

Jorge Rodríguez Rodríguez

EL DERECHO A LA VERDAD EN LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN ESPAÑOLA



aEDID/|

Asociación Española
para el Derecho Internacional
de los Derechos Humanos

El derecho a la verdad
en la justicia de transición española

Jorge Rodríguez Rodríguez

El derecho a la verdad en la justicia de transición española

La publicación de esta obra ha sido subvencionada por el Gobierno Vasco (Secretaría General para la Paz y la Convivencia. Dirección de Víctimas y Derechos Humanos)

Primera edición: julio de 2014

© Jorge Rodríguez Rodríguez

© Imagen de cubierta: Juan Garcai

© de esta edición:

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Párroco Camino 19, 3.º D
33700 Luarca. Asturias. España
info@aedidh.org
www.aedidh.org

Editor: Cristian Velasco

ISBN: 978-84-697-1185-9

DL: AS 2940-2014

Permitida la reproducción siempre que se cite la fuente y no se altere ni modifique ninguno de los pasajes reproducidos

A mis cuatro abuelos, en especial a mi abuela Paqui, por tantos momentos de sabiduría compartidos.

A la memoria de mi bisabuelo Esteban, por su incansable lucha a favor de un mundo más justo, lo que acabó costándole la vida.

A mis primas Elisa y Delia, por ser siempre ese espejo donde mirarme.

Al profesor Carlos Villán Durán, por mostrarme el camino a seguir.

A mis padres, por absolutamente todo.

Y en especial a ti... Lucía.

Cuando Yasmin me preguntó lo que me gustaría que ocurriera solo dije que quería que se revelara la verdad acerca de mi hijo. No hablé de dinero. Dije que sería feliz si supiera quién había matado a mi hijo. Si los pudiera ver y dijeran que ellos dispararon a mi hijo, estaría satisfecha. Simplemente tenía hambre de verdad, necesitaba saber la verdad acerca de la muerte de mi hijo.

Testimonio recogido durante las audiencias públicas de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica.

No existe crimen más grande que aquel que se perpetra a conciencia de su impunidad.

Thomas HOBBS: *Leviatán*

Índice

Abreviaciones

Presentación

Introducción

1. La reglamentación internacional del derecho a la verdad

1.1 Introducción

1.2 Organización de las Naciones Unidas

1.2.1 Derecho convencional

- a. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- b. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- c. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

1.2.2 Derecho internacional general

- a. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas
- b. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad
- c. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones
- d. La práctica del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias del Consejo de Derechos Humanos
- e. Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición

1.3 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)

- 1.4 Sistema Interamericano de Derechos Humanos
 - 1.4.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos
 - 1.4.2 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
 - 1.4.3 La práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
 - 1.4.4 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
 - a. Acceso a la justicia
 - b. Leyes de amnistía
- 1.5 Convenio Europeo de Derechos Humanos

2 Las comisiones de la verdad en el derecho comparado

- 2.1 Características comunes
 - 2.1.1 Establecimiento
 - a. Mandato
 - b. Competencia *ratione temporis*
 - c. Competencia *ratione materiae*
 - 2.1.2 Composición
 - 2.1.3 Informe y recomendaciones
 - 2.1.4 Seguimiento y determinación de un órgano ejecutor
- 2.2 El alcance del derecho a la verdad en la práctica comparada
 - 2.2.1 Reparaciones acordadas a las víctimas
 - 2.2.2 El enjuiciamiento de los responsables de las violaciones

3 La obligación de España de establecer una comisión de la verdad

- 3.1 La obligación de investigar crímenes internacionales
 - 3.1.1 Concepto de crímenes internacionales
 - 3.1.2 Características
 - a. Imprescriptibilidad
 - b. La ilegalidad de las amnistías. La Ley 46/1977
 - 3.1.3 El principio de justicia universal como complemento para investigar crímenes internacionales
- 3.2 El derecho de las víctimas a conocer la verdad
 - 3.2.1 Los intentos de enjuiciar los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo en España
 - 3.2.2 Diferencias entre investigación judicial penal e investigación de crímenes internacionales a los efectos de establecer la verdad

3.3 El derecho a la reparación

3.3.1 Medidas de reparación

3.3.2 La Ley 52/2007 y sus insuficiencias a la luz del derecho internacional de los derechos humanos

3.4 Reconciliación nacional y paz social

3.4.1 Concepto de reconciliación nacional

3.4.2 Ley de amnistía y reconciliación nacional

3.4.3 Comisión de la verdad y reconciliación nacional

3.4.4 Condicionantes políticos de la reconciliación

3.4.5 Las víctimas y la reconciliación nacional

Conclusiones finales

Bibliografía

1. Doctrina
2. Jurisprudencia
3. Informes de instituciones públicas españolas
4. Documentos de organizaciones internacionales
5. Informes de organizaciones de la sociedad civil
6. Informes de las Comisiones de la Verdad

Siglas y acrónimos

ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
AEDIDH	Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
AEHE	Asociación Española de Historia Económica
AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
ARMH	Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica
ARMHC	Associació per a la recuperació de la memòria històrica de Catalunya
ARMHEX	Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Extremadura
BOE	Boletín Oficial del Estado
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCT	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEH	Comisión para el Esclarecimiento Histórico (Guatemala)
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIPAE	Comité de Iglesias para Ayudas de Emergencia
ComIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Comisión DH	Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
Comité CT	Comité Contra la Tortura de las Naciones Unidas
Comité DF	Comité contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas
Comité DH	Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
CONADEP	Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Argentina)
Consejo DH	Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
CP	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional
CtIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CVR	Comisión de la verdad y reconciliación (Perú)
DIDH	Derecho internacional de los derechos humanos
FJ	Fundamento jurídico

GAL	Grupos Antiterroristas de Liberación
GTDFI	Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias
ICHRP	International Council on Human Rights Policy (Consejo Internacional sobre Políticas de Derechos Humanos)
ICTJ	International Center for Transitional Justice (Centro Internacional para la Justicia Transicional)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
OACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
OIDHP	Observatorio Internacional del Derecho Humano a la Paz
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSC	Organización de la sociedad civil
PCE	Partido Comunista de España
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PSOE	Partido Socialista Obrero Español
RE	Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición
RIS	Rights International Spain
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TPI	Tribunal Penal Internacional
TRC	Truth and Reconciliation Commission (Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica)
TS	Tribunal Supremo
TVE	Televisión Española
UNMIL	United Nations Mission in Liberia (Misión de las Naciones Unidas en Liberia)

Presentación

La AEDIDH tiene el gusto de ofrecer en este nuevo libro un trabajo de investigación de la máxima actualidad en España. La versión que ahora presentamos es una actualización del trabajo de investigación que desarrolló el autor para la obtención de su título de Máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá (2012), que yo mismo tuve ocasión de dirigir en mi calidad de codirector y profesor del máster. El tribunal correspondiente calificó con sobresaliente el citado trabajo.

Jorge Rodríguez realiza un esfuerzo investigador encomiable en este libro. La elección del tema (el derecho a la verdad en la justicia de transición española) no pudo ser más oportuno en el contexto actual, coincidente con la máxima atención que la ONU está prestando a esta cuestión desde la práctica de sus órganos de protección de los derechos humanos. Solamente en los últimos meses han visitado España el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (septiembre de 2013) y el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (enero de 2014), ambos dependientes del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Entre ambas visitas, el Comité contra las Desapariciones Forzadas adoptó en Ginebra sus observaciones finales al término del examen del informe presentado por España en cumplimiento de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (noviembre de 2013).

La preocupación de la ONU por la falta de una justicia de transición en España ya había sido expresada por el GTDFI y el Comité de Derechos Humanos años atrás. En efecto, con motivo de una presentación realizada por la AEDIDH y otras OSC en 2008 ante el GTDFI por incumplimiento en España de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992, el GTDFI señaló la obligación de España de investigar los miles de casos de desapariciones forzadas ocurridos durante la Guerra Civil y posterior represión franquista (1936-1977). En 2008, también a instancias de las OSC, el Comité de Derechos Humanos (PIDCP) recomendó vivamente a España establecer una comisión de la verdad, derogar la ley de amnistía de 1977 e investigar los crímenes internacionales cometidos en el pasado. Y en 2009 el Comité contra la Tortura (órgano de control de la Convención contra la tortura), en adelante Comité CT, recomendó nuevamente a España derogar la ley de amnistía de 1977, investigar los crímenes de tortura del pasado (incluidas las desapariciones forzadas) y sancionar a los responsables.

El autor estudia con exhaustividad esta valiosa práctica tanto institucional como normativa, desarrollada en la ONU y otras organizaciones internacionales regionales, lo que le permite precisar el alcance real del derecho a la verdad en el derecho internacional de los derechos humanos. También completa su estudio con una evaluación del derecho comparado sobre el establecimiento y funcionamiento de las comisiones de la verdad en cuarenta países diferentes. Su conclusión es obvia: España no puede ser diferente y necesita establecer urgentemente una comisión de la verdad compuesta de personas independientes, capaz de establecer la verdad histórica de las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la Guerra Civil y posterior represión franquista (1936-1977), y que los poderes públicos se comprometan a respetar sus recomendaciones.

La juventud del autor lo sitúa generacionalmente entre los nietos de los que sufrieron represión directa durante la Guerra Civil o el franquismo. También son nietos los que animan las numerosas asociaciones de recuperación de la memoria histórica existentes en España y realizan exhumaciones de sus seres queridos sin apoyo institucional, una vez superado el miedo a la represión que había paralizado durante años a las generaciones anteriores. El protagonismo que ha adquirido la generación de los nietos es la mejor garantía de preservación de la memoria histórica.

Para la AEDIDH es prioritario el acompañamiento internacional a las asociaciones, nietos y demás familiares de los represaliados, a fin de que, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, España establezca una comisión de la verdad que dé paso al ejercicio del derecho a la justicia y reparación, así como a las garantías de no repetición de violaciones tan graves de los derechos humanos como las sufridas por nuestro pueblo durante los años de la Guerra Civil y la posterior represión franquista. Solo así podremos construir una sociedad justa y en paz, reconciliados con nuestro propio pasado, sobre la base de valores hoy bien asentados en el derecho internacional de los derechos humanos (verdad, justicia, reparación) que harán imposible la repetición de tanto sufrimiento en los siglos venideros.

En el plano académico, felicito al autor por haber conseguido elaborar un trabajo serio, profundo y valiente, fruto de su sensibilidad personal y solidaridad con las generaciones anteriores. A la vista de sus resultados, me siento plenamente recompensado por la dedicación que me supuso la dirección del trabajo. Y deseo a Jorge Rodríguez muchos más éxitos académicos y políticos en el campo del derecho internacional de los derechos humanos.

Ginebra, 1 de febrero de 2014

Prof. Carlos Villán Durán

Presidente de la AEDIDH

Introducción

Entre 1936 y 1939 tuvo lugar la última guerra civil en España, con sus conocidas secuelas de graves violaciones de derechos humanos que, según los historiadores, fueron cometidas por ambos bandos, pero de manera sistemática por el bando sublevado, que además prolongó tales violaciones a lo largo de la posterior represión franquista. Las desapariciones forzadas y las ejecuciones sumarias fueron la tónica general en una contienda militar que se inició con el golpe de Estado militar del 17 de julio de 1936, quebrantando así la legalidad vigente al alzarse en armas un sector de las Fuerzas Armadas contra un Estado democrático y legalmente establecido.

Las víctimas de la Guerra Civil fueron numerosas, pero únicamente contamos a día de hoy con simples aproximaciones y no con cifras exactas de las consecuencias que trajo consigo el mencionado conflicto armado para la población del país. Un estudio de la Asociación Española de Historia Económica (en adelante, AEHE) ha cifrado el número de víctimas de la Guerra Civil en 540 000, y una caída de la natalidad en 576 000 nacimientos.¹ A su vez es necesario tener presentes las 130 000 personas ejecutadas sumariamente y las 50 000 asesinadas sin siquiera un simulacro de juicio.²

Concluida la guerra, miles de españoles sufrieron detención arbitraria, torturas y malos tratos, incluidos trabajos forzados en campos de concentración. Otros muchos tuvieron que exiliarse a terceros países (finalizando muchos de ellos en campos de

¹ P. MARTÍN ACEÑA y E. MARTÍNEZ RUIZ (coords.): *Las consecuencias demográficas de la Guerra Civil*, X Congreso de la AEHE, sesión A2: «La economía de la Guerra Civil», Galicia, mayo de 2005, p. 31.

² P. PRESTON: *La Guerra Civil española: reacción, revolución y venganza*, Barcelona: Historia, 2010, p. 300 y ss.

No obstante, «numerosas investigaciones realizadas hasta la fecha demuestran que un alto porcentaje de desaparecidos no consta en registro alguno», por lo que cualquier cifra dada acerca del número de víctimas de la Guerra Civil es susceptible de verse alterada en un futuro. Cf. F. ESPINOSA MAESTRE: «Julio de 1936, Golpe Militar y Plan de exterminio», en J. CASANOVA RUIZ *et al.*: (coords.): *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*, Barcelona: Crítica, 2002, p. 108.

concentración franceses y nazis) huyendo de las amenazas de represalias por parte del régimen militar instalado en el poder por la fuerza de las armas.³

Tras la victoria del bando golpista, este intensificó sus medidas de represión sistemática a los antiguos combatientes o simpatizantes de la República.

En cambio, adoptó de inmediato todo tipo de políticas públicas para facilitar la localización, identificación, dignificación y reparación de las víctimas «nacionales» durante el conflicto armado. En efecto, el bando vencedor se ocupó de satisfacer el derecho de sus víctimas a una verdadera reparación, con la pertinente localización de los combatientes muertos y civiles represaliados por el bando republicano, así como una investigación abierta por el entonces Fiscal General del Estado sobre las circunstancias en que se produjeron las muertes o las desapariciones atribuidas a los republicanos. Además, el régimen franquista promulgó una serie de leyes destinadas a proteger, compensar y ensalzar a los muertos, heridos y familiares de las víctimas «nacionales» de la Guerra Civil, e incluso se previó la búsqueda y exhumación de cadáveres a efectos de su identificación.

Lamentablemente, la dictadura militar franquista excluyó de estas medidas de reparación a las víctimas y a los familiares de los que habían defendido la legalidad republicana, lo que supuso la *revictimización* de las mismas.

Hubo que esperar al fallecimiento del dictador en 1975 para que, en el marco de la transición política, se dictaran medidas encaminadas a la reparación parcial de las víctimas republicanas olvidadas, en especial de los que sufrieron privación de libertad durante los 40 años de régimen franquista. La más significativa fue la *Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía*, aprobada por el primer parlamento democrático tras la dictadura, incluso antes de la *Constitución democrática de 1978*. Esta ley amnistió los actos de intencionalidad política cometidos antes del 15 de diciembre de 1976 (art. 1). También amnistió los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta ley (art. 2.e) y los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas (art. 2.f).

Por tanto, la ley amnistió los crímenes contra los derechos humanos cometidos por personas pertenecientes al régimen franquista, consolidando de esta manera la

³ Concretamente, y según el estudio de la AEHE, un total de 734 000 personas cruzaron la frontera francesa huyendo de la guerra y de la represión franquista, sobre todo tras la caída de Cataluña en manos de los sublevados a principios de 1939. Cf. P. MARTÍN ACEÑA y E. MARTÍNEZ RUIZ, *op. cit.*, p. 18.

impunidad de sus partidarios, más allá de la represión sistemática ejercida por la dictadura franquista durante cuarenta años. Se negó así el derecho de las víctimas del bando republicano a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron esas violaciones de derechos humanos.

La **ley de amnistía** no solo ha obstaculizado hasta la fecha la sanción penal de los responsables de violaciones de los derechos humanos, sino que también se ha evitado el inicio de cualquier tipo de investigación sobre estos hechos. Puesto que la amnistía produce el efecto de extinguir la responsabilidad penal individual, no debiera impedir que se realizara una investigación completa de los hechos, especialmente cuando se trata de crímenes internacionales, porque de ese modo se viola el derecho que tienen los familiares a conocer la verdad acerca de lo sucedido a sus seres queridos. Este derecho se vincula al derecho a una investigación judicial como parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva frente a violaciones graves de los derechos humanos.

Las comisiones de la verdad son órganos no judiciales, creados habitualmente en una época de transición política o tras la finalización de un período de guerra. Su labor es la investigación de violaciones graves a los derechos humanos y quebrantamientos del derecho internacional humanitario, con el fin de elaborar un informe en el que se establezca la verdad histórica de lo ocurrido en el pasado. Además, el informe debe concluir con recomendaciones dirigidas a los poderes públicos que estos se comprometan a aceptar, para una mejor gestión de esa etapa de transición hacia la recuperación completa del Estado de derecho y del respeto a los derechos humanos.

El objeto principal del presente estudio es analizar el alcance del derecho a la verdad de las víctimas de la Guerra Civil y de la posterior represión franquista, de acuerdo a las normas y prácticas del derecho internacional de los derechos humanos. Además, se estudiará si la constitución de una comisión de la verdad es necesaria para que España respete el derecho a la verdad consagrado por el derecho internacional de los derechos humanos.

En consecuencia, se examinarán los instrumentos normativos (convencionales y de derecho internacional general) relevantes de la Organización de las Naciones Unidas, del derecho internacional humanitario, del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y del Consejo de Europa, en los que se reconoce el derecho de las víctimas a la verdad (capítulo primero).

En el capítulo segundo se estudiará la práctica del derecho comparado tanto en materia de establecimiento de comisiones de la verdad, como el contenido material de ese derecho, centrandó nuestra atención sobre todo en la experiencia

latinoamericana, por ser la región del mundo donde más se han desarrollado las comisiones de la verdad.

El capítulo tercero analizará la obligación internacional de España de establecer una comisión de la verdad. Para ello estudiaremos (i) la obligación de todo Estado de investigar crímenes internacionales que se cometieron en el pasado en el territorio bajo su jurisdicción; (ii) el derecho de las víctimas a conocer la verdad en el contexto español; (iii) la compatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos de las medidas de reparación a las víctimas de la Guerra Civil y posterior represión franquista aprobadas por España hasta la fecha; (iv) las dificultades para llegar a una auténtica reconciliación nacional mientras persista la impunidad de los responsables de las violaciones de derechos humanos; y (v) el papel de las víctimas en la investigación de los crímenes internacionales cometidos en el pasado en nuestro país.

La investigación estará presidida por una metodología de tipo mixto (deductivo e inductivo), como lo prueban las fuentes bibliográficas utilizadas que se reseñan al final del trabajo. En primer lugar, el método deductivo nos llevará a estudiar la legislación internacional (universal y regional interamericana y europea), así como la española relevantes. El estudio de la legislación irá acompañado de su interpretación a través de los textos doctrinales (obras generales, monografías, artículos de revistas especializadas y contribuciones a obras colectivas).

En segundo lugar, el método inductivo nos permitirá contrastar las normas jurídicas y las opiniones doctrinales, con la práctica generada por los tribunales de justicia y por las distintas comisiones de la verdad.

En tercer lugar, la utilización del método inductivo será especialmente relevante en el presente trabajo, en el que se trata de relacionar la legislación y la práctica española en materia de reparación a las víctimas de crímenes internacionales con las normas internacionales de derechos humanos, que prevén obligaciones específicas que España, como todo Estado, debe respetar.

La importancia de la práctica internacional a los efectos de este trabajo se pone de manifiesto con la simple enumeración de las fuentes que se consultarán:

1. Mecanismos de protección de la Organización de las Naciones Unidas
 - A. Práctica de los Comités establecidos en tratados
 - a. **Comité de Derechos Humanos**
 - b. **Comité contra la Tortura**
 - c. **Comité contras las Desapariciones Forzadas**

- B. Procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos
 - a. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias
 - b. Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición
2. Práctica de los mecanismos de protección de derechos humanos del Consejo de Europa.
 - a. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
3. Sistema interamericano de protección de los derechos humanos
 - a. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
 - b. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
4. Informes de las comisiones de la verdad nacionales con más trascendencia para la comunidad internacional:
 - a. Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission: *Witness to truth: Report of the Sierra Leone Truth & Reconciliation Commission*, Acra: Graphic Packaging Ltd., 2004.
 - b. Comisión de la verdad y reconciliación: *Informe Final*, Lima: CVR, 2003.
 - c. Comisión para el Esclarecimiento Histórico: *Guatemala, memoria del silencio*, Guatemala: Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas, 1999.
 - d. South African Truth and Reconciliation Commission: *Report*, Ciudad del Cabo: TRC, 1998.
 - e. Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación: *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Informe Rettig)*, Santiago de Chile: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, reedición de 1996.
 - f. Comisión de la Verdad para El Salvador: *De la locura a la esperanza: La guerra de 12 años en El Salvador*, San Salvador-Nueva York: Naciones Unidas, 1992-1993.
 - g. Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP): *Nunca Más*, Buenos Aires: Eudeba, 1984.

Por consiguiente, la utilización combinada de los métodos deductivo e inductivo, con un claro predominio del estudio de las normas internacionales de derechos humanos y de la práctica desarrollada por sus órganos de aplicación internacional en materia de justicia de transición, completada con el análisis de la práctica nacional comparada, nos permitirá concluir en la necesidad del establecimiento de una comisión de la verdad en España, cuyas características más sobresalientes serán igualmente descritas.

1. La reglamentación internacional del derecho a la verdad

1.1 Introducción

El derecho a la verdad en derecho internacional es uno de los elementos en los que se basa la llamada *justicia de transición*, pues se entiende por tal tanto el derecho a saber como el derecho a la reparación y a la no repetición de crímenes internacionales.

Para la OACNUDH, el *derecho a la verdad* es «un derecho de las víctimas de las violaciones de derechos humanos y sus familiares». ⁴ Este derecho «tiene sus raíces en el derecho internacional humanitario y forma parte del mismo al estar codificado en el artículo 32 del *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*», ⁵ el cual se refiere al derecho de los familiares a conocer la suerte de las víctimas, y a la obligación de las partes en conflictos armados de buscar a las personas desaparecidas.

