

# **Derecho internacional y “transformaciones del Estado”**

Del desuso, uso y abuso del ordenamiento jurídico internacional cuando de ciertas “transformaciones que afectan a la forma de gobierno” se trata

Javier Chinchón Álvarez

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.  
Universidad Complutense de Madrid.

## **Publicado en:**

**SOROETA LICERAS, J. (ed.): *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Volumen XI, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2011, páginas 75-121, (ISBN: 978-84-9860-476-4).***

**Sumario.** I. Planteamiento del problema. - II. Primer paso. Derecho internacional y “transformaciones que afectan a la forma de gobierno de un Estado”. - III. Segundo paso. Derecho internacional y Justicia Transicional. - IV. Hacia el final del camino: de la teoría a la práctica. A) El deuso, uso y abuso de la normativa internacional en estos contextos. 1. A propósito del deuso estatal. 2. De cómo del desuso se pasó al uso del Derecho internacional 3. Sobre el abuso. 4. Recapitulación final. B). A modo de balance: La vuelta a los orígenes.

*We have all some experience of a feeling, that comes over us occasionally, of what we are saying and doing having been said and done before, in a remote time—of our having been surrounded, dim ages ago, by the same faces, objects, and circumstances—of our knowing perfectly what will be said next, as if we suddenly remembered it!*

Charles J. H. Dickens

## **I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Decía el profesor Sánchez Rodríguez que “... el discernimiento en profundidad del ordenamiento internacional y la disección analítica de sus problemas nucleares jamás puede residir exclusivamente –pese a resultar igualmente insustituible- en el proceso ascendente o de creación de sus principios o normas, sino que debe comprender imperativamente la consideración del proceso descendente de la aplicación de los

mismos”<sup>1</sup>. Concluyendo a este respecto, que así “... dogma y vida, teoría y práctica, abstracción y realidad, previsión y solución, intereses abstractos y pretensiones concretas, no suponen otra cosa que las dos caras, diferentes pero complementarias, de la misma moneda”<sup>2</sup>.

Asumiendo plenamente estas palabras, a mi entender tal ejercicio bien pudiera considerarse como especialmente interesante y exigente si lo dirigimos a lo que el mismo profesor caracterizó como un escenario singularmente “laberíntico, política y jurídicamente hablando”<sup>3</sup>; esto es, por definirlo con sus propias líneas:

“El anhelado fin de los sistemas políticos nazis, totalitarios, autoritarios o fascistas para iniciar el tránsito hacia formas democráticas de gobierno, nos sitúa ante escenarios aún más complejos y minados, como muy bien sabemos los españoles que en 1975 teníamos uso de razón política y social. Con frecuencia, los torturadores o genocidas que se ven compelidos a dejar el poder ante la irresistible ascensión de la ciudadanía, se convierten en gobernantes magnánimos para ellos mismos elaborando con la diligencia y la anticipación debidas las correspondientes leyes de punto final a cualquier tipo de responsabilidad, para ellos y para los meros ejecutores de sus siniestros designios de destrucción bajo la beatífica etiqueta de la obediencia debida, como si los exterminadores mandos militares y policiales fueran considerados como monjes sometidos a la divina disciplina del padre prior. Pero, no nos engañemos, en otros casos fueron los nuevos gobiernos democráticos –en no pocas ocasiones débiles y vigilados– quienes, presos de temor al padre o bien sintiéndose protagonistas de la refundación de un Estado democrático generoso con el pasado, asumen idénticas iniciativas: desde amnistías generales a leyes del olvido”<sup>4</sup>.

Ciertamente, y siguiendo el mismo referente, estas complejas realidades pueden ser examinadas, o diseccionadas, a partir de más generales previsiones; y así podríamos comenzar por enmarcarlas bajo un rótulo más amplio, en los siguientes términos: “los Estados, como cualquier cuerpo social, están sometidos a una ley de dinámica interna, de forma que en el curso de su existencia aparecen una serie de fenómenos que la doctrina ha englobado bajo la expresión «transformaciones del Estado»”<sup>5</sup>. Desde esta perspectiva, nos encontraríamos pues ante lo que se ha denominado como “transformaciones o modificaciones que afectan al gobierno del Estado”<sup>6</sup>; entendiendo el vocablo “gobierno” en el sentido de “forma de gobierno”<sup>7</sup> o de “forma de organización política”<sup>8</sup>. Éste es, en consecuencia, el concepto de base que como tal adoptamos en el presente trabajo; si bien, en él centraremos nuestros esfuerzos en aquellas *transformaciones* o *modificaciones* “hacia formas democráticas de gobierno”,

<sup>1</sup> Vid., el prólogo de SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., QUEL LÓPEZ, F. J., y LÓPEZ MARTÍN, A. G. (eds.): *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional. Análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2000-2007)*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010, pág. 17.

<sup>2</sup> Vid. *Ibid.*, pág. 18.

<sup>3</sup> Vid., el prólogo de SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Ediciones Parthenon, Madrid, 2007, pág. 26.

<sup>4</sup> Vid. *Ibid.*, págs. 24-25.

<sup>5</sup> Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A.: *Curso de Derecho Internacional Público*, Cuarta edición revisada, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pág. 543.

<sup>6</sup> Cfr. *Ibid.*, pág. 545.

<sup>7</sup> Cfr. *Idem.*

<sup>8</sup> Utilizando esta expresión, cfr. REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.: *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 102.

en las que concurren las circunstancias que se apuntaban en el párrafo reproducido *supra*. De este modo quedaría delimitado el objeto de nuestro análisis, la fracción de realidad sobre la que poner a prueba la aplicación de los principios y normas internacionales pertinentes.

A partir de este enfoque primero, cuando como internacionalistas dirigimos nuestra mirada a estas situaciones, que para el entonces Secretario General de las Naciones Unidas implican una tarea “difícil cuando no abrumadora”<sup>9</sup>; cuando en definitiva nos enfrentamos al interrogante del ya clásico trabajo de la profesora Teitel sobre la Justicia Transicional, es decir, “*how should societies deal with their evil pasts?*”<sup>10</sup>, siempre he estimado que debemos redoblar esfuerzos para evitar ser fácil presa de la vieja máxima sobre los árboles y el bosque. En otros términos, si aceptamos el reto de introducirnos en el laberinto, hemos de ser igualmente precavidos y prudentes, no sólo en la búsqueda de la salida, sino en recordar a cada paso, en cada calle, en cada encrucijada, cuales son nuestras armas, herramientas y pertrechos. En caso contrario, correremos el peligro de iniciar nuestro viaje bajo la trémula luz del Derecho internacional, y en un punto u otro, consciente o inconscientemente, ya cambiar una o muchas veces de antorcha y acabar cegados, ya tornar la nuestra en algo tan artificioso que no hará sino llevarnos a una ilusoria puerta de salida; desde la que, con gran pesar, volver a comenzar reconociendo que no el laberinto, sino nosotros mismos, nos hemos perdido en el camino.

Esta reflexión primera, esta advertencia general contra el peligro, o la tentación, de marcarnos como objetivo dar el paso de las formulaciones normativas internacionales, necesariamente abstractas, a su concreción en la vida práctica, en la vida de un proceso de cambio de gobierno, y encontrarnos -o construir- una respuesta que, bien termine por olvidar la realidad que enfrentamos, bien tome cuerpo en una suerte de Derecho internacional (sectorial) a la carta, al margen, extramuros, de la teoría general de nuestro ordenamiento, temo que vuelve a ser singularmente pertinente en estos tiempos. Por ello, en esta modesta contribución propongo realizar, paso a paso, algunas breves consideraciones clave sobre la cuestión, como marco fundamental a partir del cual desarrollar una reflexión de mayor calado. Para ello, utilizaremos la práctica existente respecto a las leyes de amnistía como hilo conductor, tanto por su carácter singularmente ilustrativo, como porque atender el problema general en sus muchos aspectos y aristas concretas, excede de las posibilidades de un trabajo de esta naturaleza. Y en esta labor, acudiremos también a la más reciente práctica española, pues en ella podremos observar cómo algunos de los riesgos apuntados vuelven a hacerse presentes en la actualidad.

Como primera prueba de cargo, baste señalar que en estos días parecemos asistir a una especie de *déjà vu* en el que aun tomando por buenas las palabras de la Comisión de Derecho Internacional acerca de que la interpretación normativa se aproxima más al arte que a las ciencias exactas<sup>11</sup>, podría decirse que aquí no estamos ante otro arte que el tango; en concreto, la inmortal creación de Carlos Gardel y sus “veinte años no es nada”. Así, recordemos la posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos allá por 1985-1986:

---

<sup>9</sup> Vid. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: “El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General”, Documento de las Naciones Unidas: S/2004/616, 3 de agosto de 2004, párr. 3.

<sup>10</sup> Vid. TEITEL, R. G.: *Transitional Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pág. 3.

<sup>11</sup> Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, segunda parte, pág. 240.

“... un difícil problema que han debido afrontar las recientes democracias es el de la investigación de las anteriores violaciones de derechos humanos y el de la eventual sanción a los responsables de tales violaciones. La Comisión reconoce que ésta es una materia sensible y extremadamente delicada, en la cual poco es el aporte que ella –así como cualquier otro órgano internacional puede efectuar. Se trata, por lo tanto, de un asunto cuya respuesta debe emanar de los propios sectores nacionales afectados y donde la urgencia de una reconciliación nacional y de una pacificación social deben armonizarse con las ineludibles exigencias del conocimiento de la verdad y la justicia. Considera la Comisión, por lo tanto, que sólo los órganos democráticos apropiados – usualmente el Parlamento tras un debate con la participación de todos los sectores representativos, son los únicos llamados a determinar la procedencia de una amnistía o la extensión de ésta, sin que, por otra parte, puedan tener validez jurídica las amnistías decretadas previamente por los propios responsables de las violaciones”<sup>12</sup>.

Y simplemente comparémosla con la siguiente argumentación del Tribunal Supremo de España, de 3 de febrero de 2010; posicionamiento que para la Sala de lo Penal del Alto Tribunal puede entenderse como una “muy técnica y bien construida motivación que explica clara y razonablemente [sus] fundamentos (...) jurídicos”<sup>13</sup>:

“Es significativo, y seguramente exigía una mayor cautela en ese enjuiciamiento (...), 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. La iniciativa legislativa la adoptaron los grupos parlamentarios de UCD, Socialista, Comunista, Minoría Vasco-Catalana, mixto y Socialista de Cataluña. Solamente votó en contra el grupo Alianza Popular y otros dos diputados. 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...”<sup>14</sup>.

## II. PRIMER PASO. DERECHO INTERNACIONAL Y “TRANSFORMACIONES QUE AFECTAN A LA FORMA DE GOBIERNO DE UN ESTADO”

Si del rótulo general que escogimos arriba hubiéramos de pasar ahora a la casuística en que estas *transformaciones* toman cuerpo en la dinámica de un Estado, no cabe duda de que su listado exhaustivo superaría con creces la paciencia del mejor de los lectores. No obstante, a los efectos que aquí interesan, nuestra tarea se simplifica notablemente en este punto, pues el Derecho internacional general ofrece una respuesta única para todo cambio en la organización política de un Estado, “en cualquiera de sus

---

<sup>12</sup> Vid. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe Anual, 1985-1986”, OAS Doc.: OEA/Ser.L/V/II.68 doc. 8 rev. 1, Capítulo V, párrs. 10-11. Con anterioridad, es interesante y no menos perturbadora, la posición de la Comisión respecto al Decreto de amnistía guatemalteco 27-83. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala”, OAS Doc.: OEA/Ser.L/V/II.61 doc. 47, 3 de octubre de 1983, Capítulo I, apto. J.

<sup>13</sup> Vid. TRIBUNAL SUPREMO: Auto de 23 de marzo de 2003 de la Sala de lo Penal, Causa Especial-Recurso de Apelación, N°. 20048/2009, Razonamiento Jurídico Segundo.

<sup>14</sup> Vid. TRIBUNAL SUPREMO: Auto de 3 de febrero de 2010, Causa Especial N°. 20048/2009, págs. 41-42.

abigarradas manifestaciones”<sup>15</sup>; y ya se dé éste por cauces constitucionales o revolucionarios, ya sobrevenidamente, ya previsto o calculado hasta lo humanamente posible<sup>16</sup>.

En consecuencia, desde aquí no habrá de resultarnos difícil asentar nuestro primer paso, nuestra premisa de base, al recuperar el concreto escenario que seleccionamos al comienzo, es decir, “el tránsito hacia formas democráticas de gobierno”; o por formularlo en otros términos, los procesos de transición a la democracia. Desde luego, no es éste un concepto sencillo<sup>17</sup>, pero a los efectos que aquí nos concitan, podemos convenir en que el mismo se refiere al proceso y/o intervalo que se extiende entre un régimen político y otro<sup>18</sup> -en este caso, la “democracia” como punto de llegada-; si se prefiere, al propio proceso de cambio entre las dos formas de organización política consideradas<sup>19</sup>; o si se quisiera escoger una aproximación más detallada, al período de tiempo en que los valores, las normas, las reglas de juego y las instituciones de la “antigua forma de gobierno” están desapareciendo pero no han dejado de existir plenamente, mientras que el conjunto de valores, normas, instituciones y reglas que integran la “nueva”, la democracia, van surgiendo pero aun no se han impuesto por completo<sup>20</sup>.

En cualquier caso, frente a todo este estado de cosas la respuesta del Derecho internacional general es formalmente sencilla. Para encontrarla, podemos acudir a una decisión de hace camino de un siglo, en la que ya se valoraba como un principio del ordenamiento jurídico internacional lo que sigue:

“... Dr. John Bassett Moore, now a member of the Permanent Court of International Justice, (...), announces the general principle which has had such universal acquiescence as to become well settled international law: Changes in the government or the internal policy of a state do not as a rule affect its position in international law. A monarchy may be transformed into a republic or a republic into a monarchy; absolute principles may be substituted for constitutional, or the reverse; but, though the government changes, the nation remains, with rights and obligations unimpaired. (. . .) The principle of the continuity of states has important results. The state is bound by engagements entered into by governments that have ceased to exist; the restored government is generally liable for the acts of the usurper. The governments of Louis XVIII and Louis Philippe so far as practicable indemnified the citizens of foreign states for losses caused by the government of Napoleon; and the King of the Two Sicilies made compensation to citizens of the United States for the wrongful acts of Murat”<sup>21</sup>.

---

<sup>15</sup> Vid. REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.: *Derecho Internacional*, op. cit., pág. 102.

<sup>16</sup> Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A.: *Curso de Derecho Internacional Público*, op. cit., pág. 545.

<sup>17</sup> Para una primera visión sobre el mismo, en la que se recoge abundante bibliografía especializada, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz...*, op. cit., págs. 273-301.

<sup>18</sup> En este sentido, O'DONNELL, G. y SCHMITTER, P. C.: *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas – 4*, Paidós, Buenos Aires, 1988, pág. 19.

<sup>19</sup> A este respecto, GARRETÓN, M. A.: *Reconstruir la política: transición y consolidación democrática en Chile*, Editorial Andante, Santiago de Chile, 1987, pág. 36.

<sup>20</sup> Cfr. SANTAMARÍA, J.: “Transición controlada y dificultad de consolidación: el ejemplo español”, en SANTAMARÍA, J. (compilador): *Transición a la democracia en el sur de Europa y América Latina*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1982, págs. 372-373.

<sup>21</sup> Vid. *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims (Great Britain v. Costa Rica)*, 18 de octubre de 1923, en *Reports of International Arbitral Awards*, vol. I, Naciones Unidas, 2006, pág. 377.

