



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 DE ESPAÑA

SPANISH TRANSITION AND TRANSITIONAL JUSTICE: WHICH ROLE DOES INTERNATIONAL LAW PLAY IN A TRANSITION PROCESS? REGARDING COHERENCE, GOOD FAITH AND OTHERS PRINCIPLES OF THE INTERNATIONAL LAW POSTPONED BY THE POLITICAL TRANSITION IN SPAIN

Javier Chinchón Álvarez*
(Universidad Complutense de Madrid)
jachal@der.ucm.es

Resumen

Este artículo pretende ofrecer una explicación satisfactoria sobre el porqué de algunas de las críticas que se han realizado o se realizan desde el derecho internacional acerca de la transición española, o de forma más concreta, acerca del tratamiento de los crímenes pasados durante la misma. Para ello, se comenzará por presentar algunas consideraciones básicas sobre el funcionamiento general del ordenamiento jurídico internacional, presentando especial atención a la identificación de algunos de sus principios básicos. A continuación, se examinará su operatividad durante un proceso de transición; para finalmente aplicar lo concluido a algunos aspectos e iniciativas diseñadas en la transición política española, incidiendo singularmente en su coherencia o incoherencia jurídica y política.

Palabras claves: Transición española, Justicia Transicional, Derecho Internacional, Memoria Histórica.

Abstract

This article aims to give a satisfactory explanation on why some of the criticisms that have been made or are made from international law on the Spanish transition, or more specifically, on the treatment of past crimes during this transition. To that end, it will begin by introducing some basic considerations on the overall functioning of the international legal system, paying special attention to the identification of some of its basic principles. Then, it will examine its operational capacity during a transition process, and finally it will apply the conclusions reached to some aspects and initiatives designed in the Spanish political transition, stressing in particular its legal and political coherence or incoherence.

Keywords: Spanish Transition, Transitional Justice, International Law, Historical Memory.

* Departamento de Derecho Internacional Público y Privado.



«El crepúsculo de la desaparición lo baña todo con la magia de la nostalgia; todo, incluida la guillotina»

Milan KUNDERA

1. A modo de introducción: Planteamiento del problema

Es una evidencia fácilmente constatable que pocos fenómenos como una transición de un régimen no democrático a una democracia y/o de una situación de conflicto armado a la paz requiere/n de un estudio multidisciplinar que, en la medida de las capacidades del conocimiento humano, enfrente el escrutinio de un proceso en el que concurren una amplia multiplicidad de actores y factores que, en un grado u otro, determinan su suerte. Y con igual facilidad puede comprobarse que, históricamente, el papel o peso de los internacionalistas en el examen de estas situaciones ha sido mínimo, por no decir marginal.

A mi humilde entender, durante muchos años la inmensa mayoría de los trabajos que han conformado lo que se ha venido a conocer como “transicionología” orbitaban sobre un aspecto finalista que se hacía primar sobre cualquier otro considerando: el éxito de la transición. Todo lo que explicara o ayudara a tal fin era valioso, merecía ser aislado, diseccionado y extraído con vistas a otra de las tendencias evidentes en este ámbito, exportar la (exitosa) experiencia de un Estado a otro. Desde este esquema de pensamiento eminentemente pragmático, todo aquél que presentaba alguna objeción a un proceso de transición supuestamente exitoso sobre la base del derecho internacional, tenía muchas posibilidades de ser despedido con una amable palmadita en la espalda y uno de esos suspiros que dicen mucho más que cualquier discurso.

Ciertamente, con el paso del tiempo esta situación ha ido variando sustancialmente, y sobre todo gracias al esfuerzo de nuestros colegas iberoamericanos a partir del decenio de 1980, el derecho internacional ha ido reclamando su lugar en estos análisis, cuando a lo propio de toda transición se unía la necesidad de dar respuesta a graves, masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, o a los más repugnantes crímenes de derecho internacionales cometidos, ya por las autoridades anteriores, ya durante un conflicto armado pasado. No se trataba, por tanto, de buscar mágicas fórmulas que permitieran garantizar el éxito de una transición, sino simplemente de examinar, cuando no demandar, que los nuevos mandatarios del Estado cumplieran sus compromisos internacionales en este ámbito; sin que de ello pudiera colegirse que la transición en cuestión fuera a alcanzar, automáticamente, el éxito por ello.

Este posicionamiento, obviamente, ha sido, es y muy probablemente será minusvalorado o criticado –con diverso grado de severidad– por muchos de los que trabajan en este campo, por parte de aquéllos que mantienen cierta suerte de utilitarismo como guía esencial para valorar toda iniciativa en un proceso de transición. Y por ello, resultan especialmente valiosas para las gentes del Derecho las ocasiones en que es posible hacer un ejercicio que si en general es tan necesario como oportuno, en un tema como el del tratamiento de los crímenes pasados en una transición política, que, reitero, necesariamente exige la concurrencia de enfoques y disciplinas de estudio muy diversas, se torna capital: por decirlo en corto, hacernos entender. Solemos tener los juristas cierta tendencia a encerrarnos en nuestros razonamientos, en nuestros patrones de pensamiento, en nuestros términos, metodología, conceptos e instrumentos; a cobijarnos tanto en ellos que cuando queremos conversar o compartir nuestras conclusiones o perplejidades con un colega de otra rama de las Ciencias Sociales, en no pocas ocasiones el ansiado diálogo se transforma en un monólogo desconcertante para nuestro estimado interlocutor. Esta realidad, más o menos presente en y para todas las ramas del Derecho, es especialmente aguda si al derecho internacional nos referimos.



Parcialmente consciente de lo anterior, en mis trabajos en este ámbito siempre traté, con mayor o menor fortuna, no sólo de hacer uso del enfoque multidisciplinar que demandan problemas como los que esta temática concita, sino hacerlo intentando utilizar un lenguaje que no obligase al lego en Derecho a rendirse por agotamiento. De este modo, tanto cuando he analizado la problemática general de la sanción de los crímenes cometidos con anterioridad a un proceso de transición (simple o doble) a través de la experiencia de nuestras Repúblicas hermanas de Iberoamérica¹, como al examinar el mismo caso de la transición política española², siempre he intentado guiar mis esfuerzos por esta(s) máxima(s). Con todo, las conversaciones con distintos colegas y autoridades me han ido mostrando que, pese a mis deseos e intenciones, todos estos estudios adolecían de una carencia de origen que se transformaba en una barrera dialéctica de difícil superación: asumir como un apriorismo que la lógica de la perspectiva escogida, o si se prefiere, de la disciplina básica que usaba en mis análisis, esto es, del derecho internacional público, era profusamente conocida por todo aquél que se aproximara a mis escritos.

Este más que probable error de partida me lleva a celebrar doblemente la oportunidad que se me brinda con esta pequeña contribución, que se enmarca en una obra colectiva de inmejorable naturaleza para mis propósitos, es decir, para tratar de subsanar esta ausencia inicial detectada. Así, con este artículo, me propongo delinear algunas características básicas del derecho internacional, de su funcionamiento y fundamentos, y a partir de aquí, de su papel dentro del escenario general de lo que se ha denominado con un neologismo de origen inglés como “Justicia Transicional”, el *just post belum*³, o la “justicia en transición” por atender a la terminología de la Organización de las Naciones Unidas⁴. Hecho esto, daré el paso a la experiencia concreta de la transición política española; si bien, en este empeño no estará en mi ánimo presentar una evaluación desarrollada sobre el éxito o fracaso de la misma, pues, de un lado, sobre este aspecto ya existen multitud de trabajos –y sus correlativas voces disidentes frente a la valoración positiva mayoritaria⁵–, y del otro, porque tal conclusión escapa a las posibilidades del derecho internacional. Esencialmente, el objetivo de este apartado final será contrastar parte de lo realizado en y por España durante su transición desde la perspectiva del derecho internacional, desde la óptica de lo que disponían y disponen las normas de derecho internacional que el mismo Estado español había o ha decidido aceptar; escogiendo a tal fin, de entre el numeroso catálogo disponible, tan sólo dos tratados internacionales, uno ratificado en los primeros desarrollos de la transición, y el otro firmado en fecha muy reciente.

Con ello, confío en poder explicar y justificar porqué se critica y se demandan mayores esfuerzos sobre una transición que, comúnmente, se ha entendido como “modélica”. Y en esta labor, nuestro *leit motive* será un concepto tan básico como universalmente aceptado: la coherencia.

1 Así, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*. Madrid, Ediciones Parthenon, 2007.

2 Véase, 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 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, nº 45, (2007), pp. 119-233.

3 Ésta es la denominación que utiliza Walzer es su recomendable trabajo. WALZER, M., *Reflexiones sobre la guerra*. Barcelona, Paidós, 2004.

4 Cfr. SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, *Documento de las Naciones Unidas*, S/2004/616, 3 agosto de 2004, en especial párr. 8.

5 A modo de ejemplo, pueden verse los trabajos de GARCÍA-TREVIJANO, A. *Pasiones de servidumbre*. Madrid, Foca, 2000; MORÁN, G., *El precio de la transición*. Barcelona, Planeta, 1991.