Aunque actualmente el derecho a la verdad se refiere a cualquier tipo de violación de los derechos humanos, en un principio solo se aplicó al delito de desapariciones forzadas y posteriormente se fue extendiendo progresivamente a otras violaciones graves de los derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales o la tortura, además de las infracciones graves del derecho internacional humanitario.

En cuanto al ámbito de aplicación del derecho a la verdad, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y la Media Luna Roja han establecido que es aplicable tanto a los conflictos armados internacionales como a los internos. ⁶ Más concretamente, el CICR estableció que el derecho a la verdad es una norma del derecho internacional consuetudinario aplicable a ambos tipos de conflictos, de modo que cada parte en el conflicto debe tomar todas las medidas posibles para conocer el paradero de las

⁴ OACNUDH: *Estudio sobre el derecho a la verdad*, doc. E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006, párr. 5.

⁵ *Ibid.*, párr. 6.

⁶ XXIV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, Resolución II, Manila, 1981.

personas presuntamente desaparecidas a raíz de un conflicto armado, debiendo comunicar a sus familiares todo dato disponible acerca de su suerte.

Más recientemente, el derecho a la verdad ha sido reconocido expresamente en diversos instrumentos internacionales, tanto universales como regionales. En ellos se precisa quién es el titular del derecho a la verdad: las víctimas y sus familiares.⁷ Sin embargo, el concepto de víctima puede tener una doble dimensión: individual y colectiva.

Respecto a su dimensión individual, el derecho internacional humanitario garantiza de forma expresa el derecho de los familiares a conocer la suerte que han corrido sus parientes desaparecidos.⁸ La jurisprudencia tanto de los organismos universales y regionales de derechos humanos⁹ como de los tribunales nacionales¹⁰ ha confirmado el derecho a conocer la suerte y el paradero de los familiares desaparecidos, tanto en tiempos de paz como de conflicto armado. Más concretamente, la **Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas** estableció:

La necesidad imperativa de que la sociedad en general reconozca el derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves de las normas internacionales de derechos humanos, así como a sus familias, en el marco del sistema jurídico interno de cada Estado, de conocer la verdad sobre esas violaciones, en particular la identidad de los autores y las causas, los hechos y las circunstancias relacionados con las violaciones.¹¹

Además, en el principio 4 del *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (en adelante, Conjunto de principios) se afirma que, independientemente de las acciones que se puedan interponer ante la justicia: «... las víctimas y sus familias

⁷ COMISIÓN DH: *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, principios 2, 3 y 4.

⁸ Art. 32 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949.

⁹ COMITÉ DH: caso *Elena Quinteros Almeida y María del Carmen Almeida de Quinteros vs. Uruguay*, comunicación n.º 107/1981, doc. CCPR/C/OP/2 at 138 (1990), 21 de julio de 1983, párr. 14.

¹⁰ Cámara de Derechos Humanos de Bosnia y Herzegovina, caso *Srebrenica v Republika Srpska*, caso n.º CH/01/18365.

¹¹ COMISIÓN DH: res. 2005/66, *El derecho a la verdad*, doc. E/CN.4/1990/13, 20 de abril de 2005, párr. 11.

tienen el derecho [...] a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones...».

Por su parte, el principio 24 de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (en adelante, Principios básicos) dispone que «... las víctimas y sus representantes han de tener derecho a solicitar y obtener información sobre las causas de su victimización...».

En cuanto a la dimensión colectiva del derecho a la verdad, el principio 2 del Conjunto de principios declara que «Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado...».

Más allá de lo expuesto en el principio 2, el carácter colectivo del derecho a la verdad ha quedado reflejado tanto en la jurisprudencia como en instrumentos de derechos humanos tanto de alcance universal como regional, así como en diferentes acuerdos de paz. Dentro de estos últimos, un buen ejemplo de referencia a la dimensión colectiva del derecho a la verdad se encuentra en el Acuerdo de Paz Firme y Duradera de Guatemala (1996), donde se afirma que «Es un derecho del pueblo de Guatemala conocer plenamente la verdad sobre las violaciones de los derechos humanos y los hechos de violencia ocurridos en el marco del enfrentamiento armado interno».¹²

En este mismo sentido el Prof. Seuba Hernández entiende:

Este derecho colectivo a que se esclarezca con objetividad e imparcialidad lo sucedido tiene además una función instrumental y de alcance también colectivo, que es la de contribuir a fortalecer el proceso de conciliación nacional y la democratización en el país.¹³

En efecto, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante, GTDFI) señaló:

... las desapariciones forzadas o involuntarias constituyen la negación más absoluta de los derechos humanos en nuestra época, pues ocasionan infinita zozobra a las víctimas, tienen consecuencias nefastas para las familias, tanto

¹² Acuerdo de paz firme y duradera. Guatemala, 29 de diciembre de 1996.

¹³ X. SEUBA HERNÁNDEZ: «La naturaleza colectiva del derecho a la verdad y su impacto sobre la legitimación activa», en S. RIPOL CARULLA y C. VILLÁN DURÁN (dirs.): *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona: ICIP, 2012, p. 66.

social como psicológicamente y causan estragos morales a las sociedades donde se producen. Son realmente una forma horrible de violación de los derechos humanos, que merecen la atención constante de la comunidad internacional y, en particular, de la Comisión de Derechos Humanos¹⁴

Dentro del ámbito regional de protección de los derechos humanos, los órganos del sistema interamericano han ofrecido claros ejemplos de la dimensión colectiva del derecho a la verdad. Concretamente la OACNUDH se ha valido de lo dicho por la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** (en adelante, CtIDH) en su sentencia del caso *Myrna Mack Chang*. En este caso, la CtIDH no reconoce que la titularidad del derecho a la verdad sea colectiva, pues simplemente afirma que la sociedad debe ser informada sobre lo acontecido como medio de reparación:

La Corte ha reiterado que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, ello constituye un medio importante de reparación. Por lo tanto, en este caso da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad guatemalteca.¹⁵

Por su parte, la CmIDH ha dado un paso más al reconocer explícitamente el derecho de la sociedad a conocer la verdad en estos términos:

El derecho a la verdad es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía.¹⁶

¹⁴ *Vid.* GTDFI doc. E/CN.4.1985/15, 23 de enero de 1985, párr. 291. Similar argumento fue expuesto en la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja en 1981, en la que se señaló que «las desapariciones forzadas causaban un gran sufrimiento, además de a los familiares, a la propia sociedad». *Vid.* Resolución II, «Desapariciones Forzadas o Involuntarias», *op. cit.*

¹⁵ CtIDH: caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 274.

¹⁶ CmIDH: Informe 136/99, caso 10.488, *Ignacio Ellacuría y otros* (El Salvador), 22 de diciembre de 1999, párr. 224.

Por último nos referiremos a experiencias de tribunales nacionales que han tenido ocasión de abordar la dimensión colectiva del derecho a la verdad. Este ha sido, por ejemplo, el caso del Tribunal Constitucional de Perú, el cual ha reseñado que «la Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal».¹⁷

A propósito de esta sentencia, el Prof. Seuba Hernández ha afirmado que «para este Tribunal ello se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo, y lugar en las cuales ocurrieron los hechos, así como el móvil que había tras los mismos»,¹⁸ concluyendo que «el derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien colectivo inalienable».¹⁹

Por el contrario, una parte de la doctrina entiende:

... a día de hoy lo único que podría predicarse sería el derecho de todas y cada una de las víctimas y sus familiares a que se esclarezca y haga pública la verdad de lo ocurrido en sus casos, sobre la base esencialmente de la obligación de investigar y juzgar; pero no la existencia de una obligación estatal referida al esclarecimiento de los hechos, o de la verdad global, cuyo titular sea la sociedad en su conjunto.²⁰

De esta forma, tendríamos que distinguir entre la titularidad del derecho en sí y «cómo el Estado materializa este derecho».²¹ Es decir, la titularidad, como hemos definido anteriormente, sería individual, de la víctima. En cambio, para el profesor Chinchón, la forma en que se materializa este derecho sería distinta, pues el Estado es el que debe, cumpliendo con sus obligaciones internacionales, hacer que la verdad de lo ocurrido llegue a toda la sociedad, siendo un claro ejemplo de esta materialización las comisiones de la verdad.

¹⁷ Tribunal Constitucional de Perú, expediente 2488-2002-HC/TC, 18 de marzo de 2004, FJ 4, párr. 8.

¹⁸ X. SEUBA HERNÁNDEZ, *loc. cit.*, p. 67.

¹⁹ Tribunal Constitucional de Perú, expediente 2488-2002-HC/TC, *loc. cit.*, FJ 4, párr. 8.

²⁰ J. CHINCHÓN ÁLVAREZ: «*El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la guerra civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional*», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 45 (enero-junio 2007), p. 172.

²¹ J. CHINCHÓN ÁLVAREZ: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Madrid: Parthenon, 2007, p. 266.

En nuestra opinión, se trata de un derecho de titularidad tanto individual como colectiva. Si bien es cierto que la verdad es un derecho propio de las víctimas, aquella no debe ser un derecho exclusivo del ámbito privado, debido a que ha de ser también reconocido como un derecho de «alcance social»; de esta manera nace un derecho de la sociedad a conocer la verdad acerca de las violaciones contra los derechos humanos.²²

En este mismo sentido, el principio 3 del Conjunto de principios establece:

El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones.

Este mismo principio ha sido tomado por el GTDFI en el preámbulo de su *comentario general sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas* para recomendar a los Estados que «... adopten medidas para promover la verdad, ofrecer una reparación a las víctimas y velar por la reconciliación en sus sociedades como medio para realizar el derecho a la verdad y el derecho a reparación integral para las víctimas...».²³

El hecho de que una sociedad conozca su propia historia le proporciona una herramienta muy útil para evitar volver a caer en los errores del pasado. De esta forma, podríamos relacionar este derecho a la verdad con el «deber de memoria». La memoria de una colectividad nace de la conjunción de cada experiencia individual, no basta con la de una sola víctima, sino que es necesario la reunión de todas y cada una de las experiencias individuales para, de esta manera, tener una perspectiva global de lo que es «la historia de un pueblo». Es decir, «la memoria es un proceso de construcción colectiva».²⁴ Así podemos concluir que el derecho a la verdad es necesariamente un derecho de la sociedad en su conjunto.

²² F. GÓMEZ ISA: «El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos», en F. GÓMEZ ISA (dir.): *El derecho a la memoria*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, p. 38.

²³ GTDFI: *comentario general sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, preámbulo, doc. A/HRC/16/48, 26 de enero de 2011, párr. 39, p. 14.

²⁴ F. GÓMEZ ISA, *loc. cit.*, p. 40.

Habiendo desarrollado las vertientes individual y colectiva del derecho a la verdad, es oportuno referirse a la cuestión de quiénes están legitimados para su exigencia. El profesor Seuba ha entendido que «junto a las obligaciones estatales de investigar, encausar y, en su caso, castigar, debe preverse la existencia de reglas procesales que permitan personarse en los procesos penales probablemente no solo a víctima y sus familiares, sino también a asociaciones con un interés legítimo (...) Debe avanzarse hacia una *actio popularis* que permita proteger los derechos de personas que por diversas razones no exigen la protección de sus derechos, y que permita también defender el derecho colectivo a saber qué pasó».²⁵

Dentro de la legitimación activa del derecho a la verdad, la jurisprudencia internacional ha sido clara al identificar en la figura de víctima no solamente al agredido, sino también a sus familiares y al círculo de personas más cercanas, como hemos podido comprobar en el principio 4 del Conjunto de principios.

En virtud del principio *aut iudicare, aut dedere*, «actualmente se reconoce que además del Estado de nacionalidad del criminal o donde éste haya cometido violaciones graves de los derechos humanos, cualquier Estado en cuya jurisdicción se encuentre el presunto responsable de tales violaciones podrá proceder a enjuiciarlo».²⁶

De gran interés supone también referirnos a la **Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas**, que en su artículo 30 establece que además de familiares, allegados y representantes legales, «todo aquel que tenga un interés legítimo» podrá presentar un recurso para que se conozca una petición de búsqueda urgente de una persona desaparecida.

En el mismo sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas abre las puertas a personas distintas a las víctimas y allegados a exigir el esclarecimiento de violaciones perpetradas. En efecto, la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, de 1999,²⁷ reconoce en su artículo 1 que «toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional».

²⁵ X. SEUBA HERNÁNDEZ, *loc. cit.*, p. 58 y ss.

²⁶ *Ibid.*, p. 58.

²⁷ AGNU: *res. A/RES/53/144*, 8 de marzo de 1999.

Y, finalmente, el principio 19 del Conjunto de principios establece que «los Estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso».

El ámbito de aplicación material del derecho a la verdad también ha evolucionado conforme lo ha hecho el derecho internacional, para abarcar así todas las situaciones de violaciones graves de los derechos humanos. Según la OACNUDH²⁸ las situaciones a las que se puede vincular el derecho a la verdad pueden ser el derecho a solicitar y obtener información sobre:

- Las causas que dan lugar al trato injusto que recibe la víctima.
- Las causas y condiciones relativas a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las infracciones graves del derecho internacional humanitario.
- Los progresos y resultados de la investigación.
- Las circunstancias y los motivos por los que se perpetraron los hechos delictivos en el derecho internacional y las violaciones manifiestas de los derechos humanos.
- Las circunstancias en que se produjeron las violaciones.
- En caso de fallecimiento, desaparición o desaparición forzada, la suerte y el paradero de las víctimas.
- La identidad de los autores.

La inclusión del conocimiento de la identidad de los autores en al ámbito material del derecho a la verdad puede presentar algunas dificultades, sobre todo si nos encontramos en el marco de un mecanismo extrajudicial como una comisión de la verdad.

Para Priscilla Hayner se contraponen dos principios. El primero:

... las normas del debido proceso exigen que a los individuos acusados de crímenes se les permita defenderse antes de ser declarados culpables. Se viola el debido proceso si una comisión, que no representa a un órgano judicial y no tiene los mismos estrictos procedimientos, publica los nombres de individuos responsables de ciertos delitos.²⁹

²⁸ OACNUDH: *Estudio sobre el derecho a la verdad*, cit., párr. 38.

²⁹ P. HAYNER: *Verdades innombrables: El reto de las comisiones de la verdad*. México: FCE, 2008, p. 154.

El segundo principio consiste en que «para poder decir toda la verdad hay que dar los nombres de las personas responsables de crímenes de derechos humanos cuando hay pruebas claras de su culpabilidad».³⁰

Sin embargo, no hay dudas de que este elemento forma parte del ámbito material del derecho a la verdad, tal y como han establecido el **Comité de Derechos Humanos** (en adelante, Comité DH), encargado de la supervisión del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (en adelante, PIDCP),³¹ la **CmIDH**,³² la **CtIDH**³³ y el **GTDFI**.³⁴

El principio 9 del Conjunto de principios incluye también el derecho de las víctimas al conocimiento de la identidad de los autores. Sin embargo, lo hace enumerando las garantías de las personas implicadas, principalmente con respecto al mencionado principio de igualdad de armas, ofreciendo las directrices para salvaguardar los intereses de los implicados:

Antes de que una comisión identifique a los autores en su informe las personas interesadas tendrán derecho a las siguientes garantías:

- a) La comisión deberá tratar de corroborar la información que implique a esas personas antes de dar a conocer su nombre públicamente;
- b) Las personas implicadas deberán haber sido escuchadas o, al menos, convocadas con tal fin, y tener la posibilidad de exponer su versión de los hechos en una audiencia convocada por la comisión mientras realiza su investigación, o de incorporar al expediente un documento equivalente a un derecho de réplica.

³⁰ *Ibid.*

³¹ COMITÉ DH: *caso Hugo Rodríguez vs. Uruguay*, comunicación n.º 322/1988, doc. CCPR/C/51/D/322/1988, 9 de agosto de 1994, párr. 12(3) y 14.

³² CmIDH: Informe n.º 37/00, caso 11.481, *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez (El Salvador)*, 13 de abril de 2000, párr. 148.

³³ CtIDH: *caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004.

³⁴ GTDFI: *comentario general sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, doc. A/HRC/16/48, 26 de enero de 2011, párr. 39, p. 14.

El derecho a la verdad es un derecho encaminado a reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos que conlleva el derecho a exigir al Estado el conocimiento de las circunstancias en que dichas violaciones se llevaron a cabo, sí como otra serie de obligaciones estatales que serán estudiadas posteriormente.³⁵

Si bien este derecho a la reparación, según el profesor Gómez Isa, «no está explícitamente reconocido como un auténtico derecho del derecho internacional de los derechos humanos, se puede derivar de los instrumentos internacionales que, tanto a nivel universal como en el ámbito regional, reconocen y protegen los derechos humanos».³⁶ Esto, para parte de la doctrina, consiste en un *reconocimiento indirecto* del derecho a la reparación en el derecho internacional de los derechos humanos.³⁷ Además, es lo precisamente apuntado por los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* que, en su preámbulo, destacan:

Los principios y directrices básicos que figuran en el presente documento no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al Derecho internacional humanitario, que son complementarios, aunque diferentes en su contenido.³⁸

Es decir, no nos encontramos ante nuevas obligaciones, sino ante una precisión del alcance y del contenido de la obligación de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Sin embargo, aunque no encontramos un reconocimiento expreso de este derecho de las víctimas a obtener reparación,

³⁵ *Vid. infra*, en este mismo capítulo, 1.2.2 d. «La práctica del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias del Consejo de Derechos Humanos».

³⁶ F. GÓMEZ ISA, *loc. cit.*, p. 29.

³⁷ I. BOTTIGLIERO, *Redress for Victims of Crimes Under International Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 2.

³⁸ AGNU: *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, res. 60/147, 16 de diciembre de 2005, párr. 7 del preámbulo.

... sí que podríamos formularlo sobre la base, en primer lugar, de la obligación que asumen los Estados de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos cuando ratifican los principales instrumentos universales y regionales de protección de derechos humanos, y en segundo lugar a un remedio efectivo cuando se produce una violación de los mismos.³⁹

Derivada de esta relación entre *verdad* y *reparación*, Barahona de Brito entiende que el *reconocimiento* (entendido como un *conocimiento* público y oficial de la verdad)⁴⁰

... devuelve a las víctimas de la sociedad, que reconoce su sufrimiento, (...) una forma de justicia distributiva o social, y proporciona recursos no convencionales tales como la toma de conciencia social, la memoria colectiva, la solidaridad y la superación de la baja autoestima.⁴¹

Los **Principios básicos** recogen la *satisfacción* como una de las formas de reparación. Entre las medidas que conducen a la satisfacción, los citados Principios mencionan varias que están estrechamente ligadas con el derecho a la verdad.

En concreto el principio 22 b) establece:

La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones;

El principio 22 d) establece «una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella».

El principio 22 e) establece «una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades».

El principio 22 g) establece «conmemoraciones y homenajes a las víctimas».

³⁹ F. GÓMEZ ISA, *loc. cit.*, p. 30.

⁴⁰ La distinción entre conocimiento y reconocimiento será explicada en la Introducción *in fine* del capítulo segundo, «Las comisiones de la verdad en el derecho comparado».

⁴¹ A. BARAHONA DE BRITO: «Introduction», en A. BARAHONA DE BRITO, C. GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ y P. AGUILAR FERNÁNDEZ (eds.): *The Politics of Memory. Transitional Justice in Democratizing Societies*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 25.

Y el principio 22 h) establece «la inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles».

Por otro lado, el derecho a la verdad está relacionado con otros derechos, como el derecho a un recurso efectivo (según jurisprudencia del Comité DH); el derecho a la protección jurídica y judicial (CtIDH y CmIDH); el derecho a la vida familiar (GTDFI); el derecho a una investigación eficaz (**Tribunal Europeo de Derechos Humanos** [en adelante, TEDH] y CtIDH); el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial (CtIDH y CmIDH) y el derecho a obtener reparación (CmIDH).

A su vez, Tatiana Rincón afirma:

... de acuerdo a su alcance y contenido, [...] el derecho a la verdad comparte un núcleo común con otros derechos, como el derecho a la justicia (quiénes fueron los autores de las violaciones, cómo actuaron, cuándo y por qué actuaron) y el derecho a la reparación, en tanto que conocer la verdad es una medida de satisfacción a las que las víctimas tienen derecho.⁴²

El Comité DH, el Comité DF, el Comité CT, el TEDH, la CmIDH y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos han considerado que el hecho de no proporcionar información sobre la suerte y el paradero de los desaparecidos o sobre las circunstancias de una ejecución y el lugar exacto en el que se enterró a las víctimas, puede equivaler a tortura o maltrato a los familiares del desaparecido. Para el Comité DH, el derecho a la verdad en esta dimensión no puede ser suspendido bajo ninguna circunstancia.⁴³

También están relacionados el derecho a la verdad y el derecho a la libertad de expresión, que comprende el derecho a solicitar y a difundir información. Puesto que este último derecho puede ser restringido por determinados motivos en el ámbito del derecho internacional, cabría preguntarse si en algún caso podría afectar o restringir el ejercicio del derecho a la verdad. Lo cierto es que el carácter inalienable del derecho y su ámbito de aplicación material son contrarios a su suspensión en cualquier circunstancia.

⁴² T. RINCÓN COVELLI: *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2010, p. 57.

⁴³ Art. 7 del PIDCP en combinación con su artículo 4.

1.2 Organización de las Naciones Unidas

Desde su creación la ONU se ha preocupado por el desarrollo de una creciente reglamentación de los derechos que amparan a las víctimas de crímenes de lesa humanidad. En numerosos tratados internacionales y convenciones realizadas en el seno de las Naciones Unidas se ha hecho referencia a este tipo de derechos, muchas veces de forma directa y en otras de una forma residual o indirecta, pero que de algún modo reconocen la existencia de este tipo de derechos.