Estaríamos pues ante el clásico “principio de la identidad o continuidad<sup>22</sup> del Estado”; derivado fundamental de los principios de seguridad jurídica internacional, así como de la propia formulación de los más recientemente definidos como principios estructurales del Derecho internacional<sup>23</sup>; cuya aceptación e importancia en el ordenamiento jurídico internacional está fuera de toda duda<sup>24</sup>. En su virtud pues, el Estado continúa siendo el mismo, a los efectos del Derecho internacional, cualquiera que sea el cambio o cambios ocurridos en su organización política interna. En consecuencia, toda alteración que pueda acaecer en la organización política de un Estado, siempre y cuando no afecte a la condición internacional de éste, será irrelevante en lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

De este modo, a la hora de responder a la pregunta de cómo habría de aplicarse el Derecho internacional al potencial proceso de cambio en la forma de gobierno de un Estado, a una transición a la democracia, la respuesta formal es evidente: Exactamente igual que si este proceso no se hubiera iniciado, no se estuviera desarrollando, o no hubiera culminado. En resumen, “sólo mediando una pérdida absoluta e irremediable de uno de sus elementos constitutivos cabría considerar que el Estado desaparece. De no ser así el Estado continúa, con un territorio y una población acrecidos o menguados y/o bajo un gobierno y/o un nombre diferente”<sup>25</sup>.

No ha lugar pues, ninguna potencial alegación que expresa o implícitamente, abogue por una suerte de excepcionalidad jurídico-internacional sobre la base de la mera existencia o desarrollo de una transición a la democracia. Máxime cuando ésta pretenda concretarse en la conformación de una especie de *vacío de soberanía* tendente a sacar del tablero de juego al ordenamiento jurídico internacional, y dejar toda decisión propia del proceso transicional en las exclusivas y excluyentes manos de lo que estimen más o menos adecuado los distintos órganos internos. Y en este punto, valga recordar, resulta necesario tener que subrayar, que lo concluido por supuesto es de plena aplicación para, de salida, principios tan fundamentales como los codificados en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>26</sup>, o el

---

<sup>22</sup> En relación a estos dos conceptos, identidad y continuidad, existe cierta controversia doctrinal en la que ahora no podemos detenernos, pero cuya esencia bien puede condensarse en el siguiente interrogante del ya clásico trabajo de Cansacchi: “Les Concepts de «continuité» et d’«identité» sont-ils synonymes? Ces deux expressions doivent-elles être considérées comme équivalentes ou y a-t-il entre elles quelques différences?” (vid. CANSACCHI, G.: “Identité et continuité des sujets internationaux”, en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, núm. 130, 1970-II, pág. 9). Para una primera visión sobre el particular, puede consultarse KOSKENNIEMI, M. y EISEMANN, P. M.: (eds): *State Succession: Codification Tested Against the Facts/La succession d’Etats: la codification à l’épreuve des faits*, Académie de Droit International-Kluwer Law International, La Haya, 2000, en especial págs. 193-197. Para más detalles sobre las dos posturas generales existentes, además del trabajo recién citado de Cansacchi, puede verse MAREK, K.: *Identity and continuity of States in Public International Law*, Groz, Ginebra, 1954.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A.: *Curso de Derecho Internacional Público*, op. cit., págs. 544-547.

<sup>25</sup> Vid. REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.: *Derecho Internacional*, op. cit., pág. 103.

<sup>26</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969, en BOE de 13 de junio de 1980.

artículo 32 del Proyecto definitivo de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>27</sup>.

En síntesis, son incuestionables las siguientes palabras de la primera sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, que tomaremos aquí como resumen de nuestro primer paso:

“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”<sup>28</sup>.

Todo lo dicho no debe hacernos olvidar que los retos, aspiraciones, objetivos, problemas, exigencias y limitaciones que se dan cita en un proceso de transición a la democracia son, en muchos casos, ingentes. En otros términos, esperar que ordenamiento jurídico internacional en mano podamos ser capaces de ofrecer una solución a todo lo que implica, y se ve implicado, en una transición a la democracia, resultaría ilusorio. Pero sostener, en el otro extremo, que las singularidades propias de estos procesos hacen que las obligaciones internacionales vigentes pasen a un oportuno sueño de los justos, sin más ni menos, resulta sencilla y jurídicamente inasumible; aunque en cierto modo pueda ser una suerte de lamentable constatación histórica, a la que volveremos en las próximas páginas.

### III. SEGUNDO PASO. DERECHO INTERNACIONAL Y JUSTICIA TRANSICIONAL

Sentado lo anterior, es cierto que al introducirnos en el ámbito de la Justicia Transicional/Justicia de Transición<sup>29</sup> habremos de afrontar, en palabras de reputadas especialistas, “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”<sup>30</sup>, esto es y en lo aquí ocupa, “los abusos a gran escala y

---

<sup>27</sup> Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, 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.

<sup>28</sup> Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*, 29 julio de 1988, en *Serie C*, vol. 4, párr. 184.

<sup>29</sup> Como es sabido, a partir del rótulo inglés *transitional justice*, en los últimos años se ha adoptado el neologismo de “Justicia Transicional”, que en la terminología de Naciones Unidas ha pasado a denominarse como “Justicia de Transición”. Otros autores, por su parte, prefieren el uso de conceptos de *larga data* como el “*just post belum*” (véase por ejemplo, WALZER, M.: *Reflexiones sobre la guerra*. Barcelona, Paidós, 2004). En nuestro caso, seguiremos utilizando el término, notablemente más extendido, de “Justicia Transicional”.

<sup>30</sup> Vid. BARAHONA DE BRITO, A., AGUILAR FERNÁNDEZ, A., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C.: “Introducción”, en BARAHONA DE BRITO, A., AGUILAR FERNÁNDEZ, A., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (eds.): *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Ediciones Istmo, Madrid, 2002, pág. 29.

especialmente graves cometidos o tolerados por un régimen pasado”<sup>31</sup>. Ahora bien, omitir que también se trata de una cuestión jurídico-internacional no sólo sería equivocado, tal y como ya hemos concluido, sino que a mi entender constituiría una dejación de funciones difícilmente justificable.

Así, y tomando como primer referente la amplia consideración fundamental de las Naciones Unidas en este punto:

“La noción de “justicia de transición” (...) abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por complejo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos”<sup>32</sup>.

Aunque se ha alegado que toda sociedad se encuentra siempre inmersa en algún proceso de transición, y que por ello resulta impropio realizar una distinción rotunda entre la Justicia Transicional y la *regular/ordinary justice*<sup>33</sup>, lo cierto es que estamos ante un escenario singular, que plantea una pluralidad de finalidades y dificultades muy notables; si bien, podemos convenir con Méndez en que “the quality of justice we strive to achieve through [Transitional Justice] is no different from the ideal of justice to be pursued in ‘normal’ times”<sup>34</sup>. Pero sobre este escenario, y más allá de las deficiencias teóricas o conceptuales que pueden seguir detectándose<sup>35</sup>, del cada día más patente desarrollo de un impulso expansivo en este ámbito<sup>36</sup>, o de las potenciales desviaciones pasadas o presentes<sup>37</sup>, en lo que ahora interesa habremos de apostillar en todo caso, que como bien 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

---

<sup>31</sup> Para Kai Ambos, este es además uno de los “problemas estructurales” a afrontar que diferencia a la “justicia ordinaria” de la “justicia de transición”. Vid. AMBOS, K.: *El marco jurídico de la justicia de transición*, Editorial Temis, Bogotá, 2008, p. 10. En línea similar, véase AMBOS, K., MALARINO, E., y ELSNER, G. (eds.): *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2009, págs. 27-28.

<sup>32</sup> Vid. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: “El Estado de Derecho y la justicia de transición...”, *doc. cit.*, párr. 8.

<sup>33</sup> Cfr., discutiendo algunas posiciones de Teitel, GROSS, A. M.: “The Constitution, Reconciliation, and Transitional Justice. Lessons from South Africa and Israel”, en *Stanford Journal of International Law*, vol. 40, n.º. 1, 2004, en especial págs. 50-52. En un sentido parcialmente similar, puede acudir a POSNER, E. A. y VERMEULE, A.: “Transitional Justice as Ordinary Justice”, en *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n.º. 40, marzo de 2003.

<sup>34</sup> Vid. MÉNDEZ, J.: “Editorial Note”, en *International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, n.º. 2, 2009, pág. 157.

<sup>35</sup> En este sentido, véase DE GREIFF, P.: “Una concepción normativa de la justicia transicional”, en RANGEL, A. (ed.): *Justicia y paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?*, Intermedio, Bogotá, 2009. Con un carácter más general, BELL, C.: “Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the ‘Field’ or ‘Non-Field’”, en *International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, n.º. 1, 2009.

<sup>36</sup> A este respecto, consúltese GÓMEZ ISA, F.: “Retos de la Justicia Transicional en contextos no transicionales: Colombia y España”, apartado I, (en prensa, original en poder del autor).

<sup>37</sup> En este orden de ideas, es interesante el reciente punto de vista de SUBOTIC, J.: “The Paradox of International Justice Compliance”, en *International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, n.º. 3, 2009.

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 actos que han de sopesarse para calibrar la idoneidad jurídica de las decisiones de justicia transicional”<sup>38</sup>.

Uniendo entonces ambas exposiciones, y desde una perspectiva plenamente coincidente con la problemática que avanzamos al inicio, quizá convendría enfocar esta cuestión a partir de una definición operativa de la Justicia Transicional más restringida. Una primera elección podría tomar cuerpo en la más reciente caracterización de referentes como la profesora Teitel, que ha señalado que: “Transitional justice can be defined as the conception of justice associated with periods of political change, characterized by legal responses to confront the wrongdoings of repressive predecessor regimes”<sup>39</sup>. Si bien, a mi entender puede resultar aun más ajustada a nuestro actual empeño la definición ofrecida por otras expertas como la profesora Roht-Arriaza, para quien este concepto puede entenderse como “a set of practices, mechanisms and concerns that arise following a period of conflict, civil strife or repression, and that are aimed directly at confronting and dealing with past violations of human rights and humanitarian law”<sup>40</sup>. Una aproximación de este cariz, con un objetivo desde luego más modesto, pero también necesaria y oportunamente acotado, ofrece cuando menos tres ventajas indudables; por mucho que para algunos autores pudiera ser demasiado “estrecha” o “legalista” atendiendo a su visión acerca de la totalidad de problemas concurrentes en una transición<sup>41</sup>:

En primer lugar, con carácter general y continuando la senda marcada en el anterior apartado, si lo que debemos afrontar es el comportamiento estatal debido frente violaciones a los derechos humanos y/o crímenes de Derecho internacional, resultaría harto difícil sostener que el conjunto de obligaciones internacionales propias a estos ámbitos resulta, al tiempo y a la vez, irrelevante en estos escenarios transicionales. En otros términos, que lo que se decida o haya de decidir sobre estos hechos específicos en o durante un proceso de transición a la democracia es un asunto, bien meramente interno, bien completamente al margen de los posibles compromisos internacionales que hubiera adquirido el Estado en cuestión. Con todo, si esto es lo que hubiera que discutir, los interrogantes entonces sólo podrían ser: ¿cómo y hasta qué punto es esto posible dentro de los límites propios del Derecho?; ¿cómo lograr que las obligaciones internacionales contraídas respecto a las violaciones a los derechos humanos y/o crímenes de Derecho internacional, “cedan”, en su caso, ante las *causas* de un proceso de transición a la democracia?

En segundo lugar, la acotación realizada ha de aclararnos también cuáles habrán de ser nuestras herramientas básicas de trabajo o exploración: el Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho internacional humanitario, y el Derecho

<sup>38</sup> Vid. BONET PÉREZ, J. y ALIJA FERNÁNDEZ, R.: *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pág. 13.

<sup>39</sup> Vid. TEITEL, R. G.: “Transitional Justice Genealogy”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003, pág. 69. Existe una versión traducida al castellano, y publicada por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, bajo el título de “Genealogía de la Justicia Transicional”.

<sup>40</sup> Vid. ROHT-ARRIAZA, N.: “The New Landscape of Transitional Justice”, en ROHT-ARRIAZA, N. y MARIEZCURRENA, J. (eds.): *Transitional Justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth versus Justice*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006, pág. 2.

<sup>41</sup> Por citar un ejemplo reciente, véase MCEVOY, K.: “Beyond Legalism: Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice”, en *Journal of Law and Society*, vol. 34, n.º. 4, 2007.

internacional penal<sup>42</sup>; sectores del ordenamiento jurídico internacional que pese a sus consabidos caracteres propios, no es ocioso recordar que no pueden ser entendidos o manejados correctamente si no es dentro de los límites o fundamentos básicos que rigen el funcionamiento del Derecho internacional. Es desde esta perspectiva como resulta posible hablar de lo que en alguna aportación reciente se han denominado como “principios de la Justicia Transicional”, a saber: “el deber de reprimir y perseguir (como contrapartida del derecho a la justicia de las víctimas), el deber de investigar e informar sobre las violaciones de derechos humanos (frente al derecho a saber de las víctimas –y de la sociedad en su conjunto–), el deber de reparar (como corolario del derecho de las víctimas a la reparación), y el deber de prevenir (frente a la no repetición de las violaciones)”<sup>43</sup>.

En tercer lugar, con esta propuesta restringida sabremos qué estamos buscando exactamente dentro del laberinto transicional; esto es, una respuesta desde el ordenamiento jurídico internacional a lo que bien pueden entenderse como cuatro preguntas básicas de la Justicia Transicional: 1) Si hay que recordar, procesar, enfrentar las violaciones a los derechos humanos/crímenes de Derecho internacional cometidos en el pasado o es posible, de ser “oportuno”, “necesario”, o “aconsejable”, *intentar olvidarlos*; si se afrontan esos hechos, 2) cuándo conviene hacerlo; 3) quién debe hacerlo; y 4) cómo hacerlo.

Finalmente, conviene aclarar, recordar, o subrayar, que aunque todo lo anterior lo estamos refiriendo a un escenario o período transicional, en caso alguno resulta justificable que las obligaciones internacionales relativas a las posibles violaciones a los derechos humanos/crímenes de Derecho internacional que se hubieran cometido durante la anterior forma de gobierno, sean de exclusiva aplicación a ese período temporal, más o menos prolongado. Dicho de otro modo, cuando la realidad sobre la que tenemos que operar para concretar el proceso descendente de la aplicación de esa normativa internacional es un proceso de transición a la democracia, será fundamental tomar en

---

<sup>42</sup> Como es sabido, ha existido, existe, y quizás existirá, una recurrente polémica doctrinal acerca de la mejor denominación para esta rama del Derecho internacional; sostenida, además, en distintas valoraciones sobre sus características e incluso sobre su propia existencia. Sin ánimo ni posibilidades de entrar ahora en ella, nosotros escogemos el rótulo de “Derecho internacional penal” para hacer referencia a la rama del derecho internacional que regula aspectos penales de igual naturaleza, en detrimento de la denominación, ampliamente utilizada, de “Derecho penal internacional” que considero más adecuada para encuadrar aquellas partes del Derecho penal (interno) con incidencia o proyección internacional, en relación, básicamente, al objeto del que se ocupan. Sobre el concepto de Derecho internacional penal y sus posibles diferencias con el Derecho penal internacional, véase en perspectiva histórica, ALCORTA, C. A.: *Principios de derecho penal internacional*, t. I., Editorial Italia, Buenos Aires, 1931, págs. 9-13; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho penal Internacional e Internacional penal*, t. I, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955, en especial págs. 11-30; RYU, P. K. y SILVING, H.: “International Criminal Law –A Search for Meaning–”, en BASSIOUNI, M. C. y NANDA, V. P.: *A Treatise on International Criminal Law*, Charles C Thomas, Illinois, 1973; SCHWARZENBERGER, G.: “The problem of an International Criminal Law”, en MUELLER, G. O. W., y WISE, E. M. (eds.): *International Criminal Law*, New York University, Nueva York, 1965, en especial págs. 4-33. Más cercanos en el tiempo, BASSIOUNI, M. C.: *Derecho Penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1983, págs. 49 y ss., en especial pág. 50; GIL GIL, A.: *Derecho Penal Internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 23-27; HENZELIN, M.: *Le Principe de L’Universalité en Droit Pénal International. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l’universalité*, Helbing & Lichtenhann, Bâle, 2000, págs. 9-11; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Editorial Universitas, Madrid, 1996, págs. 211-212, así como la amplia bibliografía que recoge; RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J.: “Derecho internacional penal y derecho penal internacional”, en VV.AA.: *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. I, EDITER, Madrid, 2005, en especial págs. 575-587.