2. Algunas consideraciones esenciales sobre el derecho internacional

Recuerdo un día de mis primeros años en la carrera universitaria en el que discutía con un par de excelentes compañeras, que igualmente compartían por aquellos entonces los rigores del doctorado, acerca de lo que generalmente se ha venido a conocer como *coherencia jurídica*, aplicada a una perspectiva estructural que pretende contemplar el orden jurídico globalmente, esto es, tanto la faceta estatal (derecho interno) como la interestatal (derecho internacional público). El centro de nuestro debate se sustentaba en si existía, como tal, un principio que impusiera a los Estados el deber de comportarse, de sus fronteras para dentro, *coherentemente* con lo que se habían comprometido a respetar de sus fronteras para afuera. Tras largo tiempo de argumentos y contra-argumentaciones, sólo pudimos salir de tal encrucijada –más propia quizá de los colegas de Filosofía del Derecho– acudiendo al despacho de una brillantísima profesora de aquel Departamento de nuestros albores.

Lo cierto es que el problema que nosotros enfrentábamos entonces, y acabo de esbozar ahora, puede ser planteado desde distintos enfoques no necesariamente coincidentes. Uno de ellos, quizás el primero que viene a la mente, podría referirse al comportamiento de las élites que, a la postre, determinan lo que comúnmente denominamos como “voluntad o interés del Estado”. Desde esta perspectiva, y en lo que aquí nos interesa, cabría esperar que las decisiones de esas élites dentro de sus Estados fueran *coherentes* con lo que declaran, apoyan, sostienen, denuncian, santifican o reprueban en relación a otros Estados; en, digamos, sus relaciones internacionales. A este particular podríamos denominar *coherencia política*, y como tal rótulo reservarlo para algunas reflexiones que realizaré más adelante.

Sin embargo, si de la *coherencia política* volvemos a la *coherencia jurídica*, el atolladero que apuntaba líneas arriba puede enfrentarse, y así lo ha hecho la doctrina más autorizada, desde el enfoque de la relación entre el sistema jurídico interno y el internacional, o de forma más concreta, desde la óptica de la integración del derecho internacional en los ordenamientos jurídicos internos; siendo esperable, en este sentido, que si la voluntad de un Estado se ha proyectado en la esfera internacional para la formación y aceptación de una norma, debería en buena lógica, *coherentemente*, habilitar mecanismos técnicos para integrar esa normativa internacional en su sistema jurídico interno⁶. Ahora bien, confiar en que esto ocurriera siempre y en todo momento sería probablemente ingenuo; pero, desde una perspectiva más amplia, esperar que el comportamiento de un Estado sea *coherente* con las obligaciones internacionales que ha decidido aceptar puede que sea igualmente ingenuo, de hecho lo es, pero no cabe duda que es tan jurídicamente exigible como reclamable la responsabilidad internacional en la que incurriría si no lo hace.

El derecho internacional, como un todo, encuentra su sustrato y sustento en el consentimiento/consenso estatal (ya sea explícito o implícito), de tal modo que sin que éste medie no hay norma u obligación que vincule a un Estado; ente que por el mero hecho de serlo es, como tal, un ente soberano. A esta realidad, tan incomprendida como incompresible para muchos, llamamos los internacionalistas principio de “relatividad de los derechos y obligaciones internacionales”; carácter que define, en esencia, al ordenamiento jurídico autónomo de una sociedad internacional que, aun en lento proceso de desarrollo y consolidación como auténtica “comunidad”⁷, sigue presentándose como radicalmente descentralizada, escasamente institucionalizada, enormemente compleja, heterogénea, compuesta por cerca de dos centenas de Estados soberanos e independientes en situación de yuxtaposición; Estados que, en

⁶ A este respecto, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. & SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A., *Curso de Derecho Internacional Público*. 8ª ed., Madrid, Civitas, 2003, p. 270.

⁷ Sobre este particular, es interesante leer el reciente trabajo de un reputado especialista como CARRILLO SALCEDO, J. A., “Influencia de la noción de Comunidad Internacional en la naturaleza del derecho internacional público” en CASTRO-RIAL, J. M. [et al.], *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*. Tomo I, Madrid, EDITER, 2005.



definitiva, son los creadores de las normas jurídicas internacionales, y al tiempo sus destinatarios, y en no pocas ocasiones, son jueces y parte cuando de valorar su violación se trata. No sorprenderá, por tanto, que sea común calificar al derecho internacional como algo muy distinto, más imperfecto y hasta más primitivo que el derecho interno estatal; un ordenamiento jurídico que, como han advertido destacados autores con su habitual agudeza, está condenado “a justificar, del *Bing Bang* al Apocalipsis, su fundamentación y validez jurídica”⁸; un ordenamiento jurídico, a la postre, que combina una perenne acusación de estado de crisis con una continuada demanda social para que resuelva, precisamente, las más acuciantes situaciones de crisis⁹.

No obstante, como acabo de apuntar, el vocablo “relatividad” no debe llevar a confusiones respecto a la “obligatoriedad” de las normas del ordenamiento jurídico internacional; como tampoco es adecuado acudir a símiles propios del derecho interno e identificar de forma exclusiva el concepto de “normas del ordenamiento jurídico internacional” con el de “tratados internacionales” (escritos). En derecho internacional existe una pluralidad de modos de creación de normas, obligaciones y derechos, y todos ellos coexisten de forma autónoma y sin patrones de prelación jerárquica al estilo del derecho estatal; de tal forma que sobre un mismo comportamiento pueden recaer obligaciones de diversa naturaleza (normas consuetudinarias, convencionales, principios generales, etc.), y todas ellas conservan una existencia y aplicabilidad autónomas, incluso si su contenido material es idéntico¹⁰. Es más, el origen del sistema jurídico internacional es esencialmente consuetudinario, y aunque estas normas, reitêrese, tan obligatorias como cualquier otra, hayan sido recogidas –declaradas o codificadas– en buena medida en normas convencionales –en tratados internacionales–, este hecho en nada perjudica su vigencia y obligatoriedad. De hecho, es esta cotidiana interacción entre las normas consuetudinarias y las normas convencionales¹¹ lo que da respuesta a algo que suele sorprender al no avezado en estos laberintos jurídicos: que se reclame a un Estado el cumplimiento del contenido concreto de un tratado sobre el que no ha manifestado su consentimiento en obligarse. La explicación a tal aparente paradoja se encuentra en que, si bien el tratado en sí, como forma de creación de normas internacionales, de ningún modo sería obligatorio para ese Estado, si el articulado de ese tratado lo que hace es codificar normas consuetudinarias obligatorias para él, es decir, ponerlas por escrito, podremos acudir a la formulación material de esos artículos y demandar su cumplimiento, en tanto que tan sólo recogen algo que, en realidad, ya podíamos exigir como obligatorio para ese Estado: una costumbre internacional existente. Así, la norma convencional no vincularía al Estado, pero su redacción nos servirá para concretar las normas consuetudinarias que ese Estado ha de cumplir desde que, como tales, se hubieran consolidado en la sociedad internacional; realidad, señálase al menos, muy común dentro del sector del ordenamiento jurídico internacional conocido como Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

8 Véase REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R. M.^a, DÍEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E. & PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Derecho Internacional*. Madrid, McGrawHill, 1997, p. 1.

9 Sobre esta cuestión no debe dejarse de consultar el completo trabajo de SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., *Derecho Internacional y Crisis Internacionales*. Madrid, Iustel, 2005; en especial véanse pp. 13-30.

10 A este respecto, puede verse la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el *asunto de las Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (Nicaragua v. Estados Unidos de América)*, fondo, I.C.J. Reports 1986, en especial párr. 178-180.

11 Para más datos sobre los distintos supuestos de interacción entre una costumbre y un tratado internacional es apropiado acudir a la decisión del Tribunal Internacional de Justicia en el *asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania v. Dinamarca/República Federal de Alemania v. Países Bajos)*, fondo, I.C.J. Reports 1969, en especial párr. 60-81.



Ahora bien, como decíamos líneas arriba, ciertamente todos estos modos de creación de normas de derecho internacional han de pasar por las horcas caudinas del “principio de relatividad”, pero a partir de él, entran en juego otros principios igualmente básicos del derecho internacional, comenzando con el clásico *pacta sunt servanda*, es decir, que lo *pactado obliga*; dicho de otro modo, que cuando un Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por una norma de derecho internacional (y ésta se consolida, entra o está en vigor), debe a partir de entonces hacer o no hacer lo que esa obligación prescriba; debe, en concreto, cumplir esa obligación de *buena fe*. No estamos pues ante un deber moral, estético, nebuloso o filantrópico, sino clara y estrictamente jurídico; un deber cuyo incumplimiento compromete la responsabilidad internacional del Estado.