1.2.1 DERECHO CONVENCIONAL

En el derecho convencional universal encontramos referencias o regulación del derecho a la verdad en los siguientes tratados internacionales:

A. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

El PIDCP es un tratado multilateral adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976. En relación a España, el PIDCP fue ratificado el 27 de abril de 1977 y entró en vigor el 30 de abril de ese mismo año.⁴⁴

El PIDCP no contiene normas directas de desarrollo del derecho a la verdad *per se*. Sin embargo, se puede afirmar que contiene un conjunto de normas que pueden ser invocadas como desarrollo de dicho derecho en conexión con el derecho a un recurso efectivo y el derecho a la protección de la familia y los menores.

Siguiendo el criterio establecido en el voto disidente de dos miembros del Comité DH (Helen Keller y Fabián Salvioli) en el caso *Cifuentes Elgueta vs. Chile*, el derecho a un recurso efectivo está consagrado en el artículo 2.3.a del PIDCP, «debiendo ponerlo en conexión con el artículo 2.1, que tipifica la obligación general de respetar y garantizar los derechos contenidos en el Pacto a toda persona sin discriminación alguna».⁴⁵

⁴⁴ BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, pp. 9337 a 9343.

⁴⁵ Opinión disidente de los miembros del Comité DH Helen Keller y Fabián Salvioli, caso *Cifuentes Elgueta vs. Chile*, comunicación n.º 1536/2006, doc. CCPR/C/D/1536, 28 de julio de 2009.

El mismo Comité DH ha afirmado:

El «derecho a la verdad» conlleva, bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho de obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes; por ello, el Estado debe investigar efectivamente los hechos constitutivos de la desaparición forzada, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales.⁴⁶

Esta obligación de investigar implica: «Llevar adelante una investigación exhaustiva, con todos los medios al alcance del Estado, quien debe eliminar todo obstáculo jurídico o de hecho que entorpezca o limite a aquella».⁴⁷

Desarrollando el contenido del derecho a un recurso efectivo, los citados miembros del Comité DH, Helen Keller y Fabián Salvioli, concluyeron:

Un «recurso efectivo» (en los términos del artículo 2.3. a), debe ser entendido como aquel que cumple el propósito para el cual ha sido creado; y en la desaparición forzada de personas un recurso efectivo es aquel que permite averiguar el destino de la víctima. Si el Estado ha sido capaz de «hacer desaparecer» una persona, entonces debe ser capaz de decir cómo lo ha hecho y donde se encuentra actualmente, o donde se encuentran sus restos mortales.⁴⁸

Por otro lado, el artículo 23 del PIDCP establece que la familia es «elemento natural y fundamental de la sociedad, y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado». O lo que es lo mismo: el Estado tiene el deber y la obligación de proteger a la familia en su conjunto.

El artículo 24 del PIDCP está relacionado con la protección del menor, materia que también se aborda en los artículos 8 y 9 de la **Convención sobre los Derechos del Niño**.⁴⁹ Las disposiciones de ambos tratados establecen una serie de garantías generales de las que son titulares los niños, como son el deber del Estado, la sociedad y la familia de tomar las medidas de protección que su condición de menores requieran (art. 24.1 PIDCP); el derecho del niño a un nombre y a una nacionalidad (art. 24.2 y 24.3 PIDCP, art. 8 Convención sobre

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 24.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 27.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 29.

⁴⁹ Ratificada por España el 26 de enero de 1990 y publicada en el BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897 a 38904.

los Derechos del Niño); o el derecho del niño a no ser separado de sus padres (art. 9 Convención sobre los Derechos del Niño).

Aunque dichas disposiciones no contienen una referencia explícita al derecho a la verdad, la protección de la familia como «elemento fundacional» y fundamental de la sociedad, y sobre todo la protección de los menores sí está relacionado con el desarrollo de dicho derecho. Como ejemplo directo de esta afirmación cabría citar los numerosos casos de secuestros de niños perpetrados por distintas dictaduras militares de América del Sur a lo largo del siglo XX. Menores separados de sus padres a la fuerza para ser entregados a familias adictas al gobierno dictatorial. Los casos que mejor ilustran esta práctica son el argentino y el español.

Durante el Proceso de Reorganización Nacional argentino (1976-1983), cientos de niños fueron apartados de sus familias biológicas al momento de su nacimiento (inscritos como hijos legítimos de los usurpadores), o mediante adopciones ilegales por familias o parejas cómplices de este acto; seguidamente se confeccionaba un documento falso al recién nacido que lo apartaba por completo de su familia biológica.⁵⁰ La Asociación Abuelas de Plaza de Mayo (organización no gubernamental que tiene como finalidad localizar y restituir a sus legítimas familias todos los niños secuestrados desaparecidos por la represión política) estima que unos quinientos niños desaparecieron en estas circunstancias.

En cuanto al caso español,⁵¹ en el auto de 18 de noviembre de 2008, el entonces magistrado Baltasar Garzón elevó a 30 960 los niños arrebatados a sus familias⁵² en circunstancias muy parecidas a las descritas anteriormente en Argentina. En

⁵⁰ Abuelas de Plaza de Mayo.

⁵¹ Sobre la problemática española, debemos destacar las *observaciones finales del Comité de Derechos Humanos al quinto informe periódico de España (2008)*, doc. CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, en las cuales estableció lo siguiente: «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».

⁵² Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n.º 5, *auto de 18 de noviembre 2008*, p. 61 y ss. El magistrado identificó en este auto la legislación franquista mediante la cual se organizaba y tutelaba el secuestro de niños. Sin embargo, esta práctica no fue exclusiva de la Administración franquista, sino que en ella participaba activamente el partido único del régimen: Falange Española Tradicionalista y de la J.O.N.S.

concreto, el auto hace referencia a un informe sobre la necesidad de condena a la dictadura franquista presentado a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que posteriormente adoptaría una declaración sobre esta temática el 17 de marzo de 2006. En el mencionado informe se establece:

Los «niños perdidos» son también parte de las víctimas del franquismo: se trata de hijos de presos cuyos apellidos fueron modificados para permitir su adopción por familias adictas al régimen. Varios miles de hijos de obreros fueron también enviados a instituciones del Estado porque el régimen consideraba su familia republicana como «inadecuada» para su formación. Niños refugiados fueron también secuestrados en Francia por el servicio exterior de «repatriación» del régimen y situados posteriormente en instituciones franquistas del Estado. El régimen franquista invocaba la «protección de menores» pero la idea que aplicaba de esta protección no se distinguía de un régimen punitivo. Los niños debían expiar activamente «los pecados de su padre» y se les repetía que ellos también eran irrecuperables. Frecuentemente eran separados de las demás 51 categorías de niños internados en las Instituciones del Estado y sometidos a malos tratos físicos y psicológicos.⁵³

De esta forma podemos comprobar de primera mano cómo el derecho a la verdad y la protección de la familia como institución y sobre todo la protección de los menores (referida en especial al respeto de sus derechos más básicos) están en plena consonancia con el derecho a la verdad.

Además, el artículo 7 PIDCP establece la prohibición general de la tortura y malos tratos. El Comité DH ha establecido en varias ocasiones:

El hecho de que la familia no tenga noticias o conocimiento del paradero de la víctima de desaparición forzada supone una violación del derecho a no sufrir tortura (reconocido en el art. 7) debido a tortura psicológica que pueden llegar a sufrir los parientes de los desaparecidos.⁵⁴

La relación entre tortura y derecho a la verdad se desarrollará de forma más extensa en el siguiente epígrafe.

⁵³ ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA: *informe Need for international condemnation of the Franco regime*, 4 de noviembre de 2005, párr. 72-75.

⁵⁴ COMITÉ DH: caso *Elena Quinteros Almeida y María del Carmen Almeida de Quinteros vs. Uruguay*, comunicación n.º 107/1981, doc. CCPR/C/OP/2 at 138 (1990), 21 de julio de 1983, párr. 14.

B. *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*

Una vez establecida la conexión entre tortura y el desconocimiento del paradero de la víctima, la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes* (en adelante, CCT) establece una amplia definición de la misma en su artículo 1, así como la obligación del Estado parte de impedir la comisión de cualquier acto de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción (art. 2 CCT). España ratificó la CCT el 4 de febrero de 1985 y entró en vigor el 9 de noviembre de 1987.⁵⁵

El artículo 12 CCT también establece la obligación del Estado de investigar siempre que haya motivos razonables para creer que se ha cometido tortura dentro del territorio bajo su jurisdicción. Igualmente se reconoce el deber de asistencia a toda persona que haya sufrido tortura (art. 13 CCT), así como el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluyendo los medios para su temprana rehabilitación (art. 14 CCT).

Como vemos, en estos tres últimos artículos mencionados se establecen las obligaciones del Estado de investigación, asistencia e indemnización a las víctimas. Estos tres artículos fueron también mencionados en las observaciones finales del *Comité contra la Tortura*, adoptadas el 19 de noviembre de 2009 al término del examen del quinto informe periódico de España, que puso de manifiesto su preocupación por la vigencia de la *ley de amnistía de 1977*, estableciendo:

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 primero 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 que el mismo excluiría en todo caso la tortura de los delitos amnistiados (artículos 12, 13 y 14).⁵⁶

⁵⁵ BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1987, pp. 33430 a 33436.

⁵⁶ COMITÉ CT: *observaciones finales sobre el quinto informe periódico de España*, doc. CAT/C/ESP/CO/5, 9 de diciembre de 2009, párr. 21.

El Comité CT equiparó las desapariciones forzadas con el delito de tortura añadiendo que España

... 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 al 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.

Se aprecia que el Comité CT amplía lo establecido por el Comité DH en 2008,⁵⁷ ya que si bien este precisó que el sufrimiento de las familias por no conocer el paradero de la víctima de desaparición forzada constituía tortura, el Comité CT considera el mismo delito de desaparición forzada como tortura. Por ello, las obligaciones estatales establecidas en los artículos 12, 13 y 14 CCT referentes a la investigación, asistencia e indemnización a las víctimas de tortura, son igualmente aplicables a las víctimas de desapariciones forzadas y sus familiares.

El Comité CT también aludió a una interpretación del artículo 1 apartado c) de la ley de amnistía que prevé que la amnistía no se aplicará «si los actos han supuesto violencia grave contra la vida o integridad de las personas». Esto hace que el Comité CT haya establecido que los actos de tortura debieran quedar excluidos del alcance de la ley de amnistía en todo caso, al haber entendido anteriormente que los crímenes de desaparición forzosa son considerados como delitos de tortura, y por ello estos crímenes no podrían estar sujetos a amnistía. Lo mismo cabría concluir respecto de las ejecuciones extrajudiciales.

⁵⁷ COMITÉ DH: *observaciones finales al quinto informe periódico de España (2008)*, doc. CCPR/C/ESP/CO/5 de 5 de enero de 2009, *loc. cit.*

C. *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*

De acuerdo con el ACNUDH, la aprobación por la Asamblea General (resolución 61/177, de 12 de enero de 2007), de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas⁵⁸ (en adelante, la Convención Internacional) «... marcó un hito en el reconocimiento del derecho a la verdad...», ya que se reconoció de forma explícita a nivel convencional universal el derecho a la verdad de las víctimas de este delito.⁵⁹ En concreto el artículo 24.2 establece: «Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto».

Esto supuso un paso significativo en la lucha contra la impunidad, al asumir los Estados parte la obligación internacional de búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas (estas obligaciones están establecidas específicamente en el artículo 24.3).

La tipificación concreta de este derecho y la Convención Internacional en sí significaron el reconocimiento expreso por primera vez en un tratado internacional del derecho a la verdad que ya existía en el derecho internacional general como norma consuetudinaria claramente aceptada por la comunidad internacional en reiteradas resoluciones de la Asamblea General (*soft law*). Como también hemos indicado, el derecho a la verdad forma parte indirecta de otros instrumentos internacionales, incluso convencionales.⁶⁰

En relación con la aplicación de la Convención en España, el **Comité contra las Desapariciones Forzadas** (en adelante, Comité DF) en julio de 2013, con ocasión del primer informe de España, elaboró una lista de preguntas sobre cómo el Estado español cumple la Convención Internacional. Entre ellas se encontraba el pedido a

⁵⁸ Ratificada por España el 24 de septiembre de 2009 y publicada en el BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2011, pp. 18254 a 18271.

⁵⁹ OACNUDH: *El derecho a la verdad*, doc. A/HRC/5/7, 7 de junio de 2007, párr. 12.

⁶⁰ Cf. PIDCP, Declaración Universal de Derechos Humanos, PIDESC, Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y demás instrumentos de derecho internacional humanitario.

España de «... proporcionar información acerca de cómo se llevaron adelante las investigaciones [sobre desapariciones forzadas]...».⁶¹

Y más concretamente:

(...) informar qué medidas lleva adelante actualmente el Estado parte para la asistencia de los familiares de personas desaparecidas durante la guerra civil y el régimen de Franco en la búsqueda e identificación de los restos de sus seres queridos (art. 24).⁶²

El 23 de octubre de 2013, en contestación a la lista de preguntas del Comité DF, el Gobierno ofreció una escueta respuesta a lo planteado. En relación al párrafo segundo del documento del Comité DF, España respondió que «se están recopilando datos sobre esta cuestión»;⁶³ con respecto a lo planteado en el párrafo 21, el Gobierno apeló a la adopción de la ley de memoria histórica como elemento de reparación de los desaparecidos durante la Guerra Civil y la represión franquista.⁶⁴

⁶¹ Comité DF: *Lista de cuestiones en relación con el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención*, doc. CED/C/ESP/Q/1, 10 de julio de 2013, párr. 2. Hemos de recordar que España, en su informe de enero de 2013 al Comité DF, estableció en sus párrafos iniciales que «en el presente informe se comentan sus artículos [los de la Convención] desde la perspectiva de que los mismos se aplican, solo y exclusivamente a “desapariciones forzadas” que sean posteriores en su inicio al 23 de diciembre de 2010», excluyendo por tanto el tratamiento que el Estado español ha brindado a las desapariciones producidas por la Guerra Civil y el franquismo, a pesar de que como se verá inmediatamente el Comité DF se interesó por las investigaciones de estas desapariciones llevadas a cabo por el Estado. *Vid.* Comité DF: *Informes de los Estados partes en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención que debían presentarse en 2012, España*, doc. CED/C/ESP/1, 28 de enero de 2013, párrs. 3-6.

⁶² *Ibid.*, párr. 21.

⁶³ COMITÉ DF: *Lista de cuestiones en relación con el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención. Respuestas del Gobierno de España*, doc. CED/C/ESP/Q/1/Add.1, 23 de octubre de 2013, párr. 4.

⁶⁴ *Ibid.*, párrs. 73-74. Las insuficiencias de esta ley como mecanismo de reparación de las víctimas serán analizadas *infra* en 3.3.2 «La Ley 52/2007 y sus insuficiencias a la luz del DIDH».

Ante la insuficiencia de estas respuestas, las organizaciones de la sociedad civil (OSC) las rebatieron con argumentos bien fundados en derecho internacional de los derechos humanos y teniendo presente unas realidades que el Gobierno, como hemos visto, eludió en su informe inicial.

En relación a la mencionada lista de preguntas, el profesor Carlos Villán Durán, presidente de la *Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (AEDIDH), formuló el 8 de abril de 2013 una declaración oral ante el mencionado Comité DF en nombre de la AEDIDH, *Rights International Spain* (RIS), el *Observatorio Internacional del Derecho Humano a la Paz* (OIDHP) y de la *Associació per a la recuperació de la memòria històrica de Catalunya* (ARMHC). En dicha declaración pide al Comité DF, inter alia, que inste al Gobierno a informar sobre las 150 000 desapariciones forzadas producidas durante la Guerra Civil y posterior represión franquista (1936-1975), incluidos los 30 000 niños secuestrados. Del mismo modo se informa al Comité DF sobre la reclamación de la sociedad civil española de que se establezca por ley una comisión de la verdad.⁶⁵

Esta declaración oral recoge en síntesis el *informe en la sombra* que la AEDIDH presentó al Comité DF conjuntamente con RIS al amparo del artículo 29.1 de la Convención. También se tuvieron en cuenta las *observaciones preliminares del GTDFI al término de su visita a España*, de 30 de septiembre de 2013.⁶⁶

En lo dispuesto en el párrafo 2 del listado de preguntas planteadas por el Comité DF (cómo se están llevando a cabo las investigaciones sobre desapariciones forzadas), el mencionado *informe en la sombra* puso de manifiesto la jurisprudencia que desde 2012 ha implantado el Tribunal Supremo respecto a las investigaciones llevadas a cabo en España de los casos denunciados de personas desaparecidas durante la Guerra Civil y el franquismo, y que como consecuencia de la misma han ido aplicando todos los jueces y magistrados a la hora de declarar el sobreseimiento de estas causas.

⁶⁵ AEDIDH, OIDHP y RIS: *Declaración oral ante el Comité DF en relación a la lista de cuestiones que el Comité DF deberá dirigir a España ante su informe sobre la implementación de la Convención Internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, formulada por Carlos Villán, Ginebra, 8 de abril de 2013.

⁶⁶ Tales observaciones serán analizadas en el presente trabajo en 1.2.2 d La práctica del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias del Consejo de Derechos Humanos.

Como primer y principal ejemplo, el *informe en la sombra*, en su página tercera, recoge lo señalado por el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2013, según el cual

... es preciso referirnos al caso concreto y a la Jurisdicción Penal, y así al auto del ts de 28 de marzo de 2012, que también recoge el juez *a quo*, señala:

- A) Que el principio de legalidad y el de interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 CE), prohíben la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras a los hechos anteriores a su vigencia, impiden operar con la categoría de «delitos contra la humanidad» para denotar jurídicamente y tratar procesalmente las acciones criminales de las que fueron víctimas las personas a las que se refieren las denuncias que motivan las actuaciones de referencia.

- B) Que, consecuentemente por la fecha de iniciación de tales causas, las acciones criminales sobre las que versan deben considerarse prescritas, a tenor de los arts. 131 y 132 CP. Es así debido, de una parte, a que el delito de detención ilegal de carácter permanente sin dar razón del paradero de la víctima, presente en el Código Penal de 1928, desapareció en 1932, para ser reincorporado al de 1944, de modo que no estuvo vigente durante la mayor parte del tiempo en que tuvieron lugar las acciones que se trataría de perseguir. De otra manera, porque, como se dice en la sts 101/2012, el argumento de la permanencia del delito fundado en la hipotética subsistencia actual de situaciones de detención producidas en torno al año 1936, carece de plausibilidad. Y en fin, porque aún admitiendo razonablemente —según también allí se dice— que, por la imposibilidad para los familiares de los afectados de instar la persecución de esos delitos, durante la dictadura, hubiera que posponer el inicio del cómputo de la prescripción a la entrada en vigor de la Constitución, el 29 de diciembre de 1978, incluso en este supuesto el plazo de 20 años, habría transcurrido en todo caso.

- C) Que la Ley 46/1977, de 15 de octubre de amnistía, —por lo razonado en la sts 101/2012, que la considera confirmada recientemente en su contenido esencial por el Acuerdo del Congreso de los Diputados de 19 de julio de 2011, que rechazó la proposición de ley dirigida a modificarla— forma parte del ordenamiento vigente. Por ello, porque a tenor de lo que dispone en su art. 6, la amnistía determinará en general la extinción de la responsabilidad criminal derivada de penas impuestas o que se pudieran imponer; y porque, conforme a su art. 9, será aplicable cualquiera que sea el estado de tramitación del proceso, no podría dejar

de proyectar sus efectos sobre los hechos a que se refieren las denuncias que están al origen de las actuaciones en las que se han suscitado las cuestiones que ahora se decide.⁶⁷

Se aprecia en lo aquí recogido que:

... lo que mantiene la jurisprudencia, es que la Convención Internacional, ni es aplicable ni tiene incidencia jurídica alguna respecto a todos los casos de desaparición forzada de personas que comenzaron durante la Guerra Civil y posterior represión franquista, desconociendo por completo, y por citar una sola previsión, la obligación codificada en el artículo 24.5 de la Convención, es decir, la obligación de continuar con la investigación hasta establecer la suerte de la persona desaparecida.⁶⁸

En cuanto a lo planteado por el Comité DF en el párrafo 21 (qué medidas lleva adelante actualmente el Estado parte para la asistencia de los familiares de personas desaparecidas durante la Guerra Civil y el régimen de Franco), el *informe en la sombra* de las OSC pone de relieve lo que ya estableció el GTDFI en sus observaciones preliminares de septiembre de 2013:

... las medidas previstas por la Ley dependen de la iniciativa de los familiares que las soliciten, lo que ha creado varias dificultades en el disfrute de los derechos contenidos en la Ley. [...] las administraciones públicas solo tienen la obligación de cooperar con los particulares y facilitar las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas, transfiriendo de hecho la responsabilidad de estas actividades desde el Estado hacia los familiares.⁶⁹

Otro de los aspectos apuntados en el *informe en la sombra* en relación a la aplicación del artículo 24 de la Convención Internacional fue la relación estrecha entre el derecho a la verdad de las víctimas de desapariciones y el derecho a la información,⁷⁰ sobre todo al derecho al acceso a los documentos públicos, como

⁶⁷ Audiencia Provincial de Madrid, auto de 19 de junio de 2013.

⁶⁸ AEDIDH y RIS: *España: addenda en atención a la lista de cuestiones formuladas por el Comité en relación con el informe presentado por España en virtud del artículo 29.1*, septiembre de 2013, p. 5.

