

La justicia de transición: concepto y práctica española (selección de bibliografía y documentación)

Transitional Justice: Concept and Practice in Spain (Selected Bibliography and Documents)

Santiago Ripol Carulla
Universidad Pompeu Fabra. España
santiago.ripol@upf.edu

Abstract

Transitional justice deals with the question of how States, a war or dictatorship ended, confront a situation of past-large-scale human rights violation in a period of transition to peace and democracy. Although the situations differ widely from one case to another, International Law has contributed to define the core elements of transitional justice. From this viewpoint the Spanish case is considered.

Key Words

Transitional justice, human rights, United Nations, Spain, memory, Spanish Civil War, Transition.

Resumen

La justicia de transición se refiere al modo en que los Estados, finalizada una guerra o concluida una dictadura, afrontan las graves violaciones de los derechos humanos vividas en el pasado. Aunque las respuestas varían de una situación a otra, el Derecho internacional, con fundamento en sus normas de protección de los derechos humanos, ha contribuido a definir los elementos básicos de la justicia de transición. Desde esta perspectiva, se examina la práctica española.

Palabras clave

Justicia de transición, derecho internacional, derechos humanos, Naciones Unidas, España, memoria, guerra civil española, Transición.

Introducción

En el marco de la Jornada de estudios titulada *Los espacios de la memoria en la sociedad actual: teoría e historia* (8 de mayo de 2014) tuve la satisfacción de presentar el concepto de justicia de transición y su repercusión en España.¹ Tuve asimismo la oportunidad de asistir a un debate – intenso, rico, vivo, pluridisciplinar, universitario, en fin, en el mejor sentido del término – sobre la memoria de la guerra civil española durante la transición a la democracia. El recuerdo de aquel día me ha llevado a modificar parcialmente el contenido de mi participación en el número de *Historiografías* que reúne los textos de las intervenciones de la referida Jornada. Considero que para mejor contribuir al mismo debo ofrecer a los lectores, además del estudio del objeto de mi intervención oral, una selección de bibliografía y de documentación sobre justicia de transición en el entendido de que los lectores y estudiosos interesados por el tema precisan más que de una recopilación de materiales y referencias de libros, una selección de los mismos.²

La literatura científica sobre justicia de transición se caracteriza por dos notas. Es muy numerosa y se ha realizado desde múltiples enfoques (histórica, política, sociológica, jurídica). Las obras que se recogen a continuación son fundamentalmente estudios realizados desde el Derecho. Voluntariamente se ha evitado incorporar referencias a trabajos realizados desde otras disciplinas, muy particularmente la Historia, desde la que diversos autores españoles han hecho importantes aportaciones al tema. Sin embargo, dos características del quehacer universitario me han movido a restringir el ámbito material (ya, de por sí, muy amplio) de la selección que se ofrece: por una parte, la prudencia del profesor e investigador que sabe los riesgos de adentrarse más allá de lo que razonablemente conoce, y, por otra, la voluntad de ofrecer un trabajo útil para los lectores, lo que, entiendo, exigía acotar el objeto de estudio.

Como regla general se han incluido trabajos publicados en fechas recientes, durante los últimos trece años. Hay, claro está, alguna excepción pues no podían dejar de incluirse algunas obras anteriores que han tenido una incidencia grande en la conceptualización de la justicia de transición.

La Selección de bibliografía y documentación consta de 127 entradas divididas en cuatro apartados. El primero, más amplio (72 entradas), recoge obras sobre el concepto y el fundamento de la justicia de transición, así como sobre los mecanismos a través de los cuales opera y sobre las experiencias vividas en distintos Estados. El segundo apartado (30 entradas) se centra en la bibliografía relativa al caso español. El tercero incluye una selección de 20 textos sobre justicia de transición aprobados por las Naciones Unidas – la organización universal – tanto de carácter general como relativos a España. El último incluye 5 textos y documentos de la práctica legislativa y judicial

¹ Véase la crónica de la Jornada en Pablo Aguirre Herráinz, “Los espacios de la memoria en la sociedad actual: teoría e historia Crónica de la jornada de estudios del 8 de mayo de 2014”, *Historiografías*, 7 (enero-junio, 2014): pp. 101-112.

² El trabajo actualiza y desarrolla el capítulo 11 “Selección de bibliografía y documentación”, del que soy autor, de la obra de Santiago Ripol Carulla y Carlos Villán Durán (dirs.), *Justicia de transición: El caso de España* (Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau, 2012), pp. 213-27 (www.icip.cat).

española. Cada uno de estos apartados incluye además una somera presentación de los criterios de selección utilizados y del debate científico existente.

Como se apreciará, la presentación de la documentación es distinta en los dos últimos apartados. Ello obedece a la voluntad del autor de poner de manifiesto la existencia de ciertas diferencias entre los informes elaborados por los órganos de las Naciones Unidas y la posición mantenida por el gobierno español. Es nuestro interés que ambas queden claramente expuestas, por lo que se reproducen textualmente una y otra.

Concepto de justicia de transición

1. Presentación

A) Concepto

Por justicia de transición ha de entenderse “toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”.³

Esta definición, aportada por la Secretaría General de las Naciones Unidas, constituye un buen punto de partida para la presentación de la amplia documentación y bibliografía surgida durante los últimos años sobre la justicia de transición.

De entrada, esta definición muestra que la tarea de conceptualización sobre la justicia de transición es deudora de la práctica y que esta ha sido – está siendo – muy numerosa y variada. Como ha expuesto Javier Chinchón Álvarez en su monografía *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana* (2007):

Los últimos decenios han sido testigos del inicio de un número sin precedente de procesos de transición en el mundo. A finales de los años setenta del siglo pasado fue el sur de Europa; en los ochentas, sería el turno de Iberoamérica; entre finales de la década de los ochenta y principios de los noventa, al menos quince países africanos salieron de regímenes monopartidistas represivos, y para 1994 cerca de la mitad de los Estados africanos se encontraban inmersos en procesos de transición; Asia experimentaría un desarrollo parcialmente similar a partir de 1986 con la caída de Ferdinand Marcos en Filipinas, con la apertura, un año después, del gobierno militar del General Park Chung Hee en Corea del Sur, y con el fin de la ley marcial taiwanesa en pertinaz vigencia durante veintiocho años. Apenas dos años después, casi en las mismas semanas de aquel diciembre de 1989, Chile y Brasil celebrarían sus primeras elecciones presidenciales libres (tras diecisiete y veinte años respectivamente), mientras que se daban parejas transformaciones en Checoslovaquia, Hungría, Rumanía y la República Democrática de Alemania. En 1991 Etiopía dejaría atrás más de diecisiete años de atroz dictadura bajo el régimen *Dergue* de Mengistu Haile Mariam, Guatemala y El Salvador superarían períodos de gobiernos no democráticos y conflictos armados, Pakistán, Bangladesh y Nepal profundizarían sus transiciones, y, en bloque, los Estados de la antigua Unión Soviética se unirían al aparentemente imparable desarrollo de los procesos de transición en todos los Continentes. Hacia el final de esta “tercera ola de democratización”, más de la mitad de los Estados bajo regímenes no democráticos habían activado diversas transiciones, viendo un principio de luz tras años de

³ Secretaría General de las Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Documento S/2004/616, 3 de agosto de 2004, epígrafe 8.
ISSN 2174-4289

represión, violaciones a los derechos humanos y, en no pocos casos, crímenes de derecho internacional.

Este extraordinario conjunto de acontecimientos abonó un terreno del que fueron surgiendo una enorme cantidad de trabajos que enfrentaron el análisis de estas experiencias desde múltiples disciplinas y enfoques. Entre todos ellos, fue alcanzando en papel propio lo que vino a conocerse, con un neologismo de origen inglés, como estudios sobre la “Justicia Transicional” (Justicia de Transición), cuyo interés se centró en resolver, a grandes rasgos, cuatro interrogantes básicos: 1) Si hay que recordar, procesar y enfrentar los crímenes cometidos en el pasado durante la transición, o es mejor intentar olvidar y pensar sólo en el futuro; si se aborda ese pasado, 2) cuándo conviene hacerlo; 3) quién debe hacerlo; y 4) cómo hacerlo. La respuesta a estas preguntas en la práctica ha ido desde la inicial *gruba linia* del presidente polaco Mazowiecki –o el “modelo español”- hasta la decida apuesta por la sanción de los crímenes pasados de las autoridades ruandesas o etíopes; la “lustración” checoslovaca primero, checa después, alemana, húngara y finalmente polaca, o las políticas eminentemente reparatorias de Bielorrusia o el primer Chile de Aylwin; la selectiva persecución penal de la Grecia de Karamanlis o de los primeros años de la Argentina de Alfonsín, el complejo equilibrio entre castigo y perdón de Sudáfrica o la desnuda impunidad de hecho en Guatemala.

En este primer apartado se recoge una selección de trabajos doctrinales centrados en torno de la reflexión conceptual sobre la justicia de transición. Son, en general, trabajos recientes, publicados durante la última década (2000-2010). Algunos, con todo, datan de los años 90 y son precisamente estos los que mejor reflejan la importancia del problema (¿puede haber paz sin justicia?) y el desgarramiento de la situación (¿puede haber futuro sin memoria?).

Aunque referidas a los conflictos armados internacionales y a la amenaza nuclear, estas cuestiones aparecen ya en los artículos de Noberto Bobbio que componen el volumen *El problema de la guerra y las vías de la paz* (publicado en italiano en 1979 y en español tres años más tarde). Con posterioridad, estas cuestiones se plantean abiertamente respecto de “uno de los temas más complicados a afrontar por los políticos de todo el mundo cuando intentan sustituir un sistema de gobierno dictatorial por uno democrático: qué hacer con los antiguos torturadores”. Tremendo dilema que enfrenta a los políticos ante dos imperativos que se entrecruzan: las demandas de justicia y de verdad. De este modo, sin emplear todavía el término “justicia transicional”, planteaba la cuestión Lawrence Weschler en una obra de 1990 basada ya en las experiencias vividas en Uganda, Argentina, Corea del Sur, Chile, Sudáfrica, Brasil, Filipinas, Guatemala y Haití.⁴

El proceso de conceptualización de la justicia de transición puede estudiarse con especial claridad en el importante libro, editado por Neil J. Kritz en 1995, *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Es una obra extensa, compuesta de tres volúmenes, que ofrece una selección de artículos científicos y documentos sobre justicia transicional.

