 1987, mientras que la Ley de amnistía de 1977 se refiere a hechos acaecidos con anterioridad a la adopción de dicha ley, el Comité quiere reiterar que, en consideración al arraigado reconocimiento del carácter de jus cogens de la prohibición de la tortura, el enjuiciamiento de actos de tortura no se debe limitar por el principio de legalidad, ni por el efecto de la prescripción. El Comité además ha recibido distintas interpretaciones sobre el apartado c) del artículo 1 de la Ley de amnistía —que prevé que la amnistía no se aplicará si los actos han "supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas"— en el sentido de que el mismo excluiría en todo caso la tortura de los delitos amnistiados (arts. 12, 13 y 14).

El Estado parte debería asegurar que los actos de tortura, que también incluyen las desapariciones forzadas, no sean crímenes sujetos a amnistía. Al respecto, el Comité alienta al Estado parte a continuar e incrementar sus esfuerzos para ayudar a las familias de las víctimas a esclarecer la suerte de los desaparecidos, identificarlos y obtener las exhumaciones de sus restos, siempre que sea posible. Asimismo, el Comité reitera que, de acuerdo con el artículo 14 de la Convención, el Estado parte debe asegurar la reparación y el derecho a una indemnización a toda víctima de actos de tortura.

Al Comité le preocupa que el crimen de tortura, entendido de manera autónoma y contemplado en el artículo 174 del Código Penal, prescriba en el plazo máximo de 15 años, mientras que es imprescriptible sólo si es constitutivo de un crimen de lesa umanidad, es decir, cuando es cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella (artículo 607 bis del Código Penal) (arts. 1, 4 y 12).

El Estado parte debería asegurar la imprescriptibilidad de la tortura en todo caso".

96. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. España*, A/HRC/WG.6/8/L.5, 12 de mayo de 2010, p 21.

> *84. España ha examinado las recomendaciones formuladas durante el diálogo interactivo y ha expresado su apoyo a las que figuran a continuación:*
>
> *84.45. Proseguir los esfuerzos para aplicar en la práctica la Ley de la memoria histórica (Colombia)*
>
> *86. Las recomendaciones que figuran a continuación serán examinadas por España, que les dará respuesta en su momento oportuno pero no más tarde del 15º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, en septiembre de 2010. La respuesta de España a esas recomendaciones se incluirá en el informe final que apruebe el Consejo de Derechos Humanos en su 15º período de sesiones.*
>
> *86.26. Investigar y sancionar los delitos de desaparición forzada y prever la reparación de los mismos independientemente de cuando se hayan producido, habida cuenta del carácter continuado del delito y de sus obligaciones internacionales (México).*

97. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. España. Adición. Opiniones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas presentadas por el Estado examinado*, A/HRC/15/6/Add.1, 13 de septiembre de 2010.

> *Recomendación/Conclusión Nº 26. Rechazada*
>
> *20. En el ordenamiento jurídico español los Jueces y Tribunales instruyen y juzgan todas las denuncias sobre desapariciones que ante ellos se formulan y resuelven las mismas desde los principios que rigen el ejercicio de la función judicial en España: independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento únicamente a la Ley y al Derecho.*
>
> *21. El ordenamiento jurídico vigente en España obliga, de modo indudable y suficiente, a la persecución de los crímenes contra la humanidad y de genocidio, en los términos y con el alcance recogido, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Convenio para la sanción del genocidio, en la Convención para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y en el resto de la legislación nacional e internacional que nuestra Constitución reconoce y ampara.*

98. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, A/HRC/13/31, 21 de diciembre de 2009, en el que se hace referencia a dos informes previos: E/CN.4/2004/58, de 21 de enero de 2004 (párrafos 259-267) y A/HRC/4/41, de 25 de enero de 2007 (párrafo 380).

> *Denuncias generales*
>
> *Resumen de las denuncias generales*

481. Las fuentes informaron sobre ciertos obstáculos en la aplicación de la Declaración. Dicha información se transmitió al Gobierno en dos denuncias por separado después de los períodos de sesiones 86º y 87º del Grupo de Trabajo.