<sup>43</sup> Vid. BONET PÉREZ, J. y ALIJA FERNÁNDEZ, R.: *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, op. cit., pág. 109.

consideración las particularidades del mismo. Pero ni esa normativa ha sido creada y aceptada solamente para tal escenario, ni una vez concluido ese proceso la misma se esfuma, se extingue, termina, sin más; conclusión que tras todo lo que hemos visto debería resultar evidente, por mucho que aun en fecha reciente se haya pretendido mantener lo contrario, como bien ejemplifica la práctica española<sup>44</sup>.

Lo expuesto sumariamente hasta este punto habría de ser suficiente para no sólo recordar que el Derecho internacional tiene un papel irremediable dentro de la Justicia Transicional, sino también para mejor delimitar cuál es, o al menos pudiera ser éste. Ahora bien, no se me escapa que más allá de la aproximación formal que aquí estamos proponiendo, transcurre un debate de mucho mayor calado que inevitablemente nos conduciría a la discusión en profundidad de conceptos como la democracia, la soberanía, la paz, los derechos humanos, el Derecho, o la justicia; sin omitir otros como la memoria, el olvido, el perdón, la verdad, la dignidad, la reparación, o la reconciliación. Conceptos todos ellos cuyo justo escrutinio reconozcamos que supera en mucho a las posibilidades de esta contribución; pero que no ha de olvidarse que han ocupado durante años, y hoy también ocupan, entre otros a lo que se ha venido a conocer como “realistas” o “peace makers”<sup>45</sup> frente a los denominados como “idealistas” o “human righters”<sup>46, 47</sup>. Con todo, al menos en este punto sí podríamos apuntar, con la brevedad requerida, que desde hace largo tiempo está fuera de toda duda que el estado de Derecho es un elemento esencial de toda democracia, de tal suerte que en lo que ahora nos ocupa, y por seguir a Popkin y Roth-Arriaza, puede convenirse en que el respeto al “debido proceso” y al estado de Derecho son algunas de las piedras angulares que permitirán a un gobierno democrático distinguirse del pasado régimen no democrático<sup>48</sup>. Si retomamos aquí el documento de las Naciones Unidas ya citado, podremos encontrar también una referencia concurrente con lo que ahora queremos significar:

“Conceptos tales como “justicia”, “Estado de derecho”, y “justicia de transición” resultan esenciales para entender la labor de la comunidad internacional para afianzar los derechos humanos, proteger frente al miedo y la necesidad, resolver conflictos de propiedad, fomentar el desarrollo económico, promover la rendición de cuentas por parte de los poderes públicos y resolver pacíficamente los conflictos. En ese sentido, contribuyen tanto a definir nuestros objetivos como a determinar los métodos que debemos utilizar (...).

6. El concepto de “Estado de derecho” ocupa un lugar central en el cometido de la

---

<sup>44</sup> A este respecto, véase lo sostenido por el Ejecutivo español, en boca de la entonces Vicepresidenta del Gobierno, en 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, pág. 11270

<sup>45</sup> Para algunos ejemplos de estas posiciones, pueden consultarse, en grado creciente de severidad en sus posturas, HAMPSON, F. O.: “Can Peace-building work?”, en *Cornell International Law Journal*, n.º. 10. 1997, págs. 701-716; CHIGARA, B.: “Pinochet and the Administration of International Justice”, en WOODHOUSE, D.(ed.): *The Pinochet Case: A Legal and Constitutional Analysis*, Oxford Hart, 2000, págs. 125-126; WILLIAMS, P. R. y SCHARF, M. P.: *Peace with Justice? War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia*, Boston, Rowan & Littlefield Publishers, INC, 2002, págs. 29-35.

<sup>46</sup> Si quieren verse algunas posturas en el doctrina que se han solido enmarcar bajo estos rótulos, puede acudir a BASSIOUNI, M. C.: “The Need for International Accountability”, en BASSIOUNI, M. C.: *International Criminal Law*, vol. III, Nueva York, Transnational Publishers, 1999, págs. 6 y ss.; GARTON ASH, T.: “Juicios, Purgas y Lecciones de Historia”, en VV.AA.: *Ensayos sobre la justicia transicional*, Nueva York, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2003, págs. 46 y ss.; ROSENBERG, T.: “Tierras embrujadas”, en VV.AA.: *Ensayos sobre..., op. cit.*, págs. 15-17.

<sup>47</sup> Sobre toda esta cuestión, TEITEL, R. G.: *Transitional Justice, op. cit.*, págs. 3-9.

<sup>48</sup> Cfr. POPKIN, M. y ROHT-ARRIAZA, N.: “Truth as Justice: Investigatory Commissions in Latin America”, en *Law and Social Inquiry*, vol. 20, n.º. 1, 1995.

Organización. Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal<sup>49</sup>.

Lo señalado puede también ser formulado desde una perspectiva más específica, como la Rosenberg, para quien un país que emerge de la dictadura tiene dos conjuntos de obligaciones (jurídicas): hacia las víctimas y hacia el futuro, para garantizar que la dictadura nunca regrese<sup>50</sup>. Posición que permite dotar de un sentido más completo a palabras de otras especialistas como Jenin, que este mismo año nos ha compartido que “...la definición de lo que un gobierno *normal* debe hacer es encarar el pasado y promover medidas ligadas al esclarecimiento de la verdad, la justicia y el reconocimiento”<sup>51</sup>. Ideas ambas que de forma aun más concreta, podrían condensarse en las siguientes líneas de Méndez:

“Redressing the wrong committed through human rights violations is not only a legal obligation and a moral imperative imposed on governments. It also makes good political sense in the transition from dictatorship to democracy. In fact, the pursuit of retrospective justice is an urgent task of democratization, as it highlights the fundamental character of the new order to be established, an order based on the rule of law and on respect for the dignity and worth of each human person”<sup>52</sup>.

Ciertamente, ya hemos señalado que estos posicionamientos han sido y son objeto de un intenso debate, en cuyo seno algunos autores identifican intenciones o proyectos de fondo singularmente llamativos<sup>53</sup>; pero a los efectos de este trabajo, baste señalar que desde el concepto del estado de Derecho que estamos esbozando, el citado documento del (entonces) Secretario General de las Naciones Unidas apunta algo esencial, aunque a veces no tan evidente para muchos como cabría esperar:

“El fundamento normativo de nuestra labor de fomento del Estado de derecho es la propia Carta de las Naciones Unidas junto con los cuatro pilares del ordenamiento jurídico internacional moderno: la normativa internacional de derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional, y el derecho internacional de los refugiados. Ello incluye todo el acervo de normas de las Naciones

---

<sup>49</sup> Vid. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: “El Estado de Derecho y la justicia de transición...”, *doc. cit.*, párrs. 5 y 6.

<sup>50</sup> Cfr. ROSENBERG, T.: “Tierras embrujadas”, en VV.AA.: *Ensayos sobre...*, *op. cit.*, págs. 11-20.

<sup>51</sup> Vid. JENIN, E.: “Las memorias y su historia: El pasado reciente en el presente del Cono Sur”, en BABIANO, J. (ed.): *Represión, derechos humanos, memoria y archivos: Una perspectiva latinoamericana*, Ediciones GPS, Madrid, 2010, pág. 50.

<sup>52</sup> Vid. MÉNDEZ, J. E.: “In Defense of Transitional Justice”, en MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, Notre Dame, University of Notre Dame, 1997, pág. 1.

<sup>53</sup> Así, para la profesora Bell: “The interdisciplinarity of transitional justice is also related to the political project of attempting to decolonize law’s hold on the discourse, and even colonize transitional justice within other disciplines, for example, political science. The call for interdisciplinarity is in part a call for transitional justice to cut free from its roots in law and the legalization of its dilemmas”. Vid. BELL, C.: “Transitional Justice, Interdisciplinarity and...”, *op. cit.*, pág. 23.

Unidas sobre derechos humanos y justicia penal desarrollado durante los últimos 50 años. Estas normas representan principios de aplicación universal adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas y, en consecuencia, deben ser el fundamento normativo de todas las actividades de las Naciones Unidas en apoyo de la justicia y el Estado de derecho.

10. Las normas y los principios de las Naciones Unidas han sido formulados y aprobados por países de todo el mundo y acogidos por toda la variedad de sistemas jurídicos de los Estados Miembros, ya estén basados en el *common law*, la tradición romanista, el derecho islámico u otras tradiciones jurídicas. Esas normas y principios proporcionan por sí mismos una legitimidad que no puede reconocerse a los modelos nacionales exportados que tantas veces reflejan los intereses individuales o las experiencias de donantes o de quienes aportan asistencia más que los intereses superiores o las necesidades de desarrollo jurídico de los países receptores. Esos principios también fijan los límites normativos de la participación de las Naciones Unidas, por ejemplo el de que los tribunales de las Naciones Unidas nunca puedan permitir la pena capital o que los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos, así como, en los casos en que recibimos el mandato de desempeñar funciones ejecutivas o judiciales, el de que los servicios de las Naciones Unidas deben cumplir escrupulosamente los principios internacionales de derechos humanos en la administración de justicia”<sup>54</sup>.

Y desde aquí, desde este concepto del estado de Derecho, nada mejor que volver a nuestra mejor doctrina española. Pues como retomaremos hacia el final de nuestro camino, y aunque pudiera sorprender, por no decir escandalizar, debemos recordar que como bien ha subrayado recientemente el profesor Fernández de Casadevante:

“... el Derecho Internacional Público, en general, y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular, (...) es también Derecho interno una vez recibido en España (...). En consecuencia, la unidad del ordenamiento jurídico exige que la aproximación desde el Derecho interno a cualquier problema objeto de regulación por el Derecho internacional (o por el Derecho interno) sea una aproximación que tenga en cuenta las relaciones entre sistemas. Por lo tanto, el tratamiento –para ser adecuado– debe ser necesariamente global e interdisciplinar. De ahí que el jurista interno no pueda abordarlo correctamente si prescinde de la dimensión internacional presente en la norma internacional y de las obligaciones que de ella se derivan para centrarse exclusiva –y excluyentemente– en el ordenamiento interno”<sup>55</sup>.

Ahora bien, por concluir este apartado, sabiendo que los internacionalistas tenemos un espacio y una labor en panoramas como estos –por muy hostiles que sean–, si emprendemos el proceso descendente de aplicación de la normativa internacional pertinente a un proceso de transición a la democracia, a un escenario de Justicia Transicional, reiteremos que no debemos perder nunca de vista la realidad que tenemos ante nuestros ojos, por muy compleja y/o exigente que fuere; pues en caso contrario, caeremos en algo que se volvía a denunciar recientemente en este ámbito: “...legal

---

<sup>54</sup> Vid. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: “El Estado de Derecho y la justicia de transición...”, *doc. cit.*, párrs. 9 y 10.

<sup>55</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.: “La práctica española relativa a los órganos internacionales de control de los derechos humanos: Un estudio introductorio”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (dir.): *España y los órganos internacionales de control en materia de Derechos Humanos*, Editorial Dilex, Madrid, 2010, pág. 28.

responses which are at times detrimentally abstracted from lived realities”<sup>56</sup>. Pero del otro lado, y recordando todo lo dicho hasta el momento, tampoco podemos asumir ni aceptar tentación alguna que pretenda estirar las costuras de la teoría general del ordenamiento jurídico internacional hasta un punto que perdamos la perspectiva acerca de qué normativa estamos realmente tratado de aplicar; por mucho que lo que construyamos parezca ajustarse a esta compleja realidad, o nos ofrezca supuestas soluciones a todos los problemas que concita. Problemas, ambos dos, sobre los que profundizaremos en el siguiente apartado, utilizando como ejemplo paradigmático lo que el profesor Sánchez Rodríguez calificó como iniciativas, concurrentes en su finalidad, que irían y van “desde amnistías generales a leyes del olvido”<sup>57</sup>.

#### IV. HACIA EL FINAL DEL CAMINO: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA

##### A. El desuso, uso y abuso de la normativa internacional en estos contextos

###### 1. A propósito del desuso estatal

Pese a que autor como Elster han señalado con acierto que el ámbito sobre el que estamos reflexionando aquí ha sido objeto de un análisis y discusión tan viejos como la misma democracia<sup>58</sup>, no es menos cierto que en su formulación moderna la referencia temporal clave suele situarse en las postrimerías de la Primera Guerra Mundial, y muy especialmente de la Segunda<sup>59</sup>. No obstante, en la que ahora nos ocupa, debemos restringirnos a otro punto de partida fundamental, que puede fijarse en el último cuarto del siglo pasado. Y esto es así porque fue en este período cuando incluso en aquéllos que enfrentaron los procesos de cambio político, las transiciones a la democracia, desde el Derecho internacional, básicamente de los derechos humanos, se produjo ya un cambio tan notable como esencial para el objeto de esta contribución; y que a la postre supondría una progresiva pero manifiesta victoria frente a la nada edificante práctica estatal imperante en aquellos años. De tal suerte que en su virtud, y como ha concluido Elizabeth Jelin, tras todo ello “la propia noción de *normalización* [ha] cambiado su sentido: lo *normal* para un país, un gobierno y una sociedad parece orientarse no hacia la relativización, el olvido o la indiferencia, sino que implica confrontar y abrir la caja del pasado represivo”<sup>60</sup>.

Así, si dentro del ámbito temporal escogido la tendencia general anterior, aun con excepciones como el interés en los procesos judiciales habidos a partir de mediados de 1974 en Grecia<sup>61</sup> y de 1979 en Nicaragua<sup>62</sup>, consistió en centrar los esfuerzos en la

<sup>56</sup> Vid. NAGY, R.: “Transitional Justice as Global Project: critical reflections”, en *Third World Quarterly*, vol. 29, n.º. 2, marzo de 2008, pág. 276.

<sup>57</sup> Véase [nota 4](#).

<sup>58</sup> Así, este especialista inicia su trabajo con el estudio de los pasos tomados tras las restauraciones de la democracia ateniense en el 411 y 403 antes de Cristo. Cfr. ELSTER, J: *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Nueva York, 2004, págs. 3-23.

<sup>59</sup> A este respecto, cfr. TEITEL, R. G.: “Transitional Justice Genealogy”, *op. cit.*, págs. 69 y ss.

<sup>60</sup> Vid. JENIN, E.: “Las memorias y su historia: El pasado reciente en el presente del Cono Sur”, en BABIANO, J. (ed.): *Represión, derechos humanos, memoria y archivos: Una perspectiva latinoamericana*, Ediciones GPS, Madrid, 2010, págs. 48-49.

<sup>61</sup> En rigor, no fue hasta el nueve de septiembre de 1974 cuando se presentó la primera causa contra uno de los líderes del golpe de Estado de 1967, siendo esencial, en esta cuestión, la propia iniciativa de sujetos privados como Alexandros Lykourazos. En todo caso, pudiera sostenerse que realmente fueron los casos que darían lugar a los conocidos como “torture trials” aquéllos que levantaron un mayor interés tanto

documentación y denuncia de las atrocidades cometidas por los gobiernos no democráticos, así como posteriormente, en la proposición de medidas para prevenir actos similares y fortalecer los mecanismos de protección de los derechos humanos en el nuevo régimen, a partir de la década de los 80, en general, y a mi entender, de la transición argentina en particular, las distintas organizaciones de derechos humanos, los especialistas, investigadores, académicos, etc., comenzaron a dirigir su interés a los propios procesos de transición y, dentro de ellos, a la sanción de los crímenes cometidos por las autoridades anteriores. De este modo, a partir de entonces ya no se reputaría como suficiente el fin del régimen dictatorial, sino que la cuestión del castigo de los responsables de las violaciones a los derechos humanos/crímenes de Derecho internacional cometidos durante aquel período pasaría a ser -o volvería a ser, si atendemos a los antecedentes de la Segunda Guerra Mundial- un punto clave en los esfuerzos para afrontar estos procesos. En otros términos, a partir de ese momento la invocación y demanda de aplicación de la normativa pertinente del Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho internacional humanitario, y el Derecho internacional penal, se transformará en una pauta común que llegará hasta nuestros días.