Cuatro años después, Juan Méndez publica un trabajo breve, pero muy claro, sobre la justicia de transición,⁵ en el que destaca la triple dimensión – ética, política y

⁴ Lawrence Weschler, *A miracle, a universe: settling accounts with torturers* (Chicago: The University Chicago Press, 1990), pp. 3-4.

⁵ Juan Méndez, “Accountability for Past Abuses”, *Human Rights Quarterly*, vol. 19, 2 (May 1997), pp. 255-282.

legal – del tema, incidiendo sobre la necesidad de afrontarlo, a su vez, desde esta triple perspectiva.

Las bases del problema, su caracterización, la pluralidad de enfoques..., quedaron así definidas a mediados de los noventa. Con posterioridad, se han publicado muchos trabajos sobre el tema. La evolución doctrinal que reflejan ha sido estudiada por Ruti G. Teitel en su trabajo “Transitional Justice Genealogy” (2003).

Las respuestas que desde una perspectiva de justicia de transición se han ofrecido han variado de un Estado a otro. Por ello gran parte de la producción bibliográfica en materia de justicia transicional se centra en el examen de un determinado proceso de cambio político (vg.: Sudáfrica) o de un grupo de procesos de transición (por ejemplo: los habidos en Iberoamérica).

Al considerar esta bibliografía se advierte cómo la identificación de los elementos propios de la justicia de transición se ha producido en muy buena medida a través del estudio comparado de las diversas experiencias transicionales vividas. Por otra parte, el análisis de los casos ha permitido en ocasiones destacar las singularidades de los distintos procesos de cambio político y exponer porqué se recurrió a unos mecanismos y no a otros o porqué el factor exterior ha tenido más o menos influencia.

Dos libros de finales de la década de los ochenta recogen ya algunos elementos que serán propios de los estudios sobre justicia de transición, en concreto: 1) desde el punto de vista metodológico, el análisis comparado entre experiencias similares, y 2) respecto del contenido, el estudio de los problemas con que se enfrentan las democracias recientemente instauradas. Pese a que ninguno de estos dos libros formula expresamente la cuestión de cómo afrontar la transición desde la perspectiva de la justicia, sí tratan de la necesaria introducción de reformas institucionales (especialmente de reforzamiento del régimen parlamentario) y emplean el concepto de “democracias inciertas” que devendrá importante en la teorización de la justicia de transición.

Los libros a los que nos referimos, ambos de 1988, son *Transiciones desde un gobierno autoritario* (4 volúmenes compilados por Guillermo O’Donnell, Philip Schmitter y Lawrence Whitehead) y *Reforma política y consolidación democrática. Europa y América Latina*, compilado por Dieter Ohlen y Aldo Solari. Estos rasgos se hallan plenamente consolidados en la obra editada por A. J. McAdams, *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies* (1997), donde además del estudio de las experiencias vividas en Grecia, Bolivia, Argentina, Chile, Hungría, Polonia, Alemania y Sudáfrica, se incluye el estudio introductorio de Juan Méndez “In defense of Transitional Justice”, ya citado. Merece destacarse también el libro de Chandra L. Sriram *Confronting Past Human Rights Violations: Justice vs. Peace in Times of Transition* (2004), que estudia 26 casos, algunos de ellos con gran detalle.

Junto a volúmenes que realizan estudios comparados de carácter general, como los indicados, se incluyen referencias de trabajos relativos a un determinado proceso de transición (Argentina, Chile, Bolivia, Colombia, la antigua Yugoslavia, Sudáfrica ...) así como de estudios centrados en las experiencias de una región (Iberoamérica, Europa del sur y oriental ...). Entre la literatura en español, muy abundante, merece destacarse el libro coordinado por Jessica Almquist y Carlos Espósito titulado *Justicia transicional en Iberoamérica* (2009).

B) Fundamento

En su Informe de 2004, el Secretario General de las Naciones Unidas se preguntaba por el fundamento normativo de la labor de fomento del Estado de derecho, dentro de la cual situaba como una acción principal “la tarea de ayudar a sociedades desgarradas por la guerra a restablecer el Estado de derecho y superar abusos pasados cometidos a gran escala” (párrafo 3). El fundamento de esta acción es – afirmaba el Secretario General – “la propia Carta de las Naciones Unidas junto con los cuatro pilares del ordenamiento jurídico internacional moderno: la normativa internacional de derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional, y el derecho internacional de los refugiados”. Ello incluye todo el acervo de normas de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y justicia penal desarrollado durante los últimos 50 años. En concreto, citaba:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, obliga a los Estados partes en él a “respetar y garantizar (...) los derechos reconocidos” en el Pacto y a “adoptar (...) las medidas oportunas (...) para hacer efectivos los derechos ...”, entre otras cosas garantizando recursos efectivos frente a violaciones y facilitando que la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, decida sobre los derechos y cumpla toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (art. 2). El principio del Estado de derecho aborrece la arbitrariedad en el ejercicio de la autoridad. Así pues, el Pacto prohíbe explícitamente la arbitrariedad en la privación de la vida (art. 6), la prisión o reclusión (art. 9), la privación del derecho a entrar en el país propio (art. 12), y las injerencias en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia (art. 17). Además, garantiza un proceso justo y legítimo para la detención y la prisión (art. 9), la privación de libertad (art. 10), la expulsión de extranjeros (art. 13) y el derecho a un juicio justo (art. 14). El artículo 26 establece el importante principio de que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. Análogamente, con la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados partes “[se] comprometen a adoptar medidas (...) para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados (...) la plena efectividad de los derechos (...) reconocidos” (art. 2). El Estado de derecho tiene la misma importancia central en la protección de los derechos económicos y sociales que en la de los civiles y políticos. Un ordenamiento jurídico, para garantizar a todos la justicia y la protección del Estado de derecho, deberá incorporar estas normas y principios fundamentales.

Para el Secretario General, estas normas:

- Representan principios de aplicación universal adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas.
- Han sido formulados y aprobados por países de todo el mundo y acogidos por toda la variedad de sistemas jurídicos de los Estados Miembros, ya estén basados en el *common law*, la tradición romanista, el derecho islámico u otras tradiciones jurídicas.
- Proporcionan por sí mismos una legitimidad que no puede reconocerse a los modelos nacionales exportados que tantas veces reflejan los intereses individuales o las experiencias de donantes o de quienes aportan asistencia más que los intereses superiores o las necesidades de desarrollo jurídico de los países receptores.

- Fijan los límites normativos de la participación de las Naciones Unidas, por ejemplo el de que los tribunales de las Naciones Unidas nunca puedan permitir la pena capital o que los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos, así como, en los casos en que recibimos el mandato de desempeñar funciones ejecutivas o judiciales, el de que los servicios de las Naciones Unidas deben cumplir escrupulosamente los principios internacionales de derechos humanos en la administración de justicia.

La bibliografía sobre el tema es pues muy numerosa. Las obras sobre este particular que se incluyen en la selección bibliográfica se circunscriben a aquellas que se refieren al “acervo de normas sobre derechos humanos y justicia penal”, obviando tanto las obras generales sobre derecho penal internacional, como las que estudian los tribunales internacionales o algunos de ellos.

C) Mecanismos

Una última cuestión importante para determinar el concepto de justicia de transición es la relativa a los mecanismos a los que puede recurrirse para resolver los problemas derivados de los abusos del pasado. Tales mecanismos son variados y, de nuevo, el recurso a unos u otros ha dependido de múltiples factores y de las circunstancias de cada proceso de transición. La reforma de las instituciones, la exigencia de reparaciones económicas a las víctimas, el establecimiento de vías para que éstas accedan a los archivos públicos, la investigación de los hechos a través del establecimiento de comisiones de investigación, los enjuiciamientos penales ..., son las vías principalmente utilizadas al efecto; vías que – no puede olvidarse – conviven con las leyes de amnistía. Así lo recuerda el libro de Louise Mallinder *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide* (2008), del que debe destacarse que contiene una muy completa base de datos sobre Leyes de amnistía con referencias sobre 506 procedimientos de amnistía en 130 países desde la Segunda Guerra mundial.

La selección bibliográfica sobre los mecanismos se centra fundamentalmente sobre tres tipos de actuaciones: a) las comisiones de la verdad, b) los enjuiciamientos penales, c) mecanismos diversos. Los dos primeros, como es sabido, son los más empleados. Así, desde 1974 a 2007 se han creado al menos 32 comisiones de la verdad en 28 países. Más de la mitad se han establecido en los últimos 10 años. Ahora bien, se recurre a ellos siempre en conjunción con otros instrumentos, pues por sí solos difícilmente sirven al objetivo de restaurar la confianza de los particulares en las instituciones y el derecho.

Por lo demás, debe indicarse que mientras algunos de los estudios referenciados tienden a poner de manifiesto la existencia de una obligación de las autoridades nacionales, bien a perseguir por la vía penal determinados crímenes, bien a crear comisiones de investigación [como el trabajo de Tapattá de Valdez (2003)], otros destacan las dificultades que estos mismos instrumentos suponen para alcanzar la justicia [así el expresivo artículo de R. M. Brody (2001)] o los posibles solapamientos que pueden darse entre ambos [es el caso de la obra *Truth commissions and courts: the*

Tension between Criminal Justice and the Search for Truth editada por William A. Schabas y Darcy Shane en 2004].

D) Perspectivas

Finalmente debe hacerse constar que existe una publicación periódica dedicada exclusivamente al campo de la justicia de transición, *International Journal of Transitional Justice*, algunos de cuyos trabajos se han recogido en la bibliografía.