482. En la primera denuncia se informa de que no se han investigado las desapariciones ocurridas durante la guerra civil española y el régimen del General Francisco Franco, aunque, en virtud de la doctrina del delito continuado aplicable a las desapariciones sin resolver, la infracción todavía pervive. Presuntamente, la Ley de amnistía de 1977 declaró prescritos todos los delitos cometidos durante los períodos mencionados supra, incluidas las desapariciones forzadas. Aparentemente esta ley cierra la puerta a toda investigación.

También se suministró información sobre la Ley de memoria histórica, aprobada en 2007, en el sentido de que esta no contempla el delito de desaparición forzada y no ofrece vía de recursos para las víctimas, vulnerando así su derecho a la verdad, la justicia y la reparación.

483. También se informó de que entre 1940 y 1954 desaparecieron miles de niños en España. Presuntamente algunos de ellos fueron enviados a orfanatos y entregados en adopción y en muchos casos fueron inscritos en el Registro Civil con otro nombre diferente. 484. Es preocupante también que los familiares de los desaparecidos tropiezan regularmente con obstáculos y la hostilidad de las autoridades cuando solicitan exhumar cadáveres enterrados en fosas clandestinas.

Respuestas del Gobierno

486. El Gobierno respondió a la primera denuncia el 26 de febrero de 2009, rechazando las alegaciones planteadas y subrayando la manifiesta falta de exactitud y precisión de la información que les servía de fundamento. En cuanto a la denuncia de que no ha habido investigaciones de las desapariciones ocurridas durante la guerra civil española y el franquismo, el Gobierno citó varias medidas adoptadas desde 2004, incluido el establecimiento del Centro de documentación de la memoria histórica y la Ley de 2007 por la que se amplían y reconocen derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. El Gobierno indicó además que, de acuerdo con la resolución de un juez, y una circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado, todos los encargados de los registros civiles municipales y consulares y del Registro Civil Central están obligados a "permitir el acceso al Registro Civil, tanto principal como auxiliar, de la policía judicial indicado por dicho Juzgado Central de Instrucción para la finalidad de identificar posibles víctimas desaparecidas a partir del 17 de julio de 1936". Se creó la Comisaría General de la Policía Judicial dentro de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil como órgano competente para depurar las posibles responsabilidades penales nacidas durante la guerra civil y el período de la dictadura del General Franco.

487. En cuanto a la Ley de amnistía, el Gobierno señala que, si bien la ley prevé la amnistía, en determinados casos, como forma de extinción de la responsabilidad penal, es necesario diferenciar la amnistía del indulto, que es el perdón de la pena impuesta por sentencia condenatoria al término de un

procedimiento penal. También hay que distinguir entre amnistía y prescripción, por cuanto esta última se fundamenta en el transcurso del tiempo como obstáculo para castigar si se aplican racionalmente los principios de certeza e inmediación en el juicio penal. La prescripción no es un perdón, sino la renuncia por razones pragmáticas a castigar un delito, la resignación del poder público ante la inoperatividad de la respuesta penal a causa del transcurso del tiempo.

488. No puede ni debe tampoco confundirse la Ley de amnistía con las denominadas "leyes de punto final". Además, conforme al artículo 9 de la Ley de amnistía, su aplicación, en cada caso, competerá con exclusividad a los jueces, tribunales y autoridades judiciales competentes que son las que caso por caso resolverán en última instancia de acuerdo con las leyes procesales en vigor. La investigación de las desapariciones forzadas se ha realizado siempre que haya sido instada por los interesados, y no se haya dictado ninguna resolución fundada en la Ley de amnistía.

489. En cuanto a la denuncia de que la Ley de memoria histórica no aborda el delito de la desaparición forzada, el Gobierno indica que esta no tiene por objeto la tipificación y sanción del delito de desaparición forzada, sino que promueve las medidas que puedan contribuir al conocimiento de la historia y a facilitar la memoria democrática, todo ello en el marco de un espíritu de reconciliación.