A nadie escapa que los Estados en múltiples ocasiones incumplen las obligaciones que han contraído internacionalmente, y que en determinadas circunstancias las consecuencias de tal accionar no son de la entidad que muchos podrían/mos esperar; pero tampoco nadie podría negar que los particulares violentamos en diversas oportunidades las normas de nuestros ordenamientos jurídicos internos, y que tales acciones no siempre conllevan una sanción por parte de la autoridad estatal competente. De hecho, precisamente la “relatividad de los derechos y obligaciones internacionales”, recordemos, el hecho de que un Estado sólo se ve obligado a aquello a lo que ha consentido obligarse, abre muchas más posibilidades a lo que se denomina como *cumplimiento espontáneo* u *observancia espontánea* del Derecho (internacional), en tanto que, es obvio, las reglas sobre las que un Estado ha decidido consentir son aquéllas que responden, en buena lógica, a sus intereses o aspiraciones.

El paralelismo realizado entre el derecho internacional y el interno nos permite dar un paso más en el propósito de este apartado. Si, como hemos expuesto, la creación de obligaciones internacionales depende del consentimiento estatal, en general, y si excluimos ahora los conocidos como “actos o declaraciones unilaterales de los Estados”¹², del consentimiento inicial seguido del consenso o consentimiento común de dos o más Estados, resultaría un tanto desconcertante que uno solo de esos Estados pudiera, por sus propios medios, sin notificación ni preaviso o aviso, y sin mayor consideración hacia el parecer de sus iguales soberanos, ignorar, supeditar, alterar, olvidar o postergar el cumplimiento de ese compromiso. En realidad, tal posibilidad sería no sólo desconcertante, sino que acabaría con cualquier viso de seguridad jurídica internacional; o expresado en términos más rotundos, sería tanto como aceptar, de un plumazo, la liquidación de toda la estructura en la que descansa el sistema jurídico internacional.

No conozco a nadie que pueda negar esta evidencia lógica; pero sí a muchos que, cuanto menos, se extrañan si la misma se plantea en una concreción menos aséptica, esto es, en otro de los principios básicos que aquí nos interesan: que un Estado no puede dejar de cumplir una obligación internacional, no puede justificar su incumplimiento, emitiendo una norma de derecho interno, de la naturaleza que sea, que, bien así lo disponga, bien regule alguna materia de forma incompatible con esa norma u obligación de derecho internacional.

12 Desde la perspectiva aquí adoptada, cuando hablamos de “actos o declaraciones unilaterales” del Estado nos referimos a un procedimiento específico de creación de obligaciones internacionales, en virtud del cual, determinadas declaraciones o actos de un Estado pueden crear, por sí solos, obligaciones para el Estado autor y derechos correlativos en cuanto a su cumplimiento para otros Estados; posibilidad fundada en las propias exigencias del principio de buena fe, ya que, como ha manifestado el mismo Tribunal Internacional de Justicia: «One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential. Just as the very rule of *pacta sunt servanda* in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declaration. Thus interested States may take cognizance of unilateral declarations and place confidence in them, and are entitled to require that the obligation thus created be respected», véase Asunto de los Ensayos Nucleares (Australia v. Francia), fondo, Sentencia de 20 de diciembre de 1974, en *I.C.J. Reports*, 1974, párrafo 46.



Mayor pudiera ser el escándalo para algunos si, de hecho, adoptase aquí el propio calificativo que la Comisión de Derecho Internacional utiliza sobre este particular en su Proyecto definitivo de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹³, es decir, que el derecho interno es *irrelevante* a los efectos de intentar o pretender justificar el incumplimiento de una obligación internacional¹⁴. Aún más, si un Estado legisla de forma irreconciliable con una norma de derecho internacional que él solito ha aceptado, no sólo nada podrá justificar a través de esa ley, sino que sólo obtendrá como resultante la comisión de un hecho ilícito internacional; estará realizando un comportamiento que, siendo atribuible al Estado según el derecho internacional¹⁵, constituiría una violación de una obligación internacional del Estado. Y de aquí, la consecuencia inmediata y principio también esencial del derecho internacional, que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional, y que tal hecho entraña la obligación de reparar de forma adecuada¹⁶; sin olvidar las más inmediatas obligaciones de cesación (poner fin al hecho ilícito) y no repetición (ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen)¹⁷.

Lo referido hasta el momento son, obviamente, sólo algunos de los cimientos del sistema general; y a partir de ellos cabría ir elevando el edificio, en el que no serán elementos extraños las excepciones, matizaciones, limitaciones, tensiones, contradicciones, insuficiencias, problemas, limbos, y cajas oscuras; sin ir más lejos, comenzando por el tan complejo como *interesado* mundo de lo que llamamos “denuncia de los tratados”, esto es, el mecanismo previsto (por no decir calculadamente esbozado) para dar por terminado o retirarse de un tratado internacional; realidad que como ha explicitado un completo y riguroso estudio reciente, “se mueve entre dos principios fundamentales del orden internacional: la regla *pacta sunt servanda* y el sacrosanto principio del respeto a la soberanía estatal”¹⁸.

Ahora bien, de toda la inmensidad que se abriría ante nuestros pasos a partir de estas pautas generales, conviene apuntar al menos dos cuestiones de importancia para lo que se abordará en las siguientes páginas:

En primer lugar, desde hace no muchos decenios, coexistiendo con el régimen de responsabilidad internacional del Estado ha ido consolidándose un sector normativo del ordenamiento jurídico internacional que, en breve, regula lo que conocemos como “responsabilidad internacional del individuo”; esto es, aquellos supuestos excepcionales en los que determina-

13 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 julio de 2001.

14 Véase artículo 32 del Proyecto de artículos.

15 A este respecto, recuérdese que el artículo 4 del Proyecto de artículos nos aclara, como principio general, que: «1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado».

16 De las muchas menciones sobre este particular, puede acudir a la ya clásica sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de 1927 en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*, fondo, P.C.I.J., Series A, Nº. 17.

17 Para más datos, véanse los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional al contenido del artículo 30 de su Proyecto definitivo. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, pp. 226-234.

18 Véase CONDE PÉREZ, E., *La denuncia de los tratados. Régimen en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y práctica estatal*. Madrid, Congreso de los Diputados, 2007, p. 33.



das normas de derecho internacional prevén explícitamente la trascendencia internacional de concretas conductas del individuo (“crímenes de derecho internacional”), en las que además es precisa la existencia de un comportamiento culpable; estableciéndose, igualmente, una serie de mecanismos o procedimientos específicos para hacerla efectiva, y siendo consecuencias principalmente de índole penal las que, en última instancia, atañen al individuo que con esa conducta o conductas incumpla los deberes que emanan de este sector normativo¹⁹.

En segundo lugar, otras ramas del derecho internacional también disponen regímenes específicos de responsabilidad internacional; singularmente la prevista dentro de lo que se ha venido a llamar como DIDH. Las normas propias de este sector presentan una especificidad que va más allá de su ámbito material, de tal suerte que si bien, en líneas generales, el derecho internacional rige relaciones planteadas horizontalmente (inter-estatales), el DIDH en realidad centra su atención e interés en cuestiones que se sitúan verticalmente, en un plano intra-estatal, que abarca relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo su jurisdicción²⁰. De este modo, cuando hablamos de la obligación de reparar en este ámbito no nos estaremos refiriendo –al menos totalmente– a la obligación jurídica que nace del Estado infractor al Estado lesionado, sino al deber jurídico que surge para el Estado violador de una obligación propia del DIDH y las personas-víctimas de tal accionar; deber que, en todo caso, se concretaría en la obligación de otorgar una reparación plena, efectiva, y de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso²¹.

El lector atento habrá advertido que tan sólo con estas breves pinceladas añadidas en apenas dos párrafos, lo que antes parecía un esquema sencillo se puede complicar extraordinariamente; de tal suerte que un crimen de derecho internacional, por ejemplo un genocidio o un crimen contra la humanidad, que al tiempo fuera atribuible a un Estado y supusiera una violación de la normativa propia del DIDH, generaría, en el plano inter-estatal, tanto la responsabilidad internacional del Estado por violación de las normas que prohíben la comisión de tales actos, como, en su caso, la responsabilidad internacional del Estado por la vulneración de las obligaciones concurrentes del DIDH; ilícitos que deberían ser reparados inter-estatalmente. Junto a ello, entraría en juego lo que se conoce como “deber de garantía de los derechos humanos”²², y en lo que aquí interesa, la obligación de investigar, juzgar, y sancionar a los responsables de la violación al derecho humano o derechos humanos en cuestión, sin olvidar,

19 Para más datos sobre este particular, puede consultarse CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho Internacional y...*, en especial pp. 41-67, así como la abundante bibliografía que se refiere.

20 Aunque existe un enorme número de trabajos sobre esta cuestión, para una primera aproximación puede acudir a CANÇADO TRINDADE, A. A., “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano” en CANÇADO, A. A. (Rel.), *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*. vol. I, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003. En sede jurisdiccional, puede verse CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 septiembre de 1982 sobre “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), en Serie A: Fallos y Opiniones, n.º 1, en especial párr. 24; Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982 sobre *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en Serie A: Fallos y Opiniones, n.º 2, específicamente párr. 28.