Del mismo modo, se han constituido centros de investigación centrados en la justicia de transición, entre los que merecen destacarse el *International Center on Transitional Justice*, el *Oxford Transitional Research Group*, el *Transitional Justice Institute* de la Universidad del Ulster, o el *Center for the Study of Violence and Reconciliation* en Ciudad del Cabo. Algunas de estas instituciones han realizado trabajos de recopilación bibliográfica [así, el International Development Research Centre, *Bibliografía temática sobre justicia transicional y temas afines*, Ottawa (Canadá): IDRC, 2004], libros monográficos [*Ensayos sobre la justicia transicional*, Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2003], y estudios dedicados a las experiencias vividas en una determinada región o grupo de países. Es el caso del informe titulado *Las víctimas y la justicia transicional: ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?*, que ha sido editado en 2010 por la asociación Due Process of Law Foundation (Washington). También este es el caso del número 4 del volumen 10 de *International Criminal Law Review* (2010), dedicado a Latinoamérica, con estudios dedicados a las experiencias vividas en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Perú y Uruguay, además de trabajos centrados en la codificación de los crímenes internacionales por las legislaciones nacionales, la acción judicial de los tribunales internos y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el particular.

2. Referencias bibliográficas

A) Concepto y fundamento

1. AMBOS, Kai, *Impunidad y Derecho internacional* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999).
2. —, LARGE, Judith, y WIERDA, Marieke (eds.), *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice* (Berlin-Heidelberg: Springer, 2009).
3. BRANTS, Chrisje; HOL, Antoine, y SIEGEL, Dina (eds.), *Transitional Justice: Images and Memories* (Farnham [etc.]: Ashgate, 2013).
4. —, MALARINO, Ezequiel, y ELSNER, Gisela (eds.): *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España* (Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2009).
5. ALMQVIST, Jessica, y ESPÓSITO, Carlos (coords.): *Justicia transicional en Iberoamérica* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009).

6. ALTMAN, Andrew, y WELLMAN, Christopher H., *A Liberal Theory of International Justice* (Oxford [etc.]: Oxford University Press, 2009).
7. BABIANO MORA, José (ed.), *Represión, derechos humanos, memoria y archivos: Una perspectiva latinoamericana* (Madrid: Ediciones GPS, 2010).
8. BARAHONA DE BRITO, Alexandra, AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma, y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Carmen (eds.), *Las políticas hacia el pasado. Justicias, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias* (Madrid: Istmo, 2002).
9. BASSIOUNI, M. Cheriff (ed.), *Post Conflict Justice* (New York: Transitional Publishers, 2002).
10. —, “The Need for International Accountability”, en M. CH. BASSIOUNI, *International Criminal Law*, vol. 3 (New York: Transnational Publishers, 1999).
11. BLUMENTHAL, D. A., y McCORMACK, T. L. H. (eds.), *The Legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalised Vengeance?* (Leiden [etc.]: M. Nijhoff, 2008).
12. BOLLO AROCENA, María Dolores, *Derecho internacional penal: Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión* (Bilbao: Universidad del País Vasco, 2004).
13. BONET PÉREZ, Jordi, y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2009).
14. BORAINÉ, Alex, *A Country Unmasked. Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission* (New York: Oxford University Press, 2000).
15. BORAINÉ, Alex, LEVY, Janet, y SHEFFER, Ronel (eds.), *Dealing with the Past: Truth and Reconciliation in South Africa* (Ciudad del Cabo: IDASA, 1994).
16. CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana* (Madrid: Parthenon, 2007).
17. DE BROUWER, Anne-Marie, y otros, *Sexual Violence as an International Crime: Interdisciplinary Approaches* (Cambridge: Intersentia, 2013).
18. DECAUX, Emanuel, DIENG, Adama, y SOW, Malick (eds.), *From Human Rights to International Criminal Law: Studies in Honour of an African Jurist, the Late Judge Laïty Kama / Des droits de l'homme au Droit international pénal: études en l'honneur d'un juriste africain, feu le juge Laïty Kama* (Leiden [etc.]: M. Nijhoff, 2007).
19. DE GREIFF, Pablo, “Una concepción normativa de la justicia transicional”, en A. RANGEL, (ed.), *Justicia y paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* (Bogotá: Intermedio, 2009).

20. EIROA, Pablo Daniel, *Política del castigo y Derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2009).
21. ELSTER, Jon, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004). Traducción al español de E. Zaudenweg, *Rendición de cuentas: La justicia transicional en perspectiva histórica* (Buenos Aires: Katz Editores, 2006).
22. ESCUDERO ALDAY, Rafael (coord.), *Diccionario de memoria histórica: Conceptos contra el olvido* (Madrid: Libros de la Catarata, 2011).
23. GÓMEZ ISA, Felipe (ed.), *El derecho a la memoria* (Bilbao: Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe [Universidad de Deusto], 2006).
24. FORCADA BARONA, Ignacio, *Derecho internacional y justicia transicional: Cuando el derecho se convierte en religión* (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2011).
25. HUGHES, Edel, SCAHABAS, William A., y THAKUR, Rames (eds.), *Atrocities and International Accountability. Beyond Transitional Justice* (New York: United Nations University, 2007).
26. KARPEN, Ulrich, “Transitional Justice and Democratic Transition: Looking Back at the Past for Gaining a Better Perspective for the Future”, *Revue Européenne de Droit Public*, vol. 24, 3 (2012), pp. 1031-44.
27. KOHEN, M. (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l’homme et du règlement des conflits par le droit international Liber Amicorum Lucius Caflish* (Leiden: M. Nijhoff, 2007), pp. 315-38.
28. KRITZ, Neil J. (ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Vol. 1, *General Considerations*, Vol. 2, *Country Studies*, Vol. 3, *Laws, Ruling, and Reports* (Washington, United States Institute of Peace Press, 1995).
29. LINZ, Juan J., y STEPAN, Alfred, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996).
30. MCADAMS, A. J. (ed.), *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies* (Notre Dame / London: University of Notre Dame, 1997).
31. McEVOY, K., y MCGREGOR, L. (eds.), *Transitional Justice from Below: Grassroots Activism and the Struggle for Change* (Oxford: Hart Publishing, 2008).
32. MÉNDEZ, Juan, “In Defense of Transitional Justice”, en A. J. MCADAMS (ed.), *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies* (Notre Dame-London: University of Notre Dame, 1997), pp. 1-26.
33. O’DONNELL, Guillermo, SCHMITTER, Philip, y WHITEHEAD, Lawrence (comps.), *Transiciones desde un gobierno autoritario. 1. Europa meridional; 2.*

América Latina; 3. Perspectivas comparadas; 4. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas (Buenos Aires: Paidós, 1988).

34. OSIEL, Mark J., *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law* (New Brunswick, New Jersey: Transaction Publishers, 1997), reimpression, 1999. Traducción al francés, *Juger les Crimes de Masse: La Mémoire Collective et le Droit* (Paris: Seuil, 2006).

35. RATNER, S. R., y ABRAMS, J. S., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Legacy of Nuremberg* (Oxford: Oxford University Press, 2nd ed., 2001).

36. ROHT-ARRIAZA, Naomí (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice* (New York: Oxford University Press, 1995).

37. —, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2nd ed., 2006).

38. —, MARIEZCURRENA, Javier (ed.), *Transitional justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice* (Cambridge University Press, Cambridge, 2006).

39. SANDS, Philip (ed.), *Justice for Crimes against Humanity* (Oxford: Hart Publishing, 2003).

40. SHARP, Dustin, “Interrogating the Peripheries: the Preoccupation of Fourth Generation Transitional Justice”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 26 (2013), pp. 149-78.

41. SOROETA LICERAS, Juan (ed.), *Los Derechos Humanos frente a la impunidad. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*. Vol. 10 (Bilbao: Universidad del País Vasco, 2009), pp. 318-19.

42. TAMARIT SUNALIA, J. (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal* (Barcelona: Atelier, 2010).

43. SCHABAS, William A., *Genocide in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2nd ed., 2009).

44. STAN, Lavinia, y NEDELSKY, Nadya (eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 2013

45. TEITEL, Ruti G., *Transitional Justice* (New York: Oxford University Press, 2000).

46. —, “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16 (2003).

47. THAKUR, Ramesh, y MALCONTENT, Peter (eds.), *From Sovereign Impunity to International Accountability: The Search for Justice in a World of States* (Tokyo: United Nations University Press, 2004).

48. VALENCIA VILLA, H., “Memoria histórica y derechos humanos: Lecciones de Hispanoamérica”, en Julio ORTEGA, (ed.), *Nuevos hispanismos interdisciplinarios y trasatlánticos* (Madrid: Iberoamericana-Vervuert, Madrid, 2010), pp. 61-75.

49. —, “Introducción a la justicia transicional”, *Claves de razón práctica*, 180 (marzo de 2008).

50. VAN DER WILT, Harmen, y NOLLKAEMPER, André (eds.), *System Criminality in International Law* (Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 2009).

51. WILLIAMS, Paul R., y SCHARF, M. P., *Peace with Justice? War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia* (Boston: Rowam & Littlefield Publishers, 2002).

52. YUSUF, Hakeem O., *Transitional Justice, Judicial Accountability and the Rule of Law* (London [etc.]: Routledge, 2013).

53. ZALAUQUETT, José, “Derechos Humanos y limitaciones políticas en las transiciones democráticas del Cono Sur”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 14 (1991).

B) Mecanismos

54. DA SILVA CATELA, Ludmila, y JELIN, Elisabeth (comps.), *Los archivos de la represión: documentos, memoria y verdad* (Madrid: Siglo XXI, 2002).

55. FREEMAN, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).

56. —, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice* (New York: Cambridge University Press, 2009).

57. GÓMEZ ISA, Felipe, “El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”, *El Otro Derecho*, 37 (2007), pp. 11-64.

58. HAYNER, Priscilla B., *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity* (New York: Routledge, 3ª ed. 2011). En español: *Verdades innombrables: El reto de las Comisiones de la Verdad* (México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2008).

59. MALLINDER, Louise, “Amnesty”, *Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide* (Oxford /Portland: Hart Publishing, 2008).