Los motivos de este interés y énfasis renovados son muy diversos, aunque podemos acudir aquí al trabajo de una persona directamente implicada en ellos, para al menos presentar una breve síntesis de los mismos. Así, siguiendo a Zalaquett, son cuatro las realidades que justificaron la variación mencionada:

1) A pesar de la clara tendencia hacia el resurgimiento de la democracia a partir de los decenios de 1970-1980, resultaba patente que los avances logrados eran a menudo muy frágiles. En este contexto, se va abriendo paso la convicción de que las nuevas autoridades no sólo deberían prevenir futuras violaciones a los derechos humanos, sino castigar a los responsables de las pasadas para atender las legítimas demandas de las víctimas y conseguir, a la postre, tanto completar una transición exitosa como consolidar los débiles regímenes democráticos nacientes. Sin embargo, se observó que la materialización de este segundo propósito podía depender en la práctica de las propias circunstancias políticas –y muy especialmente de la oposición de algunos

---

entre las organizaciones de derechos humanos como de las autoridades y opinión pública. Para más datos, véase el interesante trabajo de ALIVIZATOS, N. C. y NIKIFOROS DIAMANDOUROS, P.: “Politics and the Judiciary in the Greek Transition to Democracy”, en MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame, Notre Dame, 1997.

<sup>62</sup> Con la excepción del enjuiciamiento y condena del Mayor Oscar Sotomayor, el patrón de impunidad generalizada que caracterizó al régimen de Somoza variaría -aun parcialmente- tras la victoria del Frente Sandinista de Liberación Nacional en 1979. Aunque se anunció que no se realizarían juicios contra los miembros de la vencida Guardia Nacional, con la llegada de las nuevas autoridades nicaragüenses se impulsarían una serie de procesos contra éstos, a través de los recién creados tribunales del pueblo (tribunales especiales integrados por tres miembros, de los cuales sólo uno debía ser abogado o estudiante de Derecho de los dos últimos años), así como contra miembros de la Oficina de Seguridad Nacional, y un reducido número de altos cargos militares acusados de la comisión de diversas violaciones a los derechos humanos; siendo que los máximos responsables de los crímenes perpetrados, el mismo Somoza al frente, habían logrado huir del país con anterioridad. En esencia, las propias aspiraciones y características del nuevo régimen nicaragüense fueron elementos clave para comprender este interés, si bien, la importancia –simbólica o real- de los procesos junto con las dudas que fueron surgiendo en cuanto al respeto de las garantías del debido proceso en el diseño y desarrollo de los mecanismos previstos para llevarlos a la práctica fueron, igualmente, factores que impulsaron una atención creciente sobre estos procedimientos. Para más datos, véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Nicaragua”, OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 25, 30 de junio de 1981, en especial capítulo IV; NÚÑEZ DE ESCORCIA, V.: “La impunidad en Nicaragua”, en *Seminario Internacional Impunidad y sus Efectos en los Procesos Democráticos*, Chile, 13-16 de diciembre 1996, disponible en <http://www.derechos.org/koaga/xi/2/>.

sectores-, lo que obligó a prestar atención a las mismas y a adentrarse en los propios procesos de transición y en sus ambigüedades.

2) Los derechos humanos fueron enarbolados como bandera de lucha en varios de los países en los que se dio un cambio de régimen, existiendo una clara vinculación entre muchas de las autoridades de los nuevos gobiernos y las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos. Este hecho colocó a éstas en un papel esencial como agentes y definidores de la agenda política, tanto en el proceso de transición previo como en el posterior desarrollo del gobierno democrático.

3) En muchos de los Estados que vivieron un proceso de transición, tanto algunos organismos nacionales de derechos humanos como la mayoría de organizaciones dedicadas a estas cuestiones nacieron durante el gobierno no democrático anterior. Estas entidades desarrollaron fuertes vínculos con sus contrapartes internacionales, influyendo en sus perspectivas y preocupaciones e involucrándolas en los mismos procesos de transición nacionales<sup>63</sup>.

4) Algunos de los regímenes depuestos habían practicado, sistemáticamente, las desapariciones forzadas de personas, lo que implicó que las demandas de las organizaciones de derechos humanos se dirigieran no sólo al gobierno culpable, sino al que le sucedió, por el carácter permanente o continuado de este crimen<sup>64</sup>. De este modo, también los aspectos políticos de la transición quedaron entretelados en la temática de los derechos humanos de tal forma que apenas era posible atender a éstos sin tener en cuenta los primeros<sup>65</sup>.

Ahora bien, conviene destacar que este cambio no se dio de igual manera, ni desde luego con parecida intensidad, en la práctica estatal de aquellos años; más bien lo contrario. Realidad que podemos ilustrar adecuadamente con sólo recordar las distintas medidas implementadas en aquella época para tratar de garantizar la impunidad de aquellos que violaron los derechos humanos/cometieron crímenes de Derecho internacional durante los gobiernos no democráticos anteriores. Normas, todas ellas, que encontraron una pretendida justificación a través de la invocación de difusos y ambivalentes conceptos tales como la reconciliación nacional, el perdón, la necesidad de olvidar, la urgencia de la pacificación social, la generosidad, la paz, la bondad de sólo mirar el futuro, o en definitiva, la primacía de las exigencias de la transición democrática; pero sin omitir algunos otros con un aparente mayor contenido jurídico, como la soberanía o la no injerencia en los asuntos internos<sup>66</sup>. Y en este punto, no hemos de olvidar tampoco que frente a aquellas medidas e invocaciones, la actitud del

---

<sup>63</sup> Sobre este aspecto en concreto, no debe dejarse de consultar TOMASEVSKI, K.: *Responding to Human Rights Violations: 1946-1999*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2000, en especial págs. 121-122.

<sup>64</sup> 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.

<sup>65</sup> Sobre todo lo señalado en estos apartados, véase ZALAUQUETT, J.: “Derechos Humanos y limitaciones políticas en las transiciones democráticas del Cono Sur”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n.º. 14, 1991, págs. 93-94.

<sup>66</sup> Sobre todo ello, en las experiencias que aquí estamos repasando, puede consultarse CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz...*, *op. cit.*, págs. 330-423. Para visión más resumida pero actualizada, AMBOS, K., MALARINO, E., y ELSNER, G. (eds.): *Justicia de transición. Con informes de América Latina...*, *op. cit.*

resto de los Estados fue dejémoslo en complaciente. Evidencia que por citar un ejemplo concreto, puede explicarse y valorarse adecuadamente siguiendo a Dugard, quien advirtió en relación con las medidas de perdón diseñadas en una de las experiencias que solían reputarse como modélicas, que los Estados de la Comunidad Internacional, satisfechos y aliviados con el fin de *apartheid* y el nuevo gobierno democrático surafricano, no estaban (nada) dispuestos a exigir a las autoridades de aquel país que cumpliesen con sus obligaciones internacionales de perseguir a los responsables de los crímenes pasados; mas, concluye este autor, “it does not mean that the conflict between international law and national decision is without importance”<sup>67</sup>. Esta atinada consideración puede completarse a través de una reflexión más amplia y actualizada, como la de la profesora Bollo Arocena, que suscribimos plenamente en lo que aquí interesa: “el problema no es tanto que el ordenamiento internacional disponga de instrumentos limitados de acción frente a los Estados que violan los derechos humanos, que también, como el hecho de que los Estados no utilizan por temor o por dejación políticamente interesada los mecanismos que tienen a su disposición”<sup>68</sup>.

Durante esos años iniciales estaríamos pues ante la plenitud de lo que hemos denominado como “desuso” estatal de la normativa internacional en estos contextos transicionales; entendiendo este vocablo, *mutatis mutandi*, en el sentido que le otorga la Real Academia de la Lengua, a saber, “falta de aplicación o inobservancia de una ley, que, sin embargo, no implica su derogación.” Como pruebas de cargo, y por limitarnos por motivos de espacio a la referida experiencia iberoamericana, cerremos entre primer apartado citando al Decreto Ley chileno N°. 2191 de 19 de abril de 1978<sup>69</sup>, la argentina Ley 22924 de Amnistía de delitos cometidos con motivación, finalidad terrorista o subversiva desde el 25/5/73 hasta el 17/6/82<sup>70</sup>, el hondureño Decreto número 30-90 de

---

<sup>67</sup> Vid. DUGARD, J.: “Retrospective Justice: International Law and South African Model”, en MCADAMS, A. J. (ed.): *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, Notre Dame, University of Notre Dame, 1997, pág. 281.

<sup>68</sup> Vid. BOLLO AROCENA, M<sup>a</sup>. DOLORES: “La impunidad de los Estados frente a las violaciones de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Algunas reflexiones al hilo de los ataques israelíes contra la franja de Gaza (diciembre de 2008-enero de 2009)”, en SOROETA LICERAS, J. (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, pág. 64. En el mismo orden de ideas, véase MARIÑO MENÉNDEZ, F. M.: “Responsabilidad e irresponsabilidad de los Estados y derecho internacional”, en VV.AA.: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 199., en especial págs. 474-475. Conviene, en este sentido, tener también presentes algunas reflexiones de un autor como CASSESE, A.: *International Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2003, págs. 4-5.

<sup>69</sup> En este decreto se estableció: “Considerando: 1. La tranquilidad general, la paz y el orden de que disfruta actualmente todo el país, en términos tales, que la conmoción interna ha sido superada, haciendo posible poner fin al Estado de Sitio y al toque de queda en todo el territorio nacional; 2. El imperativo ético que ordena llevar a cabo todos los esfuerzos conducentes a fortalecer los vínculos que unen a la nación chilena, dejando atrás odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos; 3. La necesidad de una férrea unidad nacional que respalde el avance hacia la nueva institucionalidad que debe regir los destinos de Chile. Artículo 1. Concédase a todas las personas que en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de estado de sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren sometidas a proceso o condenadas.” Vid. Preámbulo y art. 1 del Decreto Ley N°. 2191, de 19 de abril de 1978.

<sup>70</sup> Su artículo 1 señalaba: “Decláranse extinguidas las acciones penales emergentes de los delitos cometidos con motivación o finalidad terrorista o subversiva, desde el 25 de mayo de 1973 hasta el 17 de junio de 1982. Los beneficios otorgados por esta ley se extienden, asimismo, a todos los hechos de naturaleza penal realizados en ocasión o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas, cualquiera hubiere sido su naturaleza, o el bien jurídico lesionado. Los efectos de esta ley alcanzan a los autores, partícipes,

1990<sup>71</sup>, la Ley General de Amnistía para la Consolidación de la Paz de El Salvador<sup>72</sup>, o la peruana Ley 26479 de 14 de junio de 1995<sup>73</sup> –que sería grotescamente completada con la Ley 26492 de 30 de junio de 1995<sup>74</sup>–; sin olvidar las tristemente célebres leyes de “caducidad de la pretensión punitiva del Estado” del Uruguay<sup>75</sup>, o de “punto final”<sup>76</sup> y de “obediencia debida”<sup>77</sup> de la Argentina de 1986-1987.

## 2. De cómo del desuso se pasó al uso del Derecho internacional

---

instigadores, cómplices o encubridores y comprende a los delitos comunes conexos y a los delitos militares conexos.” *Vid.*, art. 1 de la Ley 22924, de 23 de marzo de 1983.

<sup>71</sup> A tenor de su artículo 1 se dispuso: “Conceder amnistía amplia e incondicional en aplicación del artículo 205, Numeral 16, de la constitución de la república, a todas las personas encausadas o detenidas, sujetas a proceso en cualquier tribunal de la república, o sentenciadas, que hayan sido acusadas por los delitos políticos y comunes conexos contemplados en el artículo 335, numeral 6° del código penal, a la fecha de vigencia del presente decreto.” *Vid.*, art. 1 del Decreto número 30-90, emitido el 14/12/1990.

<sup>72</sup> Según rezaba su artículo 1 –que no hizo más que derogar de hecho lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Reconciliación Nacional de 1992–: “Se concede amnistía amplia, absoluta e incondicional a favor de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en la comisión de delitos políticos, comunes conexos con éstos y en delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte antes del primero de enero de mil novecientos noventa y dos, ya sea que contra dichas personas se hubiere dictado sentencia, se haya iniciado o no procedimiento por los mismos delitos, concediéndose esta gracia a todas las personas que hayan participado como autores inmediatos, mediatos o cómplices en los hechos delictivos antes referidos...” *Vid.*, art. 1 del Decreto N°. 486, de 20 de marzo de 1993.

<sup>73</sup> En su articulado se declaró: “Artículo 1°.- Concédase amnistía general al personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente Ley. Artículo 2°.- Concédase amnistía general al personal militar en situación de Actividad, Disponibilidad o Retiro y civil implicados, procesados o condenados por los sucesos del 13 de noviembre de 1992. Artículo 3°.- Concédase amnistía general al personal militar en situación de Actividad, Disponibilidad o Retiro denunciado, procesado o condenado o los delitos de Infidencia, Ultraje a la Nación y a las Fuerzas Armadas, con ocasión del reciente conflicto en la frontera norte. (...) Artículo 6°.- Los hechos o delitos comprendidos en la presente amnistía, así como los sobreseimientos definitivos y las absoluciones, no son susceptibles de investigación, pesquisa o sumario; quedando, todos los casos judiciales, en trámite o en ejecución, archivados definitivamente.” *Vid.*, arts. 1-3 y 6 de la Ley 26479, de 14 de junio de 1995.

<sup>74</sup> En un vano intento de conjurar los más que posibles problemas respecto a la legalidad (constitucional e internacional) de la Ley 26479, el legislador peruano emitió la Ley 26492, en la que sin ningún rubor se dispuso: “Artículo 1°.- Entiéndase que la amnistía otorgada por la Ley N°. 26479, según lo dispuesto en el inciso 3 del Artículo 139° de la Constitución Política, no constituye interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional ni vulnera el deber del Estado de respetar y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, reconocido por el Artículo 44° de la Constitución Política y, entre otros Tratados sobre la materia, el numeral 1 del Artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 2°.- Precísase que dicha amnistía, en cuanto es un derecho de gracia cuya concesión corresponde exclusivamente al Congreso, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 6 del Artículo 102° de la Constitución Política, no es revisable en sede judicial. Artículo 3°.- Interpretese el Artículo 1° de la Ley N°. 26479 en el sentido que la amnistía general que se concede es de obligatoria aplicación por los Órganos Jurisdiccionales y alcanza a todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo cometidos en forma individual o en grupo desde el mes de mayo de 1980 hasta el 14 de Junio de 1995, sin importar que el personal militar, policial o civil involucrado se encuentre o no denunciado, investigado, sujeto a proceso penal o condenado; quedando todos los casos judiciales en trámite o en ejecución archivados definitivamente de conformidad con el Artículo 6° de la Ley precitada.” *Vid.*, arts. 1-3 de la Ley 26492, de 30 de junio de 1995.

<sup>75</sup> Ley 15848, aprobada el 22 de diciembre de 1986.

<sup>76</sup> Ley 23492, de 23 de diciembre de 1986.

<sup>77</sup> Ley 23521, de 5 de junio de 1987.