21 Resulta muy esclarecedor acudir sobre este particular a un trabajo monográfico reciente de un especialista como GÓMEZ ISA, F., “El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos” en GÓMEZ ISA, F. (Dir.), *El derecho a la memoria*. Bilbao, Departamento para los Derechos Humanos, el Empleo y la Inserción Social de la Diputación Foral de Guipuzkoa, 2006, pp. 23-75; cuyas conclusiones comparto completamente, sólo con algunas reservas respecto al carácter normativo de un derecho a la memoria de naturaleza colectiva. Fuera de la doctrina, en este punto es referencia obligada el documento elaborado en el seno de la COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, *Documento de las Naciones Unidas*, E/CN.4/2005/L.10/Add.11, 19 abril de 2005.

como se ha dicho, el deber de reparar a las víctimas particulares. Finalmente, estaríamos también ante una situación que haría surgir la responsabilidad internacional del/os individuo/s que perpetrase/n, ya el genocidio, ya los crímenes contra la humanidad (por supuesto atendiendo también a los distintos grados de autoría y participación en tales crímenes). Y cada uno de estos ámbitos de posible responsabilidad presenta sus propias reglas, procedimientos específicos, mecanismos previstos, sugeridos o habilitados, órganos y/o organismos competentes; grandezas y miserias.

Con todo, sospecho que la introducción de este conjunto de responsabilidades, jurídicamente independientes pero potencialmente complementarias, puede terminar por alejarnos de la finalidad esencial de este apartado; con lo que, en lo que en él nos interesa, baste condensar lo expuesto en el siguiente microcosmos jurídico de principios esenciales del derecho internacional; labor para la cual me permitiré apoyarme en textos de autoridad y solera suficientes:

- 1) A tenor de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que contiene una serie de principios básicos conocidos como *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*:

«...Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de Derecho Internacional generalmente reconocidos.

Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de Derecho Internacional generalmente reconocidos...»²³.

- 2) Tal y como disponen los tres primeros artículos del Proyecto definitivo de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos –texto que en esencia codifica las normas consuetudinarias en este ámbito–:

«Artículo 1. Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos:

Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

Artículo 2. Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado:

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Artículo 3. Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito:

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno»²⁴.

22 Sobre el mismo, puede verse CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho Internacional y...*, op. cit., pp. 238-269, así como la abundante bibliografía que se refiere.

23 Véase ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “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”, Resolución 2625 (XXV), *Documento de las Naciones Unidas*, A/8082, 4 octubre de 1970, *El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta*, párr. 2 y 3.

24 Véase, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, art. 1-3.

- 3) Como siguiente paso, los mismos artículos 29 a 32 del Proyecto definitivo de la Comisión de Derecho Internacional nos señalan las consecuencias relevantes en lo que ahora nos ocupa, y el 55 nos advierte de lo que apuntábamos arriba:

«Artículo 29. Continuidad del deber de cumplir la obligación:

Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito con arreglo a lo dispuesto en esta parte no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada.

Artículo 30. Cesación y no repetición:

El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

- a) A ponerle fin si ese hecho continúa;
- b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

Artículo 31. Reparación:

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.
2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.

Artículo 32. Irrelevancia del derecho interno:

El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte.

[...]

Artículo 55. *Lex specialis*:

Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional»²⁵.

- 4) En cuanto a la responsabilidad internacional de los individuos que cometen un crimen de derecho internacional, es adecuado acudir a la formulación que realizara la misma Comisión de Derecho Internacional²⁶ de los conocidos como *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg*; a tener del primero de estos principios:

«Toda persona que cometa un acto que constituya crimen de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción»²⁷.

25 Véase, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, "Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", art. 28-32 y 53.

26 Con anterioridad, puede acudir a ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946: "Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg". Meses antes, podemos referirnos también a la Resolución 3 (1) de 13 febrero de 1946, a la que seguiría la 170 (11) de 31 octubre de 1947, sobre la extradición y el castigo de los criminales de guerra.

27 Véase COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, "Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg" en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1950, Principio I.

- 5) Finalmente, para condensar el principio básico que ahora nos interesa en cuanto a las previsiones específicas en el ámbito del DIDH, podemos referir múltiples decisiones tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁸ como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; pudiendo escoger, como referente, la decisión inaugural de esta última, en la que se explicitó rotundamente que:

«La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción [...]. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

[...]

El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

[...]

Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención»²⁹

3. El derecho internacional dentro de los procesos de transición política: La conocida como Justicia Transicional

Si tras la exposición de la serie de principios que hemos realizado abordamos ahora la aplicación del derecho internacional a los procesos de transición política, cualquier despliegue argumental debería comenzar por acudir a otro de los principios básicos del ordenamiento jurídico internacional, el denominado como "principio de la identidad o continuidad del Estado". Según este principio, en líneas generales, el Estado, a los efectos del derecho internacional, continúa siendo el mismo cualesquiera que sean los cambios, constitucionales o revolucionarios, ocurridos en la organización interna del país. De este modo, cualquier alteración que pueda acaecer en la organización política de un Estado no afecta a la condición internacional

28 Véanse, a modo de ejemplo, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Kaya v. Turkey, Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 19 febrero de 1998; *caso Kurt v. Turkey, Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 25 mayo de 1998; *caso Yasa v. Turkey, Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 2 septiembre de 1998; *caso McCann and others v. The United Kingdom, Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 27 septiembre de 1998; *caso Assenov and others, Merits and Just Satisfaction*, sentencia de 28 octubre de 1998.

29 Véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, n° 4, párr. 166, 174 y 176. Esta consideración de la Corte ha sido ampliamente reiterada por otras sentencias posteriores, como por ejemplo, *caso Godínez Cruz v. Honduras*, sentencia del 20 enero de 1989, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, n° 5; *caso Caballero Delgado y Santana v. Colombia*, sentencia del 8 diciembre de 1995, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, n° 22; *caso El Amparo v. Venezuela, Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia del 14 septiembre de 1996, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, n° 28; *caso Castillo Páez v. Perú*, sentencia de 3 noviembre de 1997, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, n° 34; *caso Suárez Rosero v. Ecuador*, sentencia de 12 noviembre de 1997, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, n° 35; *caso Trujillo Oroza v. Bolivia, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 febrero de 2002, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, n° 92.



de éste, quedando por tanto inalteradas sus obligaciones internacionales frente a terceros. Dicho de otro modo, y al margen de casuísticas singulares, que un Estado inicie, se encuentre inmerso, o haya culminado un proceso de transición política es un hecho irrelevante para el derecho internacional, para las obligaciones internacionales que ese Estado debe cumplir; todo ello, por exigencia de otro principio esencial, el de seguridad jurídica internacional, al igual que como consecuencia de la propia formulación de los definidos como principios estructurales del ordenamiento jurídico internacional, entre los cuales se incluye el derecho de todo Estado a elegir y a llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural³⁰.

Consecuencia evidente de lo anterior es algo que expresamente señalara la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su primera sentencia, esto es, que:

«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»³¹.

Así, si no concurre ninguna otra circunstancia, la normativa internacional a atender por un Estado durante el régimen no democrático será idéntica a la exigible tanto en el transcurso de la transición como, en su caso, una vez consolidada la (nueva) democracia. Y es que, en definitiva, el Estado sigue siendo el mismo, haya elegido uno u otro de los varios procedimientos para la toma de decisiones en su sociedad, tenga un tipo de gobierno u otro, esté modificando su sistema político en un sentido u otro; y siendo el mismo, debe cumplir y/o seguir cumpliendo las mismas obligaciones internacionales, es decir, las obligaciones internacionales que ha decidido aceptar. Por ello, sorprenden especialmente declaraciones como las realizadas por la Vicepresidenta del Gobierno de España, hace apenas un año, durante el turno de réplica del debate acerca del entonces Proyecto de la “Ley por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura”³² (Ley por la que se reconocen y amplían derechos, en adelante):

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

30 ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “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”, *El Principio de Igualdad Soberana de los Estados*, punto e.

31 Véase, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, n° 4, párr. 184.

32 LEY 52/2007, de 26 de diciembre, *por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*.



sición que ha merecido el más amplio respeto y reconocimiento internacional y que nos ha permitido gozar del mayor periodo de libertad, prosperidad»³³.

Sin necesidad de argumentos adicionales, y a la vista de todo lo expuesto hasta ahora, es patente que palabras de este tenor no encuentran sustento identificable en el derecho internacional que nosotros conocemos; con lo que, en este punto, entiendo suficiente reproducir lo que en su momento ya señalé sobre esta valoración que, en esencia, subyacía bajo todo el articulado concreto de este Proyecto de Ley, es decir, que

«... resulta de una claridad meridiana que una consideración de este cariz sobre el conjunto de obligaciones en juego, esto es, la convicción de que se esfuman una vez se decide que la transición en particular ha terminado “ejemplarmente y con éxito”, en realidad no merece mayor comentario que el rubor que, con sentida tristeza, ha de causarnos cuando proviene de una alta representante del ejecutivo español, máxime si es una persona de la valía de la Vicepresidenta del Gobierno»³⁴.