⁶⁹ GTDFI: *observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España*, 30 de septiembre de 2013. A su vez, *vid.* AEDIDH y RIS, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁰ *Vid. supra*, 1.1 «Introducción».

mecanismo de prevención y facilitador del esclarecimiento de desapariciones forzadas. De este modo se resalta:

... el acceso a los archivos históricos correspondientes a la Guerra Civil y posterior represión franquista resulta en muchos casos imposible, en especial si se trata de archivos custodiados por las autoridades militares. Los investigadores y familiares de desaparecidos reclaman insistentemente el acceso a esa documentación, que les podría proporcionar valiosa información sobre la suerte de sus seres queridos.⁷¹

Ya en las observaciones finales del Comité DF sobre el informe presentado por España, se recomendó al Estado español *inter alia*:

La búsqueda de las personas que han sido sometidas a desaparición forzada y el esclarecimiento de su suerte son obligaciones del Estado, aun cuando no se haya presentado una denuncia formal, y que los familiares tienen, entre otros, el derecho a conocer la verdad sobre la suerte de sus seres queridos desaparecidos. En este contexto, el Comité recomienda que el Estado parte adopte todas las medidas necesarias, incluyendo la asignación de los recursos de personal, técnicos y financieros suficientes, para la búsqueda y esclarecimiento de la suerte de las personas desaparecidas. Al respecto, el Estado parte debería considerar la posibilidad de establecer un órgano específico encargado de la búsqueda de las personas sometidas a desaparición forzada, que posea facultades y recursos suficientes para llevar adelante sus funciones de manera efectiva.⁷²

Respecto a los pretendidos impedimentos legales para proceder a cualquier tipo de investigación judicial, el Comité DF estableció:

... [el] Estado parte 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

⁷¹ AEDIDH y RIS, *op. cit.*, p. 18.

⁷² COMITÉ DF: *observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención*, 13 de noviembre de 2013, párr. 32.

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.⁷³

De forma concreta, el Comité alienta al Estado a:

Prever de forma expresa el derecho a la verdad de las víctimas de desaparición forzada en línea con lo dispuesto por el artículo 24, párrafo 2, de la Convención y a asegurarse que todas las víctimas puedan gozar plena y efectivamente de ese derecho. El Comité invita al Estado parte a considerar la creación de una comisión de expertos independientes encargada de determinar la verdad sobre las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el pasado, en particular las desapariciones forzadas.⁷⁴

De esta forma, el Comité hizo suyas una de las reivindicaciones históricas tanto de la AEDIDH como de las sociedades memorialistas españolas y otras OSC, de constituir una comisión de la verdad, dando así seguimiento a lo establecido en el artículo 24 de la Convención Internacional.

1.2.2 DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

A. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

La Declaración fue aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992. Ha sido considerada por la OACNUDH como «un conjunto de principios que deben ser aplicados por todos los Estados».⁷⁵

En el preámbulo de la Declaración se recuerda que los actos de desaparición forzada constituyen una violación de normas recogidas en otros instrumentos internacionales, como la *Carta de las Naciones Unidas* (artículo 55), los *Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949* y los *Protocolos Adicionales de 1977* (Protocolo I y Protocolo II), la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, el *PIDCP* y la *CCT*.

⁷³ *Ibid.*, párr. 12. Sin negrita en el original.

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 33.

⁷⁵ OACNUDH: *Desapariciones forzadas o involuntarias*, folleto informativo n.º 6/Rev. 3, Ginebra: OACNUDH, 2009, p. 5.

La Declaración de 1992 es un instrumento esencial en la lucha contra las desapariciones forzadas de cuya aplicación se encarga el GTDFI, ya que en ella se establece un conjunto de normas mínimas que todos los Estados miembros de las Naciones Unidas deben aplicar, sin que sea necesario el requisito de la ratificación de tratados internacionales para obligar a los Estados a prevenir y eliminar la práctica de las desapariciones forzadas.⁷⁶

En concreto, es interesante mencionar el artículo 13 de la Declaración, por el cual los Estados deben realizar una investigación «exhaustiva e imparcial» siempre que haya motivos para creer que alguien ha sido objeto de desaparición forzada.

En ese mismo artículo se establecen otra serie de obligaciones de los Estados derivadas, tales como la no limitación ni obstaculización a la investigación; que se cuente con los recursos necesarios para realizar la citada investigación; la protección de los participantes en la misma (denunciante, abogado, testigos, etcétera); o la obligación de continuar la investigación con arreglo a las modalidades descritas en la Declaración hasta que se aclare la suerte de la víctima de desaparición forzada.

B. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad

Fueron promulgados por la **Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas** el 8 de febrero de 2005. Como se indica en el preámbulo, habían sido redactados debido a la preocupación ya existente ante la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos y por la necesidad de que los Estados adoptaran medidas para satisfacer el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

El Conjunto de principios se divide en cuatro partes donde se desarrollan no solo el derecho a la verdad (como parte del derecho a saber), sino también el derecho a la justicia y el derecho a obtener reparación. Estamos pues, en presencia de los principios básicos de la justicia de transición. Además, se establecen las funciones y las garantías que deben cumplir las comisiones de la verdad.

El Conjunto de principios define la impunidad como:

... la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación,

⁷⁶ *Ibid.*, p. 7.

detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.⁷⁷

Por lo tanto, el Conjunto de principios entiende la impunidad como la consecuencia de un *no hacer* por parte del Estado, tanto en la no persecución (detención y procesamiento) de los autores de las violaciones, como en el caso de que se haya realizado un procesamiento de los mismos y se haya concluido en la ausencia de condena o pago de alguna indemnización por el daño causado. Esta obligación de investigar del Estado está contemplada en el principio 1:

La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos; de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones.

El derecho (inalienable) a la verdad, como se ha comentado anteriormente, está contemplado en el capítulo reservado al derecho a saber (concretamente en el principio 2), debido a que el primero deriva del segundo, al igual que el deber de recordar (principio 3). Como se estableció anteriormente al tratar la dimensión colectiva del derecho a la verdad,⁷⁸ el principio 2 reconoce un derecho de la sociedad en su conjunto a la verdad, al establecer que «cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado...».

En concreto, el principio 2 reconoce que «el pueblo» tiene el derecho a conocer no solo lo que sucedió (los acontecimientos), sino también «las circunstancias y los motivos que llevaron [...] a la perpetración de estos crímenes». Según lo aquí recogido se tiene el derecho a conocer qué pasó, cómo pasó y por qué pasó.

Tal y como se establece en el último inciso de este principio «el ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones». Es decir, el cumplimiento íntegro de las obligaciones que derivan de este principio es una garantía de que este tipo de actos no vuelvan a cometerse en el futuro, ya que en caso de que se cumplan todas las obligaciones que emanan del cumplimiento efectivo del derecho a la verdad, la sociedad civil contará con instrumentos suficientes para evitar una nueva perpetración de este tipo de delitos.

⁷⁷ Conjunto de principios, Definición A: Impunidad, p. 6.

⁷⁸ *Vid. supra* «Introducción» a este capítulo.

El principio 3 reconoce el derecho a recordar en estos términos:

El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones.

Por lo que el Estado debe tomar todas las medidas que estén en su mano para la preservación de todo el material que pueda aportar alguna información relevante acerca de las violaciones de derechos humanos, ya que el acceso a esta información facilitaría el conocimiento de la verdad por parte del pueblo. El cumplimiento de lo establecido en este principio facilitaría la consecución de los deberes establecidos en el principio 2.

El principio 4 reconoce de forma expresa el derecho de las víctimas a saber, concretamente a «conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima».

Este principio consagra la dimensión individual del derecho a la verdad, pues si el principio 2 reconocía el «derecho inalienable del pueblo», en este se reconoce «el derecho imprescriptible de las víctimas y sus familias». El contenido del derecho es el mismo: el conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, aunque en el principio 2 se amplía al conocimiento de «los motivos de la violación»; mientras que en el principio 4 se añade el derecho al «conocimiento de la suerte que corrió la víctima en caso de muerte o fallecimiento» (lo que podría estar cubierto por el principio 2 mediante el conocimiento de los «acontecimientos»).

C. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones

Tales Principios fueron aprobados por la Asamblea General (resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005), señalando el preámbulo:

... los Principios y directrices básicos que figuran en el presente documento **no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales**, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas

internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que son complementarios, aunque diferentes en su contenido,...

... la comunidad internacional hace honor a su palabra respecto del sufrimiento de las víctimas, los supervivientes y las generaciones futuras y reafirma el derecho internacional en la materia ⁷⁹

Los Principios se centran en el derecho a interponer un recurso efectivo como parte del proceso de reparación a las víctimas objeto de crímenes internacionales. También reflejan «un acuerdo universal sobre el derecho de las víctimas a obtener reparación, como parte del derecho a un recurso efectivo»,⁸⁰ derecho que a su vez forma parte fundamental del derecho a la verdad.

Concretamente en el principio III se establece:

En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas.

Por tanto, la primera obligación de hacer de un Estado para un efectivo cumplimiento del derecho a la verdad es la obligación de investigar la desaparición.

Igualmente, para que el Estado respete el derecho de las víctimas a un recurso efectivo, es necesario que el Estado no obstruya la realización de los siguientes derechos:

- a) Acceso igual y efectivo a la justicia;
- b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido;
- c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.⁸¹

⁷⁹ AGNU: *Principios y directrices básicos...*, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁰ J. CHINCHÓN ÁLVAREZ y L. VICENTE MÁRQUEZ: «La investigación de los crímenes cometidos en la Guerra Civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del Derecho internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 19 (2010), p. 9.

⁸¹ AGNU: *Principios y directrices básicos...*, *op. cit.*, párr. 11.

Siguiendo esta misma línea de argumentación:

La víctima de una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del derecho internacional humanitario tendrá un acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional. Otros recursos de que dispone la víctima son el acceso a órganos administrativos y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al derecho interno.⁸²

Es decir, tanto la comunidad internacional como el Estado donde se ha perpetrado la violación de derechos humanos, deben poner a disposición de la víctima y sus familiares todos los recursos a su alcance para que cuenten con un recurso efectivo.

Un recurso efectivo es considerado como el inicio del camino hacia una verdadera reparación de la víctima, ya que según el párrafo 15:

Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario.

Tomando esta argumentación como base, podríamos concluir que no obstaculizar el acceso a un recurso efectivo formaría parte importante de cualquier programa coherente de reparación a las víctimas y, por ende, parte importante del derecho a la verdad, ya que el inicio de una investigación judicial facilita en gran medida el conocimiento de los hechos por parte de los afectados.

D. La práctica del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias del Consejo de Derechos Humanos

El GTDFI del Consejo de Derechos Humanos fue establecido en 1980 por la antigua **Comisión de Derechos Humanos**. Su competencia se define en los métodos de trabajo, que se basan en el mandato establecido inicialmente en la resolución 20 (XXXVI) de la antigua Comisión de Derechos Humanos. A su vez, el mandato fue desarrollado por la Comisión DH y su sucesor en 2006

⁸² *Ibid.*, párr. 12.

(el Consejo de Derechos Humanos), en otras resoluciones que extienden el mandato del GTDFI cada tres años.

Los fundamentos jurídicos del GTDFI dimanan de la Carta de las Naciones Unidas, la Carta Internacional de Derechos Humanos, la resolución 1235 (XLII) del Consejo Económico y Social (ECOSOC) y la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, a la que ya hemos hecho referencia más arriba.

El mandato del GTDFI consiste en ayudar a las familias a determinar la suerte y el paradero de sus parientes desaparecidos. El GTDFI actúa como canal de comunicación entre las familias y los gobiernos interesados y tiene por objeto velar porque los distintos casos de desapariciones que las familias hayan señalado a su atención, sean investigados por las autoridades nacionales con el fin de aclarar la suerte o el paradero de las personas desaparecidas.

El GTDFI reconoció el derecho de las víctimas a la verdad como tal en su primer informe a la Comisión de Derechos Humanos:

La información presentada al Grupo muestra que la ausencia forzada de una persona puede representar también la violación de varios de los derechos humanos de los familiares de la persona desaparecida. Su derecho a una vida de familia se puede considerar como el principal derecho violado, pero también pueden resultar directamente afectados otros derechos de carácter económico, social y cultural; por ejemplo, la ausencia de uno de los padres puede tener efectos desfavorables para el nivel de vida de la familia, la asistencia sanitaria y la educación. Por último, el Protocolo I adicional del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 ha reconocido el derecho de las familias a conocer la suerte que han corrido sus miembros y este derecho de los familiares a ser informados del paradero y de la suerte de los miembros de la familia desaparecidos está reflejado en varias resoluciones de órganos de las Naciones Unidas.⁸³

El GTDFI a través de sus comentarios generales (en adelante, CG) proporciona su interpretación sobre las obligaciones de los Estados en materia de prevención y protección contra las desapariciones. La autoridad del GTDFI se basa en una dilatada experiencia de más de treinta años y en el control de la aplicación de la Declaración de 1992.

⁸³ GTDFI: doc. E/CN.4/1435, 22 de enero de 1981, párr. 187.

A continuación nos referiremos concretamente a dos comentarios generales: el *comentario general sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*⁸⁴ y el *comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado*.⁸⁵

El *comentario general sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas* afirma en el preámbulo:

El derecho a la verdad no sólo se aplica a las desapariciones forzadas. Sin embargo este comentario general se refiere únicamente a las desapariciones forzadas en el contexto de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada.⁸⁶

Posteriormente, el comentario general recuerda lo establecido tanto en el *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)* (art. 32), como en la *Convención Internacional* (art. 24) sobre el derecho a la verdad, ya estudiada esta última en este trabajo,⁸⁷ mientras que el Protocolo I se estudiará en el siguiente epígrafe.

El párrafo 1 del comentario general proporciona una definición exacta del contenido del derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas. En concreto, forma parte del derecho a la verdad:

- Conocer los progresos y resultados de una investigación (relacionado con el artículo 24.2 de la Convención Internacional y artículo 13.4 de la Declaración de 1992).

⁸⁴ GTDFI: *comentario general sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, doc. A/HRC/16/48, 26 de enero de 2011, párr. 39, pp. 13-18.

⁸⁵ GTDFI: *comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado*, *op. cit.*, pp. 11-13.

⁸⁶ *Vid. supra*, «Introducción» del presente capítulo. En un primer momento el derecho a la verdad se refería exclusivamente a un derecho propio de las víctimas de desapariciones forzadas. Sin embargo, este concepto ha ido evolucionando con el tiempo, hasta llegar a ser un derecho de las víctimas de violaciones de los derechos humanos en general.

⁸⁷ *Vid. supra*, 1.2.1 c. «Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas». *Vid. infra*, 1.3 «Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)».

- Conocer la suerte y el paradero de las personas desaparecidas (relacionado con lo establecido en el principio 4 del Conjunto de principios y el artículo 24.2 de la Convención Internacional).
- Conocer las circunstancias de la desaparición (relacionado con los principios 2 y 4 del Conjunto de principios, y el artículo 24.2 de la Convención Internacional).
- Conocer la identidad del autor o los autores de la desaparición.

Por lo tanto, el comentario general del GTDFI establece una visión muy amplia del contenido del derecho a la verdad relacionado con las desapariciones forzadas, incluyendo varias disposiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales y abarcando un gran abanico de derechos que se desprenden del principal, el derecho a la verdad.

En el párrafo 2 del comentario general, se hace una distinción entre el derecho a la verdad y el derecho a la información, al establecer que «el derecho a la información no debe confundirse con el derecho a la verdad, concretamente con el derecho de los familiares y de las personas con un interés legítimo en la desaparición (aparte de abogados y representantes) a obtener información sobre una persona privada de libertad». Ambos derechos son independientes.

La principal diferencia entre ambos derechos reside en el sujeto pasivo: mientras que en el derecho a la verdad el sujeto pasivo es una persona desaparecida, de la cual se desconoce su paradero, el derecho a la información se refiere a una persona privada de libertad, un preso o detenido, alguien que se sabe efectivamente dónde se encuentra (aunque puede que se desconozca en qué condiciones). Este derecho se refiere, por tanto, a obtener información acerca de su situación dentro del centro penitenciario o de detención donde se encuentre.

Por ello, el GTDFI establece en el último inciso del párrafo 2 que «el derecho a la información sobre la persona detenida, junto con el derecho inderogable del hábeas corpus, deben considerarse instrumentos fundamentales para evitar que se produzcan desapariciones forzadas». El derecho a la información tiene por objeto prevenir que se cometa el delito estableciendo la obligación (suponemos que para el Estado) de facilitar información sobre el estado y la situación en la que se encuentra el reo. En cambio, el derecho a la verdad actúa cuando ya se ha perpetrado el delito, es decir, cuando se desconoce su paradero.

Derivado del derecho a la información, el párrafo 3 del comentario general se refiere al artículo 13.4 de la Declaración, que establece que «Los resultados de la investigación se comunicarán a todas las personas interesadas, a su solicitud, a menos que con ello se obstaculice la instrucción de una causa penal en curso».

Sin embargo, este último inciso ha de interpretarse de una manera restrictiva, ya que la denegación de información viola el derecho a la verdad y solo podrá restringirse si con dicha información se pusiese en peligro «una causa penal en curso». En caso contrario, una negativa rotunda a facilitar esa información o únicamente facilitar información sobre cuestiones procedimentales violaría el derecho a la verdad.

La información que se facilite debe incluir las medidas concretas que se han adoptado para esclarecer la suerte y el paradero de la víctima, amparadas con base en las pruebas proporcionadas por los familiares u otros testigos, y debe ser accesible a toda persona interesada en el proceso. También se establece la necesidad de creación de un recurso que revise la negativa a la divulgación de determinados datos de la investigación.

En el párrafo 4 del comentario general se establece la obligación de seguir investigando hasta que se haya averiguado el paradero de la persona desaparecida; esto es consecuencia del carácter continuado del delito de desaparición forzada.⁸⁸

A su vez, se declara el derecho de los familiares a conocer el paradero de la persona desaparecida como un derecho absoluto (al contrario de lo establecido anteriormente sobre la comunicación de los resultados de la investigación, que pueden estar sujetos a restricción). Por lo que no podrá invocarse ningún fin legítimo (estado de excepción, de alarma, etcétera) que restrinja el derecho de los familiares o de las personas interesadas a conocer el paradero de su familiar desaparecido.

Este razonamiento está en conexión con lo ya apuntado sobre la relación entre tortura y el sufrimiento de los familiares, por el daño que produce en sus familiares la falta de información sobre el paradero de la persona desaparecida. En caso de que se restringiera este derecho, se contribuiría al aumento del sufrimiento de los familiares prolongando por ello la tortura, lo que es inaceptable a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

⁸⁸ GTDFI: *comentario general sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, op. cit., p. 15.

En el párrafo 5 del comentario general en comento se establecen las principales obligaciones del Estado, que son sobre todo de carácter procesal:

- Obligación de investigar hasta que se esclarezca la suerte y el paradero de la persona;
- Obligación de comunicar los resultados de las investigaciones a las partes interesadas bajo las modalidades que se expresan en el párrafo 3 del comentario general;
- Obligación de facilitar el pleno acceso a los archivos; y
- Obligación de proporcionar una protección plena a los testigos, los familiares, los jueces y otras personas que participen en cualquier investigación.

Las obligaciones del Estado derivan de los derechos comentados hasta ahora en relación al comentario general y a los instrumentos internacionales ya estudiados, a saber: derecho de los familiares a conocer la suerte y el paradero de la persona desaparecida (principio 4 del Conjunto de principios, artículo 24.2 de la Convención Internacional y artículo 13.6 de la Declaración de 1992); derecho a conocer los resultados de la investigación (artículo 24.2 de la Convención Internacional y artículo 13.4 de la Declaración de 1992); derecho de acceso a los archivos (y otras pruebas) relativos a violaciones de los derechos humanos (principio 3 del Conjunto de principios y artículo 13.2 de la Declaración de 1992); y el derecho a la protección de testigos, familiares u otras personas participantes en la investigación (artículo 13.3 de la Declaración de 1992).

A su vez, en el párrafo 5 del comentario general se apunta que si bien la obligación de iniciar una investigación es absoluta, no lo es obtener un resultado. El hecho de que se inicie una investigación no asegura que se vaya a llegar a la meta deseada por diversas razones: imposibilidad de encontrar los restos mortales, escasez de información, etcétera. Sin embargo, el Estado tiene la obligación de seguir investigando hasta que pueda determinar la suerte que corrió esa persona.

Es importante a este respecto resaltar lo dicho en el comentario general del GTDFI sobre el artículo 19 (derecho a una indemnización): «En tanto que principio general, no se presumirá, con la oposición de la familia, que la víctima de una desaparición forzada ha fallecido».

En cambio, no es considerado absoluto el derecho a conocer todas las circunstancias de la desaparición, ya que a veces se ocultan partes de la investigación en aras de una mejor reconciliación (párrafo 8 del comentario general).

En caso de que se aclare que la víctima falleció, el derecho a la verdad incluye el derecho de la familia a recuperar los restos mortales y organizar su entierro de acuerdo con sus tradiciones (párrafo 6 del comentario general).

El derecho a la verdad sobre la suerte y el paradero de la víctima es aplicable también en los casos de los niños que nacieron mientras sus madres fueron víctimas de desaparición forzada y posteriormente fueron adoptados ilegalmente o secuestrados tras su nacimiento.⁸⁹

El párrafo 8 del comentario general se refiere también a la conveniencia o no de la aplicación de medidas de gracia tales como leyes de amnistía. El GTDFI entiende que hay ocasiones en que este tipo de medidas pueden ser la única vía para la cesación de las desapariciones forzadas. Sin embargo, el GTDFI ha establecido en su comentario general sobre el artículo 18 de la Declaración:

Las medidas de gracia sólo se impondrán tras haberse emprendido un genuino proceso de paz o negociaciones *bona fide* con las víctimas que haya dado por resultado disculpas o expresiones de pesar del Estado o de los responsables y garantías para prevenir las desapariciones en el futuro.

Es decir, las restricciones del derecho a la verdad no deben afectar al derecho de las víctimas a que se haga justicia; decisiones como la de no revelar los nombres de los autores de las violaciones de derechos humanos no quiere decir que no se les juzgue.