Venciendo no pocos obstáculos, las posiciones que hemos resumido *supra* fueron ganando cada vez más fuerza, más peso, mayores apoyos, frente a la práctica estatal destacada; de tal suerte que paulatinamente la balanza se fue inclinando del “desuso” al “uso” del Derecho internacional en este punto; todo ello, sobre la base de los principios esenciales que recogimos en los dos “pasos” iniciales abordados *supra*. En alguna otra ocasión ya he intentado explicar la intrahistoria que hizo posible este hecho en el seno del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, así como el proceso en sí que dio forma a lo que entonces calificué como “nuevo paradigma”<sup>78</sup>, que no “nueva normativa”; con lo que en esta oportunidad baste recordar y resumir algunos hechos o momentos clave:

Así, a pesar del aparente soporte inicial de algunas misiones de las Naciones Unidas a ciertas normas de amnistía<sup>79</sup>, ya en 1979 es posible encontrar una decisión del Comité de Derechos Humanos que sobre la base del contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>80</sup>, planteó ciertas dudas sobre la procedencia del Decreto chileno N°. 2191<sup>81</sup>; y algún tiempo después, hacia 1985, podemos identificar un primer informe preliminar del Relator Joint en el que aun con ciertas ambigüedades, se sugería la improcedencia de las leyes de amnistía cuando éstas estuvieran referidas, esencialmente, a crímenes contra la humanidad<sup>82</sup>. No obstante, fue a finales de la década de 1980 cuando una decisión del Comité contra la Tortura en relación a lo acaecido en Argentina, pese a declararse incompetente *ratione temporis*, con mayor claridad manifestó:

“... con preocupación que fue la autoridad democráticamente elegida y posterior al gobierno militar la que promulgó las leyes de “Punto Final” y de “Obediencia Debida”, esta última después de que el Estado hubiese ratificado la Convención contra la Tortura

---

<sup>78</sup> Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Formulando las preguntas correctas sobre los problemas de cumplimiento de las obligaciones de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes pasados”, en ALMQVIST, J. y ESPÓSITO, C. (coords.): *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, en especial págs. 349 y ss. Para una visión más amplia, puede consultarse CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz...*, *op. cit.*, págs. 434-458; así como, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Modelos de persecución penal y Justicia Transicional en Iberoamérica. Algunas enseñanzas jurídico-internacionales tras los procesos de transición iberoamericanos: Impunidad fáctica, amnistías e indultos”, en CAPELLÀ I ROIG, M. y GINARD I FERÓN, D. (coords.): *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*, Ediciones Documenta Balear, Palma de Mallorca, 2009, en especial págs.274-312

<sup>79</sup> Sobre este particular, STAHN, C.: “Las actividades de consolidación de la paz de las Naciones Unidas, amnistías y formas alternativas de justicia: ¿un cambio de práctica?”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n°. 845, 2002.

<sup>80</sup> 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.

<sup>81</sup> Véase CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE, y OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, REPRESENTACIÓN REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre países de América Latina y el Caribe*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Representación Regional para América Latina y el Caribe, Santiago, 2005, pág. 150, párr. 81.

<sup>82</sup> Cfr. SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Study on Amnesty Laws and Their Role in the Safeguard and Promotion of Human Rights. Preliminary Report by Mr. Louis Joinet”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/ 1985/16, 21 de junio de 1985.

y sólo dieciocho días antes de que esta Convención entrara en vigor. El Comité considera que esto es incompatible con el espíritu y los propósitos de la Convención. El Comité observa asimismo que de esta manera quedan sin castigo muchas personas que perpetraron actos de tortura, igual que los treinta y nueve oficiales militares de rango superior a los que el presidente de la Argentina perdonó por decreto de 6 de octubre de 1989 (...). El Comité insta al Estado Parte a no dejar a las víctimas de la tortura y a las personas a su cargo sin reparación alguna...<sup>83</sup>.

Aunque unos días antes, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ya había recomendado que en ninguna circunstancia, ni siquiera en estado de guerra, de sitio o en otra emergencia pública, se otorgará “inmunidad general” respecto al procesamiento de las personas implicadas en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias<sup>84</sup>, sería en realidad el decenio de 1990 cuando, en una tendencia claramente divergente a lo que los distintos tribunales internos iban sosteniendo<sup>85</sup>, se dio finalmente el giro definitivo a la situación. En este sentido, valga apuntar que aunque recientemente se ha sostenido que con carácter general, “national courts in democratic countries are generally more insulated from executive control than international courts”<sup>86</sup>, desde luego éste no fue el caso en lo que nos ocupa. La interesada y torticera invocación de los conceptos de reconciliación, olvido, democracia, soberanía, no injerencia en los asuntos internos, etc., seguía intensamente presente en la práctica estatal de aquellos años.

Como referencia fundamental, recordemos aquí en el ámbito universal la Observación General No. 20 del Comité de Derechos; posicionamiento se vio progresivamente individualizado respecto a las medidas tomadas en las experiencias de muchos Estados, incluyendo las ya referidas de Argentina<sup>87</sup>, Perú<sup>88</sup>, Uruguay<sup>89</sup>, Chile<sup>90</sup>, y El Salvador<sup>91</sup>. En aquella Observación se concluyó lo que sigue:

---

<sup>83</sup> Vid. COMITÉ CONTRA LA TORTURA: “Decisión relativa a las comunicaciones 1/1988, 2/1988 y 3/1988 (Argentina)”, 23 de noviembre de 1989, Suplemento NE 44 (A/45/44), 1990, párr. 9.

<sup>84</sup> Cfr CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: “Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”, disponible en [http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/54\\_sp.htm](http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/54_sp.htm), principio 19; Resolución adoptada por la Asamblea General con posterioridad bajo el rótulo “Los derechos humanos en la administración de justicia”, Documento de Naciones Unidas: A/RES/44/162, 15 de diciembre de 1989.

<sup>85</sup> Sobre este particular, ROHT-ARRIAZA, N. y GIBSON, L.: “The Developing Jurisprudente on Amnesty”, en *Human Rights Quaterly*, vol. 20, n.º. 4, 1998.

<sup>86</sup> Vid. BENVENISTI, E. y DOWNS, G. W.: “National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law”, en *European Journal of International Law*, vol. 20, n.º. 1, 2009, pág. 68.

<sup>87</sup> “El Comité reitera su preocupación sobre la Ley 23.521 (Ley de Obediencia Debida) y la Ley 23.492 (Ley de Punto Final) pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el periodo del gobierno autoritario de un recurso efectivo, en violación de los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del Pacto. El Comité ve con preocupación que las amnistías e indultos han impedido las investigaciones sobre denuncias de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y agentes de los servicios de seguridad nacional incluso en casos donde existen suficientes pruebas sobre las violaciones a los derechos humanos tales como la desaparición y detención de personas extrajudicialmente, incluyendo niños. El Comité expresa su preocupación de que el indulto como así también las amnistías generales puedan promover una atmósfera de impunidad por parte de los perpetradores de violaciones de derechos humanos provenientes de las Fuerzas de Seguridad. El Comité expresa su posición de que el respeto de los derechos humanos podría verse debilitado por la impunidad de los perpetradores de violaciones de derechos humanos” Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.46, 5 de abril de 1995, párr. 10. Véase, igualmente, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/CO/70/ARG, 3 de noviembre de 2000, párr. 9.

<sup>88</sup> “Al Comité le preocupa profundamente (...) la amnistía otorgada mediante Decreto-ley 26.479, de 14 de junio de 1995 (...) Esta norma hace también prácticamente imposible que las víctimas de violaciones de los derechos humanos entablen con alguna posibilidad de éxito acciones jurídicas para obtener indemnización. La amnistía señalada impide la investigación y el castigo apropiados de los autores de

“El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistía respecto de actos de tortura. Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro”<sup>92</sup>.

En idéntica línea, y si se precisase de una formulación más amplia, podemos acudir a la posterior Observación General No. 31, en la que se explicitó que:

“Cuando las investigaciones (...) revelan violaciones de determinados derechos del Pacto, los Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia. Al igual que sucede con la insuficiencia a la investigación, la falta de

---

violaciones de los derechos humanos cometidas en el pasado, erosiona los esfuerzos por lograr el respeto de los derechos humanos, contribuye a crear una atmósfera de impunidad entre los autores de esas violaciones y constituye un muy grave obstáculo a los esfuerzos por consolidar la democracia y promover el respeto de los derechos humanos y, por lo tanto, viola el artículo 2 del Pacto. (...) 10. Además, el Comité expresa su profunda preocupación por la aprobación de los Decretos-ley 26.492 y 26.618, cuyo objeto es privar a las personas del derecho a impugnar en los tribunales la legalidad de la Ley de amnistía. En lo que respecta al artículo 1 de dicho decreto-ley, que declara que la Ley de amnistía no afecta las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, el Comité subraya que la legislación nacional no puede modificar las obligaciones internacionales contraídas por un Estado Parte en virtud del Pacto”. *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.67, 8 de noviembre de 1996, párr. 9.

<sup>89</sup> El Comité expresó: “... su honda preocupación con respecto a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado y su profunda inquietud por las consecuencias que tiene esa ley para el cumplimiento del Pacto. A ese respecto, el Comité destaca la obligación que tienen los Estados partes en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados pueda interponer un recurso efectivo ante la autoridad competente judicial, administrativa, legislativa o de otro carácter. El Comité observa con honda preocupación que en algunos casos el hecho de mantener la Ley de Caducidad excluye de manera efectiva la posibilidad de investigar casos pasados de violaciones de derechos humanos y, por consiguiente, impide que el Estado parte asuma la responsabilidad de permitir que las víctimas de esas violaciones interpongan un recurso efectivo. Asimismo, el Comité considera que la Ley de Caducidad viola el artículo 16 del Pacto por lo que se refiere a las personas desaparecidas y el artículo 7 en relación con los familiares de esas personas”. *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Uruguay”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.90, 8 de abril de 1998, C. Principales temas de preocupación y recomendaciones, párr. 1. Véase igualmente, la anterior decisión en el “Caso Hugo Rodríguez, (Uruguay)”, Comunicación No. 322/1988, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/51/D/322/1988, 9 de agosto de 1994.

<sup>90</sup> “El Decreto Ley de amnistía, en virtud del cual se concede amnistía a las personas que cometieron delitos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, impide que el Estado parte cumpla sus obligaciones, con arreglo al párrafo 3 del artículo 2, de garantizar la reparación efectiva a cualquier persona cuyos derechos y libertades previstos en el Pacto hayan sido violados”. *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999, párr. 7.

<sup>91</sup> El Comité señaló “... su preocupación por la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz de 1993 y por la aplicación de esta ley a graves violaciones de derechos humanos, incluso aquellas examinadas y establecidas por la Comisión de la Verdad. Al tiempo que toma nota de la posición del Estado parte, que considera que la Ley de Amnistía General es compatible con la Constitución de El Salvador, el Comité considera que dicha ley vulnera el derecho a un recurso efectivo contemplado en el artículo 2 del Pacto, puesto que impide que se investigue y se sancione a todos los responsables de violaciones de derechos humanos, y que se proporcione reparación a las víctimas”. *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: El Salvador”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003, párr. 6.

<sup>92</sup> *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observación General No. 20 sobre el artículo 7”, 44º período de sesiones del Comité de Derechos Humanos (1992), en Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/47/40), anexo VI.A, 10 de marzo de 1992, párr. 15.

sometimiento a la justicia de los autores de esas violaciones podía de por sí constituir una violación separada del Pacto. Esas obligaciones surgen, en particular, con respecto a las violaciones reconocidas como delictivas con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares (art. 7), la ejecución sumaria y arbitraria (art. 6) y la desaparición forzosa (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, 6). En realidad, el problema de la impunidad con relación a esas violaciones, asunto que causa una constante preocupación al Comité, puede constituir un elemento importante que contribuye a la repetición de las violaciones. Cuando se cometen como parte de un ataque generalizado sistemático contra la población civil, esas violaciones del Pacto son crímenes de lesa humanidad (...). En consecuencia, cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto a que se hace referencia en el presente párrafo, los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal, como ha ocurrido con determinadas amnistías (véase la Observación general N° 20) y las inmunidades e indemnizaciones jurídicas anteriores. Además, ninguna posición oficial justifica que personas que pueden ser acusadas de responsabilidad por esas violaciones queden inmunes de responsabilidad jurídica. Otros impedimentos para el establecimiento de la responsabilidad jurídica deben igualmente eliminarse, como la defensa de la obediencia a órdenes superiores o los períodos excesivamente breves de prescripción en los casos en que esas limitaciones son aplicables...<sup>93</sup>.

Con todo, si retomamos el recorrido temporal propuesto, y dejando ahora al margen múltiples documentos de *soft law* de aquellos años -que contienen una posición acorde con la señalada<sup>94</sup>-, no cabe duda que este sumarísimo repaso quedaría notablemente incompleto sin atender a la actuación de los órganos del sistema regional interamericano. Así, la jurisprudencia de la Corte Interamericana a partir de la ya citada sentencia del *caso Velásquez Rodríguez* al hilo de la configuración que realizamos del principio de identidad o continuidad del Estado, fundamentaría una serie de importantes decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en este ámbito, que retroalimentarían toda la evolución que estamos apuntando; y que dejarían justa y totalmente fuera de juego a aquella primera postura de la Comisión que recogimos en el primer apartado de este trabajo. Esta realidad es detectable ya en la posición de la Comisión Interamericana, de principios de 1990, respecto a la aprobación de la amnistía salvadoreña contenida en el Decreto N°. 805<sup>95</sup>; a la que siguió, con más completos argumentos pero igual rechazo, sus conclusiones sobre las leyes de amnistía argentinas<sup>96</sup> y

---

<sup>93</sup> 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 80º Período de sesiones, 29 de marzo de 2004, Documento de las Naciones Unidas: HRI/GEN/1/Rev.7 at 225, párr. 18.

<sup>94</sup> Véase por ejemplo, CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS: “Declaración y Programa de Acción de Viena”, 14 a 25 de junio de 1993, Documento de las Naciones Unidas: A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, párr. 60.

<sup>95</sup> Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 26/92, El Salvador, caso 10.287”, 24 de septiembre de 1992, Considerando 11, párrafos resolutorios 3 y 4. Consúltese, igualmente, el detallado examen de esta medida en COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de El Salvador”, OEA/Ser.L/V/II.85, doc. 28 rev., 11 de febrero de 1994, Parte II, apartado 4.

<sup>96</sup> “El efecto de la sanción de las Leyes y el Decreto fue el de extinguir los enjuiciamientos pendientes contra los responsables por pasadas violaciones de derechos humanos. Con dichas medidas, se cerró toda posibilidad jurídica de continuar los juicios criminales destinados a comprobar los delitos denunciados; identificar a sus autores, cómplices y encubridores; e imponer las sanciones penales correspondientes. Los peticionarios, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos. 33. Lo que se denuncia como incompatible con la Convención son las consecuencias jurídicas de la Leyes

uruguaya. Respecto a esta última, conviene subrayar que aunque la decisión de fondo fue prácticamente idéntica a la relativa a la normativa argentina, resultan especialmente pertinentes algunas consideraciones adicionales:

“La cuestión en estos casos no es la de la legitimidad interna de la legislación y otras medidas adoptadas por el Gobierno para lograr los efectos que aquí se denuncian. La Comisión está obligada por inveterados principios de derecho internacional y, en particular, por disposiciones de la Convención, a llegar a una determinación acerca de si ciertos efectos constituyen una violación de las obligaciones contraídas por el Gobierno bajo la Convención (artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). 31. Con respecto a la legitimidad interna y la "aprobación de la Ley de Caducidad por la vía de un referéndum popular", cabe observarse que a la Comisión no le compete pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad internas de las legislaciones nacionales. Sin embargo, sí es de su competencia la aplicación de la Convención y el examen de los efectos jurídicos de una medida legislativa, judicial o de otro carácter, en tanto en cuanto surta efectos incompatibles con los derechos y garantías consagrados por la Convención o la Declaración Americana”<sup>97</sup>.

Esta serie de decisiones, o si se prefiere, de reveses para la legislación y los argumentos estatales aquí considerados, llevaron a los Estados de Argentina y Uruguay a presentar una solicitud de Opinión Consultiva a la Corte Interamericana, en la que plantearon si la Comisión era competente para calificar leyes internas (violatorias de los artículos 23, 24 y 25 de la CIDH<sup>98</sup>) adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por sus respectivas normas constitucionales. La esperable respuesta positiva de la Corte dio paso a una sucesión de decisiones en las que la Comisión, basándose en los mismos argumentos ya expuestos, declaró como contrarios a la Convención Interamericana de Derechos Humanos el Decreto chileno No. 2191, la Sentencia de la Corte Suprema que confirmó su constitucionalidad, las decisiones judiciales posteriores que aplicaron esta

---

y el Decreto respecto del derecho a garantías judiciales de las víctimas. Uno de los efectos de las medidas cuestionadas fue el de enervar el derecho de la víctima a demandar en la jurisdicción criminal a los responsables de las violaciones a los derechos humanos. En efecto, en buena parte de los sistemas penales de América Latina existe el derecho de la víctima o su representante a querellar en el juicio penal. 34. En consecuencia, el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito, en los sistemas que lo autorizan como el argentino, deviene un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal. (...) 37. Las Leyes y el Decreto buscaron y, en efecto, impidieron el ejercicio del derecho de los peticionarios emanado del artículo 8.1 citado. Con la sanción y aplicación de las Leyes y el Decreto, Argentina ha faltado a su obligación de garantizar los derechos a que se refiere el artículo 8.1, ha vulnerado esos derechos y violado la Convención. (...) 39. Con la aprobación de las Leyes y el Decreto, Argentina ha faltado a la obligación de garantizar los derechos consagrados en el artículo 25.1 y ha violado la Convención. (...) 41. Con la sanción de las Leyes y Decreto, Argentina ha faltado al cumplimiento de su obligación que emana del artículo 1.1 y ha violado los derechos de los peticionarios que la Convención les acuerda”. *Vid.* COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 28/92, Argentina, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10309 y 10.311”, 2 de octubre de 1992, párrs. 32-34, 37, 39 y 41.