Con todo, la mención que se realiza a la conocida como “Justicia Transicional” es de gran pertinencia, sobre todo para aclarar algunas cuestiones importantes. Tal y como se ha indicado, un proceso de transición política no presenta relevancia alguna para el derecho internacional a día de hoy, pero si con anterioridad al mismo se han producido graves, masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, o crímenes de derecho internacional, el escenario cambia sustancialmente, dando entrada, precisamente, a lo que se ha denominado como “Justicia Transicional”; esto es, por escoger algunas de las definiciones que estimo más ilustrativas, el conjunto de estudios que enfrentan “the challenge of how best to reckon with regime atrocities”³⁵, que tratan de resolver un interrogante tan complejo como el que abre el ya clásico trabajo de Teitel: “how should societies deal with their evil pasts?”³⁶, o dicho de una forma más específica, cómo responder a las pasadas violaciones masivas a los derechos humanos cometidas, ya por agentes estatales, ya por particulares con el consentimiento y tolerancia de sus gobiernos³⁷.

Lo cierto es que para resolver esta cuestión o cuestiones son muchos los enfoques o disciplinas que han sido utilizadas y que es pertinente utilizar, pero si nos restringimos al derecho internacional, a mi entender podemos condensar las posibles perspectivas de respuesta en tres posiciones (explícitas o implícitas): La primera, aquélla que mantiene que un proceso de transición presenta tales especificidades, retos y exigencias, están en juego bienes de tal importancia, que su diseño y desarrollo ha de escapar a los patrones o límites propios del derecho internacional. La segunda, se concretaría en la defensa de la aplicación *in toto* del conjunto de obligaciones internacionales existentes al (o durante) un proceso de transición. La tercera postura, combinaría en cierto modo las dos anteriores, y abogaría por la vigencia del régimen jurídico internacional en estos procesos, pero buscando formas de modularlo o interpretarlo para atender a las obvias dificultades de la transición o transiciones en cuestión.

Aunque es muy probable que durante años haya primado –y quizá siga siendo mayoritario– el primero de estos tres posicionamientos de partida, a la luz de todo lo explicado su

33 Véase Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2006, VIII Legislatura, Número 222, Sesión plenaria nº 206, celebrada el jueves, 14 diciembre de 2006, p. 11270.

34 Véase CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. “*El viaje a...*”, *op. cit.*, p. 176.

35 Véase AMSTUTZ, M. R., *The Healing of Nations. The Promise and Limits of Political Forgiveness*. Nueva York, Roman & Littlefield Publishers, 2005, p. 17.

36 Véase TEITEL, R. G., *Transitional Justice*. Nueva York, Oxford University Press, 2000, p. 3.

37 Ésta es la pregunta que se formula Nino al comienzo de su imprescindible trabajo, NINO, C. S., *Radical Evil on Trial*. New Haven, Yale University Press, 1996, p. VII.



apoyo significaría tanto como apostar, de salida y sin mayor consideración, por desconocer o ignorar por completo todo el conjunto de principios esbozados, y obligaciones internacionales en juego; es decir, supondría aceptar la inexistencia o irrelevancia del derecho internacional durante un proceso de transición, y consecuentemente, de la propia sociedad internacional, cuerpo social que se conforma como origen y destinatario del mismo. Por ello, obviamente nosotros no podemos más que rechazar esta posición. Más bien, pareciera que es la segunda postura el camino adecuado, o cuanto menos jurídicamente defendible, aunque en este caso se correría el riesgo de presentar una actitud maximalista que podría terminar por presentar al ordenamiento jurídico internacional como un conjunto de previsiones a cumplir que podrían naufragar entre lo imposible, lo inviable, o incluso lo odioso; pues resultaría cuanto menos poco estimulante para los dirigentes de las nuevas democracias acomodar su accionar a una serie de obligaciones que, si bien evidentemente aceptadas, podrían conducir en determinados escenarios al colapso o al fracaso del propio sistema que se pretende instaurar o reinstaurar. De este modo, desde mi punto de vista es la tercera vía la que resulta más oportuno adoptar, y así lo hecho cuando he tenido ocasión; posicionamiento que, desde luego, comienza por explicitar que ni el derecho internacional se volatiliza cuando estamos ante un proceso de transición, ni se solidifica una vez se considere acabado éste, sino que, pese a las previsiones formales, el ordenamiento jurídico internacional ha de ser capaz de atender, en la medida de sus posibilidades, a los retos, demandas y dificultades de un proceso de transición precedido de graves, masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, o de la perpetración de los más horribos crímenes de derecho internacional. De hecho, y en mi opinión, ésta ha de ser la finalidad de aquellos de nosotros que nos aproximamos a la misma "Justicia Transicional" desde el derecho internacional público.

En definitiva, pese a que desde la tercera perspectiva señalada pueden surgir obligaciones específicas para este tipo de procesos de transición –señaladamente, el potencial o emergente "derecho y consiguiente deber a la memoria de carácter colectivo"³⁸–, y aunque es pertinente abogar por ciertas modulaciones al régimen general derivado de las obligaciones internacionales en liza, la conclusión inmediata no puede ser otra que la rotunda afirmación de la vigencia del derecho internacional por más que un Estado se encuentre inmerso en una transición política, la pretenda iniciar o la haya culminado con éxito o fracaso. Y tal y como hemos señalado, este cumplimiento será tan exigible como demandable la responsabilidad internacional en la que se incurrirá si se optase, bajo una consideración u otra, por ignorar su existencia.

38 Como he sostenido en otros lugares, a día de hoy, si bien no cabe duda de que todas y cada una de las víctimas (y sus familiares) tienen el derecho a saber lo que ocurrió, a que se investiguen las violaciones a sus derechos humanos que se hubieran cometido y a que se hagan públicos esos resultados, no considero que sea igualmente vinculante, en la actualidad, reitero, esa obligación respecto a la sociedad en su conjunto; de tal suerte que el establecimiento de mecanismos como las conocidas como "Comisiones de la Verdad" ha de seguir reputándose como –a parte de especialmente útil y recomendable– discrecional para el Estado. Sobre los argumentos jurídicos que sostienen tal consideración, véase CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho Internacional y...*, *op. cit.*, pp. 262-269, donde se recogen también algunas opiniones doctrinales contrarias. En relación con el caso español, puede verse también un resumen de estos argumentos en CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "El viaje a...", *op. cit.*, pp. 169-172. Desde una perspectiva general, sobre las Comisiones de la Verdad es inevitable la consulta del completo trabajo de HAYNER, P. B., *Unspeakable Truths. Confronting Terror and Atrocity*. Nueva York, Routledge, 2001. Para un estudio monográfico sobre las Comisiones de la Verdad en el área geográfica donde su uso ha sido más intenso, véase POPKIN, M. & ROHT-ARRIAZA, N., "Truth as Justice: Investigatory Commissions in Latin America" en *Law and Social Inquiry*, vol. 20, nº 1, (1995), pp. 79-116. Más próximo en el tiempo, puede acudir al interesante trabajo de SCHABAS, W. A., "Comisiones de la Verdad y Memoria" en GÓMEZ ISA, F. (Dir.), *El derecho a...*, pp. 101-112; así como al artículo de GAMARRA CHOPO, Y., "Peace with Justice: The Role of Prosecution in Peacemaking and Reconciliation" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 13, (2007), pp. 7-10.

4. Coherencia e incoherencias en la transición política española

Como punto de partida podemos convenir en que precisamente uno de los pasos fundamentales que suele y debe dar un gobierno que ha logrado la pacificación de un conflicto armado, y más evidentemente un (nuevo) gobierno democrático, es la reinstauración del Estado de Derecho, la afirmación de un sistema respetuoso, en concreto, de la legalidad internacional. Y de forma más sectorial, es una tendencia claramente advertible la aceptación expresa de la normativa propia del DIDH con los nuevos aires democráticos; actitud probablemente guiada por el ímpetu de exponer a la sociedad internacional el indudable deseo de diferenciarse radicalmente de los anteriores mandatarios autoritarios. En este sentido, las autoridades españolas fueron *coherentes* con esta orientación y necesidad, iniciando prontamente un proceso que llevaría a España a manifestar su consentimiento en la mayoría de normas convencionales del DIDH, e incluso a aceptar la competencia y participar en muchos de sus órganos/organismos de control. No obstante, en lo que aquí nos ocupa, y como intentaré justificar en las siguientes páginas, esta *coherencia* inicial tornaría en algo mucho más confuso y fugaz de lo que hubiera sido deseable.

Si recuperamos ahora lo que antes señalábamos bajo el concepto de *coherencia política*, cabría haber esperado que la actuación interna de las nuevas autoridades españolas se hubiera ajustado a los valores o principios que afirmaban sostener en el esfera internacional; posibilidad que se trasformaría en auténtica exigencia si nos referimos a lo propio de la *coherencia jurídica* en relación a las normas sobre las que el Estado español hubiera manifestado su consentimiento en obligarse. Pues bien, para comprobar este grado de *coherencia* o *incoherencia*, elegiremos a modo de significativo ejemplo tan sólo dos normas, y para dotar de mayor claridad al examen, serán dos normas de carácter de convencional, dos tratados internacionales; sin perder de vista que, como ya apuntamos, estas normas codifican, en gran parte, el derecho consuetudinario vigente desde mucho antes en este ámbito. El primero de estos tratados, aceptado en los primeros desarrollos de la transición política española, será el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁹ (PIDCP), firmado por España el 28 de septiembre de 1976 y ratificado el 27 de abril de 1977 (entrada en vigor el 27 de julio de 1977); el segundo, el más próximo en el tiempo, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (CIPDF)⁴⁰, por el momento sólo firmada por España el 27 de septiembre de 2007. Con esta elección, además, evitaremos la endémica –y a veces estéril– polémica acerca de la duración de un proceso de transición; escogiendo como criterio temporal el período completo durante el que se han debatido, diseñado o implementado medidas para enfrentar (u olvidar) los crímenes cometidos con anterioridad a la transición en cuestión.