Por último, los dos últimos párrafos del citado comentario general reconocen derechos ya comentados y derivados de la obligación del Estado de dar pleno acceso a la información disponible para permitir la búsqueda de las personas desaparecidas; y el derecho de las víctimas, testigos y cualquier otra persona interesada, a obtener protección por parte del Estado.

En relación con el *comentario general del GTDFI sobre la desaparición forzada como delito continuado*, su párrafo 1 establece:

Las desapariciones forzadas son el prototipo de actos continuos. El acto comienza en el momento del secuestro y se prolonga durante todo el período de tiempo en que el delito no haya cesado, es decir, hasta que el Estado reconozca la detención o proporcione información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida.⁹⁰

⁸⁹ *Vid. supra*, 1.2.1 a. «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos».

⁹⁰ GTDFI: *comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado*, *op. cit.*, p. 12.

Esta afirmación debemos conectarla con lo reconocido en el párrafo 3 del mismo comentario general:

... cuando la desaparición forzada se inició antes de la entrada en vigor de un instrumento o antes de que un Estado determinado aceptase la jurisdicción del órgano competente, el hecho de que la desaparición continúe tras la entrada en vigor o la aceptación de la jurisdicción atribuye a la institución la competencia y la jurisdicción para entender del caso de desaparición forzada en su conjunto y no solo de los actos u omisiones imputables al Estado que se produjeron tras la entrada en vigor del instrumento legal pertinente o la aceptación de la jurisdicción.

Además, el GTDFI considera:

... que cuando se ha reconocido que un Estado es responsable de haber cometido una desaparición forzada que comenzó antes de la entrada en vigor del instrumento jurídico pertinente y que persistió tras su entrada en vigor, el Estado incurre en responsabilidad por todas las violaciones derivadas de la desaparición forzada y no solo por las violaciones que se produjeron tras la entrada en vigor del instrumento.⁹¹

Es decir, mientras que la desaparición forzada no sea objeto de una investigación objetiva e imparcial por parte del Estado, el delito se seguirá cometiendo y de este modo las autoridades estatales tendrán la obligación de continuar la investigación mientras que la suerte y el paradero del desaparecido siga sin aclararse.

E. Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición

El 29 de septiembre de 2011 el Consejo DH adoptó la resolución 18/7 (aprobada por consenso y con el patrocinio de casi ochenta Estados miembros) por la cual se establece por un período de tres años el mandato del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (en adelante, Relator Especial) el cual se ocupará de «situaciones en las que haya habido violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario».⁹²

⁹¹ *Ibid.*

⁹² CONSEJO DH: *Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, doc. A/HRC/RES/18/7, 13 de octubre de 2011, p. 2.

Según esta misma resolución (donde a su vez se aprueba su mandato) entre sus funciones se encuentran:

- b) Reunir la información pertinente sobre las situaciones nacionales, en particular sobre marcos normativos, prácticas y experiencias nacionales, tales como las comisiones de verdad y reconciliación y otros mecanismos, en relación con la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición para hacer frente a las violaciones manifiestas de los derechos humanos y a las violaciones graves del derecho internacional humanitario, estudiar las tendencias, las novedades y los problemas y formular recomendaciones al respecto;⁹³

De igual modo forma parte del mandato del Relator Especial:

- e) Formular recomendaciones sobre, entre otras cosas, medidas judiciales y no judiciales al elaborar y aplicar estrategias, políticas y medidas para hacer frente a las violaciones manifiestas de los derechos humanos y a las violaciones graves del derecho internacional humanitario;⁹⁴

Según se ha establecido en el mandato, los cuatro pilares de acción del Relator Especial son la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Sin embargo, tal y como ha establecido Pablo de Greiff (primer Relator Especial nombrado por el Consejo DH)⁹⁵ en su primer informe como Relator Especial, «constituyen una serie de áreas de acción interrelacionadas que pueden reforzarse mutuamente en el proceso de subsanar las secuelas del abuso y la vulneración masivos de los derechos humanos»,⁹⁶ es decir, no son cuatro institutos independientes entre sí, no debemos entenderlos como compartimentos estancos, sino que es necesario el efectivo respeto de todos y cada uno de ellos para conseguir la eliminación total de la impunidad de los crímenes contra los derechos humanos.

⁹³ *Ibid.*, párr. 1.b).

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 1.e). Estas recomendaciones de implementación de medidas tanto judiciales como no judiciales serán una gran utilidad en contextos donde predomina la impunidad de los crímenes contra los derechos humanos, como pudiera ser el caso español.

⁹⁵ *Vid. Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence.*

⁹⁶ R. E.: doc. A/HRC/21/46, 9 de agosto de 2012, párr. 21.

El Relator Especial prosigue afirmando:

Si bien [...] todas las áreas de acción persiguen en último término la consecución de la justicia, un análisis funcional menos abstracto, que distinga entre los objetivos inmediatos, mediatos y finales de esas medidas permitiría concluir que las cuatro áreas de acción contribuyen a la consecución de dos objetivos mediatos, a saber, ofrecer reconocimiento a las víctimas y fomentar la confianza, así como de dos objetivos finales: contribuir a la reconciliación y reforzar el estado de derecho.

De lo aquí recogido por el Relator Especial debemos entender que si bien el respeto a estas cuatro áreas de acción (verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición) puede contribuir de manera decisiva a ofrecer reconocimiento a las víctimas, así como fomentar su confianza, no es de igual modo seguro y cierto que el simple respeto de los mismos puedan garantizar de forma certera la reconciliación y reforzar el Estado de derecho, ya que cada país y cada conflicto será gestionado de forma distinta según las propias características del mismo e influirán en la potencial reconciliación diferentes factores según cada caso.⁹⁷

1.3 *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)*

Como ya se ha comentado en la Introducción a este capítulo, el derecho a la verdad también forma parte del derecho internacional humanitario, al estar codificado en el artículo 32 del *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)*.⁹⁸ Dicho artículo establece «el derecho que asiste a las familias a conocer la suerte de sus miembros».

Su redacción e inclusión en el Protocolo I da respuesta a numerosas resoluciones de la Asamblea General en relación con las personas desaparecidas o las víctimas de desapariciones forzadas. Estas resoluciones se refieren a menudo al «deseo de saber» como una «necesidad humana básica».⁹⁹

⁹⁷ Para un mayor desarrollo de este concepto véase el capítulo 3, «La obligación de España de establecer una comisión de la verdad».

⁹⁸ Ratificado por España el 7 de noviembre de 1978 y publicado en el BOE núm. 177, de 26 de julio de 1989, pp. 23828 a 23863.

⁹⁹ Informe de la OACNUDH, *El derecho a la verdad*, cit., p. 6.

Como ejemplo, cabe mencionar las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 34/179, de 7 de febrero de 1980, y 35/188, de 15 de diciembre de 1980, (posteriores ambas a la redacción del Protocolo I, pero muy representativas del tipo de resoluciones al que nos estamos refiriendo). Ambas se refieren a la situación sufrida en Chile durante el período dictatorial, estableciendo «la preocupación de la Asamblea sobre las numerosas desapariciones ocurridas durante los años 1973 y 1977», e instando «a las autoridades chilenas a que investiguen y esclarezcan la suerte de las personas desaparecidas y comuniquen a las familias el resultado de esas investigaciones».

También el GTDFI se ha pronunciado sobre los derechos de los familiares ante la desaparición de un miembro del núcleo familiar. Concretamente estableció que «no solo el derecho a una vida en familia puede considerarse como el único derecho afectado (aunque sí el principal) por la desaparición de uno de los padres, sino también otros derechos económicos, sociales y culturales (asistencia sanitaria o educación)»; incluso se han demostrado «los efectos desfavorables de la desaparición de uno de los padres para la salud mental de los hijos».¹⁰⁰

Seguidamente, en el mismo informe, el Grupo de Trabajo hizo mención al artículo 32 del Protocolo I como la base jurídica en la que se cimienta el derecho de las familias a conocer el paradero de sus miembros en caso de que se hayan producido desapariciones en el núcleo familiar.

Este planteamiento ha sido adoptado por otros órganos internacionales como el Grupo de Trabajo *ad hoc* de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas encargado de estudiar la situación de los derechos humanos en Chile y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ambos han desarrollado una práctica importante acerca del derecho a la verdad en relación con el delito de desapariciones forzadas en los años setenta, recurriendo como base jurídica principal al artículo 32 Protocolo I.

¹⁰⁰GTDFI: doc. E/CN.4/1435, 22 de enero de 1981, párr. 187.

1.4 Sistema Interamericano de Derechos Humanos

1.4.1 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) fue aprobada en 1969 en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA), y entró en vigor en 1978. A enero de 2012 había sido ratificada por veinticuatro países de América Latina y el Caribe. En septiembre 2012 la República Bolivariana de Venezuela denunció la Convención.

La CADH define los derechos humanos que los Estados partes se comprometen a respetar y garantizar su respeto. Además, crea la CtIDH y distribuye competencias entre esta y la CmIDH.

De la práctica de la CmIDH y de la jurisprudencia de la CtIDH se desprende que el derecho a la verdad está recogido en los artículos 1.1, 8, 13 y 25 de la Convención. Se desarrolla su estudio *infra*, en los epígrafes 1.4.3 y 1.4.4 de este apartado.

1.4.2 CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (en adelante, la Convención) fue adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigesimocuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, y entró en vigor el 28 de marzo de 1996, después de alcanzar la segunda ratificación (art. 20). A enero de 2012 había sido ratificada por dieciséis países de América Latina y el Caribe.

La Convención es un tratado de suma importancia dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su lucha contra las desapariciones forzadas. Ya en el preámbulo, define la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad: «REAFIRMANDO que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad».

Y a su vez, en el artículo VII, considera este delito como un crimen imprescriptible, afirmando que «La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción».

El artículo III, por su parte, otorga a la desaparición forzada el carácter de delito «continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima».

En este mismo artículo se establece la obligación de todos los Estados partes en la CADH de «adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad».

Este inciso del artículo III, debemos ponerlo en conexión con el artículo I. d., que sostiene que los Estados partes en la Convención se comprometen a «tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención».

La consideración por parte de la Convención del delito de desaparición forzada como delito de lesa humanidad, imprescriptible y continuado, así como el establecimiento de la obligación de los Estados de aprobar, de acuerdo con su ordenamiento interno, medidas legislativas que tipifiquen dicho delito, constituyen un importante marco de protección tanto para las víctimas de desaparición forzada, como para los familiares de estas, garantizando de esta forma su derecho a la verdad.

El artículo X, por su parte, reconoce «el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos y eficaces», que podrán invocarse incluso en circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública.

En el último inciso de este artículo se establece:

En la tramitación de dichos procedimientos o recursos y conforme al derecho interno respectivo, las autoridades judiciales competentes tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivos para creer que se puede encontrar a la persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar.

En conexión con este apunte final del artículo X, es necesario destacar el artículo XI, que establece una precisión respecto a las personas privadas de libertad en centros penitenciarios: «Toda persona privada de libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad judicial competente».

La inclusión de este artículo responde a proliferación en las regiones de América Latina y el Caribe del llamado *terrorismo de Estado*, caracterizado por un patrón de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y masacres atribuidas a agentes del Estado,

... los cuales realizaban detenciones sin informar al afectado de los cargos en su contra, sin que se proporcionara la identidad de las personas que practicaban el arresto, sin indicar el lugar al que era conducido el detenido y sin que se informara al afectado sobre los derechos que le asistían.¹⁰¹

Infra, en 1.4.4 «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», se analizará un conjunto de casos que ilustran este tipo de acciones.

1.4.3 LA PRÁCTICA DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Según la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CmIDH el derecho a la verdad ha sido considerado como «el derecho de las familias a conocer la suerte de sus seres queridos derivado de la obligación que tienen los Estados de brindar a las víctimas o sus familiares un recurso sencillo y rápido que los ampare contra violaciones de sus derechos fundamentales, conforme al Artículo 25 [de la Convención]».¹⁰²

Sin embargo, al igual que ha pasado en el plano internacional, la interpretación de este derecho ha evolucionado en el sistema interamericano y actualmente se considera, por lo menos por parte de la CmIDH, que el derecho a la verdad pertenece a las víctimas y sus familiares y también a la sociedad en general.

La CmIDH trató por primera vez el derecho a la verdad a raíz del caso 10.580.¹⁰³ En él se identificaba el artículo 25 como principal fuente del derecho a la verdad en la CADH. Este artículo establece:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

¹⁰¹ CmIDH: Informe n.º 11385, caso *Kenneth Ney Anzualdo Castro vs. Perú*, 11 de julio de 2008, párr. 37.

¹⁰² OEA, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Derecho a la verdad.

¹⁰³ CmIDH: Informe n.º 10/95, caso *Manuel Bolaños vs. Ecuador*, 12 de septiembre de 1995.

- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

En el mencionado caso se denunció que miembros del Cuerpo de Infantería de Marina del Ecuador habían puesto bajo custodia al señor Bolaños para examinar sus documentos de identificación y que nunca volvió a saberse de él. Tras la desaparición del señor Bolaños, su familia interpuso recurso de *habeas corpus* ante los tribunales competentes. Este recurso fue rechazado. Casi dos años después de la desaparición del señor Bolaños, sus familiares recibieron información de que había fallecido mientras se encontraba bajo custodia de la Infantería de Marina y que se había iniciado una investigación en torno a su muerte. Sin embargo, el Gobierno nunca determinó la responsabilidad de quienes, según las denuncias, torturaron y ultimaron al señor Bolaños.

La CmIDH estableció en el párrafo 45 de su informe de 12 de septiembre de 1995:

El Gobierno de Ecuador no cumplió con su obligación de proporcionar un recurso sencillo, rápido y eficiente a la familia de la víctima, para que pudiesen determinarse sus derechos. La familia de Manuel Bolaños tiene derecho a saber la verdad sobre lo que le ocurrió, las circunstancias de su detención y de su muerte, y a saber dónde se encuentran sus restos. Esto emana de la obligación del Estado de hacer uso de todos los medios que tiene a su disposición para llevar a cabo una investigación seria sobre las violaciones cometidas dentro de su jurisdicción a efectos de identificar a los responsables.

Es decir, la CmIDH consideró estos hechos como una violación del derecho de los familiares a conocer la verdad acerca de lo ocurrido a la víctima, tanto de las circunstancias de su detención, como de su fallecimiento y de la localización de sus restos.

También se demostró que los órganos competentes para la investigación de la desaparición del señor Bolaños no realizaron acción ninguna para la averiguación de su paradero; y que la investigación realizada por las autoridades navales que se llevó a cabo no agotó todos los recursos a su alcance para hallar el mismo.

A su vez, el Gobierno contaba con información referente al lugar donde había sido recluido el señor Bolaños, así como las circunstancias de su desaparición y la ubicación de sus restos y que la familia tenía derecho a conocer. Todo esto constituye una violación del derecho de las familias a contar con un recurso

judicial pronto y efectivo reconocido en el artículo 25 de la CADH,¹⁰⁴ a su vez relacionado con el artículo 8 de la misma, referente a las garantías judiciales y que establece el derecho de «toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...».

Estas garantías judiciales fueron concretadas en el párrafo 76 del Informe 37/00, caso 11.481, *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez* (El Salvador), de 13 de abril de 2000, de la CmIDH. Concretamente se refieren al derecho a una investigación efectiva, al procesamiento de los responsables de los ilícitos, la imposición de las sanciones pertinentes y la indemnización de los daños y perjuicios que hubieren sufrido los familiares.

En relación también al significado del artículo 25, la CtIDH ha establecido que dicho artículo incorpora el principio de la efectividad y eficacia de los medios o instrumentos procesales destinados a garantizar los derechos protegidos en la Convención. Es decir, la inexistencia de recursos internos efectivos deja a la víctima en estado de indefensión.¹⁰⁵

Volviendo al Informe 10/95 de la CmIDH, es interesante apuntar la referencia del artículo 8 a un tribunal competente e imparcial, ya que la investigación llevada a cabo por las autoridades militares navales iría en contra de este principio, al ser estas las implicadas en la desaparición. Como establece el párrafo 46 del informe: «Cuando el Estado permite que las investigaciones las dirijan órganos implicados en el caso, la independencia se ve claramente afectada, ya que estos órganos no podrían actuar con la imparcialidad necesaria requerida para un proceso justo».

A su vez, la obligación del Estado de investigar las circunstancias de la desaparición está recogida en el artículo 1 de la Convención, que establece el compromiso de todos los Estados partes a «respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (...)

¹⁰⁴ Este artículo también ha sido citado y desarrollado en numerosos informes de la CmIDH donde se trata el tema del derecho a la verdad, a saber: Informe n.º 1/99, caso 10.480 (El Salvador), 27 de enero de 1999, párr. 151; Informe n.º 136/99, caso 10.488, *Ignacio Ellacuría y otros* (El Salvador), 22 de diciembre de 1999, párr. 225; Informe n.º 25/98, casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705 (Chile), 7 de abril de 1998, párr. 89; Informe n.º 37/00, caso 11.481, *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez* (El Salvador), 13 de abril de 2000, párr. 74.

¹⁰⁵ CmIDH: Informe n.º 37/00, *cit.*, párr. 74.

El Informe n.º 25/98, de 7 de abril,¹⁰⁶ en su párrafo 86, establece que este artículo recoge el cumplimiento de verdaderas «obligaciones de hacer» por parte de los Estados que permitan una eficaz garantía de tales derechos:

El Estado tiene el deber de organizar todo el aparato estatal, en concreto todas las estructuras en las que se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que sean capaces de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Derivado de esta obligación, «los Estados tienen el deber de prevenir, investigar con todos los medios a su alcance a fin de identificar a los responsables, sancionar toda violación de derechos humanos y reparar los daños producidos por dichas violaciones».¹⁰⁷

En el Informe 25/98, aparte de los mencionados artículos 1, 8 y 25, el derecho a la verdad ha sido también reconocido por primera vez en virtud del artículo 13 de la Convención. También fue la primera vez que se abordó el derecho a la verdad en su vertiente colectiva, es decir, el derecho de toda la sociedad a conocer la verdad. Así la CmIDH reconoce el derecho a la verdad tanto de un modo individual como colectivo.¹⁰⁸ Concretamente reconoce el derecho de la sociedad a tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos, y un derecho particular para los familiares de las víctimas que permite una forma de reparación.¹⁰⁹ En particular, se reconoce el derecho de acceder y recibir información sobre todo en los casos relacionados con desapariciones forzadas, donde el Estado tendrá la obligación de seguir investigando hasta que se encuentren los restos de la persona desaparecida. También en el párrafo 94 se reconoce «el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que

¹⁰⁶ CmIDH: Informe n.º 25/98, casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705 (Chile), 7 de abril de 1998.

¹⁰⁷ CmIDH: Informe n.º 37/00, *cit.*, párr. 77 y 78.

¹⁰⁸ CmIDH: Informe n.º 25/98, 7 de abril de 1998; párr. 88; CmIDH: Informe n.º 1/99, caso 10.480 (El Salvador), 27 de enero de 1999, párr. 150 y 152; y CmIDH: Informe n.º 136/99, caso 10.488, *Ignacio Ellacuría y otros* (El Salvador), 22 de diciembre de 1999, párr. 224.

¹⁰⁹ La CmIDH introduce dentro de la vertiente colectiva del derecho a la verdad el derecho al acceso a la información, tal y como se estableció en la interpretación realizada sobre el significado del párrafo 2 del *comentario general sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias.

aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro».

Se reconoce a su vez que el acceso a la verdad supone, entre otras cosas, «La formación de comisiones investigadoras y el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones que sean necesarias».¹¹⁰

A continuación, en el párrafo 95 se relaciona el derecho a la verdad (tanto individual como colectivo) con el derecho a reparación y como garantía de no repetición. El conocimiento de saber lo que ocurrió, las circunstancias específicas y quiénes fueron los autores supone, según la CmIDH, tanto un modelo de reparación a las víctimas como un primer paso para prevenir futuras violaciones de derechos humanos.

1.4.4 LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En la **Introducción** de este primer capítulo («La reglamentación internacional del derecho a la verdad»), examinamos la relación entre el derecho a la verdad y el derecho a la reparación, llegando a la conclusión de que el primero forma parte del segundo. Tras recordar este extremo, la CtIDH ha sido la precursora en formular una amplia gama de reparaciones judiciales de índole internacional para subsanar los efectos de las violaciones a los derechos humanos. Para un mejor entendimiento de esta facultad debemos remitirnos al artículo 63.1 de la Convención, que establece:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

De esta forma, y en concordancia con los dicho por los Principios básicos, se distinguen cinco formas distintas de reparación: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.¹¹¹

¹¹⁰ CmIDH: Informe n.º 1/99, caso 10.480 (El Salvador), 27 de enero de 1999, párr. 152.

¹¹¹ AGNU: *Principios y directrices básicos...*, *op. cit.*, principio 18.

Según el profesor Cassel:

... hasta 1998, la Corte rara vez había otorgado otra forma de reparación significativa que no fuera una indemnización o compensación monetaria. Sin embargo, en los últimos años la Corte ha demostrado mayor predisposición a dictar medidas de acceso a la justicia, restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, y acceso a la información.¹¹²

Mediante este progresivo desarrollo de su jurisprudencia en materia de reparación a las víctimas, y conjuntamente con lo establecido en los informes de la CmIDH, la CtIDH ha ido elaborando paralelamente una rica jurisprudencia en lo que al derecho a la verdad se refiere, centrada sobre todo en casos relacionados con las desapariciones forzadas (que como ya se ha comentado fue el primer delito con el cual se relacionó el derecho a la verdad) acaecidas en las dictaduras latinoamericanas de la segunda mitad del siglo XX.