<sup>97</sup> *Vid.* COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 29/92, Uruguay, casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375”, 2 de octubre de 1992, párrs. 30-31.

<sup>98</sup> La propia Corte exterioriza su desconcierto ante la elección exclusiva de estos artículos, señalando que “no encuentra razón alguna ni la solicitud la trae para distinguir los derechos señalados (arts. 23 —derechos políticos—, 24 —igualdad ante la ley— y 25 —protección judicial—) de los restantes enumerados en la Convención. Esta no establece una jerarquía de los derechos protegidos por ella...”. *Vid.* Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993 sobre *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), en *Serie A: Fallos y Opiniones*, No. 13, párr. 22.

norma<sup>99</sup>, la Ley General de Amnistía para la Consolidación de la Paz de El Salvador<sup>100</sup>, y las leyes de amnistía peruanas 26479 y 26492<sup>101</sup>.

Y desde aquí, era sólo cuestión de tiempo que alguno de todos estos casos llegase hasta la misma Corte Interamericana; posibilidad que se materializó a través de una serie de causas contra el Perú. Así, si en el *caso Castillo Páez* las referencias concretas fueron mínimas<sup>102</sup>, pero ya en el *caso Loayza Tamayo, Reparaciones* se dio un importante paso<sup>103</sup>, fue en el ya célebre *caso Barrios Altos* en el que la Corte, en 2001, por primera vez en un caso de allanamiento, además de admitir el reconocimiento de responsabilidad internacional, estableció sus consecuencias jurídicas en una confirmación categórica de todo el proceso resumido. Por dejar constancia aquí de la conclusión fundamental:

“Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”<sup>104</sup>.

No obstante, mejor que adentrarnos ahora en los razonamientos de la Corte, optaremos por referirnos en las próximas páginas al *caso Gomes Lund y otros*, en el que la Corte, en sentencia de 24 de noviembre de 2010, además de ofrecernos un notable despliegue de la más reciente práctica nacional e internacional en este ámbito<sup>105</sup>, nos compartió una serie de argumentos que pueden servirnos de idóneo marco para el apartado final de esta trabajo. Pero antes de ello, pasamos brevemente a exponer

---

<sup>99</sup> Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 36/96, Chile, caso 10.843”, 15 de octubre de 1996. Véase, igualmente, “Informe N°. 34/96, Chile, casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282”, 15 de octubre de 1996.

<sup>100</sup> Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 1/99, Lucio Parada Cea...”, *doc. cit.*; “Informe N°. 37/00, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, caso 11.481”, de 13 de abril de 2000.

<sup>101</sup> Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N°. 1/96, Chumbivilcas, Perú, caso 10.559”, 1 de marzo de 1996. Véanse, igualmente, “Informe N°. 38/97, Hugo Bustos Saavedra, Perú, caso 10.548”, 16 de octubre de 1997; “Informe N°. 39/97, Martín Javier Roca Casas, Perú, caso 11.233”, 19 de febrero de 1998; “Informe N°. 41/97, Estiles Ruiz Dávila, Perú, caso 10.491”, 19 de febrero de 1998; “Informe N°. 42/97, Ángel Escobar Jurador, Perú, caso 10.521”, 19 de febrero de 1998; “Informe N°. 43/97, Héctor Pérez Salazar, Perú, caso 10.562”, 19 de febrero de 1998; “Informe N°. 101/01, Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas, Perú, caso 10.247 y otros”, 11 de octubre de 2001.

<sup>102</sup> Cfr. *Caso Castillo Páez v. Perú*, sentencia de 3 de noviembre de 1997, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias No. 34*, párr. 90; *caso Castillo Páez v. Perú, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 43*, párrs. 103-107. Consúltese, igualmente, la más completa opinión del juez García Ramírez en su voto concurrente a esta última sentencia.

<sup>103</sup> Cfr. *Caso Loayza Tamayo v. Perú, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 42*, párr. 168.

<sup>104</sup> *Vid. Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú)*, sentencia de 14 de marzo de 2001, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 75*, párr. 41.

<sup>105</sup> Cfr. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaí”) vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 24 de noviembre de 2010, párrs. 148-169, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

algunas reflexiones en torno a lo que antes denominamos como “el abuso” de la normativa internacional en estos contextos.

### 3. *Sobre el abuso*

Resulta necesario que ahora nos detengamos un momento en lo acaecido en el período de tiempo que hemos escogido, para llamar la atención sobre el hecho de que, de un lado en la línea de lo expuesto, pero del otro, pese a todo ello, a partir y durante todos aquellos años (cuanto menos) la etiqueta del “Derecho internacional” pasó definitivamente a esgrimirse como elemento clave en y para las realidades sobre las que estamos reflexionando. No, volvamos a repetir, un Derecho internacional “nuevo”, creado o nacido en aquellos tiempos, sino como ya hemos expuesto con cierto detalle, el conjunto de obligaciones internacionales existentes, que progresivamente habían pasado del “desuso” al “uso” en relación a los escenarios transicionales. Y es aquí donde podemos hablar, aunque sea parcialmente por el elemento expositivo seleccionado en este artículo, del tercer concepto que utilizamos para titular este apartado, el del “abuso” de la normativa internacional.

Llegados a este punto, obviamente no nos vamos a referir ya al “abuso” en la invocación del principio de soberanía o de la no injerencia en los asuntos internos, pues como bien nos recordó recientemente la Suprema Corte de Justicia de Uruguay respecto a las ley de amnistía de aquel país –como ya se señaló, no sólo aprobada por un Parlamento democrático, sino sometida posteriormente a (dos) referéndum(s): “

“Analizada la cuestión en su contexto, no puede invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. (...) [E]n la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad”<sup>106</sup>.

La problemática sobre la que ahora vamos a reflexionar es otra. En cierto modo, ya la hemos ido avanzando en las páginas anteriores, pero ahora podemos desarrollarla oportunamente agrupándola en dos posturas diferentes:

1) La primera consistiría en afianzarse impertérrito a las disposiciones, necesariamente generales, del Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho internacional humanitario y/o el Derecho internacional penal, y demandar en consecuencia su tan estricta como literal aplicación; olvidando pues la realidad concreta a la que las mismas deberían aplicarse. Por citar algunos elementos de esa realidad que deberían tenerse en cuenta, y transformarlos en interrogantes de trabajo, podríamos preguntar(nos): Aceptando lo hasta ahora explicitado, esto es, la ilicitud internacional de la serie de leyes de amnistía recogidas, ¿cómo trasladar entonces las obligaciones internacionales de investigar, juzgar, sancionar (y reparar) a situaciones en que tanto las

---

<sup>106</sup> Vid. *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*, Sentencia No. 365/09, de 19 de octubre de 2009, págs. 49-50.

víctimas como los victimarios son o pueden ser miles de personas? ¿Cómo hacerlo, además, cuando los medios, materiales y/o humanos, del sistema de justicia estatal pueden no encontrarse en la mejor de las situaciones posibles para tal labor? ¿Cuando incluso estamos ante Estados prácticamente fallidos en los que lo único que realmente funciona es el sistema de represión anterior; o cuando son los máximos dirigentes de éste los que controlan aún, de hecho o de Derecho, el o los Poderes del Estado? ¿Cómo limitarse a concluir que el Estado debe cumplir las obligaciones generales señaladas, sin más, y con independencia de las carencias, peligros, y en definitiva, particularidades de sus regímenes y situaciones políticos; defendiendo, por tanto, la insoslayable necesidad de ese comportamiento aunque éste le llevara a lo que se ha calificado como un suicidio político<sup>107</sup>; esto es, al final del mismo régimen democrático naciente?

La serie de posturas consideradas en este primer punto, en líneas generales obviarían todas estas cuestiones, encontrando un soporte formal en la automática aplicación de los dos primeros “pasos” que hemos esbozado en los apartados anteriores. En otros términos, centrarían sus esfuerzos en defender la vigencia de las obligaciones internacionales en liza, en remover los obstáculos que pretenden situarlas en un tan adecuado como calculado limbo terrenal; pero no continuarían o completarían el camino del necesario proceso descendente de la aplicación de esas mismas obligaciones a la realidad considerada. Pecarían en mi opinión, de un “abuso formal o teórico”, por mejor entendernos; pues no es preciso insistir en que el comportamiento debido, y en su caso y en consecuencia, la violación de una obligación internacional, no es algo que se dé en abstracto; las obligaciones internacionales han de interpretarse y aplicarse a la situación concreta, determinándose la naturaleza de la acción exigida, la norma que tiene que ser observada, y el resultado que tiene que ser alcanzado<sup>108</sup>.

Desde luego, estos posicionamientos han presentado y presentan diversas materializaciones, de distinto grado y profundidad, pero probablemente comparten un origen y razón de ser sencillos de identificar. Así, tal y como hemos resumido, la práctica estatal tendente a desentenderse de las obligaciones internacionales en juego, en concreto y en lo que ahora estamos analizando, a apostar por la impunidad vía una u otra ley de amnistía, alegando una cosa y/o la contraria, exigió una intensa lucha y demanda por la vigencia del Derecho internacional en este punto; y en este fundamental y valiente empeño por derribar tan altos e intolerables muros de impunidad, en algunas ocasiones quedaron pocos espacios para los matices, para dar entrada a la reflexión siguiente que apuntamos a partir de los interrogantes formulados *supra*. Preguntas a las que, por motivos obvios, no descendieron el conjunto de decisiones que hemos ido apuntando, pero que no por ello tienen menor relevancia tanto general, como para nosotros como internacionalistas. Si bien, ello no impide que pueda convenirse en que, si se quiere, estas cuestiones pueda parecer *a priori* que pecan de cierta carga eminentemente teórica, pues como ha sostenido con razón Slepoy Prada en otro contexto más amplio, el problema que enfrenta la humanidad no es precisamente el del pleno y múltiple intento de juzgar a los responsables de crímenes de Derecho

---

<sup>107</sup> Sobre este particular, siempre me ha parecido especialmente sugestiva la serie de artículos de réplica y contra-réplica a partir del trabajo de ORENTLICHER, D. F.: “Settling accounts: The duty to prosecute human rights violations of a prior regime”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. I, United States Institute for Peace Press, Washington, 1995; NINO, C. S.: “Response: The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put in Context: The Case of Argentina”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice...*, *op. cit.*; ORENTLICHER, D. F.: “A reply to professor Nino”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice...*, *op. cit.*

<sup>108</sup> A este respecto, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: “Comentario al capítulo III de la Primera Parte del Proyecto definitivo de artículos sobre la responsabilidad del Estado...”, *doc. cit.*, pág. 114.

internacional, sino su contrario, el de la impunidad generalizada<sup>109</sup>. No obstante, en mi opinión, atender estos interrogantes es una de las labores esenciales en este ámbito, pues en caso contrario, bien podremos terminar incurriendo en la ya la clásica advertencia de Verdross, esto es, “international duties must not be taken so far to result in self-destruction”<sup>110</sup>.

Por ello, creo importante advertir contra toda tentación que nos pudiera llevar a quedarnos en la simple invocación de las formulaciones normativas abstractas en estos contextos transicionales; y así, con cierto detenimiento y mayor o menor fortuna, he dedicado algunos de mis esfuerzos a examinar esta situación y analizar los modos posibles de enfrentar las insuficientes o deficiencias que, a mi juicio, se daban en escenarios como los que acabamos de esbozar. A tal fin, tras desde luego descartar la licitud internacional de medidas de amnistía como las recogidas, distinguí entre lo que entonces denominé como “problemas cuantitativos, cualitativos, temporales y políticos”<sup>111</sup>, con el objetivo de sistematizar, enunciar y estudiar las opciones jurídicas que dentro de la legalidad internacional pudieran plantearse en escenarios transicionales como los que aquí interesan. Las conclusiones a las que finalmente llegué, y que no ha lugar repetir ahora, 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; en el que ha de reputarse como piedra angular el conocido como criterio interpretativo del “efecto útil” de las normas internacionales<sup>112</sup>. Todo ello, bajo la máxima de evitar la consideración de las obligaciones internacionales como deberes absolutos, que en determinados casos puedan llevar a situaciones de imposibilidad igualmente absoluta<sup>113</sup>. O por decirlo de otro modo, todo ello para evitar que la labor de concreción del proceso descendente de la normativa internacional pertinente a estos escenarios, termine ofreciendo como resultado un mero esquema formal o teórico cuya materialización en la práctica que en realidad deberíamos estar considerando, resulte, ya en la irrevocable constatación de que el Estado de turno, haga lo que haga, verá comprometida su responsabilidad internacional, ya en fin, en una propuesta inviable por imposible.

2) A mi entender merecedor de mayor censura, se encontraría en segundo lugar, un conjunto de posicionamientos que ante las enormes dificultades que concurren en procesos de transición como los aquí escogidos, presentarían una serie de esfuerzos bajo la aparente pretensión de adecuar, en lo que ahora nos ocupa, la aplicación del Derecho internacional pertinente a las leyes de amnistía. Ahora bien, la clave es que en la mayoría de ellos, aunque con intensidades diferentes, tal labor no se realiza sobre la base de los fundamentos del mismo ordenamiento jurídico internacional, sino, digamos, tamizando sus prescripciones hasta lograr el resultado justo para los objetivos deseados. Dicho de otro modo, no estaríamos ante una suerte de defensa de una especie de Derecho internacional transicional, que podría enmarcarse dentro de lo que se ha

<sup>109</sup> Cfr. SLEPOY PRADA, C.: “El principio de Justicia Universal y su regulación en España: ¿Subsidiariedad o concurrencia?”, en VV.AA.: *El principio de Justicia...*, *op. cit.*, págs. 140-141.

<sup>110</sup> Citado en ORENTLICHER, D. F.: “Settling accounts: The duty to prosecute human rights violations of a prior regime”, en KRITZ, N. (ed.): *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. I, United States Institute for Peace Press, Washington, 1995, p. 407.

<sup>111</sup> Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz...*, *op. cit.*, pp. 434- 472, 475-513.

<sup>112</sup> Para una primera visión sobre el mismo, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, C.: *La interpretación de las Normas Internacionales*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 222-223, 249-250; REMIRO BROTONS, A.: *Derecho Internacional Público: 2. Derecho de los tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 313-314.

<sup>113</sup> En este sentido, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1978, vol. II, primera parte, pág. 80, en especial párr. 33.

conocido como proceso de sectorialización del Derecho Internacional, en el siguiente sentido: “un proceso a lo largo del cual ciertos sectores de ese ordenamiento jurídico van adquiriendo un “perfil propio”, diferenciándose, en mayor o menor medida, según los casos, del Derecho Internacional común ya que, al ser más especializados, profundizan y desarrollan la normativa de ese sector específico, introduciendo determinadas características que no se repiten en el ordenamiento general...”<sup>114</sup>. No, en realidad estamos hablando de otra cosa bien diferente.