60. PARENTI, Pablo F., “La jurisprudencia argentina frente a los crímenes de derecho internacional”, *Lateinamerika Analysen 18* (Hamburgo: ILAS, 2007).

61. ROEHRING, Terence, *The prosecution of Former Military Leaders in Newly Democratic Nations* (London: McFarland & Company, INC, Publishers, 2002).

62. ROTBERG, R. I., y THOMPSON, D. (eds.), *Truth versus Justice: The Morality of Truth Commissions* (Princeton: Princeton University Press, 2000).

63. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio; CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, “Algunas consideraciones jurídico-internacionales acerca de la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República del Perú contra Alberto Kenya Fujimori Fujimori”, *Revista de Estudios Jurídicos*, 10 (2010), segunda época, pp. 1-22.
64. SCHABAS, William A., y DARCY, Shane (eds.), *Truth Commissions and Courts: The Tension between Criminal Justice and the Search for Truth* (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2004).
65. STOVER, E., y WEINSTEIN, H. M., *My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004).
66. TAPPATÁ DE VALDEZ, Patricia, *Comisiones de la Verdad: Un instrumento de las transiciones a la democracia* (Departamento de Ciencia Política y de la Administración [CPA], UNED, CPA Estudios / Working Paper 6/2003).
67. ULRICH, G.; BOPERUP, L.K. (eds.), *Reparations: Redressing Past Wrongs* (The Hague: Kluwer Law International, 2003).

C) Perspectivas

68. BAEHR, Peter R., “How Transitional are Transitional Politics and Transitional Justice? A Case of Misleading Terminology”, en I. BOEREFIJN, (ed.), *Human Rights and Conflict: Essays in Honour of Bas de Gaay Fortman* (Cambridge [etc.]: Intersentia, cop. 2012).
69. BUYSE, Antoine, y HAMILTON, Michael (eds.), *Transitional jurisprudence and the European Convention on Human Rights: Justice, Politics and Rights* (Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 2011).
70. MAY, Larry, y EDENBERG, Elisabeth, *‘Jus post bellum’ and Transitional Justice* (New York: Cambridge University Press, 2013).
71. O’ROURKE, Catherine, *Gender Politics in Transitional Justice* (Abingdon [etc.]: Routledge, 2013).

España

1. Presentación

La bibliografía sobre justicia de transición en España se inscribe en el contexto más amplio de los estudios sobre la recuperación de la memoria histórica del pasado reciente (Franquismo y Guerra Civil) y aun inmediato (Transición) que se inició a principios del siglo XX. Desde el año 2000, en efecto, historiadores, sociólogos y

politólogos han realizado numerosos trabajos⁶ y han sostenido importantes debates doctrinales sobre estos temas: los nombres de la guerra, la posición de los intelectuales durante el Franquismo (tanto en el interior como en el exilio), el discurso político de la Transición, las nociones de memoria, historia, olvido, etcétera.

Algunos libros publicados constituyen en sí mismos un mecanismo de reparación pues realizan un rescate de los comportamientos mantenidos por personas y colectivos durante la República, la Guerra Civil y el franquismo.⁷ Otros se centran en el estudio de los mecanismos a los que se ha recurrido en España para resolver los problemas derivados de los abusos del pasado – desde la Ley de amnistía de 1977 a otros más concretos y recientes como las exhumaciones, el derecho de acceso a los archivos, la conveniencia de ofrecer un reconocimiento público a las víctimas de tales abusos como elemento imprescindible para el desarrollo de una auténtica cultura democrática –. En general, la aproximación es interdisciplinar – por lo que incluyen estudios jurídicos – y se ha realizado en el marco de jornadas o congresos nacionales o internacionales.

Pero la selección bibliográfica que se recoge a continuación se centra alrededor de las obras que tratan la cuestión desde una perspectiva estrictamente jurídica. En general, son escasas y de publicación reciente. Es posible distinguir tres grupos:

- a) Obras que estudian los textos normativos que regulan determinados mecanismos de justicia transicional, en particular, las Leyes de Amnistía de 1977 y de Memoria Histórica de 2007, y la Ley del Parlament de Catalunya, del Memorial democrático, también de 2007.
- b) Obras que consideran el derecho internacional como fundamento de la obligatoriedad de emprender genuinas políticas de justicia de transición en España y, más en particular, de recurrir al mecanismo judicial.
- c) Obras relativas a las actuaciones emprendidas por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional para juzgar los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo. Estas acciones han sido objeto de interés tanto para determinada doctrina como para ciertas asociaciones y organizaciones no gubernamentales quienes han publicado interesantes trabajos orientados las más de las veces a aportar argumentos en pro del Juez Garzón y de sus actuaciones. Es el caso del Informe *España: La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo*, publicado por Amnistía Internacional en noviembre 2008.

El libro de publicación reciente del profesor Carlos Fernández Liesa, catedrático de Derecho internacional público de la Universidad Carlos III, titulado *La Guerra Civil*

⁶ Véase, entre otros, Dossier monográfico de la *Revista de Historia Contemporánea Hispania Nova*, núms. 6 (2006) y 7 (2007); Sergio Gálvez Biesca (coord.), “La memoria como conflicto. Memoria e historia de la Guerra Civil y el Franquismo”, Número monográfico de *Entelequia, Revista Interdisciplinar*, 7 (septiembre de 2008): pp. 331-354; Bibliografía relacionada con el período de transición política y social de España (800 citas), en http://www.uem.es/myfiles/pageposts/bibliografia_transicion_espanola.pdf

⁷ A modo de ejemplo, Ángel Viñas (dir.), *Al servicio de la República. Diplomáticos y guerra civil* (Madrid: Marcial Pons Historia /Ministero de Asuntos Exteriores y Cooperación, 2010).

española y el orden jurídico internacional (Madrid: Civitas, 2014) ofrece una aproximación al tema desde una perspectiva amplia y novedosa. El libro incluye importantes pasajes a la cuestión que nos ocupa reconociendo la complejidad del tema y exponiendo, como nosotros, la polémica surgida en torno al mismo.

Finalmente, es obligado mencionar la página web <http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es> que contiene documentación y artículos de análisis sobre el tema (como el interesante artículo de Joan Garcés “La ley española 46/1977, de Amnistía, más citada que leída, no tiene por objeto actos de naturaleza genocida y lesa humanidad”, de 14 de mayo de 2010).

2. Referencias bibliográficas

A) Ley de Amnistía, Ley de Memoria Histórica y Ley de Memorial democrático

72. ABAD LICERAS, José María, *Ley de Memoria Histórica: la problemática jurídica de la retirada o mantenimiento de símbolos y monumentos públicos* (Madrid: Dykinson, D. L. 2009).

73. AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma, *Políticas de la memoria y memorias de la política: El caso español en perspectiva comparada* (Alianza Editorial, Madrid, 2008).

74. COLOMER, Josep M., *La transición a la democracia. El modelo español* (Barcelona: Anagrama, 1998).

75. DE DOMINGO, T., *Justicia transicional, memoria histórica y crisis nacional* (Cizur Menor: Civitas / Thomson Reuters, 2012).

76. ESPUNY TOMÁS, María Jesús, y PAZ TORRES, Olga (eds.), *30 años de la ley de amnistía (1977-2007)* (Madrid: Universidad Autónoma de Barcelona / Dykinson, 2009).

77. FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, Federico, y GARCÍA LÓPEZ, Daniel J. (eds.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras* (Granada: Comares, 2009).

78. FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, “Juicio a la memoria: los crímenes de la guerra civil y la dictadura franquista”, en *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código Penal* (Salamanca: Ratio Legis, 2009), pp. 95-125.

79. FERRÁNDIZ, Francisco, “Exhumaciones y políticas de la memoria en la España contemporánea”, en Susana NAROTZKY y José María VALCUENDE, (ed.), *Las políticas de la memoria en los sistemas democráticos: Poder, Cultura y Mercado* (Sevilla: ASANA-FAAEE, 2005), pp. 109-32.

80. GIL GIL, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica* (Atelier: Barcelona, 2009).

81. GÓMEZ ISA, Felipe (dir.), *El derecho a la memoria* (Bilbao: Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe), 2006.

82. JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “Et in Arcadia ego”, *Revista de Occidente*, 223 (diciembre de 1999), pp. 123-31.

83. LEGUINA, Joaquín, *El duelo y la revancha. Los itinerarios del franquismo sobrevenido* (Madrid: La Esfera de los Libros, 2010).

84. MARTÍN PALLÍN, José Antonio, y ESCUDERO ALDAY, Rafael (eds.), *Derecho y memoria histórica* (Madrid: Trotta, 2008).

B) La justicia de transición como obligación de Derecho internacional

85. CAPELLÀ, Margalida, “Represión política y Derecho internacional: Una perspectiva comparada”, en Margalida CAPELLÀ, y David GINARD (coords.), *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)* (Palma de Mallorca: Edicions Documenta Balear, 2009), pp. 161-254.

86. —, “Las desapariciones forzadas en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de Derecho internacional sin reparación ni castigo”, en J. SOROETA LICERAS, (ed.), *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional* (Cursos de Derechos humanos de Donostia-San Sebastián, 2006), vol. 6.

87. CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, “Transición española y Justicia Transicional: ¿Qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política española”, en S. GÁLVEZ BIESCA, (coord.), *La memoria como conflicto. Memoria e historia de la Guerra Civil y el Franquismo*, Número monográfico de *Entelequia, Revista Interdisciplinar*, 7 (septiembre de 2008), pp. 331-54.

88. —, “La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: Nunca es tarde si la dicha es ¿buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la ‘Ley de Memoria Histórica’”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Foro*, 7 (2008), nueva época, pp. 13-55.

89. —, “El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos* 67 (2012), Bilbao: Universidad de Deusto.

90. JIMENA QUESADA, Luis, *Dignidad humana y justicia universal en España* (Cizur Menor [Navarra]: Thomson-Aranzadi, 2008).

91. PIGRAU SOLÉ, Antoni, *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales* (Barcelona: Generalitat de Catalunya. Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos. Barcelona, 2009).