Esta rica jurisprudencia fue inaugurada en el caso *Velásquez Rodríguez*,¹¹³ basada sobre todo en materia de reparaciones a las víctimas, en sintonía con lo establecido en el artículo 1 de la Convención. Según el profesor Felipe Gómez Isa, para la CtIDH:

... las obligaciones que emanan del mencionado artículo imponen la obligación de prevenir, investigar y castigar las violaciones de derechos humanos, la obligación de restaurar el derecho vulnerado y la obligación de ofrecer una adecuada reparación por los daños ocasionados.¹¹⁴

Sin embargo, parte de la problemática respecto a este derecho ha venido derivada de su obligatoriedad jurídica. En efecto, según el profesor Juan E. Méndez:

El derecho a la verdad es reconocido por parte de la doctrina como un principio emergente al tratarse de una norma que no estaba claramente explicitada en un tratado internacional, aunque su vigencia sea incuestionable y su desarrollo

¹¹²Doug CASSEL: «The Expanding Scope and Impact of Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights» en K. DE FEYTER *et al.* (eds.): *Out of the Ashes: Reparations for gross Violations of Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2005, pp. 191-223.

¹¹³CtIDH: caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988.

¹¹⁴F. GÓMEZ ISA, *loc. cit.*, p. 31.

progresivo corra a cargo de la *opinio iuris* y jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos.¹¹⁵

El hecho de que se trate de principios emergentes y no de normas convencionales claras no les resta eficacia como normas vinculantes. Así por ejemplo, este mismo autor ha apuntado:

... el derecho a la verdad en el ordenamiento jurídico peruano es un principio implícito, en el sentido de no encontrarse recogido expresamente en una norma jurídica, pero se deduce del derecho a la justicia y del derecho a la información.¹¹⁶

El progresivo desarrollo del derecho a la verdad dentro del sistema americano, como hemos establecido *supra*, ha sido consecuencia de los hechos acaecidos en las dictaduras militares latinoamericanas de los años setenta, ochenta y noventa y más precisamente del tratamiento de dos temas concretos, a saber: el acceso a la justicia y el tratamiento de las leyes de amnistía.

Como ha expresado Martín Abregú:

... el derecho a la verdad permitiría conciliar amnistía y acceso al juez penal, dado que él mismo se sitúa en el centro de un proceso judicial cuyo objeto es diferente al del juicio penal clásico. La función del juez penal en el marco de los denominados juicios por la verdad no sería tanto la de juzgar a los responsables de los crímenes como la de averiguar la verdad, no como antecedente necesario de la pena sino como un objeto en sí.¹¹⁷

Tanto el acceso a la justicia como el tratamiento de las leyes de amnistía los trataremos seguidamente por separado.

¹¹⁵ J. E. MÉNDEZ: «Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos», en M. ABREGÚ y C. COURTIS (coords.): *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, p. 526.

¹¹⁶ C. REAÑO BALAREZO: *El derecho a la verdad*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 8.

¹¹⁷ M. ABREGÚ: «La tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina», *Revista IIDH*, 24 (julio-diciembre 1996), p. 25, citado por S. GARIBIAN: «Derecho a la verdad. El caso argentino», en S. RIPOL CARULLA y C. VILLÁN DURÁN (dirs.): *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona: ICIP, 2012, p. 57.

A. Acceso a la justicia

En la mayoría de los casos desde 1998, la CtIDH ha ordenado al Estado investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones, y lo hace tanto como una medida de reparación moral, como por una forma de prevención.

Concretamente en el caso *Mack*, la sentencia estableció:

... para reparar totalmente este aspecto de las violaciones cometidas, el Estado debe investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales, y demás responsables de la ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang, y del encubrimiento de la ejecución extrajudicial y de los otros hechos del presente caso, independientemente de la persona que ya se encuentra sancionada por estos hechos.¹¹⁸

A su vez, la CtIDH reconoció expresamente:

[En este caso] se ha configurado una situación de grave impunidad, que constituye una infracción del deber del Estado al que se ha hecho referencia (*supra* párr. 217), lesiona a los familiares de la víctima y propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de que se trata.¹¹⁹

El acceso a la justicia, ha sido entendido por el juez Manuel Ventura Robles como «la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular».¹²⁰

La importancia de este principio es manifiesta, ya que es el en el campo de la administración de justicia donde se refleja la vigencia de los derechos humanos. Éstos pueden estar contemplados en las legislaciones internas, pero si los ciudadanos no pueden acudir a los tribunales en caso de que se produzca una violación de los mismos, los derechos no tienen ni vigencia real ni una eficacia efectiva dentro del sistema interno.

¹¹⁸ CtIDH: caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, cit., párr. 275.

¹¹⁹ *Ibid.*, párr. 272.

¹²⁰ M. VENTURA ROBLES: *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad*, ponencia presentada en el Taller sobre Democracia, Derechos Humanos, y Estado de Derecho, San José (Costa Rica), 5-7 de septiembre de 2005, p. 3.

Como se enunció anteriormente, los artículos 8.1 y 25 de la CADH reconocen y regulan el acceso a la justicia dentro del sistema interamericano. El artículo 8.1 establece:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

En este artículo se establece la prohibición al Estado de poner cualquier tipo de trabas al derecho de la persona acceder a los tribunales. Es un llamamiento al Estado para que se abstenga de aplicar cualquier tipo de medida encaminada a impedir el acceso a la justicia por los ciudadanos.

Por su parte, el artículo 25 recoge la obligación del Estado de crear un recurso efectivo contra las violaciones de derechos fundamentales; que toda persona que haya sido víctima de una violación de sus derechos (tanto reconocidos en la legislación interna como internacional) cuente con un recurso efectivo para poder reclamar ante los tribunales su derecho a una reparación. La Corte ha señalado que el acceso a un recurso efectivo «constituye una de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención».¹²¹

Sin embargo, por recurso efectivo no podemos entender simplemente la existencia formal de ciertos mecanismos jurídicos de acceso al sistema judicial, sino que estos mecanismos efectivamente deben proporcionar una solución al problema planteado. Concretamente, la CtIDH estableció en uno de los primeros casos planteados:

Esta Corte ha reiterado que no es suficiente que dichos recursos existan formalmente sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de los derechos contemplados en la Convención (...). Por otra parte, como también ha señalado el Tribunal, [n]o pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.¹²²

¹²¹ CtIDH: caso *Cantos vs. Argentina*, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 52.

¹²² CtIDH: caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 191.

Por tanto, la mera existencia de un recurso no cumple con las exigencias del artículo 25, sino que el recurso debe ser adecuado y efectivo para remediar la situación jurídica infringida. Por lo tanto, «cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trate, constituye una violación del derecho de acceso a la justicia, según lo dispone el artículo 25 de la Convención».¹²³

En esta misma sentencia, la Corte estableció que «los Estados tienen el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce».

La existencia de cualquier tipo de trabas que impidan a los individuos el acceso a un recurso efectivo (en el sentido en el que ha sido apuntado) constituiría no solo una violación del artículo 25, sino también una violación del artículo 1.1 de la Convención.¹²⁴

En esta sentencia en comento del caso *Bámaca Velásquez*, la CtIDH relacionó lo hasta aquí establecido en cuanto al acceso a la justicia (derecho a un recurso efectivo) con el deber del Estado de investigar los hechos mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte de la persona desaparecida.

Concretamente, en este caso se intentaron interponer diferentes recursos judiciales encaminados a identificar el paradero de la víctima. Sin embargo, ninguno resultó efectivo y además se probó que hubo acciones directas de agentes del Estado de alto nivel para impedir que estos recursos tuvieran resultado positivo. Este tipo de acciones impidieron a los familiares conocer la verdad acerca de la suerte corrida por la víctima.

En el párrafo 201 de esta sentencia, la CtIDH afirmó:

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

¹²³ M. VENTURA ROBLES, *op. cit.*, p. 5.

¹²⁴ CtIDH: caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *cit.*, párr. 194; CtIDH: caso *Castillo Páez vs. Perú*, sentencia de 3 de noviembre de 1997, párr. 83, en el que se precisa que «el artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes».

En cuanto a la investigación que necesariamente el Estado ha de llevar a cabo para poder averiguar el paradero de la víctima, el profesor Carmelo Faleh Pérez asegura que «no es seria, adecuada, rigurosa ni eficaz cuando se cometen groseras omisiones tras el descubrimiento del cadáver del desaparecido, lo que la Corte Interamericana pone de relieve en el caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras...*».¹²⁵

En efecto, la citada sentencia establece:

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

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

... es fundamental [...] realizar una exhaustiva investigación de la escena, examinar el cuerpo de la víctima y llevar a cabo, por expertos profesionales, una autopsia para determinar las causas del deceso cuando esto sea posible o llevar a cabo una prueba igualmente rigurosa, dentro de las circunstancias del caso. En el caso en estudio, la Corte destaca que las autoridades por diferentes motivos no tomaron las medidas necesarias para preservar la prueba que había en la escena del crimen y realizar una autopsia que permitiera hacer una investigación seria y efectiva de lo sucedido, para a la postre sancionar a los responsables.¹²⁶

¹²⁵ C. FALEH PÉREZ: «La obligación internacional del Estado de prevenir e investigar los casos de desaparición forzada o involuntaria de personas», en S. RIPOL CARULLA y C. VILLÁN DURÁN (dirs.): *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona: ICIP, 2012, p. 111.

¹²⁶ CIDH: caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003, párrs. 126-128.

Por otro lado:

... tampoco se respeta el derecho a un recurso efectivo cuando se demuestra la falta de independencia e imparcialidad en el órgano investigador, por lo que, difícilmente, sus actuaciones cumplirán las debidas garantías judiciales, contraviniendo los artículos 8 y 25 de la CvIDH.¹²⁷

Así lo indicó la CtIDH en el caso *Durand y Ugarte*, a propósito del proceso seguido ante la jurisdicción militar peruana para investigar los hechos y determinar la responsabilidad de los militares que hicieron un uso desproporcionado de la fuerza para reprimir un motín en un penal del país:

En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, **debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles** y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.¹²⁸

Por tanto, la investigación de las desapariciones forzadas:

Debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.¹²⁹

Para completar la posición de la CtIDH sobre el acceso a la justicia para las víctimas y/o familiares de los crímenes contra los derechos humanos, es necesario referirse a la *sentencia Barrios Altos de 2001*, en la que la CtIDH confirma su posición: el derecho a la verdad es definido como el prerequisite indispensable que permite el acceso efectivo a la justicia para las víctimas y sus familiares; indispensable pero no suficiente, debido a que el derecho a la verdad es un mero componente necesario del conjunto de garantías judiciales que permiten un efectivo acceso a los tribunales de justicia.

¹²⁷C. FALEH PÉREZ, *op. cit.*, p. 112.

¹²⁸CtIDH: caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, sentencia de 16 de agosto de 2000, párrs. 117-118. Sin negrita en el original.

¹²⁹CtIDH: caso *de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, párr. 143.

Sobre esta sentencia también se ha pronunciado, en estos mismos términos, Sévane Garibian:

La célebre Sentencia *Barrios Altos* (2001) sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones estatales de investigar y de procesar que emanan de la CADH, confirma el lazo intrínseco establecido por la Corte Interamericana entre derecho a la verdad y acceso a la justicia.¹³⁰

«Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos (...) **A la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención.** (...) Las leyes de auto-amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. **Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.** Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de auto-amnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables (...).»¹³¹

B. Leyes de amnistía

La CtIDH entiende por *impunidad*:

... la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad

¹³⁰S. GARIBIAN, *op. cit.*, p. 47.

¹³¹CtIDH: caso *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo 2001, párr. 41. Sin negrita en el original.

propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.¹³²

Desde 1978, las leyes de impunidad proliferaron en los países de Centroamérica y América del Sur, los cuales habían sufrido largos períodos de violencia política y violación sistemática de los derechos humanos por parte del aparato del Estado. Esas leyes tomaron la forma de amnistía, prescripción e indulto, asumiendo que la obediencia debida era una excusa suficiente para eximir la responsabilidad de agentes del Gobierno por los crímenes cometidos.

La CtIDH ha establecido en varias sentencias la ilegalidad de estas leyes, que instauran la impunidad al impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos. Uno de los más representativos es el caso, ya mencionado en el epígrafe anterior, de *Barrios Altos vs. Perú*, el cual no solo alude al tema comentado *supra* sobre el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de crímenes contra los derechos humanos, sino que paralelamente concreta el posicionamiento de la Corte de San José respecto a la legalidad (o más bien, ilegalidad) de las amnistías en el sistema interamericano, pues las leyes de amnistía aprobadas por el Estado peruano impidieron a los familiares de las víctimas, y a las mismas víctimas supervivientes, ejercer su derecho a interponer cualquier tipo de recurso ante los tribunales, tal y como establecen los artículos 8.1 y 25 de la Convención Interamericana, y violando a su vez el artículo 1.1 al obstaculizar las leyes de amnistía tanto la investigación como el esclarecimiento de los hechos.¹³³

El párrafo 43 de esta sentencia establece:

... los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención (...). Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables

¹³² CtIDH: caso de la «Panel Blanca» (*Paniagua Morales y otros*) vs. *Guatemala*, sentencia del 8 de marzo de 1998, párr. 173; Cf. CtIDH: caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 123; CtIDH: caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 211; CtIDH: caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 186.

¹³³ Recordemos que el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que «los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (...)».

de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

En este caso la CtIDH determinó responsabilidad internacional del Estado no solo con base en los artículos hasta ahora expuestos (1.1, 8.1 y 25), sino también según el artículo 2, que establece el deber del Estado de adoptar disposiciones internas para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos y libertades establecidos en la Convención.

El caso *Barrios Altos*, que aquí se pone de ejemplo, aludía a una *ley de autoamnistía*, es decir, una ley dictada por el propio Poder Legislativo de Perú para impedir la investigación de un delito perpetrado por el propio Estado: el violador de derechos humanos se amnistiaba a sí mismo al tener el control del Poder Legislativo.

En cambio, hay experiencias como la de Argentina en que nos encontramos con leyes de amnistía, como la ley de punto final y ley de obediencia debida,¹³⁴ aprobadas por un orden estatal nuevo y democrático, distinto al régimen que cometió los delitos que se pretenden amnistiar con esa ley y que normalmente cuentan, con legitimidad democrática al ser promulgadas por un poder legislativo fruto de unas elecciones, aunque no esto quiere decir que cuenten siempre con el respaldo de la sociedad.

De hecho, el que exista este respaldo popular y que sea un poder legislativo elegido democráticamente no exime el hecho de que con esa ley de amnistía se impida a las víctimas y a sus familiares conocer las circunstancias en que se cometieron los crímenes, así como la identidad de sus perpetradores, y que sus crímenes queden impunes. Las amnistías se dictan en nombre de la paz y la reconciliación, pero suprimen los derechos de las víctimas del terrorismo de Estado.

Como es sabido, «el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego principios esenciales tales como la justicia y la verdad».¹³⁵

Como consecuencia de esta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía (entendiendo que aquí también se incluyen las leyes de amnistía dictadas por un poder legislativo posterior al régimen que perpetró los crímenes a los que

¹³⁴ *Vid. supra*, «Introducción» del presente capítulo.

¹³⁵ M. VENTURA ROBLES, *op. cit.*, p. 9.

se refiere dicha ley) y la Convención Americana: «[Las mencionadas leyes] carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los crímenes contra los derechos humanos, ni para la identificación y el castigo de los responsables». ¹³⁶

1.5 *Convenio Europeo de Derechos Humanos*

A partir del decenio de 1990 el TEDH se ha valido de los artículos 2, 3, 5 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) para reconocer en diversas sentencias que los Estados parte están obligados a investigar exhaustiva y eficientemente, castigar y reparar en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas. Concretamente estos artículos recogen el derecho a la vida, a no sufrir torturas, a la libertad y la seguridad y el derecho a un recurso efectivo.

El CEDH no establece de forma directa un derecho a la verdad. Sin embargo, del desarrollo jurisprudencial que el TEDH ha realizado de los artículos antes mencionados, sí podemos afirmar que los Estados partes en el CEDH tienen el deber de satisfacer el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad.

El TEDH ha interpretado que el artículo 2.1, que recoge que «el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley» y que «nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente», contiene una obligación positiva para los Estados de «protección de la vida». En particular, «la ley nacional debe controlar y limitar las circunstancias en las cuales una persona puede ser privada de su vida por agentes del Estado». ¹³⁷

Sin embargo, este deber no se cumple simplemente con una prohibición general de ejecuciones arbitrarias por parte de los agentes del Estado, sino que este deber de proteger la vida se completa con el deber general de los Estados establecido en el artículo 1 de «reconocer a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en la Convención». Esto requiere, según el TEDH, que haya una «investigación efectiva y oficial cuando haya indicios de que ha habido personas que han sido asesinadas como resultado del uso de la fuerza por parte agentes del Estado». ¹³⁸

¹³⁶ CUIDH: caso *Barrios Altos vs. Perú*, *cit.*, párr. 41.

¹³⁷ TEDH: caso *Assenov v Bulgaria*, sentencia de 28 de octubre de 1998, párr. 102.

¹³⁸ TEDH: caso *McCann and others v the United Kingdom*, sentencia de 27 de septiembre de 1995, párr. 161; TEDH: caso *Kurt v Turkey*, sentencia de 25 de mayo de 1998, párr. 107.

El artículo 3 del CEDH establece, tal y como ha afirmado el TEDH, la prohibición general de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes «incluso cuando se pudieran producir en el marco de la lucha contra el crimen y el terrorismo».¹³⁹ Al igual que se ha establecido en relación con el artículo 2.1, el TEDH relaciona la prohibición del artículo 3 con el deber general de los Estados del artículo 1 de iniciar una investigación oficial y efectiva. En caso de que no se realizara dicha investigación, la prohibición general de tortura no sería efectiva en la práctica y en muchos casos sería posible para agentes del Estado abusar de los derechos de las personas bajo su control con total impunidad. Sin embargo, es necesario tener en cuenta:

... que el pariente de una persona desaparecida no siempre será víctima de un trato contrario al artículo 3 de la CEDH. Para alcanzar esta conclusión deben ser sopesados diversos factores propios de una casuística que es muy dispar, de la relación que tienen la presunta víctima y el desaparecido y, en especial, de la conducta de las autoridades estatales en el ámbito de la investigación.¹⁴⁰

Y es que el TEDH ha afirmado lo siguiente:

Whether a family member is such a victim will depend on the existence of special factors which gives the suffering of the applicant a dimension and character distinct from the emotional distress which may be regarded as inevitably caused to relatives of a victim of a serious human rights violation. Relevant elements will include the proximity of the family tie –in that context, a certain weight will attach to the parent-child bond–, the particular circumstances of the relationship, the extent to which the family member witnessed the events in question, the involvement of the family member in the attempts to obtain information about the disappeared person and the way in which the authorities responded to those enquiries. The Court would further emphasise that the essence of such a violation does not so much lie in the fact of the “disappearance” of the family member but rather concerns the authorities’ reactions and attitudes to the situation when it is brought to their attention. It is especially in respect of the latter that a relative may claim directly to be a victim of the authorities’ conduct.¹⁴¹

El TEDH en el caso *Kurt* afirmó que la desaparición del hijo del demandante planteaba cuestiones fundamentales en lo que se refiere al significado del artículo 5 del CEDH el cual establece que: «toda persona tiene derecho a la libertad y a la

¹³⁹ TEDH: caso *Assenov v Bulgaria*, cit., párr. 93.

¹⁴⁰ C. FALEH PÉREZ, loc. cit., p. 120.

¹⁴¹ TEDH: caso *Çakici v Turkey*, sentencia de 8 julio 1999, párr. 98.

seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley».

En este caso se había demostrado que «la víctima había estado en custodia de las fuerzas de seguridad»; este hecho había generado una «presunción de responsabilidad de los agentes estatales al tener éstos que dar información acerca de su paradero». Las autoridades solo podían rechazar esta presunción si ofrecían una «explicación creíble de la desaparición y demostrando que ellos habían tomado las medidas adecuadas para investigar su desaparición y determinar su destino». Como ninguno de estos requerimientos fue llevado a cabo, el TEDH estableció que la detención no reconocida y la posterior desaparición de la víctima constituían una violación del artículo 5 del CEDH.¹⁴²

Al haber establecido el no reconocimiento de una detención como una violación del artículo 5, este ha de ser entendido como un requerimiento a las autoridades de que tomen las medidas necesarias para que protejan contra el riesgo de una desaparición y realicen una pronta y efectiva investigación que conduzca a hallar el paradero de la persona desaparecida. En el caso *Çakici v Turkey* el TEDH vinculó las distintas garantías y derechos que la CEDH protege y con rotundidad afirmó:

... the unacknowledged detention of an individual is a complete negation of these guarantees and discloses a most grave violation of Article 5. Given the responsibility of the authorities to account for individuals under their control, Article 5 requires them to take effective measures to safeguard against the risk of disappearance and to conduct a prompt and effective investigation into an arguable claim that a person has been taken into custody and has not been seen since.¹⁴³

Por último, también se ha alegado como fuente del derecho a la verdad en el CEDH el artículo 13 que establece:

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

En el ya mencionado caso *Assenov*¹⁴⁴ se establece que el alcance del artículo 13 varía según la naturaleza de la queja del denunciante, ya que el TEDH ha

¹⁴²TEDH: caso *Kurt v Turkey*, *cit.*, párr. 121.

¹⁴³TEDH: caso *Çakici v Turkey*, *cit.*, párr. 104.

¹⁴⁴TEDH: caso *Assenov v Bulgaria*, *cit.*, párr. 115.

establecido que este artículo vinculado a una violación del artículo 3 (prohibición de tortura y tratos inhumanos, o degradantes), abarca la obligación de realizar una investigación exhaustiva y efectiva a través de la cual sea posible la identificación de los responsables, así como su procesamiento;¹⁴⁵ el derecho efectivo del querellante a acceder al procedimiento de investigación; y el derecho al pago de una compensación adecuada.