La idea de fondo que en mayor o medida daría vida a muchos de estos planteamientos podemos rastrearla en trabajos como los de Crocker. Así, se optaría por un enfoque que vendría a sostener que en este ámbito hay evitar lo que él denomina como “*fallacy of misplaced concreteness*”, esto es, desconectar lo propio de la Justicia Transicional del contexto en que ésta opera. Hasta aquí, y en la línea que hemos venido exponiendo, podría compartirse esta premisa, pero el problema es que la misma no sirve a otra finalidad que deslizar a continuación que como la Justicia Transicional está unida a la importancia de proteger, legitimar y fortalecer la transición a un régimen democrático, hay una serie de cosas –las que se estimen en cada circunstancia de hecho– que una frágil democracia sencillamente no debería hacer si ello pone en peligro su propia existencia<sup>115</sup>. Aunque en argumentos de este cariz podríamos percibir ciertas resonancias de invocación del estado de necesidad, en el sentido del artículo 25 del ya citado Proyecto definitivo de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>116</sup>, lo cierto es que ni se refieren nunca expresamente a él, ni por supuesto toman en consideración ninguno de sus requisitos ni consecuencias jurídicas. Se parte del reconocimiento de la existencia de las obligaciones internacionales oportunas, pero para acto seguido y bajo la aparente concurrencia de enormes riesgos o dificultades, de una amenaza, de un peligro grave e inminente, para la “propia existencia o consolidación de la democracia”, ya abogar, ya justificar, que se haga o se deje de hacer aquella que fuere o corresponda.

En realidad, aunque quisiésemos tratar de encuadrar los más complejos escenarios transicionales dentro del estado de necesidad como circunstancia que excluyera la ilicitud de un comportamiento que de otro modo no sería de conformidad con las obligaciones internacionales del Estado, a mi entender no existe sustento jurídico para esta figura sino a través de un ejercicio de alquimia jurídica que caracterizase las situaciones de hecho a la medida de lo que se exige el Derecho internacional general en este punto<sup>117</sup>. Pero en todo caso, reiteremos que hasta lo que mi conocimiento alcanza, a este conjunto de posiciones o propuestas no es el aliento del Derecho lo que les da vida última, sino que a la postre, se sustentan en los muchos problemas evidentes, en la importancia de la democratización, la consecución de la paz,

---

<sup>114</sup> Vid. SALINAS ALCEGA, S., y TIRADO ROBLES, C.: *Adaptabilidad y fragmentación del Derecho internacional: la crisis de la sectorialización*, Real Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza, 1999, pág 37.

<sup>115</sup> Cfr. CROCKER, D. A.: “Transitional Justice and International Civil Society”, en JOSKIC, A. (ed.): *War Crimes and Collective Wrongdoing. A reader*, Blackwell Publishers, Oxford, 2001. pág. 273.

<sup>116</sup> “1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho: a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto. 2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si: a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.”

<sup>117</sup> Para un estudio detallado de este particular, puede acudir a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz...*, op. cit., págs. 488-499.

el éxito de la transición, o la consolidación democrática, para sin mayor trámite pretender transformar la comisión de hechos internacionalmente ilícitos no sólo en algo útil, sino en lícito y positivamente valorable. Conclusión que no quiero repetirme, es obvio que resulta algo sin justificación (jurídica) alguna.

Descendiendo a la arena de las amnistías, las posturas que aquí comentamos habrían ido desde considerar la legitimación democrática como mecanismo esencial de validación de una amnistía<sup>118</sup> -mientras que para una gran mayoría la adopción democrática de estas medidas tan sólo sería un requisito más que proscibiría las “autoamnistías militares”<sup>119</sup>; otros hablaron de que la medida de amnistía fuera consecuencia de una negociación real y no la imposición unilateral de una de las partes<sup>120</sup>-, a aseverar que siempre que se mantenga algún tipo de responsabilización, aunque sea global, una amnistía no debía ser descartada<sup>121</sup>. Pasando por establecer un conjunto de elementos para ratificar la licitud de una amnistía como 1) que cumplan una finalidad reconciliatoria, 2) que se acompañe de otras medidas propias de la justicia restaurativa<sup>122</sup>, 3) que las decrete un gobierno democrático, y 4) que excluya a los máximos responsables de los crímenes<sup>123</sup>. O exclusivamente considerar que estas normas serían válidas siempre que no beneficien a los sujetos con “mayor grado de culpabilidad”; sin olvidar propuestas que afirmarían que estas medidas serían admisibles si son un instrumento para lograr la paz y/o la reconciliación nacional<sup>124</sup>. Pero también, estaríamos ante posicionamientos que abogaron por evaluar las amnistías exclusivamente a través de una serie de postulados propios de la justicia restaurativa que, de cumplirse, convertirían tales normas en lícitas<sup>125</sup>; o sostendrían que es a través

---

<sup>118</sup> En este sentido, por ejemplo, se manifiesta Rinesi; y es que para este autor, el propio concepto de impunidad ha de entenderse como el “*sometimiento de la voluntad colectiva o del sistema políticos a los mandatos de un actor social que nos impone sus propias prácticas por la fuerza.*” Vid. RINESI, E.: “La impunidad y sus consecuencias a nivel sociológico”, en VV.AA.: *La impunidad y sus consecuencias*, Fedefam, Argentina, 1996, pág. 36.

<sup>119</sup> A este respecto, y por referir el ya clásico trabajo de este autor que contiene esta idea, luego completada en contribuciones posteriores, AMBOS, K.: *Impunidad y derecho penal internacional*, Ed. AD-HOC S.R.L., Argentina, 1999, págs. 129-131. En la misma línea, ROHT-ARRIAZA, “Special Problems of a Duty to Prosecute: Derogation, Amnesties, Status Limitation, and Superior Orders”, en ROHT-ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 1995, págs. 56-59; SLYE, R. C.: “The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, n°. 1, 2002, en especial págs. 245-247.

<sup>120</sup> Cfr. CORCUERA CABEZUT, S.: “Las leyes de amnistía a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”, en CORCUERA CABEZUT, S. y GUEVARA BERMUDEZ, J. A. (compiladores): *Justicia Penal Internacional*, Universidad Iberoamericana, México, 2001.

<sup>121</sup> Cfr. GAVRON, J.: “Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of International Criminal Court”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, n°. 1, 2002, págs. 116-117.

<sup>122</sup> Esta es, por ejemplo, la condición última que imponen trabajos como los de STAHN, C.: “Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n°. 3, 2005, págs. 708-718.

<sup>123</sup> Cfr. NAQVI, Y.: “Amnesty for war crimes: Defining the limits of international recognition”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n°. 851, 2003., págs. 616-624.

<sup>124</sup> Cfr. WERLE, G. y OTROS: *Tratado de derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 136; con esta finalidad en el fondo del análisis SALMÓN, E.: “Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n°. 862, junio de 2006, págs. 6-11.

<sup>125</sup> Cfr. LLEWELLYN, J.: “Just Amnesty and Private International Law”, en SCOTT, C. (ed.): *Torture as Tort*, Hart Publishing, Oregon, 2001.

de una Resolución del Consejo de Seguridad que una amnistía encontraría, de plano y sin más, su acomodo internacional<sup>126</sup>.

Dando un paso más hacia el Derecho internacional vigente, tampoco deben desconocerse propuestas que sobre la base de algunas disposiciones de los tribunales penales internacionales –en lo más reciente, la mención a los intereses de la justicia del artículo 53.1.c.)<sup>127</sup> del Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>128</sup>–, han pretendido extraer una suerte de norma o normas generales para apoyar que se exima (legalmente) de castigo a un grupo u otro de sujetos responsables de los crímenes en cuestión<sup>129</sup>. Finalmente, mencionemos también proposiciones más ambiciosas, pero que al menos formalmente tomaron en plena consideración al ordenamiento jurídico internacional; y así defendieron la necesidad de establecer un conjunto de acuerdos internacionales entre los Estados inmersos en un proceso de transición y unos aparentemente inopinados “legitimate representatives of the international community”, modificar todo el Derecho convencional existente, y aprobar un protocolo al Estatuto de la Corte Penal Internacional, para bajo diversos criterios no siempre coincidentes, incorporar una serie de excepciones que posibilitarían la emisión de amnistías cuando tales normas fuesen esenciales para lograr la paz o la reconciliación<sup>130</sup>.

En definitiva, un conjunto de propuestas, de “abusos”, que en mi opinión, constituyen excelentes ejemplos de lo que advertimos al comienzo: iniciar el viaje bajo la trémula luz del Derecho internacional, y en un punto u otro, consciente o inconscientemente, ya cambiar una o muchas veces de antorcha y acabar cegados, ya tornarla en algo tan artificioso que no hará sino llevar(nos) a una ilusoria puerta de salida.

#### 4. Recapitulación final

Tras el breve repaso realizado a propósito del “desuso”, el “uso”, y el “abuso” de la normativa internacional en estos contextos, volvamos como ya se anunció al *caso Gomes Lund y otros*, al más reciente y ajustado “uso” del Derecho internacional en este punto, para cerrar este penúltimo apartado. Como resumen de todo el tránsito que hemos recorrido hasta aquí, al hilo de la figura de las amnistías, recojamos pues las palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

---

<sup>126</sup> Cfr. NAQVI, Y.: “Amnesty for...”, *op. cit.*, págs. 591-594.

<sup>127</sup> “1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si: a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte; b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17; c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia. El Fiscal, si determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares.”

<sup>128</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, en BOE de 27 de mayo de 2002.

<sup>129</sup> Cfr. ROBINSON, D.: “Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court”, en *European Journal of International Law*, vol. 14, n.º. 2, 2003.

<sup>130</sup> Cfr. O’SHEA, A.: *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer Law International, La Haya, 2002, págs. 320-336.

“Las amnistías o figuras análogas han sido uno de los obstáculos alegados por algunos Estados para investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos. Este Tribunal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los órganos de las Naciones Unidas y otros organismos universales y regionales de protección de los derechos humanos se han pronunciado sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados. (...) todos los órganos internacionales de protección de derechos humanos y diversas altas cortes nacionales de la región que han tenido la oportunidad de pronunciarse respecto del alcance de las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos y su incompatibilidad con las obligaciones internacionales de los Estados que las emiten, han concluido que las mismas violan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar dichas violaciones.

171. Este Tribunal ya se ha pronunciado anteriormente sobre el tema y no encuentra fundamentos jurídicos para apartarse de su jurisprudencia constante, la cual, además, concuerda con lo establecido unánimemente por el derecho internacional y por los precedentes de los órganos de los sistemas universales y regionales de protección de los derechos humanos. De tal modo, a efectos del presente caso, el Tribunal reitera que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”<sup>131</sup>.

A parte de muchos otros aspectos de gran interés que se concitan en esta decisión, algunos de los cuáles pueden ser objeto del legítimo debate doctrinal, en lo que ahora que nos ocupa es patente que sus conclusiones dejan poco lugar para la duda. Pero no nos quedaremos ahora ya sólo en este punto, pues la elección final de esta sentencia se justifica también y especialmente atendiendo al razonamiento de la Corte respecto a algunos de los pretendidos argumentos del Estado de Brasil. Para no perder ningún matiz, citamos literalmente los extractos más ilustrativos. En cuanto a los fundamentos de hecho y alegaciones de Parte:

“El 28 de agosto del 1979, luego de su aprobación por el Congreso Nacional, fue sancionada la Ley No. 6.683/79, la cual concedió una amnistía en los siguientes términos: Artículo 1. Se concede amnistía a quienes, en el período comprendido entre el 2 de septiembre de 1961 y el 15 de agosto de 1979, cometieron crímenes políticos o conexos con éstos, crímenes electorales, a quienes tuvieron sus derechos políticos suspendidos y a los servidores de la administración directa e indirecta, de fundaciones vinculadas al poder público, a los servidores de los poderes legislativo y judicial, a los militares y a los dirigentes y representantes sindicales, sancionados con fundamento en actos institucionales y complementarios. § 1º - Se consideran conexos, para efectos de este artículo, los crímenes de cualquier naturaleza relacionados con crímenes políticos o practicados por motivación política. § 2º - Se exceptúan de los beneficios de la amnistía a quienes fueron condenados por la práctica de crímenes de terrorismo, asalto, secuestro y atentado personal.

135. En virtud de dicha Ley, hasta la fecha el Estado no ha investigado, procesado o sancionado penalmente a los responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas durante el régimen militar, incluidas las del presente caso. Ello se debe a que “la interpretación [de la Ley de Amnistía] absuelve automáticamente [a] todas las

---

<sup>131</sup> Vid. *Ibíd.*, párrs. 147, 170-171.

violaciones de [d]erechos [h]umanos que hayan sido perpetradas por agentes de represión política”.

136. El 29 de abril de 2010 el Supremo Tribunal Federal, por siete votos a dos, declaró la improcedencia de la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental interpuesta por la Orden de Abogados de Brasil y afirmó la vigencia de la Ley de Amnistía y la constitucionalidad de la interpretación del párrafo primero de su artículo uno (...). Entre otros fundamentos, el voto del Ministro Relator destacó que la Ley de Amnistía fue “una ley medida”, no una regla para el futuro y, como tal, debe “interpretarse, en conjunto con su texto, la realidad en y del momento histórico en que fue creada y no la realidad actual”. En este sentido, la Ley implementó “una decisión política [del] momento de transición conciliada de 1979”, puesto que “fueron todos absueltos, unos absolviéndose a sí mismos”. La ley efectivamente incluyó en la amnistía a los “agentes políticos quienes practicaron crímenes comunes contra opositores políticos, detenidos o no, durante el régimen militar”. El acuerdo político realizado por la clase política que permitió la transición al Estado de derecho “resultó en un texto de ley [y, por lo tanto,] quien podría revisarlo sería exclusivamente el Poder Legislativo. Al Supremo Tribunal Federal no le incumbe alterar textos normativos que conceden amnistías”. Finalmente, respecto de la recepción o no de la Ley No. 6.683/79 en el nuevo orden constitucional democrático, indicó que “la [L]ey [de Amnistía] de 1979 ya no pertenece al orden derogado. Está integrada al nuevo orden [constitucional]. Constituye el origen de la nueva norma fundamental” y, por lo tanto, “su adecuación a la Constitución de 1988 resulta incuestionable”<sup>132</sup>.

Pues bien, ante semejante línea argumental, la Corte se limitó a subrayar lo que sigue:

“En cuanto a lo alegado por las partes respecto de si se trató de una amnistía, una autoamnistía o un “acuerdo político”, la Corte observa, como se desprende del criterio reiterado en el presente caso (...), que la incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas “autoamnistías”. Asimismo, como ha sido señalado anteriormente, el Tribunal más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la Ley de Amnistía, atiende a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas por el régimen militar. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

176. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estados Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

177. En el presente caso, el Tribunal observa que no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado y que, por el contrario,

---

<sup>132</sup> Vid. *Ibíd.*, párrs. 134-136.

la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil (...). El Tribunal estima oportuno recordar que la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales voluntariamente contraídas corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados, respaldado por la jurisprudencia internacional y nacional, según el cual aquellos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*). Como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, incumplir obligaciones internacionales. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de su derecho interno”<sup>133</sup>.

Armados pues con todo lo anterior, llega el momento de dar el último paso a nuestro balance final.

## 2. A modo de balance: La vuelta a los orígenes

Tras el camino que hemos compartido hasta aquí, podría tenerse la sensación de que ya no resulta preciso balance alguno; pues todo el proceso expuesto, desde nuestros primeros “pasos” hasta las finales palabras del *caso Gomes Lund y otros*, cabría esperar que ha dibujado un escenario suficientemente claro en relación no sólo al tránsito del “desuso” al “uso”, sin olvidar algún “abuso”, del Derecho internacional en estos contextos, sino a la postre, respecto al justo papel que debe jugar el ordenamiento jurídico internacional ante procesos de cambio en la forma de gobierno de un Estado como los seleccionados. No obstante, si recordamos la cita reproducida en el primer apartado de este trabajo, podremos comprobar cómo gran parte de lo que hemos visto en caso alguno parece realmente aceptado, asumido o interiorizado hasta el punto que podría esperarse. Y como ya avanzamos, la mejor prueba de cargo es sin ir más lejos, la más reciente práctica española respecto a los crímenes cometidos con anterioridad a la última transición a la democracia.