Comenzando por el PIDCP, lo que antes definíamos como “deber de garantía de los derechos humanos” encuentra precisa definición en lo artículo 2 del PIDCP, a tenor del cual:

«1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones

39 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 16 diciembre de 1966, en B.O.E. de 30 abril de 1977.

40 Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por consenso en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 diciembre de 2006. Su texto puede consultarse en <http://www.ohchr.org/spanish/law/disappearance-convention.htm>.



legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) **Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;**
- b) **La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;**
- c) **Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso»⁴¹.**

Esta obligación estatal, vinculada con la prevista en el artículo 14, puede ser expresamente concretada acudiendo a las Observaciones Generales del propio órgano creado en virtud del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos. Así, en la Observación General nº7, referida a la prohibición de la tortura, aclaró el Comité que las quejas por mal trato debían ser investigadas efectivamente por las autoridades competentes, quienes sean culpables debían ser considerados responsables, y las víctimas debían tener a su disposición los recursos efectivos, incluyendo el derecho a obtener una reparación⁴². Por su parte, en la Observación General nº20, que sustituyó a ésta, se afirmó de forma más desarrollada que:

«El Comité observa que, en relación con la aplicación del artículo 7, no basta con prohibir ese trato o castigo o con declararlo delito. Los Estados Partes deberán informar al Comité sobre las medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole que adopten para prevenir y castigar los actos de tortura, así como los tratos crueles, inhumanos y degradantes, en todo el territorio sometido a su jurisdicción.
[...]

El artículo 7 debe interpretarse conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. En sus informes, los Estados Partes deberán indicar cómo sus legislaciones garantizan efectivamente el cese inmediato de todo acto prohibido por el artículo 7, así como la concesión de una reparación adecuada. El derecho a presentar denuncias contra los malos tratos prohibidos por el artículo 7 deberá ser reconocido en derecho interno. Las denuncias deberán ser investigadas con celeridad e imparcialidad por las autoridades competentes a fin de que el recurso sea eficaz. Los informes de los Estados Partes deberán proporcionar información concreta sobre los recursos de que disponen las víctimas de malos tratos y sobre los procedimientos que deban seguir los demandantes, así como datos estadísticos sobre el número de denuncias y el curso que se ha dado a las mismas»⁴³.

Evidentemente, *mutatis mutandi* tal consideración es aplicable, como menciona el artículo antes citado, a la violación de cualquier derecho humano, no sólo a lo propio de la prohibición de cometer tortura o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; pero en realidad, esta aclaración carece de mucho sentido, ya que la obligación del artículo 2.3 pareció ser completa y simplemente olvidada por España, cuyo legislador, quizás aquejado por un severo

41 La negrita es mía.

42 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, "Observación General No. 7 sobre el artículo 7", *Documento de las Naciones Unidas*, CCPR/C/21/Rev. 1, 19 de mayo de 1989, párr. 1.

43 Véase 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 marzo de 1992, párr. 8 y 14.



ataque de amnesia, apenas cinco meses después de manifestado el consentimiento en obligarse por este tratado no tuvo el menor reparo en aprobar la célebre y celebrada Ley 46/1977 de Amnistía⁴⁴. Así, en vez de acudir a una genérica mención a la prescripción como se hacía en el Decreto Ley 10/1969 para los “delitos cometidos con anterioridad al uno de abril de mil novecientos treinta y nueve”⁴⁵, y ya con el primer Congreso democráticamente elegido tras casi cuarenta años de régimen autoritario, el 15 de octubre de 1977 se sancionaría, con doscientos noventa y seis votos a favor, dos en contra, dieciocho abstenciones y un voto nulo, una norma que 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»⁴⁶.**

Paradigmáticamente, ni uno sólo de aquéllos que no votaron a favor de esta ley justificó su decisión en las obligaciones internacionales aceptadas por España, en la necesidad de una actuación, primero política, pero en rigor *jurídicamente coherente* con ellas; en que a través de esta medida se pretendía obviar la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los crímenes pasados; en definitiva, en que, como salta a la vista de cualquiera, con las previsiones del artículo 2.e) y f) de esta ley se ignoraba, y por tanto violaba, el contenido del artículo 2.3 del PIDCP en su letra y en su espíritu. Lo más próximo a estas consideraciones que podríamos encontrar en aquellos días fueron ciertas alegaciones sobre la necesidad de una “reparación moral” para las víctimas, vertidas por representantes del Grupo Mixto; mientras que, por su parte, el partido Alianza Popular optó por la abstención basándose en consideraciones más que alejadas de las anteriores, esencialmente centradas en los “peli-

44 B.O.E. Número 248, de 17 octubre de 1977.

45 Véase Artículo 1 del Decreto-Ley 10/1969, de 31 marzo (jefatura), *por el que se declara la prescripción de todos los delitos cometidos con anterioridad al 1 de abril de 1939*, en B.O.E nº 78 de 1/IV/1969.

46 La negrita es mía.



gros” 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 en aquellas fechas⁴⁷.

Que por aquellos entonces aún fuera lamentable moneda común acudir a este tipo de amnistías, o que pudiera haber ciertas dificultades para determinar el régimen jurídico internacional aplicable a algunos de los crímenes cometidos muchos años atrás, pueden ser argumentos que ahora usemos o usen unos u otros, pero en aquellos días, sencillamente con una mano se ratificaba un tratado internacional que obligaba a España a comportarse de un modo, y con la otra se sancionaba una ley que disponía precisamente lo contrario. Una actitud, en resumen, de una *incoherencia jurídica* pasmosa.

Con todo, similar aunque no idéntico grado de *incoherencia* podemos encontrar en la actuación de las autoridades españolas en relación a la obligación de reparar a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos pasadas; ante un supuesto fáctica que, ha de recordarse, se concretaría en lo que Leo Brincat ha denominado como “deeply disturbing Franco’s human rights record”⁴⁸; realidad cuyo origen podríamos situar en los miles o decenas de miles de personas ejecutados extrajudicialmente –o sumariamente– por ambos contendientes durante la guerra civil, pasando por los cientos de miles de detenidos, encarcelados, torturados y, en algunos casos, desaparecidos –y hasta utilizados para experimentos médicos– durante el decenio de 1940, la serie de procesos sumarísimos en la jurisdicción militar, y los presos esclavizados para las grandes obras del régimen –dentro de la política conocida como de “reeducación”⁴⁹–, hasta llegar a lo que Amnistía Internacional ha calificado como un régimen

47 Para más datos sobre este particular, véase AGUILAR, P., *Memoria y olvido de la Guerra Civil española*. Madrid, Alianza, 1996, pp. 266-271.

48 Véase CONSEJO DE EUROPA, “Need for international condemnation of the Franco regime”, *Doc. 10078*, Ref. 2926, de 2 marzo de 2004, adoptado por unanimidad el 4 octubre de 2005, párr. 51 [<http://www.coe.int>].

49 De forma específica, señala el conocido como “Informe Brincat”: «The total number of casualties is disputed: estimates generally suggest that between 500 000 and 1 million people were killed. Many of these deaths, however, were results not of military fighting but the outcome of brutal mass executions perpetrated by both sides. In the early days of the war, over 50 000 people who were caught on the “wrong” side of the lines were assassinated or summarily executed. The numbers were probably comparable on both sides of the lines [...]. Particular cruelty was carried out against women in the name of the Francoist concept of redemption – rape, confiscation of goods, and execution because of the behaviour of a son or husband. 57. Immediately after the end of military hostilities of the civil war the victorious Franco regime imposed martial law throughout Spain. One of its main characteristics was a system of summary military justice on regime’s “opponents” who were widely interpreted as anyone who had served voluntarily in the Republican army or indeed anyone who had expressed support of the republic. By subjecting all those deemed political opponents to trials before a military tribunal until as late as 1962 (and in some cases thereafter) the Franco regime effectively stripped defendants of all meaningful guarantees and rights to a legal defence. 58. In consequence, trials of political detainees very often resulted in death sentences (massively imposed in 1940s), or long imprisonments of 20 to 30 years for a sole “crime” of being republican. 59. Furthermore, many political detainees in the 1940s were never in fact brought before a court of any kind. Thousands of people were held for years in administrative detention without any judicial intervention. The official Francoist figures which are certainly underestimated account for 62 000 people in administrative detention in 1940-41. 60. During the 1940s in Spain there was a huge political prisoner population. According to official figures which historians generally consider as underestimated, in the first half of the decade it reached 300,000 out of a population of 25.9 million. For comparison, the entire national prison population in pre-civil war Spain in January 1936 amounted to 34,526. The number of prisoners per 100 000 inhabitants in 1940 was nearly as high as a corresponding figure in Nazi Germany (respectively 1158 and 1614). 61. Appalling conditions of arrest and detention in prisons which systematically included hunger, massive overcrowding and epidemic diseases, constituted a flagrant violation of human rights. 62. The brutality of the police and systematic torture were the norm resulting from the lack of accountability and deliberate policies. The incidences of sexual abuse of female detainees held in police stations were common. As well as physical and psycho-



que hasta 1975 despreció notablemente los derechos humanos, normalizó la restricción y suspensión del ejercicio de derechos y libertades bajo normas jurídicas a su medida, y usó intensivamente el poder coactivo del Estado; un régimen donde se persiguió y se cometieron graves abusos contra personas por su opinión política, contra minorías sociales y étnicas, y donde se torturó de forma sistemática⁵⁰.