En este mismo sentido, entendemos:

... el TEDH no censura únicamente la omisión o inacción del Estado Parte [...], [ya que] si una investigación fuese ordenada por las autoridades del Estado, entonces el TEDH exige otros requerimientos porque esa investigación, aparte de rápida [...], ha de ser efectiva, detallada, adecuada, realizada en forma pública e independiente y de tal manera que permita la participación del demandante.¹⁴⁶

Concretamente, el TEDH sostiene:

The obligation imposed is not exclusively concerned with intentional killing resulting from the use of force by agents of the State but also extends, in the first sentence of Article 2 § 1, to a positive obligation on States to protect by law the right to life. This requires by implication that there should be some form of adequate and effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force (see, among other authorities, the *Yaşa v. Turkey* judgment of 2 September 1998, *Reports* 1998-VI, p. 2438, § 98). The procedural protection of the right to life inherent in Article 2 of the Convention entails an obligation for agents of the State to account for their use of lethal force by subjecting their actions to some form of independent and public scrutiny capable of determining whether the force used was or was not justified in a particular set of circumstances...¹⁴⁷

En estos términos, las obligaciones que el artículo 13 impone a los Estados son más amplias que la obligación de investigar en virtud del artículo 5, que únicamente establece la obligación del Estado de búsqueda de la persona desaparecida.

En conclusión, como ha quedado demostrado en el presente capítulo, el derecho a la verdad es un derecho reconocido por la inmensa mayoría de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos a nivel tanto universal como regional. También se tiene en cuenta el derecho a la verdad a la hora de

¹⁴⁵ TEDH: caso *Kurt v Turkey*, *cit.*, párr. 140.

¹⁴⁶ C. FALEH PÉREZ, *loc. cit.*, p. 121.

¹⁴⁷ TEDH: caso *Ertak v Turkey*, sentencia de 9 de mayo de 2000, párr. 134.

resarcir a las víctimas de violaciones de derechos humanos, por formar parte esencial del derecho a la reparación.

A modo de síntesis de todo lo apuntado hasta ahora en este capítulo, y teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional y la doctrina, podemos concluir que el contenido material del derecho a la verdad según el derecho internacional de los derechos humanos tiene los siguientes componentes:

- El derecho a la verdad es un derecho que, aunque en un principio fue establecido únicamente en relación con el delito de desaparición forzada, hoy en día es aplicable a cualquier violación de derechos humanos, ya sea en tiempos de paz o en el marco de conflictos armados internos o internacionales.
- Al estar contemplado en el artículo 32 del **Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)**, el derecho a la verdad forma parte del derecho internacional humanitario.
- Los titulares del derecho a la verdad son tanto las víctimas directas de las violaciones como sus familiares.¹⁴⁸
- Es un derecho de doble dimensión: individual y colectiva, aplicable tanto a las personas individualmente consideradas como a la sociedad en su conjunto.¹⁴⁹
- El derecho a la verdad se relaciona con los derechos de la familia (como elemento fundacional de la sociedad) y de los menores a una protección especial tanto por parte de la familia como de la sociedad y del Estado. En particular, los niños deben ser inscritos en el registro civil después de su nacimiento y tienen derecho al nombre y a adquirir una nacionalidad.¹⁵⁰
- El derecho a la verdad también está relacionado con el derecho a no sufrir tortura, al considerarse que el desconocimiento del paradero de la víctima (en caso de delito de desaparición forzada) es una forma de tortura que sufren los familiares de la víctima. Así lo afirma el Comité CT.
- El derecho a la verdad comprende el derecho a conocer la suerte y el paradero de las personas desaparecidas.¹⁵¹

¹⁴⁸Principio 4 del Conjunto de principios; art. 32 del **Protocolo I**; práctica consolidada de la **CmIDH**.

¹⁴⁹Principio 2 del Conjunto de principios; **GTDFI**, **CmIDH**, **CtIDH**.

¹⁵⁰Art. 24 del **PIDCP** en relación con los artículos 8 y 9 de la **Convención sobre los Derechos del Niño**.

¹⁵¹Relacionado con lo establecido en el principio 4 del Conjunto de principios y el artículo 24.2 de la **Convención Internacional**.

- El derecho a la verdad genera la obligación estatal de investigación, búsqueda, localización y liberación de la persona desaparecida,¹⁵² así como la obligación de facilitar información sobre la evolución y el resultado de la investigación.¹⁵³ Sin embargo, no comprende la obligación de llegar a un resultado concreto.¹⁵⁴
- Dicha investigación debe ser exhaustiva, imparcial y realizada por el organismo competente. A su vez, no debe verse limitada ni obstaculizada.¹⁵⁵
- También comprende el derecho a conocer la identidad de los autores de los crímenes contra los derechos humanos, a pesar de las dificultades que puede entrañar hacerlo en el marco de un procedimiento extrajudicial.
- Obligación de proporcionar una protección plena a los testigos, los familiares, los jueces y otras personas que participen en cualquier investigación.¹⁵⁶
- Derecho a disponer de un recurso efectivo en el ámbito interno tanto para la víctima como para las familias.¹⁵⁷
- El derecho a la memoria, entendido como la obligación de preservar archivos y otras pruebas relativas a las violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario.¹⁵⁸
- Obligación del Estado de comunicar a los familiares informaciones acerca de los progresos y resultado de la investigación, y de la suerte y el paradero de la persona desaparecida. Esta información debe facilitarse a menos que se ponga en peligro una investigación penal. En caso de no ser proporcionada, se violaría el derecho a la verdad al formar parte el derecho a la información (que engloba estas conductas) del derecho a la verdad.¹⁵⁹

¹⁵² Art. 24.3 de la Convención Internacional; CmIDH; TEDH: caso *McCann and others v the United Kingdom*, *cit.*

¹⁵³ Art. 24.2 de la Convención Internacional; *comentario general del GTDFI sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, párr. 5.

¹⁵⁴ *Ibid.*, párr. 5 del comentario general.

¹⁵⁵ Art. 8 CADH.

¹⁵⁶ Párr. 5 del *comentario general del GTDFI sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*.

¹⁵⁷ CmIDH: Informe n.º 37/00; art. 25 CADH; CtIDH: caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *cit.*; TEDH: caso *Assenov v Bulgaria*, *cit.*; art. 13 CEDH.

¹⁵⁸ Principio 3 del Conjunto de principios.

¹⁵⁹ Párr. 3 del *comentario general del GTDFI sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*; art. 13.4 de la Declaración; CmIDH.

2. Las comisiones de la verdad en el derecho comparado

El concepto de *justicia de transición* es entendido por parte de la doctrina como:

... la necesidad de que la transición del autoritarismo a la democracia o de la guerra a la paz se realice a través de un proceso de reconciliación justa y duradera: justa, porque se entiende que no existe tal reconciliación si no se satisface efectivamente la necesidad de justicia para todos; duradera, porque la construcción de la democracia o la reconstrucción de un país tras un conflicto armado debe pasar en un momento u otro por solucionar el conflicto subyacente para evitar que vuelva a producirse en el futuro.¹⁶⁰

Bajo este contexto de una etapa de transición política de un régimen dictatorial a un Estado democrático, o del fin de una guerra civil y el inicio de un proceso de consolidación de la paz, los Gobiernos han adoptado dos actitudes distintas a la hora de afrontar este proceso:

En primer lugar, el que podríamos denominar como *modelo de olvido del pasado absoluto*.¹⁶¹ Esto es, un modelo que amparándose en la búsqueda de la paz social decide romper de una manera rotunda con su pasado, con los crímenes pasados, renunciando a la toma de medidas sancionadoras o reparadoras, es decir, la consagración de un sistema que escogió no enfrentar su pasado.¹⁶²

Predominan en este modelo medidas tales como la aprobación de leyes de amnistía que imposibilitan la investigación penal de los crímenes contra los derechos humanos que en su momento se cometieron, así como el procesamiento de los responsables. Podríamos afirmar, sin riesgo a equivocarnos, que la elección de este modelo es sinónimo de impunidad.

¹⁶⁰M. CAPELLÀ I ROIG: «La recuperación de la memoria histórica desde la perspectiva jurídica e internacional», *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, 7 (septiembre 2008), p. 275.

¹⁶¹Terminología utilizada por el Instituto Max Planck de derecho penal extranjero e internacional en su estudio basado en distintas experiencias de justicia de transición.

¹⁶²J. CHINCHÓN ÁLVAREZ: «*El viaje a ninguna parte...*», *loc. cit.*, p. 123.

En segundo lugar, el *modelo de investigación del pasado* mediante el cual el Gobierno encargado de la gestión de la transición (ya sea una transición política a una situación de paz o a un régimen democrático) decide tomar ciertas medidas para reconocer los derechos de las víctimas de las violaciones de derechos humanos a la verdad, a la justicia y a la reparación, cumpliendo así con las obligaciones internacionales de investigación de los crímenes contra los derechos humanos y en su caso el enjuiciamiento de los responsables.

Sin embargo, se han dado casos en los que los Gobiernos en un primer momento deciden optar por un modelo de olvido debido a la búsqueda de la paz social o a la reticencia de ciertas instituciones con aún mucho peso en la sociedad y todavía afines al antiguo régimen dictatorial (por ejemplo, las Fuerzas Armadas), los cuales suelen ser contrarios a la depuración de responsabilidades penales por violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, posteriormente, debido a la presión social, sobre todo por parte de las víctimas y también de la comunidad internacional, se opta por la derogación de las leyes que impidieron que se iniciara tal investigación y se inicia un proceso de reconciliación con el pasado.

Argentina es una buena muestra de este último ejemplo, pues en un primer momento, una vez superada la dictadura militar, el Gobierno democrático del presidente Raúl Alfonsín firmó los decretos para la creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) encargada de investigar las violaciones de derechos humanos acaecidas durante el Proceso de Reorganización Nacional (1976-1983). Sin embargo, este mismo Gobierno, cediendo a las presiones de sectores militares, dictó las leyes de punto final (n.º 23.492 de 1986) y de obediencia debida (n.º 23.521 de 1987) que extinguieron cualquier tipo de responsabilidad penal de mandos intermedios del Ejército (por debajo del rango de coronel) que tomaron parte en la «guerra sucia» o terrorismo de Estado durante los años de la dictadura. Además, el Gobierno del presidente Carlos Menem otorgó sendos indultos a militares como Jorge Videla¹⁶³ y Eduardo Massera,¹⁶⁴ ambos condenados a cadena perpetua.

¹⁶³ Dictador argentino designado como presidente *de facto* por la Junta Militar. Ocupó la Presidencia de Argentina entre 1976 y 1981 durante parte del llamado *Proceso de Reorganización Nacional*. Además fue jefe del Ejército argentino entre 1975 y 1978. Fue juzgado y condenado a cadena perpetua en 1983 por numerosos crímenes contra la humanidad ocurridos durante su gobierno *de facto*.

¹⁶⁴ Militar argentino que junto con Jorge Videla y Orlando Agosti formaron parte de la Junta Militar que lideró el golpe de Estado contra el Gobierno electo de María Estela Martínez de Perón y que gobernó Argentina durante el llamado *Proceso de Reorganización Nacional*.

Posteriormente, ambas leyes de punto final y de obediencia debida fueron derogadas el 15 de abril de 1998 por la Ley n.º 24.952 y declaradas «inadmisiblemente» nulas por la Ley n.º 25.779 de 2 de septiembre de 2003. El 14 de junio de 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁶⁵ declaró inconstitucionales las leyes mencionadas anteriormente, revalidando la vigencia de la Ley n.º 24.952.

Esta situación se ha repetido en otros países latinoamericanos como Perú, Chile o Uruguay. Concretamente en este último país la *Ley n.º 15.848 de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado* de 1986 otorgó amnistía a funcionarios militares y policiales que hubieran cometido delitos en el cumplimiento de sus funciones durante la dictadura militar hasta el 1 de marzo de 1985. Esta ley nunca fue formalmente derogada al rechazarla el pueblo en un referéndum celebrado el 16 de abril de 1989. No obstante, el Gobierno instalado en 2011 se pronunció a favor de que la citada ley dejara de surtir efectos en el ordenamiento jurídico. Ello facilitó el desarchivo de los casos denunciados al no continuar amparándose en la ley de caducidad, así como el acuerdo alcanzado en las cámaras legislativas para evitar que las causas pendientes de investigación caducaran.

La adopción de estas medidas legislativas es un paso más para evitar la impunidad de los autores de crímenes de derechos humanos. En este sentido, una de las medidas más populares y que más se ha extendido en la práctica comparada de los últimos años ha sido la creación de las llamadas *comisiones de la verdad*.¹⁶⁶

Tales instituciones han sido definidas por el Conjunto de principios en su definición D, la cual establece:

... «comisiones de la verdad» se refiere a órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años.

¹⁶⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia n.º S. 1767. XXXVIII, de 14 de junio de 2005.

¹⁶⁶ Amnistía Internacional prefiere este término a *comisión de la verdad y la reconciliación* porque, si bien cabría desear que de un proceso de divulgación de la verdad se derivase alguna forma de reconciliación a medio o largo plazo, este resultado no lo puede imponer una comisión de la verdad ni ningún otro organismo o procedimiento. Cf. AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Verdad, justicia y reparación. Creación de una comisión de la verdad efectiva*, índice AI: POL 30/009/2007, Londres, 11 de junio de 2007, p. 1.

Según el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,

Alienta a otros Estados a que estudien la posibilidad de crear mecanismos judiciales específicos y, según proceda, comisiones de la verdad y la reconciliación que complementen el sistema judicial para investigar y dar una respuesta a las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario.¹⁶⁷

Funcionan como «jurados morales, no como tribunales de corte jurídico».¹⁶⁸ A su vez, el Consejo DH alentó a los países que hubieran sufrido situaciones de vulneraciones graves de derechos humanos «a considerar la constitución de comisiones de la verdad que complementen el sistema judicial».¹⁶⁹

Los riesgos que podemos encontrar en lo que a la utilización de un mecanismo no judicial, o de responsabilidad alternativa se refiere, son los siguientes:

- Optan fácilmente por la aprobación de alternativas de acción judicial.
- No pueden aplicarse a los estándares del sistema judicial.
- Pueden ser influenciados por factores políticos y sociales.
- Los estándares desarrollados para dichos mecanismos pueden llegar a ser una forma de «compromiso codificado».
- Se enfatiza frecuentemente la responsabilidad colectiva y no en la individual.
- Pueden impedir una futura discusión acerca del pasado, al hacer pasar la «verdad» individual como oficial.¹⁷⁰

¹⁶⁷ CONSEJO DH: *El derecho a la verdad*, res. 12/12, 1 de octubre de 2009, párr. 4.

¹⁶⁸ J. ZALAQUETT: «Procesos de Transición a la Democracia y Políticas de Derechos Humanos en América Latina», en L. GONZÁLEZ VOLIO (ed.): *Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 13.

Ernesto Sábato, autor del prólogo de *Nunca Más*, el informe de la CONADEP argentina, afirmó que «nuestra misión no era la de investigar sus crímenes sino estrictamente la suerte corrida por los desaparecidos, cualesquiera que fueran, proviniesen de uno o de otro lado de la violencia». *Vid.* E. SÁBATO: «Prólogo», en CONADEP: *Nunca Más*, Buenos Aires: Eudeba, 1984.

¹⁶⁹ *Ibid.*, párr. 3.

¹⁷⁰ D. BRONKHORST: «Comisiones de la Verdad y la justicia de transición. Una guía corta para usuarios», *Futuros*, 10 (2005), vol. III. (Resumen en español de la guía publicada en inglés en agosto de 2003).

Además, estudios empíricos demuestran que «las comisiones de la verdad sólo contribuyen positivamente a la mejoría de la situación general de los derechos humanos cuando van acompañadas de otros instrumentos, como los procesamientos judiciales».¹⁷¹ Sin embargo, generalmente las comisiones de la verdad se establecen en vista de la probada ineficacia del Poder Judicial para sancionar las numerosas violaciones a los derechos humanos cometidas en el pasado. En opinión de Esteban Cuya:

... en los países sometidos a regímenes autoritarios, el poder judicial generalmente se convierte en un apéndice del poder ejecutivo y no tiene capacidad para juzgar independientemente los crímenes de los agentes del Estado; finalmente quienes deben velar por la justicia se hacen cómplices del terror oficial.¹⁷²

Del mismo modo el profesor Tamarit Sumulla ha afirmado que «las comisiones [...] puede[n] aportar beneficios que no cabe esperar en general de la justicia penal, pues muchos de los problemas a que ésta debe hacer frente en situaciones de transición son inherentes a la misma».¹⁷³

Las comisiones de la verdad pueden jugar un papel importante en lo referente a la reparación de las víctimas tras un conflicto armado o tras una época de represión política. De hecho, Amnistía Internacional ha establecido:

... la creación y el funcionamiento adecuado de una comisión de la verdad constituyen de por sí una forma de reparación; el hecho de que el Estado tome medidas para investigar los hechos y descubrir la verdad sobre los acontecimientos acaecidos en el pasado es una forma inicial de satisfacción; aparte de que las comisiones de la verdad suelen recomendar una serie de medidas reparadoras en sus informes finales.¹⁷⁴

¹⁷¹ ARARTEKO. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PAÍS VASCO: *Verdad, justicia y reparación para las víctimas de la dictadura franquista: significado y políticas públicas en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, Vitoria, enero de 2012, p. 12.

¹⁷² E. CUYA: *Las Comisiones de la Verdad en América Latina*, *Koñga Roñeētā*, serie III, 1996, p. 9.

¹⁷³ J. TAMARIT SUMALLA: «Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1 (2010), p. 10

¹⁷⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *op cit.*, p. 10.

La profesora Julie Mazzei sostiene que el propósito principal de la justicia de transición es «establecer una clara ruptura con el pasado de un país sentando las bases para un futuro político totalmente distinto».¹⁷⁵ A su vez afirma:

... este objetivo principal puede ser logrado a través de procesos interdependientes, entre otros: establecer los hechos respecto a lo ocurrido en el pasado y un consenso en torno a esos hechos; reconciliación de los antiguos bandos pudiendo estos posteriormente funcionar bajo un nuevo «código moral», en un ambiente político en donde los «antiguos días» no sean una opción.¹⁷⁶

Contando con esta base, los beneficios que pueden aportar las comisiones de la verdad a un período de transición política, ya sea a una situación de paz o a un régimen democrático, son numerosos. Entre ellos, cabe mencionar los siguientes:

- Ayudar a establecer la verdad sobre el pasado. Se sienta un registro detallado, imparcial y oficial, que contrarresta otras versiones parcializadas y promueve la toma de conciencia pública en cuanto a la escala e impacto real de un pasado violento.
- Promover que los perpetradores de las violaciones de derechos asuman su responsabilidad. Aunque la eficacia a corto plazo pueda ser escasa, han tenido un valor a medio plazo importante, dado que complementan el trabajo de los fiscales y jueces al recolectar, organizar y preservar las evidencias. Pocas comisiones han tenido un mandato que incluya la judicialización de casos. La mayor parte de las veces recomiendan que se realicen investigaciones judiciales, pero las comisiones de la verdad se centran en las formas no judiciales de asunción de responsabilidades y reformas institucionales respecto a las Fuerzas Armadas o cuerpos de seguridad, aunque el hecho de que sus recomendaciones no sean vinculantes limita este objetivo.
- Brindar una plataforma pública a las víctimas: pueden ayudar a integrar a las víctimas en el proceso de transición, ayudándolas a cerrar heridas, apoyando su causa, brindándoles un sentido de reivindicación personal y educando al público sobre el impacto de los crímenes pasados. A pesar de las expectativas a menudo sobredimensionadas sobre el papel de las comisiones de la verdad, el impacto en la recuperación de las

¹⁷⁵J. M. MAZZEI: *Finding Shame in Truth: The Importance of Public Engagement in Truth Commissions*, Department of Political Science Kent State University. Estudio presentado en la 49.ª Convención Anual de ISA «Bridging Multiple Divides», San Francisco, 26 de marzo de 2008, p. 3.

¹⁷⁶*Ibid.*

- víctimas es más bien escaso. Constituyen un primer paso que necesita ser completado por programas de seguimiento y apoyo.
- Informar y catalizar el debate público: pueden ayudar a estimular el debate público de los aspectos morales, políticos y legales que deben ser tomados en cuenta durante un proceso de transición política.
 - Recomendar reparaciones para las víctimas: las comisiones de la verdad proponen siempre programas de reparación a las víctimas por las violaciones a los derechos humanos como parte de su mandato. También son favorables a la reparación de los daños psicológicos, físicos y económicos persistentes, ayudando a establecer definiciones y categorías de *víctima* para tales propósitos.
 - Recomendar las reformas legales e institucionales necesarias: proporcionan evidencia fehaciente del fracaso en la protección de los derechos humanos, y recomiendan reformas legales e institucionales en ese campo. Sin embargo, la falta de capacidad ejecutiva de las comisiones de la verdad hace de sus propuestas un referente moral que debe ser asumido por los Gobiernos.
 - Promover la reconciliación: pueden promover la tolerancia y el entendimiento al permitir que las partes en conflicto compartan sus sufrimientos y aflicciones, y recomendar medidas para la reintegración de los que cometieron delitos contra la sociedad.
 - Ayudar a consolidar una transición democrática: a través de todos los medios mencionados anteriormente, pueden marcar una quiebra formal con el pasado e iniciar la transición hacia un futuro más abierto, democrático y pacífico, debilitando así a los actores que podrían perseguir sus objetivos al margen del proceso democrático.¹⁷⁷

En relación a la reconciliación, si bien muchas experiencias de comisiones de la verdad han pretendido fomentar una reconciliación o han considerado que una comisión de este tipo sería un buen instrumento para lograrla, la experiencia demuestra que muchas víctimas y muchas comunidades pueden necesitar algo más que la verdad para perdonar, ya que «la reconciliación suele ser un proceso sumamente largo y lento, y posiblemente la labor de una comisión de la verdad sólo sea una parte de lo que se necesita».¹⁷⁸

La *reconciliación* ha sido entendida por parte de la doctrina como un proceso que envuelve, el conocimiento de la verdad a través de la mediación, el reconocimiento,

¹⁷⁷ P. HAYNER, *op. cit.*, p. 54 y ss.