92. RIPOL CARULLA, Santiago, y VILLÁN DURÁN, Carlos (eds), *Justicia de transición. El caso de España* (Barcelona: Instituto Catalán Internacional para la Paz, 2012) (en internet).

93. VICENTE, Trinidad L., “La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el Franquismo”, *Revista de Jueces para la Democracia* (Agosto 2009).

94. VILLÁN DURÁN, Carlos, y FALEH PÉREZ, C., “Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la Guerra civil y la dictadura”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 16 (2008).

C) Sobre las actuaciones judiciales relativas a los crímenes del franquismo

95. CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, “Examen del Auto del Juzgado de Instrucción Nº. 5 de la Audiencia Nacional por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, año 2008, tomo 5, pp. 1388-97.

96. —, “La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo: Del Auto de 16 de octubre a la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, año 2009, tomo 1, pp. 1415-24.

97. —, y VICENTE MÁRQUEZ, Lydia, “La investigación de los crímenes cometidos en la Guerra Civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del Derecho internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 19 (2010), pp. 1-43.

98. ESCUDERO ALDAY, Rafael, “Road to Impunity: The Absence of Transitional Justice Programs in Spain”, *Human Rights Quarterly*, vol. 36, 1 (2014), pp. 123-46.

99. JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos (coord.), *La solidaridad con el Juez Garzón* (Córdoba [Argentina]: El Páramo, 2010).

100. OLIVAS DÍAZ, Amaya, “La intervención del juez de instrucción en las diligencias de investigación seguidas por desapariciones forzadas en la dictadura franquista”, *Jueces para la Democracia*, 63 (2008), pp. 86-102.

101. RODRÍGUEZ ARIAS, Miguel Ángel, *El caso de los niños perdidos del franquismo. Crimen contra la humanidad* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008).

Documentos y textos normativos de las Naciones Unidas

1. Presentación

Ya se ha señalado el carácter principal que las resoluciones adoptadas por los órganos de las Organizaciones internacionales han tenido en el doble proceso de

conceptuación y fundamentación de la justicia de transición. La ONU, a través de los distintos órganos dedicados a la promoción y protección de los derechos humanos, ocupa un lugar singular en esta acción. Pero, junto a ella, también lo han hecho otras Organizaciones regionales como la Unión Africana⁸ y muy principalmente, los órganos que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los cuales han adoptado decisiones muy relevantes a estos efectos tanto en el marco de su actuación normativa⁹ como jurisdiccional.¹⁰

La selección que a continuación se incluye se centra, sin embargo, en los textos y documentos de las Naciones Unidas no solo por el carácter universal de esta Organización sino también porque, siendo España miembros de ella, tales textos inciden directamente en el Derecho español. Se incluyen además las más relevantes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que tratan del tema. La razón de su inclusión es la misma: España es parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos y ha aceptado la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo.

En un segundo bloque se recogen una serie de textos adoptados en el marco de los procesos de control del cumplimiento por España de determinados tratados de derechos humanos. La presentación del documentose realiza en este caso de forma diferente, pues se reproducen los párrafos concretos de los documentos. Ello ha de permitir advertir cómo se ha sucedido el diálogo entre los órganos de las Naciones Unidas y las autoridades españolas.

Con fecha 5 de febrero de 2008 España presentó el informe al que se refiere el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cumpliendo así las obligaciones derivadas de la ratificación de dicho Pacto (CCPR/C/ESP/5).

El Comité de Derechos Humanos examinó tal informe periódico en sus sesiones 2580^a y 2581^a, celebradas los días 20 y 21 de octubre de 2008, y aprobó sus Observaciones finales en sesión de 30 de octubre de 2008 (CCPR/C/ESP/CO/5, de enero de 2009). Éstas contienen una referencia a la derogación de la Ley de amnistía de 1977 (Recomendación 9) que, sin embargo, no había sido incluida en la lista de cuestiones que España debía abordar al examinar el quinto informe periódico de España (CCPR/C/ESP/Q/5, de 7 de agosto de 2008), por lo que lógicamente no trató de esta cuestión en las respuestas ofrecidas a las cuestiones señaladas (CCPR/C/ESP/Q/5/Add.1, de 14 de octubre de 2008). A mayor abundamiento la referida inclusión de la Recomendación 9 en las Observaciones finales propició que España formulara el 26 de enero de 2009 un comentario adicional (CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, de 26 de enero de 2009) en el que lamenta la forma de actuación del Comité y no da respuesta al tema planteado.

En 2009, con motivo del examen del quinto informe periódico presentado por España con motivo del cumplimiento del art. 19 de la Convención contra la Tortura y otros tratos inhumanos y degradantes (CAT/C/ESP/5, de 18 de febrero de 2009), el

⁸ *High Level Panel on Darfur, Report of the African Union of Darfur. The Quest for Peace, Justice and Reconciliation* (Adis Ababa: African Union, 2009).

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Directrices para una política comprensiva de reparaciones*, OEA/Serv/L/V/II.131.Doc1, Washington: Inter-American Commission, 19 February 2008.

¹⁰ Entre otras, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Hugo Leonardo de los Santos et. al. c. Uruguay*, de 2 de octubre de 1992.

Comité contra la Tortura incluyó en la lista de cuestiones a abordar por el Estado la relativa a la vigencia de la Ley de amnistía de 1977 (CAT/C/ESP/Q/5, de 24 de julio de 2009). El Doc. CAT/C/ESP/Q/5/Add.1, 22 de septiembre de 2009, recoge esta respuesta a partir de la cual el Comité formuló, entre sus conclusiones y recomendaciones (CAT/C/ESP/CO/5, 9 de diciembre de 2009) ciertas consideraciones sobre el particular. Más recientemente el Consejo de Derechos Humanos ha considerado esta misma cuestión en el marco de dos órganos: el Grupo de Trabajo sobre el Examen periódico universal y el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias.

2. Referencias

A) De carácter general

102. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 1997/29 sobre *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Incorpora el informe “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario internacional a obtener reparación, que presentó Theo van Boven en 1996 al SGNU (E/CN.4/1997/104, 16 de enero de 1997).

103. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por L. Joinet, de conformidad con la Res. 1996/119 de la Subcomisión*. E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 de junio de 1997.

104. SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, 3 de agosto de 2004.

105. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe de la Sra. Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad - Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

106. OFICINA DEL ALTO COMISARIADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *El Derecho a la verdad*, E/CN.4/RES/2005/66, 20 de abril de 2005.

107. —, *Rule of Law Tools for Post-Conflicts States. National Consultations on Transitional Justice*, 2006, UN Doc. HR/PUB/09/2.

108. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución A/RES/60/147 del 21 de marzo de 2006, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de todas las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*.

109. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Aprobada a partir de la Declaración sobre, la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, A/RES/47/133, de 12 de febrero de 1993. La Convención fue adoptada por la Asamblea General por Resolución 61/177, de 20 de diciembre de 2006, y abierta a la firma el 6 de febrero de 2007.

110. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación núm. 563/1993, *Bautista de Avellana c. Colombia*, de 27 de octubre de 1995.

111. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Velázquez Rodríguez c. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988.

112. —, *Barrios Altos*, Sentencia de 14 de marzo de 2001.

113. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Gran Sala), *Aksoy c. Turquía*, Sentencia de 18 de diciembre de 1996.

114. *Mahmut Kaya c. Turquía*, Sentencia de 28 de marzo de 2000.

115. — (Gran Sala), *Oneryildiz c. Turquía*, Sentencia de 30 de marzo de 2004.

116. — (Gran Sala), *Kononov c. Lativa*, Sentencia de 17 de mayo de 2010.

B) Relativas a España

117. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos al 5º informe periódico de España*, CPR/C/ESP/CO/5, de 5 de enero de 2009.

B. Aspectos positivos

3. El Comité acoge con satisfacción la Ley N° 52/2007, "Ley de la memoria histórica", que prevé una reparación para las víctimas de la dictadura.

C. Principales motivos de preocupación y recomendaciones

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

El Estado parte debería: a) considerar la derogación de la Ley de amnistía de 1977; b) tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales; c)

prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura; y d) permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas.

118. COMITÉ DE DERECHO HUMANOS, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto. España. Adición. Comentarios del Gobierno de España sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos*, CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, 26 de enero de 2009.

7. Respecto de las recomendaciones del párrafo 9, el Comité de Derechos Humanos no explicita en virtud de qué disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos realiza estas recomendaciones. El Estado español no acierta a ver en qué medida entran dichas recomendaciones dentro del mandato del Comité. Además, cabe destacar que el Estado español no ha podido ejercer su derecho a réplica sobre todos los aspectos que contiene el párrafo 9 en el marco del actual proceso de examen.

8. Cualquier Estado sujeto a un proceso de examen internacional debe poder responder a aquellas cuestiones sustantivas que vayan a formar parte de una recomendación final. En particular, durante el presente procedimiento, el Comité no ha transmitido consideración, duda o pregunta alguna sobre la derogación de la Ley de Amnistía. El Comité se limitó, únicamente en la fase oral, a realizar algunas preguntas sobre los procedimientos en curso ante la Audiencia Nacional en relación con los desaparecidos así como sobre la ratificación del Convenio relativo a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

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

10. Por estos motivos, el Estado español lamenta la inclusión de este punto en las observaciones del Comité, considerando que se han cometido disfunciones procesales en términos de competencia (ausencia de referencia a la disposición pertinente del Pacto), proceso debido (ausencia de oportunidad de defensa en el procedimiento) y determinación de los hechos (desconocimiento del origen y significación social de la Ley de Amnistía).

119. COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el quinto informe periódico de España*, CAT/C/ESP/Q/5, 24 de julio de 2009.

Artículos 5 y 7

14. De modo análogo al Comité de Derechos Humanos, preocupa al Comité contra la Tortura el mantenimiento en vigor de la Ley de amnistía de 1977. El Comité señala que, en consideración al arraigado reconocimiento de la prohibición *jus cogens* de la tortura, el enjuiciamiento de los actos de tortura no debe estar limitado por norma de prescripción alguna ni por la doctrina de *nullen crimen sine lege*. ¿Considera el Estado parte que la Ley de amnistía de 1977 está en contradicción con sus obligaciones en virtud del artículo 5 de instituir su jurisdicción sobre el delito de tortura y de enjuiciar o extraditar a las personas acusadas de tortura? ¿Cuál es la política del Estado parte sobre el ejercicio de la acción penal respecto de los actos de tortura a los que sería aplicables la Ley de amnistía de 1977?

120. COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Respuestas por escrito del gobierno de España a la lista de cuestiones*, CAT/C/ESP/Q/5/Add.1, 22 de septiembre de 2009.

164. Cabe precisar, en primer lugar, que la Ley de amnistía de 1977 constituye una decisión respaldada por toda la sociedad española y que contribuyó a la transición a la democracia en España. La citada ley fue una demanda de toda la oposición democrática y fue una de las primeras leyes aprobadas por consenso por las mismas Cortes que aprobaron la Constitución de 1978. De hecho, no solo la sociedad española sino también la opinión pública mundial es conocedora y ha respaldado siempre el proceso de transición en España que fue posible, en parte, gracias a dicha ley. Con el fin de entender mejor lo que realmente pretendía la Ley de amnistía, se reproduce el primer artículo de dicha ley que dispone que quedan amnistiados:

- a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día 15 de diciembre de 1976;
- b) Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el 15 de diciembre de 1976 y el 15 de junio de 1977, cuando en la intencionalidad política se aprecie, además, un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España;
- c) Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el 6 de octubre de 1977, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas.

165. En segundo lugar, la formulación de la pregunta parece querer indicar que, ante un delito de torturas, argumentos como el respeto al principio de legalidad o la prescripción del delito no debieran ser invocados. Cabe recordar al respecto que, en nuestro ordenamiento jurídico, la prescripción no se aplicará a aquellos actos constitutivos de crímenes contra la humanidad o genocidio, sin que entre en consideración la posible aplicación de la Ley de amnistía.

166. De hecho, tal y como dispone el apartado c) del artículo primero de la Ley de amnistía, la amnistía no se aplicará si los actos han "supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas". Corresponderá entonces a los órganos jurisdiccionales considerar si los casos que se le sometan entran dentro del marco de la Ley de amnistía o no. Cabe insistir al respecto en que corresponde a los órganos jurisdiccionales la persecución de los delitos y que serán ellos quienes determinen los casos en los que la Ley de amnistía sea de aplicación.

167. En tercer lugar, en relación con un posible conflicto de la Ley de amnistía con las obligaciones que el Estado español tiene bajo el artículo 5 de la Convención contra la Tortura, en el sentido de establecer jurisdicción sobre el crimen de tortura, y enjuiciar o extraditar individuos acusados de infligir actos de tortura, cabe señalar que la Convención contra la Tortura fue adoptada y abierta a la firma el 10 de diciembre de 1984 y entró en vigor el 26 de junio de 1987, mientras que la Ley de 1977 se refiere a hechos acaecidos con anterioridad a la adopción de dicha ley. Dicho lo cual, deben destacarse, no obstante, los esfuerzos realizados estos últimos años por el Estado español en relación con las víctimas de la guerra civil y la dictadura.

La reciente adopción de la Ley Nº 52/2007, de 26 diciembre, por la que se reconoce y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura se refiere al derecho a obtener una declaración de reparación y reconocimiento personal en materia de reparación de las víctimas del franquismo (incluidas las torturadas).

168. La ley reconoce así, en su artículo 1, el derecho a la reparación moral y a la recuperación de memoria personal y familiar a quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. Como expresión de este derecho, en su artículo 2, se reconoce y declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa durante la guerra civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la dictadura. Esta declaración genérica se complementa, como señala la exposición de motivos de la ley, con un procedimiento específico para obtener una declaración

personal, de contenido rehabilitador y reparador, previsto en el artículo 4 de la ley, que se abre como un derecho a todos los perjudicados, y que podrán ejercer ellos mismos o sus familiares o aquellas instituciones públicas donde hubiesen desempeñado cargo o actividad relevante.

169. Ahora bien, la inaplicación de la prescripción por la Ley de amnistía de 1977 frente a los delitos de tortura que hayan supuesto "violencia grave contra la vida o integridad de las personas" opera respecto de los hechos cometidos entre el 15 de junio de 1976 y el 15 de diciembre de 1977; respecto de los anteriores a la primera de estas fechas, rige el apartado a) del artículo 1 de la referida ley, carente de salvedad alguna.

170. En todo caso, interesa precisar que el texto de la Constitución española garantiza el principio de legalidad penal y que el instituto de la prescripción ha sido en cierta medida "constitucionalizado" por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (véase SSTC 63/2005 de 14 de marzo; 29/2008 de 20 de febrero, y muy recientemente 147/2009 de 17 de julio).

El Tribunal afirma en estas sentencias que la prescripción penal supone una autolimitación del "*ius puniendi*" del Estado producida por el mero transcurso del tiempo, siendo indisponible para las partes actuantes, toda vez que lo que prescribe no es la acción penal para perseguir el delito, sino el delito mismo. El Tribunal Constitucional ha anulado resoluciones judiciales denegatorias del efecto prescriptivo, basándose en una perspectiva de consistencia axiológica de los fines de la prescripción que ha de llevar a una tutela judicial reforzada a la que tenían derecho los recurrentes: "Tal decisión consistió – la censurada por el TC – recordémoslo de nuevo, en negar que hubieran prescrito los delitos que se enjuiciaban y en afirmar para ello que en el momento de finalización del plazo prescriptivo se dirigía ya el procedimiento contra quienes luego resultarían imputados". Su idoneidad para satisfacer dicha tutela judicial reforzada por estar implicado el derecho a la libertad sirve de razonamiento a la estimación del recurso de amparo.

121. COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la convención. Observaciones Finales: España*, CAT/C/ESP/CO/5, 9 de diciembre de 2009.

Aspectos positivos (párrafo 4)

El Comité observa con satisfacción los esfuerzos que sigue realizando el Estado parte para reformar la legislación, las políticas y los procedimientos a fin de velar por una mejor protección de los derechos humanos, en particular el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en particular [...]:

La adopción de la Ley de memoria histórica (Ley núm. 52/2007), de 26 diciembre, por la que se reconoce y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, incluso el derecho a obtener una declaración de reparación.

Principales motivos de preocupación y recomendaciones (párrafos 21-22)

Ley de amnistía e imprescriptibilidad de la tortura. Si bien toma nota de que el Estado parte señaló que la Convención contra la Tortura entró en vigor el 26 de junio de 1987, mientras que la Ley de amnistía de 1977 se refiere a hechos acaecidos con anterioridad a la adopción de dicha ley, el Comité quiere reiterar que, en consideración al arraigado reconocimiento del carácter de jus cogens de la prohibición de la tortura, el enjuiciamiento de actos de tortura no se debe limitar por el principio de legalidad, ni por el efecto de la prescripción. El Comité además ha recibido distintas interpretaciones sobre el apartado c) del artículo 1 de la Ley de amnistía – que prevé que la amnistía no se aplicará si los actos han "supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas" – en el sentido de que el mismo excluiría en todo caso la tortura de los delitos amnistiados (arts. 12, 13 y 14).

El Estado parte debería asegurar que los actos de tortura, que también incluyen las desapariciones forzadas, no sean crímenes sujetos a amnistía. Al respecto, el Comité alienta al Estado parte a continuar e incrementar sus esfuerzos para ayudar a las familias de las víctimas a esclarecer la suerte de los desaparecidos, identificarlos y obtener las exhumaciones de sus restos, siempre que sea posible. Asimismo, el Comité reitera que, de acuerdo con el artículo 14 de la Convención, el Estado parte debe asegurar la reparación y el derecho a una indemnización a toda víctima de actos de tortura.

Al Comité le preocupa que el crimen de tortura, entendido de manera autónoma y contemplado en el artículo 174 del Código Penal, prescriba en el plazo máximo de 15 años, mientras que es imprescriptible sólo si es constitutivo de un crimen de lesa humanidad, es decir, cuando es cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella (artículo 607 bis del Código Penal) (arts. 1, 4 y 12).

El Estado parte debería asegurar la imprescriptibilidad de la tortura en todo caso”.

122. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. España, A/HRC/WG.6/8/L.5*, 12 de mayo de 2010, p 21.

84. España ha examinado las recomendaciones formuladas durante el diálogo interactivo y ha expresado su apoyo a las que figuran a continuación:

84.45. Proseguir los esfuerzos para aplicar en la práctica la Ley de la memoria histórica (Colombia)

86. Las recomendaciones que figuran a continuación serán examinadas por España, que les dará respuesta en su momento oportuno pero no más tarde del 15º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, en septiembre de 2010. La respuesta de España a esas recomendaciones se incluirá en el informe final que apruebe el Consejo de Derechos Humanos en su 15º período de sesiones.

86.26. Investigar y sancionar los delitos de desaparición forzada y prever la reparación de los mismos independientemente de cuando se hayan producido, habida cuenta del carácter continuado del delito y de sus obligaciones internacionales (México).

123. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. España. Adición. Opiniones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas presentadas por el Estado examinado, A/HRC/15/6/Add.1*, 13 de septiembre de 2010.

Recomendación/Conclusión N° 26. Rechazada

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

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

124. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, A/HRC/13/31, 21 de diciembre de 2009, en el que se hace referencia a dos informes previos: E/CN.4/2004/58, de 21 de enero de 2004 (párrafos 259-267) y A/HRC/4/41, de 25 de enero de 2007 (párrafo 380).

Denuncias generales

Resumen de las denuncias generales

481. Las fuentes informaron sobre ciertos obstáculos en la aplicación de la Declaración. Dicha información se transmitió al Gobierno en dos denuncias por separado después de los períodos de sesiones 86° y 87° del Grupo de Trabajo.