No obstante, en este ámbito de la reparación, en realidad se implementaron muchas medidas que, desde muchos puntos de vista, pueden ser aplaudidas y celebradas, ya desde el Decreto de 1975, de revisión de oficio y anulación de las sanciones administrativas impuestas por la Ley de 10 de febrero de 1939⁵¹, el Decreto de 1976 sobre Mutilados de Guerra⁵², y otro sobre funcionarios de la Administración local⁵³, a lo que acompañaron algunas tímidas medidas simbólicas –de satisfacción– desde mayo de 1975; si bien, sería a partir de 1978 cuando fueron aprobándose un número cada vez mayor de importantes iniciativas tanto por parte del Gobierno Central como de distintos Gobiernos autonómicos⁵⁴. En todo caso, sobre su naturaleza el mismo Tribunal Constitucional aclaró, no sin cierta confusión terminológica, que aunque legalmente muchas de ellas se denominaban como “indemnizaciones”, eran realmente prestaciones establecidas gracialmente por el legislador, de acuerdo a una decisión política que había que relacionar con la legislación sobre amnistía, pese al distinto sentido de una y otra normativa⁵⁵. Y es que, años antes, el alto tribunal había explicitado cual era, a su

logical abuse by wardens. Techniques of physical and psychological control and “moral surveillance” were specifically designed to break prisoners psychologically and to create new relations of dependence with the regime and the social order it had enshrined. 63. Systematic torture accounted for the large numbers of suicides in prison. It was not exceptional that the authorities would react by executing one of prisoner’s relatives. 64. In 1944, a spokesman for Franco’s Ministry of Justice admitted that a figure of over 190,000 prisoners had been executed or died in prison. Mass graves are one of the most horrendous legacies of the way in which Franco established power. 65. Military psychiatrists carried out experiments on prisoners in search of the “red genes”. In 1938, International Brigades members were subjected to a bizarre set of physical and psychological tests in one of the first systematic attempts to put psychiatry to the service of ideology. It was only in recent years that information on Franco’s chief psychiatrist, Dr. Antonio Vallejo Nagera’s project to unravel the “biopsyche of Marxist fanaticism” has finally come to light. 66. The appalling conditions of the Francoist prison regime are only now beginning to emerge through the testimony of prisoners. 67. Another legacy of the Franco regime was concentration camps and forced labour battalions where thousands of people including women and children were “re-educated”. Republican prisoners became slave labourers. Twenty thousand worked to hew out of sheer rock the basilica known as the Valle de los Caidos (Valley of the Fallen), Franco’s monument to his victory in the civil war. Republican labour battalions provided forced labour for mines, railway building and the reconstruction of the so-called regiones devastadas. They were also used by the army and hired out to private enterprises...», párr., 53-67 [<http://assembly.coe.int>].

50 AMNISTÍA INTERNACIONAL, *España: poner fin al silencio y a la injusticia. La deuda pendiente con las víctimas de la Guerra Civil española y del régimen franquista*. Madrid, 2005, pp. 9-24 [<http://www.es.amnesty.org/>].

51 Decreto 3357/1975, de 5 de diciembre de 1975.

52 Decreto 670/1976, de 5 de marzo de 1976.

53 Real Decreto 393/1976, de 1 de octubre de 1976. Consúltese también, Orden del Ministerio del Interior de 6 de julio de 1977.

54 Para un repaso detallado a todas ellas, véase CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “El viaje a...”, pp. 138-147.

55 Sentencia del Tribunal Constitucional de España en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 2.645, 2.646, 2.647 y 2.648/92 y 12 y 420/93, promovidas, las cuatro primeras, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, y la quinta y la sexta por las Salas del mismo orden jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-La Mancha y de Madrid, respectivamente, en las que se plantea la posible inconstitucionalidad de la Disposición adicional decimoctava de la Ley 4/1990, de 29 junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, STC 361/1993, Fundamentos Jurídicos, párr. 2.



entender, la finalidad esencial de este tipo de medidas, esto es, que “contribuyen muy eficazmente al objetivo de reconciliación nacional dentro del nuevo orden democrático”⁵⁶; algo, loable en su fin, pero sustancialmente diferente al deber de reparar a la víctimas de violaciones a sus derechos humanos.

Pese a todo, esta misma lógica es la que sigue imperando en la reciente Ley por la que se reconocen y amplían derechos, en cuyo articulado se prevén cuantitativamente muy importantes medidas “indemnizatorias”, pero que en un ejercicio de *coherencia en la incoherencia*, si se me permite el juego de palabras, se incluyen sin ninguna vinculación aprehensible con los conceptos de víctima y de violación de sus derechos, sino que como reconoció la Vicepresidenta del Gobierno, se sustentan en la “articulación de la solidaridad de las víctimas y de los españoles hacia todas las personas que sufrieron la violencia”⁵⁷; algo, de nuevo, muy laudable, pero notablemente alejado de la obligación internacional de reparar que emana, cuanto menos, del artículo 2.3 del PIDCP, tal y como nos explicaba el Comité de Derechos Humanos.

En sentido contrario, hay que apuntar al menos que, ciertamente, tampoco faltaría *incoherencia*, de orden político, cuando gracias al esfuerzo de muchos/as, distintas acciones judiciales fueron abriéndose paso en España para dar cumplimiento a otro de los principios del derecho internacional enunciados, esto es, que todo aquél que comete un crimen de derecho internacional es responsable de él y está sujeto a sanción. Desde luego, no era el prurito jurídico-técnico lo que animaba a aquéllos que protestaban airadamente cuando las distintas acciones judiciales activadas en España por los crímenes cometidos en Chile, Argentina o Guatemala iban transformándose en realidades y cercando, cuando no encarcelando, a los más sanguinarios criminales; pero habrá que reconocer al menos que, tristemente, a la vista de lo anterior, no les faltaban razones cuando nos lanzaban a la cara la actitud de nuestras mismas autoridades si de los crímenes cometidos durante nuestra dictadura se trataba. Y en este orden de ideas, habrá que estar especialmente atento a la reacción de estas mismas autoridades cuando continúen su curso denuncias como la presentada en diciembre de 2006 por la *Associació per a la Recuperació de la Memòria Històrica de Mallorca* por crímenes de lesa humanidad de desaparición forzada, perpetrados principalmente en Mallorca entre 1936 y 1939⁵⁸.

En todo caso, volvamos ahora a las medidas activamente ideadas para “cerrar heridas todavía abiertas en los españoles y [...] dar satisfacción a los ciudadanos que sufrieron, directamente o en la persona de sus familiares, las consecuencias de la tragedia de la Guerra Civil o de la represión de la Dictadura”⁵⁹; y para ello, recuperemos aquéllas diseñadas más recientemente, es decir, cuando, ha de suponerse, las tensiones y retos de todo inicio de un proceso de transición quedan ya muy lejos en el tiempo.

En esta ocasión, a diferencia de lo expuesto a través del PIDCP, nos concentraremos en la *coherencia política*, y en este sentido usaremos exclusivamente el texto específico de la

56 Sentencia del Tribunal Constitucional de España en los recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 666/1983 y 189/1986, promovidos por el Presidente del Gobierno, representado por el Abogado del Estado, contra las Leyes del Parlamento vasco núm. 11/1983, de 22 junio, sobre derechos profesionales y pasivos del personal que prestó sus servicios a la Administración Autónoma del País Vasco, y 8/1985, de 23 octubre, que complementa la anterior, STC 76/1986, Fundamentos Jurídicos, párr. 2.

57 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2006, VIII Legislatura, nº 222, Sesión plenaria nº 206, celebrada el jueves, 14 diciembre de 2006, p. 11270.

58 Copia de la denuncia en poder del autor.

59 Párr. 15 de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley *por el que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*, en BOCG Núm. A-99-1, de 8 septiembre de 2006 (su redacción en este punto es idéntica a la versión aprobada por el Parlamento el 31 octubre de 2007).