490. Además, la Ley de memoria histórica no trata específicamente del delito de la desaparición forzada, dado que existen más de 80 textos legislativos y reglamentarios que sí abordan este tipo de delito, y ofrecen formas de reparación moral e indemnización (en la comunicación se anexa la lista de textos adoptados hasta la fecha).

491. En lo que se refiere a la denuncia de que miles de niños presuntamente fueron enviados a orfanatos y entregados en adopción y en muchos casos fueron inscritos en el Registro Nacional Civil con un nombre diferente, el Gobierno señala que es una firmación excesivamente general. Es cierto que, durante la guerra civil se dieron en adopción niños que fueron inscritos en el Registro Civil con otro nombre, cuando estos niños eran declarados huérfanos. Sin embargo, también es cierto que las particularidades, los procedimientos y, sobre todo, las razones variaron enormemente de un caso a otro.

492. En cuanto a la alegación de que los familiares de los desaparecidos tropiezan regularmente con obstáculos y hostilidad por parte de las autoridades al solicitar la exhumación de cadáveres enterrados en fosas clandestinas, el Gobierno señala que la afirmación es falsa, dado que, como se ha explicado más arriba, las autoridades han puesto en marcha numerosas medidas de tipo legislativo y administrativo para facilitar el proceso.

493. En lo que se refiere a la realización de investigaciones específicas, el Gobierno afirma que han sido numerosas las efectuadas por el poder judicial, así como las medidas impulsadas por el Gobierno para llevar a cabo dichas investigaciones.

494. En cuanto a indemnizaciones y reparaciones de las víctimas de desapariciones forzadas, el Gobierno afirma que existen mecanismos específicos a tal efecto.

495. En lo que se refiere a medidas específicas para ayudar a familiares de víctimas en la localización de las personas desparecidas, así como para ofrecerles la debida reparación, el Gobierno estima que legislación prevé medidas e instrumentos para que las administraciones públicas faciliten a los interesados la localización e identificación de los desaparecidos, como una última prueba de respeto. Incluye un protocolo para las exhumaciones y mapas en los que constan los terrenos en que pueden estar localizados los restos de las personas desaparecidas, prevé que las administraciones públicas puedan autorizar tareas de localización de las víctimas y establece los procedimientos para que los descendientes directos de las víctimas puedan recuperar los restos enterrados en las fosas colectivas, para su identificación y eventual traslado a otro lugar.

Observaciones

502. El Grupo de Trabajo recuerda al Gobierno sus obligaciones con arreglo a la Declaración, en particular, que todo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad (art. 4.1) y que los Estados realizarán investigaciones exhaustivas e imparciales mientras no se haya aclarado la suerte de la víctima de una desaparición forzada (art. 13.6).

503. El Grupo de Trabajo felicita al Gobierno por ratificar la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y lo insta a que acepte la competencia del Comité con arreglo a los artículos 31 y 32.

RELACIÓN DE AUTORES

CARLOS VILLÁN DURÁN

Presidente-fundador de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) y co-director del Master sobre Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá. Fue miembro de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Ginebra (1982-2005) y profesor de Derecho Internacional Público en las Universidades de Oviedo y León (1972-1982). Autor de más de 130 trabajos científicos sobre temas de DIDH. email: cvillan@aedidh.org Website: www.aedidh.org

JAVIER CHINCHÓN ÁLVAREZ

Doctor (Premio Extraordinario) y licenciado en Derecho (UCM), y licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración (UAM). Ha sido miembro del Sector Jurídico de Amnistía Internacional, becario de Cooperación Interuniversitaria de la AECI en Argentina y Guatemala, profesor en distintas universidades españolas y extranjeras, conferenciante invitado en múltiples Seminarios y Congresos, e investigador-visitante en diversos centros en Europa y América. Es autor de más de cuarenta trabajos académicos en su ámbito de especialización; destacando sus publicaciones sobre «Justicia Transicional» y Derecho internacional. En la actualidad, es profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Complutense de Madrid, y miembro/consultor de múltiples organismos españoles e iberoamericanos; entre ellos, la AEDIDH y el Grupo de Trabajo sobre Justicia Internacional y Derechos Humanos.

