

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 humanos⁵⁷. 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 humanos⁵⁸, la figura de los recursos/remedios efectivos⁵⁹, y el derecho a la verdad⁶⁰, y sin entrar ahora en sus contenidos específicos en función del derecho violado⁶¹, 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 mismas⁶², 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. Ibid.*, 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 sustitutiva; 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 N.º. 36/96, Chile, caso 10.843”, 15 de octubre de 1996, párr. 77. Igualmente consúltese “Informe N.º. 34/96, Chile, casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282”, 15 de octubre de 1996; e “Informe N.º. 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 Estado⁶⁴, 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 Políticos⁶⁶, el Comité de Derechos Humanos nos ha señalado con claridad meridiana la consecuencia evidente⁶⁷: “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 Unidas⁷¹, 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 Fundamentales⁷², 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 n° 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 n° 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 n° 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 público⁷³, 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 tribunales⁷⁶; 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*, N.º 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 doble⁸¹; en este caso, la última transición política a la democracia en España⁸².

Con ello ingresaríamos en el complejo y no pocas veces (jurídicamente) refractario ámbito de la Justicia Transicional o la Justicia de Transición⁸³; 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 N.º. 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 querrela el 14 de abril de 2010 ante la jurisdicción argentina⁹⁰, 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 N.º. 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 N.º. 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 querrela 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 N.º. 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 continuadas⁹⁵, 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 forzadas: “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 transición⁹⁶; 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 internacional¹⁰⁰. 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 FERNÁNDEZ; C. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, “Introducción”, en A. BARAHONA DE BRITO; A. AGUILAR FERNÁNDEZ; 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 tribunales españoles¹⁰⁵; 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 permanentes¹⁰⁶. 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 irremediabilmente 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. WILLIAMS; M. P. SCHARF, *Peace with Justice? War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia*, Boston: Rowan & 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 la 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 “imperial 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 internacional¹¹², 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 internacionales¹¹³; principio que para la Corte Internacional de Justicia¹¹⁴ y la Comisión de Derecho Internacional¹¹⁵ 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 BROTONS, *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, N.º. 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 humanos¹¹⁷. 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 efecto¹¹⁸. Esto es, que evite la consideración de las obligaciones internacionales como deberes absolutos, que en determinados casos puedan llevar a situaciones de imposibilidad igualmente absoluta¹¹⁹; 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 CONCLUSIÓN

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 anterioridad¹²¹, 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 años¹²². 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 amplio¹²⁵, posteriormente se fueron dando diversos pasos¹²⁶ -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. BORAINÉ; 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 vengán 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 acudir 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 imagen¹²⁷-, 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 calificada: “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 immaculado 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 libertades 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 acudir 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 ignorarlos¹³². 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 1977¹³⁴-, 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 2006¹³⁵, 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 Amnistía¹³⁷, 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 jurisdiccionales¹³⁸:

“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 España¹⁴⁰. Pero que también se

¹³⁵ Cfr. JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º. 2 DE CÓRDOBA: Diligencias Previas n.º. 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 una 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/analisis-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 N.º. 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 Fiscal¹⁴¹:

“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 ley¹⁴⁷, 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 ciudadanos¹⁴⁸, 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 2009¹⁵³; 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 INSTRUCCIÓN Nº. 3 DE LA PALMA DEL CONDADO: Auto de 1 de febrero de 2008, Diligencias Previa 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 penal¹⁵⁷. 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 penal¹⁵⁸, 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 N.º 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 N.º. 1 de Arenas de San Pedro de 15 de diciembre de 1999¹⁶⁰. 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 N.º. 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 Olivas¹⁶², o más recientemente Magistra-

¹⁵⁹ Vid. JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º. 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 N.º. 1 DE ARENAS DE SAN PEDRO: Auto de 15 de diciembre de 1999, Diligencias Previas Proc. Abreviado 1557/1999.

¹⁶¹ Vid. JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º. 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 Pallín¹⁶³, o académicos como el profesor Paredes Castañón, en un texto de ilustrativo título¹⁶⁴.

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 siguientes¹⁶⁶; 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 transición¹⁶⁸; 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 Involuntarias¹⁶⁹.

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 objeto 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.