482. En la primera denuncia se informa de que no se han investigado las desapariciones ocurridas durante la guerra civil española y el régimen del General Francisco Franco, aunque, en virtud de la doctrina del delito continuado aplicable a las desapariciones sin resolver, la infracción todavía pervive. Presuntamente, la Ley de amnistía de 1977 declaró prescritos todos los delitos cometidos durante los períodos mencionados *supra*, incluidas las desapariciones forzadas. Aparentemente esta ley cierra la puerta a toda investigación. También se suministró información sobre la Ley de memoria histórica, aprobada en 2007, en el sentido de que esta no contempla el delito de desaparición forzada y no ofrece vía de recursos para las víctimas, vulnerando así su derecho a la verdad, la justicia y la reparación.

483. También se informó de que entre 1940 y 1954 desaparecieron miles de niños en España. Presuntamente algunos de ellos fueron enviados a orfanatos y entregados en adopción y en muchos casos fueron inscritos en el Registro Civil con otro nombre diferente. 484. Es preocupante también que los familiares de los desaparecidos tropiezan regularmente con obstáculos y la hostilidad de las autoridades cuando solicitan exhumar cadáveres enterrados en fosas clandestinas.

Respuestas del Gobierno

486. El Gobierno respondió a la primera denuncia el 26 de febrero de 2009, rechazando las alegaciones planteadas y subrayando la manifiesta falta de exactitud y precisión de la información que les servía de fundamento. En cuanto a la denuncia de que no ha habido investigaciones de las desapariciones ocurridas durante la guerra civil española y el franquismo, el Gobierno citó varias medidas adoptadas desde 2004, incluido el establecimiento del Centro de documentación de la memoria histórica y la Ley de 2007 por la que se amplían y reconocen derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. El Gobierno indicó además que, de acuerdo con la resolución de un juez, y una circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado, todos los encargados de los registros civiles municipales y consulares y del Registro Civil Central están obligados a "permitir el acceso al Registro Civil, tanto principal como auxiliar, de la policía judicial indicado por dicho Juzgado Central de Instrucción para la finalidad de identificar posibles víctimas desaparecidas a partir del 17 de julio de 1936". Se creó la Comisaría General de la Policía Judicial dentro de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil como órgano competente para depurar las posibles responsabilidades penales nacidas durante la guerra civil y el período de la dictadura del General Franco.

487. En cuanto a la Ley de amnistía, el Gobierno señala que, si bien la ley prevé la amnistía, en determinados casos, como forma de extinción de la responsabilidad penal, es necesario diferenciar la amnistía del indulto, que es el perdón de la pena impuesta por sentencia condenatoria al término de un procedimiento penal. También hay que distinguir entre amnistía y prescripción, por cuanto esta última se fundamenta en el transcurso del tiempo como obstáculo para castigar si se aplican racionalmente los principios de certeza e inmediatez en el juicio penal. La prescripción no es un perdón, sino la renuncia por razones pragmáticas a castigar un delito, la resignación del poder público ante la inoperatividad de la respuesta penal a causa del transcurso del tiempo.

488. No puede ni debe tampoco confundirse la Ley de amnistía con las denominadas “leyes de punto final”. Además, conforme al artículo 9 de la Ley de amnistía, su aplicación, en cada caso, competirá con exclusividad a los jueces, tribunales y autoridades judiciales competentes que son las que caso por caso resolverán en última instancia de acuerdo con las leyes procesales en vigor. La investigación de las desapariciones forzadas se ha realizado siempre que haya sido instada por los interesados, y no se haya dictado ninguna resolución fundada en la Ley de amnistía.

489. En cuanto a la denuncia de que la Ley de memoria histórica no aborda el delito de la desaparición forzada, el Gobierno indica que esta no tiene por objeto la tipificación y sanción del delito de desaparición forzada, sino que promueve las medidas que puedan contribuir al conocimiento de la historia y a facilitar la memoria democrática, todo ello en el marco de un espíritu de reconciliación.

490. Además, la Ley de memoria histórica no trata específicamente del delito de la desaparición forzada, dado que existen más de 80 textos legislativos y reglamentarios que sí abordan este tipo de delito, y ofrecen formas de reparación moral e indemnización (en la comunicación se anexa la lista de textos adoptados hasta la fecha).

491. En lo que se refiere a la denuncia de que miles de niños presuntamente fueron enviados a orfanatos y entregados en adopción y en muchos casos fueron inscritos en el Registro Nacional Civil con un nombre diferente, el Gobierno señala que es una afirmación excesivamente general. Es cierto que, durante la guerra civil se dieron en adopción niños que fueron inscritos en el Registro Civil con otro nombre, cuando estos niños eran declarados huérfanos. Sin embargo, también es cierto que las particularidades, los procedimientos y, sobre todo, las razones variaron enormemente de un caso a otro.

492. En cuanto a la alegación de que los familiares de los desaparecidos tropiezan regularmente con obstáculos y hostilidad por parte de las autoridades al solicitar la exhumación de cadáveres enterrados en fosas clandestinas, el Gobierno señala que la afirmación es falsa, dado que, como se ha explicado más arriba, las autoridades han puesto en marcha numerosas medidas de tipo legislativo y administrativo para facilitar el proceso.

493. En lo que se refiere a la realización de investigaciones específicas, el Gobierno afirma que han sido numerosas las efectuadas por el poder judicial, así como las medidas impulsadas por el Gobierno para llevar a cabo dichas investigaciones.

494. En cuanto a indemnizaciones y reparaciones de las víctimas de desapariciones forzadas, el Gobierno afirma que existen mecanismos específicos a tal efecto.

495. En lo que se refiere a medidas específicas para ayudar a familiares de víctimas en la localización de las personas desaparecidas, así como para ofrecerles la debida reparación, el Gobierno estima que legislación prevé medidas e instrumentos para que las administraciones públicas faciliten a los interesados la localización e identificación de los desaparecidos, como una última prueba de respeto. Incluye un protocolo para las exhumaciones y mapas en los que constan los terrenos en que pueden estar localizados los restos de las personas desaparecidas, prevé que las administraciones públicas puedan autorizar tareas de localización de las víctimas y establece los procedimientos para que los descendientes directos de las víctimas puedan recuperar los restos enterrados en las fosas colectivas, para su identificación y eventual traslado a otro lugar.

Observaciones

502. El Grupo de Trabajo recuerda al Gobierno sus obligaciones con arreglo a la Declaración, en particular, que todo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad (art. 4.1) y que los Estados realizarán investigaciones exhaustivas e imparciales mientras no se haya aclarado la suerte de la víctima de una desaparición forzada (art. 13.6).

503. El Grupo de Trabajo felicita al Gobierno por ratificar la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y lo insta a que acepte la competencia del Comité con arreglo a los artículos 31 y 32.

125. COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA, *Observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención*, 12 de diciembre de 2013.

El Comité recomienda al Estado parte que adopte las medidas legislativas necesarias a fin de incorporar la desaparición forzada como un delito autónomo que se ajuste a la definición contenida en el artículo 2 de la Convención y sea punible con penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad.

Responsabilidad penal y cooperación judicial en materia de desaparición forzada (artículos 8 a 15)

El Comité toma nota con satisfacción de que, según el derecho penal vigente, los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles. Asimismo, acoge con beneplácito la información brindada por el Estado parte según la cual, de conformidad con el artículo 132 del Código Penal, los plazos de prescripción en relación con los delitos permanentes, equivalentes en el derecho interno a los delitos de carácter continuo en la Convención, comenzarían a computarse a partir de que “se pone término a la actuación dolosa enjuiciada”. Sin embargo, observa con preocupación la información recibida acerca del criterio adoptado por el Tribunal Supremo en relación con la investigación de presuntos casos de desaparición forzada (sentencia 101/2012) en virtud del cual, entre otros fundamentos tales como la existencia de una ley de amnistía y la muerte de los presuntos responsables, sostuvo que “[...] la argumentación sobre la permanencia del delito no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica. No es razonable argumentar que un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años, por señalar el plazo máximo [...]” (arts. 8, 12 y 24).

El Comité, teniendo en consideración el régimen de prescripción vigente en España en relación con los delitos de carácter permanente, insta al Estado parte a que vele por que los plazos de prescripción se cuenten efectivamente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, es decir, desde que la persona aparece con vida, se encuentran sus restos o se restituye su identidad. Asimismo, lo exhorta a que asegure que todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas y aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal; que se adopten las medidas necesarias, legislativas o judiciales, con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones, en particular la interpretación que se ha dado a la ley de amnistía; que los presuntos autores sean enjuiciados y, de ser declarados culpables, sancionados de conformidad con la gravedad de sus actos; y que las víctimas reciban reparación adecuada que incluya los medios para su rehabilitación y sea sensible a cuestiones de género.

126. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. Adición. Misión a España. A/HRC/27/56/Add.1, 22 de julio de 2014*

Textos y documentos de la práctica española

1. Presentación

La exposición que se ha realizado de los párrafos de los Informes de determinados órganos internacionales sobre la práctica española tiene la virtud de poner

de manifiesto la problemática que encierra la justicia de transición en España y la aplicación (o falta de aplicación en su caso) al caso español del propio concepto y de las técnicas y las fórmulas que son propios de la justicia de transición.

Ciertamente, a través de determinadas leyes y decisiones judiciales habidas en España durante los últimos años se han aplicado medidas propias de la justicia de transición. Pero la cuestión es otra. Frente a quienes sostienen que España ya ha vivido un proceso de justicia de transición (programas de reparación, reformas institucionales, ...), los familiares de las víctimas reclaman justicia con más fuerza que nunca.

Tras la muerte del General Franco en 1975, España inició un proceso de transición basado en el consenso entre los partidos políticos que incluyó una amnistía de la que se beneficiaron tanto personas condenadas por el Régimen como los funcionarios de éste. Se adoptaron asimismo medidas de reparación ad hoc y se procedió a la retirada de los símbolos franquistas. Esta labor queda recogida en el Informe general aprobado por la Comisión Interministerial para el estudio de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, de 28 de julio de 2006, así como en el Dossier elaborado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en el mismo año. La parte relativa a España sistematiza la labor legislativa y la práctica judicial habida desde el inicio de la Transición hasta 2006, incluyendo los debates legislativos para la aprobación de la Ley de Amnistía de 1977.