SÉVANE GARIBIAN

Doctora en derecho (Universidad Paris X y Universidad de Ginebra), es especialista en derecho penal internacional, así como en teoría y filosofía del derecho, materias que enseña actualmente en las Universidades de Ginebra y de Neuchâtel. Su trabajo se centra en el significado, el papel y las formas del Derecho frente a la criminalidad del Estado. Lleva últimamente una investigación sobre el tratamiento jurídico nacional de las pasadas dictaduras en Argentina y España. Es autora de numerosos artículos y contribuciones a libros colectivos en francés, ingles y castellano. Ha publicado las monografías *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne*.

Naissance et consécration d'un concept (2009) y, en coautoría con Alberto Puppo, *Normas, valores, poderes. Ensayos sobre positivismo y derecho internacional* (2010). Para más información sobre su trabajo y sus publicaciones: http://www2.unine.ch/sevane.garibian

XAVIER SEUBA HERNÁNDEZ

Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, universidad de la que es Profesor Lector de Derecho Internacional Público. Entre sus ámbitos de investigación se encuentra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el que ha abordado especialmente la cuestión relativa a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por lo que se refiere a las cuestiones de la justicia transicional y el derecho a la verdad, ha realizado diversos trabajos para el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

CARMELO FALEH PÉREZ.

Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria y Secretario general de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Autor de trabajos sobre detención arbitraria, tortura, desaparición forzada, libertad de expresión, acciones urgentes, derecho a reparación, discriminación por orientación sexual, derechos del niño, salud mental, derecho humano a la paz, migrantes, racismo y crímenes de guerra y de lesa humanidad.

ESTHER LÓPEZ BARRERO.

Licenciada y Doctora en Derecho por la UCM. Es profesora en la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA), habiendo estado vinculada a otras universidades e institutos de investigación (UCM, UPM, ICEI, U. Antonio de Nebrija). Su principal línea de investigación es el comercio internacional, ámbito en el que se enmarca su tesis doctoral. Además ha realizado investigaciones y publicaciones sobre comercio exterior, medio ambiente y, actualmente, derechos y libertades fundamentales en la UE.

LYDIA VICENTE MÁRQUEZ

Abogada y consultora internacional de derechos humanos. Ha trabajado en varias organizaciones internacionales (OSCE y ODIHR), agencias de cooperación al desarrollo (AECID), ONGs de derechos humanos (AI y CESR) y organizaciones de base, en países no-industrializados y en post-conflicto (Timor-Leste, Kosovo, Bolivia, Kenia, Brasil e India) en temas de reforma y fortalecimiento del sector justicia, monitoreo de sistemas y análisis legal, observador de elecciones y derechos humanos. Es miembro de la AEDIDH, del equipo jurídico de la Sección Española de Amnistía Internacional, colaborada de la APDHE y de Human Rights Ahead y miembro del Grupo de Trabajo sobre Justicia Internacional y Derechos Humanos.

FELIPE GÓMEZ ISA

Profesor titular de Derecho Internacional Público en la Universidad de Deusto e investigador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, donde ejerce como Director del *European Master in Human Rights and Democratisation*. Profesor visitante en diversas Universidades tanto europeas como latinoamericanas. Entre sus libros destacan *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1998), *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional* (1999), *El Caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas* (2003), *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation* (2005, edición junto a Koen de Feyter), *El derecho a la memoria* (Director, 2006), *Colombia en su laberinto. Una mirada al conflicto* (Director, 2008), o *International Human Rights Law in a Global Context* (2009, edición junto a Koen de Feyter).