CIPDF, aún sin carácter vinculante para España como hemos dicho. En este empeño, bastará con reproducir un par de artículos de la CIPDF, para a continuación contrastarlos con algunas de las previsiones de la Ley por la que se reconocen y amplían derechos, finalmente aprobada por el Parlamento tan sólo un mes y cuatro días después de la firma de la CIPDF. Así, según los artículos 2 y especialmente 24 de la CIPDF:

«**Artículo 2.**

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

Artículo 24.

1. A los efectos de la presente Convención, se entiende por víctima la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada.

2. *Todas las víctimas tienen el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, los progresos y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Los Estados Partes tomarán las medidas adecuadas al respecto.*

3. *Los Estados Partes adoptarán, todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos.*

4. *Los Estados Partes velarán por que su legislación garantice a la víctima de una desaparición forzada el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada por los daños causados.*

5. El derecho a la reparación al que se hace referencia en el párrafo 4 comprende todos los daños materiales y morales y, en su caso, otros medios de reparación tales como:

- a) La restitución;
- b) La readaptación;
- c) La satisfacción; incluido el restablecimiento de la dignidad y la reputación;
- d) Las garantías de no repetición.

6. Sin perjuicio de la *obligación de continuar con la investigación hasta establecer la suerte de la persona desaparecida*, los Estados Partes adoptarán las disposiciones apropiadas en relación con la situación jurídica de las personas desaparecidas cuya suerte no haya sido aclarada y de sus allegados, en ámbitos tales como la protección social, las cuestiones económicas, el derecho de familia y los derechos de propiedad.

7. Todo Estado Parte garantizará el derecho de las víctimas a formar y participar libremente en organizaciones y asociaciones que tengan por objeto contribuir a establecer las circunstancias de desapariciones forzadas y la suerte corrida por las personas desaparecidas y la asistencia a las víctimas de desapariciones forzadas»⁶⁰.

Pues bien, si tal y como hemos indicado, dejamos al margen que estas previsiones tienen ya carácter obligatorio en base a otras normas de derecho internacional, y nos concentramos sólo en el texto de la CIDFP, este conjunto de disposiciones, a tenor de los artículos 13 a 15 de la Ley por la que se reconocen y amplían derechos, parece posible que se concreten para España en:

60 Las cursivas son mías.



«Artículo 13. Colaboración de las administraciones públicas con los particulares para la localización e identificación de víctimas.»

1. Las Administraciones públicas, en el marco de sus competencias, *facilitarán* a los descendientes directos de las víctimas que así lo soliciten las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas violentamente durante la Guerra Civil o la represión política posterior y cuyo paradero se ignore. Lo previsto en el párrafo anterior podrá aplicarse respecto de las entidades que, constituidas antes de 1 de junio de 2004, incluyan el desarrollo de tales actividades entre sus fines.

2. La Administración General del Estado elaborará planes de trabajo y *establecerá subvenciones* para sufragar gastos derivados de las actividades contempladas en este artículo.

Artículo 14. Medidas para la identificación y localización de víctimas.

1. El Gobierno, en colaboración con todas las Administraciones Públicas, elaborará un protocolo de actuación científica y multidisciplinar que asegure la *colaboración* institucional y una adecuada intervención en las exhumaciones. Así mismo, celebrará los oportunos *convenios de colaboración para subvencionar* a las entidades sociales que participen en los trabajos.

2. Las Administraciones públicas elaborarán y pondrán a disposición de todos los interesados, dentro de su respectivo ámbito territorial, mapas en los que consten los terrenos en que se localicen los restos de las personas a que se refiere el artículo anterior, incluyendo toda la información complementaria disponible sobre los mismos.

El Gobierno determinará el procedimiento y confeccionará un mapa integrado que comprenda todo el territorio español, que será accesible para todos los ciudadanos interesados y al que se incorporarán los datos que deberán ser remitidos por las distintas Administraciones públicas competentes.

Las áreas incluidas en los mapas serán objeto de especial preservación por sus titulares, en los términos que reglamentariamente se establezcan. Asimismo, los poderes públicos competentes adoptarán medidas orientadas a su adecuada preservación.



Artículo 15. Autorizaciones administrativas para actividades de localización e identificación.

1. Las Administraciones públicas competentes *autorizarán* las tareas de prospección encaminadas a la localización de restos de las víctimas referidas en el apartado 1 del artículo 11, de acuerdo con la normativa sobre patrimonio histórico y el protocolo de actuación que se apruebe por el Gobierno. Los hallazgos se pondrán inmediatamente en conocimiento de las autoridades administrativas y judiciales competentes.
2. Las Administraciones públicas, en el ejercicio de sus competencias, establecerán el procedimiento y las condiciones en que los descendientes directos de las víctimas referidas en el apartado 1 del artículo 11, o las entidades que actúen en su nombre, puedan recuperar los restos enterrados en las fosas correspondientes, para su identificación y eventual traslado a otro lugar.
3. En cualquier caso, la exhumación se someterá a autorización administrativa por parte de la autoridad competente, en la que deberá ponderarse la existencia de oposición por cualquiera de los descendientes directos de las personas cuyos restos deban ser trasladados. A tales efectos, y con carácter previo a la correspondiente resolución, la administración competente deberá dar adecuada publicidad a las solicitudes presentadas, comunicando en todo caso su existencia a la Administración General del Estado para su inclusión en el mapa referido en el apartado primero del artículo anterior.
4. Los restos que hayan sido objeto de traslado y no fuesen reclamados serán inhumados en el cementerio correspondiente al término municipal en que se encontraran»⁶¹.

Desde este examen de laboratorio propuesto, no es preciso mucho más comentario para observar la *coherencia política* entre lo que dispone la CIPDF y lo que el Estado español, su legislador, ha dispuesto en esta ley; entre lo que, según la CIPDF, es un deber propio del Estado, y la mera facilitación, colaboración o posibilidad de subvención a terceros que prevé esta ley, de algo que, repitamos, es una obligación del Estado y un derecho de la/s víctima/s y sus familiares. Si es ésta la posición que desea adoptar España sobre este particular, más correcto sería que *coherentemente* declarase no compartir el articulado de la CIPDF; y en consecuencia, no manifestase su consentimiento en obligarse por un tratado que, apenas a un mes de firmado, es abiertamente ignorado por una norma de derecho interno aprobada por su Parlamento. Si bien, esto no evitaría que, en atención a otras normas de derecho internacional, muy posiblemente España esté ya incumpliendo sus compromisos con una ley como ésta, es decir, esté incurriendo en una nueva *incoherencia jurídica*.

5. A modo de conclusión

Exigir un comportamiento *coherente* en todos y cada uno de los pasos, iniciativas, apuestas o retiradas que protagonizan las élites de un país durante procesos tan complejos como una transición política probablemente sea ilusorio, cuando no contraproducente. Mas, si enfocamos el concepto de *coherencia* desde la óptica del derecho internacional, tal actitud sería no sólo deseable, si queremos evitar una política abiertamente sostenida en varas de medir distintas para lo interno y lo internacional, sino en muchas ocasiones jurídicamente exigible, si pretendemos impedir que el Estado vea su responsabilidad internacional continuamente comprometida.

Pese a la flexibilidad interpretativa que aconsejan o demandan muchos procesos de transición precedidos de graves, masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, o de la comisión de atroces crímenes de derecho internacional, tal actitud y consideración no puede, bajo ninguna consideración jurídica conocida –al menos por mí–, alterar hasta su de-

⁶¹ Las cursivas son mías.



saparición los principios básicos que sustentan el funcionamiento del derecho internacional. De tal suerte que durante una transición, las obligaciones internacionales han de seguir cumpliéndose de buena fe, el derecho interno no puede superponerse a las normas internacionales, la responsabilidad internacional (estatal o individual) no se suspende o evapora, y la violación de toda obligación internacional ha de ser reparada. Así, será desde estos parámetros cuando en derecho internacional podremos considerar a un proceso de transición como verdaderamente *coherente*, por no decir “ejemplar”.

Con independencia de la valoración que cada uno pueda tener sobre la transición política española, acerca de su éxito total, parcial o nulo, de las virtudes o defectos de su desarrollo político, con las páginas de este breve trabajo espero haber podido explicar porqué, tan sólo acudiendo a dos normas convencionales del amplio catálogo disponible, las medidas diseñadas por España durante todos estos años para enfrentar los crímenes cometidos en su pasado autoritario han adolecido de una *incoherencia política y jurídica* notables, cuando no desconcertantes. Y en este sentido, confío que resulte más sencillo comprender porqué, pese a los evidentes esfuerzos de las autoridades españolas en los últimos años, su contribución a la casuística de la Justicia Transicional no es tan “modélica” como muchos consideran, y todos deseáramos.



Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 2.5

Usted es libre de:

- copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciador*.
- **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
- **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.

Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.

Los derechos derivados de usos legítimos u otras limitaciones reconocidas por ley no se ven afectados por lo anterior.

Esto es un resumen fácilmente legible del texto legal,
la licencia completa la encontrará en:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/legalcode>

* Debe incluir claramente el nombre de su autor o autores y el texto “Artículo originalmente publicado en *Entelequia. Revista Interdisciplinar*. Accesible en <<http://www.eumed.net/entelequia>>”.