Si a ella nos hemos de referir ahora, cabría apuntar al menos que a mi entender, la experiencia española debería de ser un ámbito especialmente interesante y exigente para nosotros como juristas, como internacionalistas; tanto en relación con la identificación de los principios y normas internacionales vigentes –como, en su caso, respecto al proceso descendente de la aplicación de los mismos– en cuanto a un conjunto de hechos que en realidad se extenderían desde la Guerra Civil, pasando por lo que gran acierto se ha llamada “la gran represión” de los lustros siguientes<sup>134</sup>, siguiendo por las décadas posteriores de lo que en el seno del Consejo de Europa se ha calificado como “deeply disturbing Franco’s human rights record”<sup>135</sup>, hasta llegar a lo que, en su caso, ocurrió durante los inicios formales de la transición<sup>136</sup>. Incluyendo, por referir una gota en el océano, los casos de desaparición forzada de personas expresamente reconocidos

---

<sup>133</sup> *Vid. Ibid.*, párrs. 175-177.

<sup>134</sup> Cfr. NÚÑEZ DÍAS-BALART, M. (coord.): *La gran represión. Los años de plomo de la posguerra (1939-1948)*, Flor de Viento Ediciones, Barcelona, 2009.

<sup>135</sup> *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.

<sup>136</sup> A este respecto, puede verse el reciente trabajo de ÁNCHEZ SOLER, M.: *La transición sangrienta. Una historia violenta del proceso democrático en España (1975-1983)*, Península, Barcelona, 2010..

por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias<sup>137</sup>.

Con todo, desde la perspectiva adoptada en este trabajo, no cabe duda de que la referencia ineludible en este punto habrá de ser la Ley 46/1977 de Amnistía<sup>138</sup>. Norma aprobada el 15 de octubre de 1977, es decir, ya con el primer Congreso democráticamente elegido tras casi cuarenta años de régimen autoritario; o por utilizar alguna otra referencia temporal, tras haber España firmado<sup>139</sup> y ratificado<sup>140</sup> el ya entonces vinculante Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>141</sup>. Como es sabido, en virtud de esta ley, sin Exposición de Motivos o Preámbulo al uso, se estableció:

“Artículo Primero.

I. Quedan amnistiados: a) todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis. b) todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España. c) todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas. II. A los meros efectos de subsunción en cada uno de los párrafos del apartado anterior, se entenderá por momento de realización del acto aquel en que se inició la actividad criminal. La amnistía también comprenderá los delitos y faltas conexos con los del apartado anterior.

Artículo Segundo.

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. b) la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar, por motivos éticos o religiosos. c) los delitos de denegación de auxilio a la justicia por la negativa a revelar hechos de naturaleza política, conocidos en el ejercicio profesional. d) los actos de expresión de opinión, realizados a través de prensa, imprenta o cualquier otro medio de comunicación. e) **los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta ley. f) los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas**”<sup>142</sup>.

En caso alguno voy a detenerme ahora ni en el proceso de transición a la democracia en España, ni en todo lo aconteció antes o después de este año de 1977, pues ya me he manifestado en varias ocasiones sobre el particular<sup>143</sup>; pero sí entiendo

<sup>137</sup> 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, págs. 94, 97.

<sup>138</sup> B.O.E. Número 248, de 17 de octubre de 1977.

<sup>139</sup> El 28 de septiembre de 1976.

<sup>140</sup> El 27 de abril de 1977.

<sup>141</sup> 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. En virtud del artículo 49.2, el Pacto entró en vigor para España el 27 de julio de 1977.

<sup>142</sup> La negrita es mía.

<sup>143</sup> Así, durante la tramitación de la “Ley de Memoria Histórica” y sobre la cuestión en general, puede consultarse CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “*El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la Guerra Civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional*”, en

oportuno que concluyamos este artículo con dos o tres pinceladas de la práctica española más reciente en cuanto a lo que aquí nos ha concitado.

En consecuencia, dejemos por completo de lado la discusión sobre si lo que en aquellos años se acordó en la experiencia española 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. 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”<sup>144</sup>; ya por el motivo que se quiera o fuere, si en aquellos años se decidió aprobar la citada Ley de Amnistía, eludiendo cualquier discusión acerca de su licitud internacional -como bien demuestra el mismo debate parlamentario de entonces<sup>145</sup>-, 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 Provincial de Córdoba, que a la

---

*Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 45, enero-junio de 2007; 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”, en *Revista de Derecho de Extremadura*, número 4, enero/abril de 2009; así como “Treinta años de Justicia Transicional en España: Algunas luces y muchas sombras”, en LÓPEZ DE GOICOECHEA ZABALA, J. (dir.): *30 años de Constitución: Balances y Perspectivas*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010. Para una primera aproximación desde el Derecho internacional, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Transición española y Justicia Transicional: ¿Qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política española”, en GÁLVEZ BIESCA, S. (coord.): *La memoria como conflicto. Memoria e historia de la Guerra Civil y el Franquismo*, Número monográfico de *Entelequia, Revista Interdisciplinar*, número 7, septiembre de 2008. Respecto a las actuaciones ante la Audiencia Nacional, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Examen del Auto del Juzgado de Instrucción Nº. 5 de la Audiencia Nacional por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo”, en *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, año 2008, tomo 5; 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”, en *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, año 2009, tomo 1. En cuanto al procedimiento seguido en el Tribunal Supremo contra el Magistrado Garzón, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. y VICENTE MÁRQUEZ, L.: “La investigación de los crímenes cometidos en la Guerra Civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del Derecho internacional”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 19, 2010.

<sup>144</sup> Vid. AGUILAR, P.: AGUILAR, P.: *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Alianza Editorial, Madrid, 2008, pág. 250.

<sup>145</sup> 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 AGUILAR, P.: *Memoria y olvido de la Guerra Civil española*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, págs. 266-271; así como su más reciente trabajo, *Políticas de la memoria y... , op. cit.*, págs. 284-304.

hora de resolver un recurso contra un Auto de 11 de agosto de 2006<sup>146</sup>, entre otros considerandos reiteró como algo de relevancia jurídica para lo que estaba en discusión 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*”<sup>147</sup>.

Lo interesante de la reciente experiencia española es que, hasta la fecha, la misma parece transcurrir totalmente al margen de todo lo que hemos venido explicando en las páginas anteriores. Y no nos referimos en este punto a decisiones que podrían tomarse como más o menos singulares o anecdóticas, como las de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que ante una serie de denuncias sobre desapariciones forzadas sostuvo sencillamente 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*”<sup>148</sup>. Lo que aquí queremos destacar es que la abrumadora mayoría de la práctica española más reciente se obstina en examinar las alegaciones respecto a la no adecuación de nuestra Ley de Amnistía y el potencial Derecho internacional en cuestión, desde unas posiciones que, bien son simplemente idénticas a las que se esgrimían al comienzo del desarrollo expuesto en el apartado anterior, bien ignoran todo lo que hemos explicitado, desde el principio de identidad o continuidad del Estado en adelante. Es por ello que si nos disponemos a realizar un balance final sobre la base de la más próxima práctica de España, no quede mucho más remedio que hablar de “la vuelta a los orígenes”.

A este respecto, y por la naturaleza de este apartado final, baste con que señalemos algunos ejemplos. Así, hoy en día resulta común encontrarnos ante la conclusión de que a partir de cierta lectura de la Ley de Amnistía de 1977<sup>149</sup>, ésta impide cualquier investigación (judicial) de los crímenes pasados en España. Sin embargo, cuando pasamos a examinar los argumentos que vendrían a sostener tal afirmación, el mantra con el que nos encontramos nos ha de causar, cuanto menos, un profundo desconcierto. Ciertamente, en sede judicial se han deslizado algunas razones que aparentemente toman en consideración al ordenamiento jurídico internacional; aunque hayan sido una tan poco afortunada como descontextualizada invocación del 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949<sup>150</sup>, o alguna sucinta mención a que ciertas normas convencionales no resultarían aplicables por haber sido incorporadas al ordenamiento jurídico español con posterioridad a los hechos, aunque éstos fueren desapariciones forzadas de personas, que pretende amparar la ley de

---

<sup>146</sup> Cfr. JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº. 2 DE CÓRDOBA: Diligencias Previas nº. 3651/ 2006, Auto de 11 de agosto de 2006.

<sup>147</sup> 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, pág.3.

<sup>148</sup> Vid. AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN SEGUNDA, PALMA DE MALLORCA: Auto de 25 de febrero de 2010, pág. 2.

<sup>149</sup> Para un interpretación diferente de la Ley de Amnistía de 1977, puede verse GARCÉS, J.: “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/analisi-juridicos.html>.

<sup>150</sup> Cfr. TRIBUNAL SUPREMO: Auto de 3 de febrero de 2010, *doc. cit.*, pág. 42

amnistía<sup>151</sup> -argumento que puede ser abiertamente discutible, sin ir más lejos atendiendo a la cercana sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (GC) en el caso *Varnava and others v. Turquía*<sup>152</sup>-. Mas, no es este el debate que nos concita en este balance final, ahora tan sólo quiero destacar que en la práctica totalidad de los casos lo que realmente hallamos no es otra cosa que la posición general del Tribunal Supremo que citamos en el primer apartado de este trabajo –elevada ya casi a “jurisprudencia” para y por otros órganos jurisdiccionales<sup>153</sup>. Recordemos:

“Es significativo, y seguramente exigía una mayor cautela en ese enjuiciamiento (...), 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. La iniciativa legislativa la adoptaron los grupos parlamentarios de UCD, Socialista, Comunista, Minoría Vasco-Catalana, mixto y Socialista de Cataluña. Solamente votó en contra el grupo Alianza Popular y otros dos diputados. 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...”<sup>154</sup>.

A estas alturas, creo que no es necesario que despleguemos esfuerzo adicional alguno para justificar que una posición de este cariz está totalmente al margen de las pautas esenciales que nos han ocupado en los apartados II y III, así como de todo el desarrollo que hemos recorrido en el apartado IV.1. En otros términos, frente a por poner un ejemplo, la invocación de que los artículos 2 e) y f) de la Ley de Amnistía se oponen a lo prescrito por el Derecho internacional convencional o consuetudinario, resultaría lícito discutir si ello es así y respecto a qué hechos desde varios enfoques propios del Derecho, pero no es de recibo que la respuesta a ofrecer sea que esa Ley “fue aprobada por las mismas Cortes que elaboraron la Constitución democrática [y] que obtuvo el respaldo de prácticamente todas las fuerzas democráticas presentes en el Parlamento en ese momento”; esto es, un argumento que se sitúa extramuros de todo lo ya hemos concluido. Con todo, como seguiremos viendo, ésta y no otra parece ser la práctica común en España; si bien, a veces incluso cabría agradecer que se ofreciera algún razonamiento, aunque sea de esta naturaleza, pues en otras ocasiones parecen sobrar razones que no sean la mera invocación de la norma en cuestión. Por poner un ejemplo, valga lo mantenido por el reciente Auto del Juzgado de Instrucción N.º 2 de Aranda de Duero:

“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 (...). Del tenor literal de [sus] 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

---

<sup>151</sup> Cfr. *Ibíd.*, págs. 42-44.

<sup>152</sup> Cfr. *Caso Varnava and others v. Turkey (GC), Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90*, 18 de septiembre de 2009.

<sup>153</sup> 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, pág. 4.

<sup>154</sup> *Vid.* TRIBUNAL SUPREMO: Auto de 3 de febrero de 2010, *doc. cit.*, págs. 41-42.

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”<sup>155</sup>.

No obstante, de nuevo, todo lo anterior, la postura de fondo que estamos reseñando es igualmente compartida por el Poder Ejecutivo, como bien ilustró la respuesta de los representantes españoles a las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto al Quinto Informe Periódico de España. Así, en aquella ocasión el Comité concluyó que:

“Aunque ha tomado nota de la decisión reciente de la Audiencia Nacional de examinar la cuestión de los desaparecidos, preocupa al Comité el mantenimiento en vigor de la Ley de amnistía de 1977. El Comité recuerda que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y señala a la atención del Estado parte sus Observaciones generales N° 20 (1992), relativas al artículo 7, según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto, y N° 31 (2004), sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto. El Comité, aunque toma nota con satisfacción de las garantías dadas por el Estado parte en el sentido de que la Ley de la memoria histórica prevé que se esclarezca la suerte que corrieron los desaparecidos, toma nota también con preocupación de las informaciones sobre los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas.

**El Estado parte debería:**

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

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

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

**d) Permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas”<sup>156</sup>.**

Por su parte, en la respuesta española, y dejando al margen ahora otras cuestiones formales en las que no podemos detenernos, se sostuvo lo que sigue:

“El Estado español también quisiera resaltar que el Comité está descalificando una decisión respaldada por toda la sociedad española y que contribuyó a la transición a la democracia en España. La citada ley fue una demanda de toda la oposición democrática y fue una de las primeras leyes aprobadas por consenso por las mismas Cortes que aprobaron la Constitución de 1978. Además, no sólo la sociedad española sino también la opinión pública mundial es conocedora y ha respaldado siempre el proceso de transición en España que fue posible, en parte, gracias a dicha ley”<sup>157</sup>.

<sup>155</sup> Vid. JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° 2 DE ARANDA DE DUERO: Auto de 8 de febrero de 2010, Diligencias Previa núm. 304/09, págs. 3-4.

<sup>156</sup> Vid. 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.

<sup>157</sup> 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

Esta posición también puede encontrarse formulada en otros términos más amplios, como los del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional durante el proceso abierto por el Magistrado Garzón –argumentación que también ha hecho fortuna en posteriores pronunciamientos del Ministerio Fiscal<sup>158</sup>:

“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”<sup>159</sup>.

En definitiva, si atendemos a esta reciente práctica española, no habrá que hacer grandes esfuerzos para constatar que todo lo que hemos visto y concluido *supra*, parece que se mantiene en el olvido, no ha ocurrido jamás, no existe, no es pertinente ni aplicable dentro de nuestras fronteras. Y así que el pretendido argumento fundamental, definitivo, en este ámbito se concrete en que Ley de Amnistía de 1977 respondió a la “voluntad del legislador democrático” dentro de un contexto de transición a la democracia; o por decirlo en las propias palabras de las autoridades españolas, la clave a tener en cuenta para cualquier escrutinio jurídico-internacional parece situarse en el “origen y significación social de la Ley de Amnistía”<sup>160</sup>. Y desde esta premisa, la simple conclusión a ofrecer no es otra que por utilizar también palabras de nuestros órganos jurisdiccionales: que las posibles violaciones a los derechos humanos/crímenes de Derecho internacional que se hubieran podido cometer “quedarían impunes por aplicación (...) de la Ley de Amnistía de 46/1977 de 15 de octubre”<sup>161</sup>.

En resumen, bien puede decirse que en esta España nuestra de 2010 estamos en una aparente pero rotunda vuelta a aquellos tiempos en que, bien el “desuso” del

---

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, pág. 3.

<sup>158</sup> 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 N.º. 10, PALMA DE MALLORCA: Auto de 14 de octubre de 2009, Diligencias previas proc. Abreviado 0001169/2009, pág. 2.

<sup>159</sup> *Vid.* Recurso de Apelación del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2008, pág. 34.

<sup>160</sup> *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...”, *doc. cit.*, pág. 3

<sup>161</sup> *Vid.* AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS: Auto de 18 de junio de 2010, pág. 3, recogiendo y ratificando la postura del Auto del Juzgado de Instrucción N.º. 2 de Aranda de Duero, Diligencias Previas núm. 304/09, de 8 de febrero de 2010.

Derecho internacional era moneda corriente en procesos de cambio en la forma de gobierno como los que hemos analizado, bien el “abuso” del Derecho internacional lo convertía en algo sujeto a condiciones ajenas, a condicionantes extraños al propio ordenamiento jurídico internacional. Parece que regresamos pues a la época en que la demanda de aplicación de una u otra normativa internacional, ya se solventaba con el sencillo expediente de la plena negativa bajo la invocación de la soberanía, los asuntos internos, la reconciliación nacional, el éxito de la transición o lo que fuere menester, ya se ignoraba esgrimiendo que la legitimación democrática es el mecanismo esencial de validación, también jurídico-internacional, de una amnistía en contextos transicionales. Una vuelta a los orígenes, un regreso a un estado de cosas, en fin, que a mi entender justifica que debamos volver a recordar, a reflexionar, sobre todo lo que nos ha ocupado a lo largo de las páginas de esta contribución, que aquí debemos concluir.