Durante los últimos años este modelo de transición ha sido puesto en entredicho desde diversos sectores. El propio legislador español considera insuficiente el esfuerzo legislativo desarrollado (“quedan aún iniciativas por adoptar para dar cumplida y definitiva respuesta a las demandas de esos ciudadanos, planteadas tanto en el ámbito parlamentario como por distintas asociaciones cívicas”. Ley 52/2007: preámbulo), razón por la que aprueba la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

En el centro de este proceso de revisión destacan las críticas a la Ley de Amnistía de 1977 y la aplicación que de la misma hacen los tribunales españoles pues, se dice, cierran a las víctimas la vía de una reparación efectiva. Por lo demás, éstas se enfrentan a una dificultad adicional: la lejanía en el tiempo de los hechos denunciados. Así lo pone de relieve la decisión adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Gutiérrez Dordado y Dorado Ortíz*.

El Gobierno español ha respondido a estas críticas en sus Comentarios al Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. En la medida que estos comentarios exponen la posición oficial de España se reproducen *in extenso*.

2. Documentos

127. COMISIÓN INTERMINISTERIAL PARA EL ESTUDIO DE LAS VÍCTIMAS DE LA GUERRA CIVIL Y DEL FRANQUISMO, *Informe general*, 28 de julio de 2006.

128. CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, *Dossier sobre la Memoria Histórica: El proceso de justicia transicional en Alemania, Argentina, Chile, España, Portugal y Sudáfrica*, Boletín de Documentación nº 27, Septiembre-diciembre 2006.

129. 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. *BOE* núm. 310 de 27 de Diciembre de 2007.

130. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Gutiérrez Dordado y Dorado Ortiz c. España*, Decisión de 27 de marzo de 2012.

131. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. Adición. Misión a España: Comentarios del Estado al informe del Relator*. A/HRC/27/56/Add.3, 17 de septiembre de 2014.

8. Precisamente, cuando el Relator menciona en su informe el éxito en la reforma de las Fuerzas Armadas, se refiere al alto grado de legitimidad del proceso de democratización, basado en un amplio apoyo social y en un firme consenso entre los partidos políticos. Ese mismo apoyo social y consenso político fueron los que ampararon la adopción de la Ley de Amnistía en 1977, que como ya se explicó al Relator, no es una ley de punto final otorgada por la dictadura para perdonarse a sí misma, sino una ley adoptada por los partidos parlamentarios democráticamente elegidos y plenamente conscientes de la importancia del paso que estaban dando, en todas sus dimensiones. Agradecemos muy sinceramente al Relator que haya examinado la Ley de Amnistía de 1977 con mayor rigor y profundidad que otros procedimientos especiales y órganos de tratados, que limitan su análisis a recomendar la derogación de la Ley de Amnistía, olvidando su génesis y sus efectos.

9. A este respecto, el Relator distingue en su informe dos aspectos de la Ley de Amnistía: por un lado, la extinción de la responsabilidad penal de los opositores a la dictadura, a la que atribuye un alto grado de consenso entre los partidos políticos; y por otro, la extinción de la responsabilidad penal de los que defendieron la dictadura, que el Relator considera no fue debatido por los partidos políticos. Conviene aclarar en este sentido que dicha afirmación es errónea. De hecho, tanto en los debates parlamentarios que precedieron la adopción de la Ley de Amnistía, como en las declaraciones de los políticos de los partidos de oposición, y en los análisis políticos que se han hecho a posteriori, existen múltiples referencias a esa voluntad de reconciliación y convencimiento de que sólo a través del olvido, la amnesia y el perdón era posible esa reconciliación. Incluso mucho antes de que se adoptase la Ley de Amnistía, tan atrás como en 1960, las actas del VI Congreso del Partido Comunista de España, entonces todavía ilegal, ya recogían la propuesta de la amnistía general, extensiva a todos, en ambos bandos contendientes.

10. Por otro lado el Relator considera que la interpretación que el Poder Judicial ha dado en España a la Ley de Amnistía, combinada con lo que el Relator denomina una interpretación “formalista” del principio de legalidad, impiden la investigación de los hechos acaecidos en España entre 1936 y 1975. Sin embargo, los jueces no hacen sino aplicar los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal, pilares del Estado de Derecho. Nadie duda de que toda norma penal ha de ser aplicada e interpretada con exquisita observancia del principio de legalidad y sus manifestaciones de *lex previa*, *certa*, *stricta* y *scripta*. Es por ello que en opinión del Gobierno español, es erróneo calificar peyorativamente de “interpretación formalista” una interpretación que propugna el respeto al estado de Derecho y al principio de legalidad.

11. Reiteramos, por otra parte, que el proceso penal en España no tiene funciones de investigación de los hechos, sino de identificación de los responsables y su castigo. Por ello

disentimos del señor Relator cuando señala que los jueces españoles se limitan a archivar las demandas de las víctimas que solicitan noticias sobre el paradero de sus seres queridos. Hemos proporcionado al Relator información sobre decisiones judiciales, como los autos nº 75/2014 y nº 478/2013 de la Audiencia Provincial de Madrid, que coinciden en confirmar que el procedimiento penal no es la vía para dar satisfacción a las pretensiones de los demandantes (en estos casos, la exhumación de los restos de familiares en el Valle de los Caídos para su sepultura en otro lugar). Pero conviene resaltar que dichos autos no se limitan a archivar la causa e impedir toda investigación, como afirma el Relator, sino que ofrecen la vía contencioso-administrativa como la vía correcta de acuerdo con la concepción procesal española, y que es la prevista en la Ley de Memoria Histórica.

12. Agradecemos al Relator que reconozca en su informe, cuando analiza el pilar de su mandato relativo a la reparación, los esfuerzos desarrollados en España en este ámbito, partiendo de las medidas adoptadas primero durante la dictadura, y después en democracia, referidas ya a las víctimas del bando republicano. Tomamos nota de las observaciones del Relator en cuanto a las categorías de víctimas que considera excluidas de las medidas de reparación con el fin de estudiar su encaje en la legislación vigente. No obstante, me gustaría señalar que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas gestiona un programa de reconocimiento de pensiones a las personas que por su orientación sexual sufrieron pena de prisión en aplicación de la legislación aplicable durante el franquismo, y que dichas personas tienen también a su disposición la posibilidad de solicitar la declaración de reparación prevista en el art. 4 de la Ley de Memoria Histórica.

13. Agradecemos las observaciones relativas a la formación de funcionarios públicos en materia de derechos humanos. Como consecuencia de la visita del Relator y de su informe, me complace informarle de que en el proceso de revisión anual de los planes de estudio y formación tanto inicial como continuada de la Carrera Judicial y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, serán tenidas en cuenta las recomendaciones del Relator.

14. Compartimos con el Relator la idea, de que en materia de justicia transicional no existe un modelo único aplicable a toda circunstancia histórica. El modelo español de transición ha sido considerado durante años precisamente eso, un modelo a seguir, y muchas de sus características han servido de inspiración en numerosos procesos de transición post-autoritaria tanto en América Latina como en otros lugares del mundo, y más recientemente, en Túnez.

Conclusiones

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

Del mismo modo, la referida labor de conceptualización ha permitido dotar a los procesos de justicia de transición de un fundamento jurídico, que permite afirmar la obligatoriedad jurídica de las acciones a emprender. Este fundamento – menos trabajado por la doctrina – se establece en torno de dos elementos. En primer lugar, la asunción por el Derecho internacional de los derechos humanos de la noción de justicia de transición que ha cristalizado, entre otros textos, en la Resolución 60/147 de la AGNU de 2005.

En segundo lugar, la noción de víctima y la obligación jurídico-internacional del Estado de reparar a las víctimas por las violaciones sufridas. Este derecho de las víctimas se formula como un “derecho a la justicia” en su triple acepción de: a) derecho

a la verdad y a la memoria, b) derecho al castigo de los responsables de los abusos y c) derecho de las víctimas a la reparación y rehabilitación.

Precisamente este segundo elemento es la razón del desencuentro entre los órganos de las Naciones Unidas y el Gobierno español y causa de que se requiera, al menos, el debate sobre el modelo español de justicia transicional, inicialmente basado en el consenso entre las fuerzas políticas y sociales y limitado a ofrecer reparación a las víctimas y a la retirada de los símbolos franquistas, sin lugar, por tanto, para la justicia penal.

Los Informes de determinados órganos internacionales tiene la virtud de poner de manifiesto no solo la problemática que encierra la justicia de transición en España y la aplicación (o falta de aplicación en su caso) al caso español del propio concepto y de las técnicas y las fórmulas que son propios de la justicia de transición, sino también la postura oficial del Gobierno sobre el particular.

Profile

Santiago Ripol Carulla is Professor of Public International Law at the University Pompeu Fabra in Barcelona (España). In the last years his research has revolved around the relationships between the Spanish Law and the European International Courts (the Court of Justice of European Union and the European Court of Human Rights). He has been in charge of the project of R+D+i, “The creation of and international order and European of Human Rights through the jurisdictional action” (3003-2006), funded by the Ministry of Education and Science (Spain). He is currently lawyer in the Spanish Constitutional Court since October 2003.

Santiago Ripol Carulla es catedrático de Derecho internacional público de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (España). Su investigación se ha centrado durante los últimos años en la relaciones entre el Derecho español y los tribunales internacionales europeos (Tribunal de Justicia de la Unión Europa y Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Ha sido director del proyecto de I+D+i, “La creación de un orden internacional y europeo de los derechos humanos a través de la acción jurisdiccional” (2003-2006), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (España). Desde octubre de 2003 es Letrado del Tribunal Constitucional.

Fecha de recepción: 2 de octubre de 2014.

Fecha de aceptación: 12 de diciembre de 2014.

Fecha de publicación: 31 de diciembre de 2014.

Para citar este artículo: Santiago Ripol Carulla, “La justicia de transición: concepto y práctica española (selección de bibliografía y documentación)”, *Historiografías*, 8 (julio-diciembre, 2014): pp. 76-107.

<http://www.unizar.es/historiografias/historiografias/numeros/8/ripol.pdf>