HERNANDO VALENCIA VILLA

Licenciado en Derecho por la Universidad Javeriana (Colombia) y Maestro en Leyes y Doctor en Derecho por la Universidad de Yale (Estados Unidos). Ex Procurador de Derechos Humanos en Colombia, ex Secretario Ejecutivo Adjunto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Profesor de Derechos Humanos en la Universidad de Syracuse en Madrid. Autor de siete libros y traductor de seis libros del inglés. Entre su producción más reciente cabe destacar *Diccionario de derechos humanos* (Madrid: Espasa Calpe, 2003), *Hannah Arendt: Una vida del siglo XX* (Bogotá: Panamericana, 2004) y *Cartas de batalla: Una crítica del constitucionalismo colombiano* (Bogotá: Panamericana, 2010), así como las traducciones John Rawls, *El derecho de gentes* (Barcelona: Paidós, 2001) y Amartya Sen, *La idea de la justicia* (Madrid: Taurus, 2010).

CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO

Ingresó en la Carrera Fiscal en 1962 en Barcelona. Entre 1973 y 1975 fue sancionado con un traslado forzoso a la Fiscalía de Huesca por la persecución de la Brigada Político-Social. En 1987 fue nombrado Fiscal Jefe de la Fiscalía de Barcelona y en 1995 asumió la Jefatura de la recién creada Fiscalía Especial Anticorrupción. En 2003 fue cesado por el Gobierno del Partido Popular, optando por la jubilación voluntaria. Desde entonces, ha participado en diversas iniciativas cívicas relacionadas con la lucha contra la corrupción y la recuperación de la memoria democrática y del antifranquismo. Entre otras actividades, es asesor del GP de IU-ICV.

SANTIAGO RIPOL CARULLA

Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona) y Letrado del Tribunal Constitucional. Su actividad investigadora en los últimos años se ha centrado en la recepción del Derecho internacional de los derechos humanos por el Derecho español (*Las relaciones entre el sistema europeo de protección de los*

derechos humanos y el derecho español, Barcelona: Atelier, 2007) y el estudio de las interacciones entre los tribunales internacionales y los altos tribunales de España (*España ante los Tribunales internacionales europeos. Cuestiones de política judicial*, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2008, obra colectiva dirigida en colaboración con J.I. Ugartemendía Eceizabarrena).

OTROS TÍTULOS:

INFORMES ICIP

6/2012
La responsabilidad penal del personal de Naciones Unidas
Xavier Pons (Dir.) y Elisenda Calvet (Coord.)

5/2012
Prevenció de Conflictes, Foment de la Pau i Cooperació per al Desenvolupament
Nadja Gmelch

4/2011
La Unión Europea y la Conferencia de Revisión de la Corte Penal Internacional
Claudia Jiménez, Montserrat Pi y Esther Zapater

3/2011
Justicia en épocas de transición. Conceptos, Modelos, Debates, Experiencias
Farid Samir Benavides

2/2010
Reflexiones sobre la categoría de víctima de violencia política con mirada de género
María Truñó

1/2010
Un Servei Civil Noviolent: Viabilitat i Característiques
Rubén Campos

DOCUMENTS ICIP

8/2012
Companies in Conflict situations: Advancing the research agenda
OCTOBER 2011

7/2011
Polarización y Conflictos en América Latina
MAYO 2011

6/2011
La Paz en Movimiento
OCTUBRE 2010

5/2011
Pau, Conflicte i Seguretat a l'Àfrica
NOVEMBRE 2010

4/2010
Conditions pour la consolidation de la paix en Côte d'Ivoire
SEPTEMBRE 2010

3/2010
Midiendo la paz. Iniciativas, limitaciones y propuestas
MARZO 2010

2/2010
The Barcelona Forum on Decentralized Governance and Conflict Prevention
6-8 JULY 2009

1/2010
Jornades del Moviment per la Pau
13 i 14 DE NOVEMBRE DE 2009

Todos los números disponibles en / All numbers available at / Tots els números disponibles a:
www.gencat.cat/icip/

INSTITUT
CATALÀ
INTERNACIONAL

PER LA PAU

GRAN VIA, 658 BAIX. 08010 BARCELONA
T. 93 554 42 70 | F. 93 554 42 80
ICIP@GENCAT.CAT | WWW.ICIP.CAT