¹⁷⁸ OACNUDH: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Comisiones de la verdad*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2006, p. 2.

la compensación y la reconciliación simbólica.¹⁷⁹ Es decir, «la verdad por sí misma es reveladora pero la compensación cura y restaura relaciones».¹⁸⁰

Otro apunte interesante acerca de la naturaleza y función de las comisiones de la verdad es que, más que descubrir nuevas realidades, apartan el velo de la negación que cubre las verdades que no se mencionan pero que todo el mundo conoce. En concreto, esa actitud de firme negación puede estar presente en aquellos países en los que un Gobierno represivo ha dependido del apoyo tácito o pasivo de la población, o de ciertos sectores de la misma, para llevar a cabo sus políticas represivas y mantenerse en el poder. Un claro ejemplo fue Sudáfrica, pues los activistas antisegregacionistas sudafricanos insisten en que era imposible que los ciudadanos no conocieran el carácter habitual del recurso a las torturas, asesinatos y otras tácticas represivas contra quienes se oponían al *apartheid* y que, en consecuencia, para algunos sudafricanos «la aportación más importante de su comisión fue impedir que fuera imposible seguir negando los hechos».¹⁸¹ Como afirma Michael Ignatieff, «todo lo que puede conseguir una comisión de la verdad es reducir el número de mentiras que circulan sin ser cuestionadas en el debate público».¹⁸²

Debido a todo ello, numerosos estudiosos internacionales de las comisiones de la verdad han señalado con frecuencia la distinción entre *conocimiento* y *reconocimiento*, (que se articuló inicialmente en 1988, durante una de las primeras conferencias internacionales dedicadas a la justicia de transición). Concretamente, Thomas Nagel ha entendido por *conocimiento* «la obtención de una verdad fáctica, la confirmación de la existencia de hechos y circunstancias». Mientras que *reconocimiento* puede entenderse como «lo que le sucede al conocimiento cuando es reconocido oficialmente e ingresa al discurso público».¹⁸³ Aplicando estas definiciones al tema que nos ocupa podríamos afirmar que el reconocimiento implica que el Estado ha admitido sus delitos y aceptado su equivocación.

¹⁷⁹ E. BAINES y JUSTICE AND RECONCILIATION PROJECT (JRP): *The Cooling of Hearts. Community Truth-Telling in Acholi-land*, Liu Institute for Global Issues, Gulu District NGO Forum, Special Report, julio de 2007, p. 9.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 19.

¹⁸¹ P. HAYNER, *op. cit.*, p. 56.

¹⁸² M. IGNATIEFF: «Articles of faith», *Index on Censorship* 25, núm. 5 (1996), p. 113.

¹⁸³ *Vid.* «Conceptos de uso frecuente en el campo de la transparencia y la lucha contra la corrupción», Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

2.1 Características comunes

De 1974 a 2007 se han creado al menos treinta y tres comisiones de la verdad en veintiocho países diferentes. Más de la mitad de estas comisiones se han establecido en los últimos quince años.¹⁸⁴

No existe una fórmula universal para establecer una comisión de la verdad, ya que un país que considere su creación ha de hacerlo según las circunstancias en las que se encuentre en el momento de la constitución de la comisión. Por ello, no se encuentra ningún modelo fijo a seguir, aunque de la experiencia de las distintas comisiones de la verdad podemos identificar una serie de características generales y principios que pueden servir de referencia para construir una teoría general de las comisiones de la verdad.

2.1.1 ESTABLECIMIENTO

¿Cuándo está preparado un país para establecer una comisión de la verdad? Es necesario que estén presentes tres elementos, a saber:

Primero: voluntad política. Es necesario que el poder político aliente o apoye activamente una investigación seria de los abusos cometidos en el pasado. El Gobierno debe mostrar su apoyo activo al proceso facilitando financiación, acceso sin trabas a los archivos oficiales o enviando instrucciones claras a los funcionarios públicos para que cooperen.

Segundo: finalización del período de actividades represivas. En caso de que no haya finalizado el período de violaciones de derechos humanos, es posible que tanto las víctimas como los testigos teman hablar públicamente o que se les vea cooperando con la comisión de la verdad. Incluso la propia comisión puede verse amenazada durante el desarrollo de sus tareas. En caso de guerra o conflicto armado es poco probable que se den las condiciones adecuadas para que la comisión de la verdad pueda llevar a cabo sus investigaciones.

Este fue el caso de El Salvador, donde «la Comisión de la Verdad se constituyó únicamente un año después de la firma del acuerdo de paz, cuando el país seguía contando con unas instituciones débiles y corruptas, (ya lo eran incluso antes del inicio de la guerra) lo que hizo que no se pudiera ni garantizar la confidencialidad de los testigos ni la seguridad del personal de la comisión».¹⁸⁵ Es posible que

¹⁸⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *loc. cit.*, p. 1.

¹⁸⁵ J. M. MAZZEI, *op. cit.*, pp. 12-14.

esta circunstancia tuviera que ver también con el hecho de que el mandato de la comisión se estableciera únicamente para un período de seis meses.

En efecto, sobre el tiempo preciso para constituir una comisión de la verdad se ha afirmado que «cuando un cierto nivel de seguridad ha sido alcanzado, el espacio para procesos de responsabilidad (y juicios) parece aumentar, en vez de disminuir por el peso del olvido».¹⁸⁶

Tercero: interés por parte de las víctimas y testigos en que se realice la investigación.¹⁸⁷

Una vez que se dan estas condiciones, la OACNUDH considera que es necesario tener en cuenta los siguientes principios básicos:

En primer lugar, cabe que en todos los países o en todas las transiciones no sea apropiado establecer una comisión de la verdad. La decisión de hacerlo debe corresponder a los ciudadanos del país, sobre la base de un amplio proceso de consulta encaminado a obtener en especial las opiniones de las víctimas y los supervivientes, y explicar las ventajas y las limitaciones de constituir una comisión de la verdad.

En segundo lugar, se debe tener una perspectiva global de la justicia de transición: las comisiones de la verdad son únicamente un elemento más dentro de una estrategia amplia en materia de justicia de transición, y deben considerarse conjuntamente con otras iniciativas necesarias.¹⁸⁸

¹⁸⁶D. BRONKHORST, *op. cit.*, p. 8.

¹⁸⁷OACNUDH: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Comisiones de la verdad*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2006, p. 3.

¹⁸⁸Según el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), «en algunos casos donde los Gobiernos no han establecido comisiones de la verdad, otros organismos oficiales como los ayuntamientos, o los defensores del pueblo (ombudsman) han promovido investigaciones oficiales más limitadas. También hay muchos ejemplos de importantes iniciativas de búsqueda de la verdad alentadas por la sociedad civil, comunidades religiosas y asociaciones de víctimas. En ocasiones, ciertas iniciativas extraoficiales, locales o limitadas a un caso concreto pueden conducir a otras de alcance nacional, más globales. Aparte de esto, la búsqueda de la verdad también puede allanar el camino a otras medidas de justicia de transición como las revisiones de antecedentes, los enjuiciamientos y las reparaciones». *Vid. ICTJ, Verdad y Memoria*. Tanto la reparación como el enjuiciamiento los consideramos como medidas indispensables dentro de cualquier proceso de transición hacia la democracia, independientemente de si finalmente se decide constituir una comisión de la verdad o no.

En tercer lugar, cada país tendrá su modelo único y específico. Como hemos visto anteriormente, cada comisión de la verdad será única y corresponderá al contexto nacional y a las oportunidades especiales que existan. A pesar de que pueden incorporarse muchas prácticas óptimas de otras experiencias comparadas, no debe importarse de otro lugar un modelo determinado de comisión de la verdad, ya que muchas de las decisiones más importantes deben basarse en las circunstancias locales.

En cuarto lugar, la voluntad política y la independencia operacional de la comisión de la verdad. Es uno de los elementos necesarios para constituir una comisión de la verdad que exista una verdadera voluntad política para que se lleve a cabo una investigación rigurosa y se obtengan los mejores resultados. Esta situación se traducirá, por ejemplo, en la cooperación de las autoridades para que la comisión tenga acceso a documentos oficiales, en la asignación de fondos públicos a su tarea o en la colaboración de funcionarios públicos. Este apoyo debe coincidir con una clara independencia operacional. La legitimidad y la confianza del público dependen de la capacidad de la comisión para trabajar sin injerencias políticas. Una vez establecida la comisión, debe funcionar sin influencia directa o control del Gobierno. Las autoridades políticas deben dar instrucciones claras de que la comisión funcionará de manera independiente.

Debemos rechazar la constitución de comisiones de la verdad por razones orientadas a «excluir juicios contra los responsables de violaciones de derechos humanos».¹⁸⁹

En quinto lugar, el apoyo internacional. Según la OACNUDH:

La mayoría de las comisiones de la verdad deben contar con un apoyo internacional importante para poder cumplir sus mandatos de manera satisfactoria. Esto incluye, aunque no exclusivamente, el apoyo financiero. El costo de una comisión de la verdad sería puede exceder fácilmente los 5 a 10 millones de dólares de los EE. UU., y los recursos nacionales raras veces son suficientes para cubrir esas necesidades. Otras importantes aportaciones internacionales incluyen el acceso a los documentos de archivos oficiales extranjeros, asistencia técnica y de política, por lo general prestada por ONG internacionales, investigadores internacionales, a veces «prestados» a la comisión por gobiernos extranjeros, y acceso a expertos de comisiones anteriores.¹⁹⁰

¹⁸⁹D. BRONKHORST, *op. cit.*, p. 12.

¹⁹⁰OACNUDH: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Comisiones de la verdad*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2006, p. 6.

De lo hasta ahora relatado podemos observar que la constitución de una comisión de la verdad pudiera ser entendida como un acto discrecional del Estado, es decir, como una mera opción dentro de su política de justicia de transición. Sin embargo, una parte de la doctrina opina, y muy acertadamente, que la constitución de una comisión de la verdad no debería constituir un acto facultativo de los Estados, ni debería ser visto como una concesión graciosa a los ciudadanos:

Dar a conocer públicamente la verdad obedece a una necesidad doble: cumplir parte de la obligación estatal de investigar, perseguir, procesar y castigar a los autores de violaciones de los derechos humanos, y dar respuesta a la verdad requerida por las víctimas. Ambas obligaciones están claramente establecidas por la normativa del derecho internacional de los derechos humanos.¹⁹¹

El punto segundo señalaba que las comisiones de la verdad debían considerarse conjuntamente con otras iniciativas necesarias. Por iniciativas necesarias únicamente podemos entender aquellas cuyo objetivo final sea el enjuiciamiento de los responsables y la aprobación de las necesarias medidas de reparación. Por ello, entendemos que la constitución de un organismo de investigación de los crímenes contra los derechos humanos constituye una obligación del Estado, la cual está respaldada por la legislación internacional en materia de derechos humanos.

El establecimiento de una comisión de la verdad es costoso y con frecuencia se ha de operar con recursos limitados, por lo que puede resultar imposible en la práctica llevar a cabo la labor investigadora y de análisis que las circunstancias requieren. El coste de la Investigación Saville en Irlanda del Norte ascendió a unos cien millones de euros y, sin embargo, su objetivo era la investigación de unos hechos que no duraron más de quince minutos. Por el contrario, la **Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sierra Leona** tuvo un presupuesto operativo de tres millones de euros. Y es que «la búsqueda de la verdad cuesta dinero, y son raras las ocasiones en las que las comisiones de la verdad están dotadas con los recursos necesarios para llevar a cabo su trabajo de forma apropiada».¹⁹²

¹⁹¹P. TAPPATÁ DE VALDEZ: «Comisiones de la Verdad: un instrumento de las transiciones a la democracia», *CPA Estudios/Working Papers*, 6/2003, de 25 de noviembre de 2004, pp. 1-2.

¹⁹²W. A. SCHABAS: «Comisiones de la Verdad y Memoria», en F. GÓMEZ ISA (dir.): *El derecho a la memoria*, op. cit., p. 109.

A. *Mandato*

En el instrumento constitutivo de una comisión de la verdad se debe establecer su mandato y sus atribuciones y garantizar sus recursos y financiación. El modo de aprobación del instrumento constitutivo varía en función del sistema constitucional y de la legislación del país donde la comisión de la verdad va a desarrollar su labor.

En la práctica, las comisiones de la verdad han sido creadas tanto por Gobiernos (decreto presidencial) como por Parlamentos (mediante ley), o bien mediante decreto gubernamental promulgado con arreglo a una legislación ya existente que regulaba la creación de comisiones de investigación. En países como Argentina, Chile o El Salvador, las comisiones de la verdad fueron creadas por los Gobiernos bajo presión de los grupos defensores de los derechos humanos y tras exigencias populares después de negociaciones y acuerdos políticos.¹⁹³

En otros casos, las comisiones de la verdad nacen como fruto del trabajo solidario de las organizaciones de derechos humanos que, para investigar los graves hechos de violencia oficial, desarrollan una actividad casi clandestina. Este es el caso de Brasil con el trabajo de la Arquidiócesis de Sao Paulo, que bajo la dirección del cardenal Evaristo Arns elaboró el informe *Brasil Nunca Más*. En Paraguay, el Comité de Iglesias para Ayudas de Emergencias (CIPAE) también publicó una serie de investigaciones sobre la dictadura de Stroessner llamada *Paraguay Nunca Más*. En esta misma perspectiva pueden ubicarse los esfuerzos del Servicio Paz y Justicia de Uruguay, con su informe *Uruguay Nunca Más*. Y el colectivo de organizaciones colombianas y extranjeras que publicaron el informe titulado *El terrorismo de Estado en Colombia*.¹⁹⁴

Sin embargo, también ha habido casos en los que las comisiones de la verdad se crearon con fines encubridores, para procurar darle un respaldo moral a la «verdad» oficial. Así pasó en Perú con la Comisión Uchuraccay, presidida por el escritor Mario Vargas Llosa en 1983, que investigó la masacre de ocho periodistas y un sacerdote que los acompañó.¹⁹⁵

A pesar de que el estatuto constitutivo de la comisión de la verdad puede variar, es imprescindible en cualquier caso que la sociedad civil participe de forma activa en la creación de la misma, en el desarrollo de su mandato y en el ejercicio de sus atribuciones mediante un proceso de consulta apropiada, como las audiencias

¹⁹³ E. CUYA, *op. cit.*, p. 8.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 9.

¹⁹⁵ *Ibid.*

públicas. La difusión de la verdad (entendida en este contexto como contar la propia historia a la sociedad) como pieza básica de la justicia de transición fue concebida por primera vez por las víctimas de las atrocidades de Latinoamérica y países del Cono Sur africano.¹⁹⁶ Tales procesos consultivos (que deben contar con las comunidades de víctimas y representantes de asociaciones de la sociedad civil), deben tener dos propósitos igualmente importantes, a saber: promover una mayor comprensión de la labor de la comisión de la verdad, y fortalecer su mandato gracias a las aportaciones recibidas de la sociedad civil para una mejor constitución del mismo.

Una comisión de la verdad no será totalmente efectiva si es constituida de forma independiente al discurso público. En caso de que en el proceso de investigación de la comisión no se realicen audiencias públicas que debatan sobre los acontecimientos que la comisión investiga, es muy posible que haya una gran falta de compromiso social con el trabajo de la comisión, al verse este alejado de los problemas, o de las mismas experiencias que la sociedad tuvo que sufrir. En efecto, tal y como ha contemplado Stephan Landsman, «la simple experiencia de compartir la propia historia ha sido considerada en muchos casos como una alternativa real y apropiada a la investigación judicial».¹⁹⁷ Según ha establecido Bronwyn Leebaw:

... la justicia de transición desde un enfoque restaurativo se ha definido como un esfuerzo de reconducir los daños sufridos por individuos y comunidades como un resultado de crímenes pasados. Esto pone el énfasis no en centrarse en el castigo individual, sino en restaurar la experiencia colectiva.¹⁹⁸

Las primeras comisiones de la verdad estuvieron centradas en la búsqueda del reconocimiento de la verdad a través de la investigación de lo ocurrido durante los años de permanencia del régimen totalitario o durante el conflicto armado. Tampoco estaban obligadas a cumplir las normas de prueba formales que se exigen en un

¹⁹⁶G. MILLAR: «Local Evaluations of Justice through Truth Telling in Sierra Leone: Postwar Needs and Transitional Justice», *Human Rights Review*, 12, núm. 4 (diciembre de 2011), pp. 515-535.

¹⁹⁷S. LANDSMAN: «Alternative Responses to Serious Human Rights Abuses: Of Prosecution and Truth Commissions», *Law and Contemporary Problems*, 59, núm. 4 (otoño 1996), pp. 81-92.

¹⁹⁸B. LEEBAW: «Legitimation or judgment? South Africa's restorative approach to transitional justice», *Polity*, 36, núm. 1 (octubre de 2003), pp. 27-28. Este tema se desarrollará más en profundidad en el epígrafe «El alcance del derecho a la verdad en la práctica comparada» del presente capítulo.

enjuiciamiento. Por ello, actualmente cuentan con la posibilidad de utilizar una mayor variedad de datos que cualquier otra institución de la justicia de transición. Entre ellos se encuentran expedientes gubernamentales (en particular los del Ejército, la Policía, los servicios de seguridad, los registros civiles, los registros catastrales y los expedientes de tribunales y de fiscalías), expedientes de ONG, emisiones de radio y televisión, expedientes de organizaciones internacionales y documentos personales.¹⁹⁹

Sin embargo, a partir de la constitución de la **Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica** (en adelante, TRC) se inauguró un nuevo modelo que pasó del *truth seeking* al *truth telling*.²⁰⁰

Desde el inicio de las audiencias públicas llevadas a cabo en el seno de la TRC, numerosas comisiones de la verdad que han seguido su ejemplo (por ejemplo, la de Sierra Leona) no se han limitado simplemente a la investigación de los hechos y la publicación de un informe que recogiera las conclusiones a las que había arribado dicha investigación, sino que también se llevaba a cabo un proceso de presentación de la verdad al público, construyendo mediante estas audiencias una «memoria colectiva», donde todas las experiencias individuales eran compartidas con la sociedad para que esta conociera de primera mano la verdad de lo acontecido, lo que en palabras de Yasmin Sooka, «es crucial para construir una nueva solidaridad social».²⁰¹

Esta idea de que el simple conocimiento de la verdad por la sociedad conlleva una forma adecuada de justicia fue reconocida también por la **Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sierra Leona**, que en su informe afirmaba que «Se proveyó a la sociedad de Sierra Leona de un foro para actos de reconciliación públicos y privados. Estos incluían confrontaciones públicas entre víctimas y responsables que conducían a un deseo por ambas partes de dejar el pasado atrás».²⁰²

El Salvador es el reflejo del polo opuesto a las experiencias sudafricana y sierraleonesa, que hasta la publicación del Informe Final de la Comisión, los testimonios y las experiencias de las víctimas no formaron parte ni del diálogo

¹⁹⁹ Cf. OACNUDH: *El derecho a la verdad*, doc. A/HRC/12/19, 21 de agosto de 2009, párr. 23.

²⁰⁰ G. MILLAR, *op. cit.*, pp. 521-522.

²⁰¹ Y. SOOKA: «Dealing with the past and transitional justice: building peace through accountability», *International Review of the Red Cross*, 862 (2006), pp. 311-325.

²⁰² COMISIÓN DE LA VERDAD Y LA RECONCILIACIÓN DE SIERRA LEONA: *Witness to truth: Report of the Sierra Leone Truth & Reconciliation Commission*, Acra: Graphic Packaging Ltd., 2004, p. 45.

público ni fueron conocidas por la sociedad.²⁰³ Y es que «en El Salvador, el único rol del “público” fue sentarse delante de los comisionados y ofrecer su testimonio».²⁰⁴ De esta forma únicamente unos pocos tuvieron la oportunidad de ser escuchados, y las víctimas no contaron con la posibilidad de cambiar el discurso predominante en la sociedad que los seguía identificando como «insurgentes» o «comunistas».

Sin embargo, no debemos establecer un modelo fijo de actuación en las comisiones de la verdad, ya que cada una debe actuar según las particularidades de su propia sociedad. Como ha afirmado Gearoid Millar:

... transitional justice must be *experienced* as justice by those who have suffered an infringement upon their rights. We must recognize, therefore, that if people in any given postwar environment have not incorporated the ideas underlying the application of particular mechanisms, then they will not find those mechanisms to be just, they will not feel that justice has been done.²⁰⁵

Un perfecto ejemplo que respalda esta afirmación es el caso de Sierra Leona. Las audiencias públicas donde se relataban las distintas experiencias vividas durante el conflicto armado se realizaron en escuelas y ayuntamientos. Aquellos que se decidían a contar su historia se sentaban frente al público, compuesto por estudiantes, amas de casa, ancianos, campesinos, líderes religiosos, etcétera. Sin embargo, muchos de ellos no volvían a repetir esta experiencia ya que, tal y como establecía el informe final de la Comisión, «no aportaba nada bueno». Y es que la gran mayoría de los habitantes de Sierra Leona defendían esta idea:

... the work of a transitional justice project aimed at bringing peace to the country must include the construction of schools, medical facilities, roads, etc., not trials, nor truth telling.²⁰⁶

Por ello, es necesario en una comisión de la verdad, y en general en cualquier medida que se tome relacionada con la justicia de transición, que esta esté amoldada a las necesidades reales de la sociedad; en caso contrario será imposible que se llegue a una verdadera reconciliación nacional. En opinión del Liu Institute for Global Issues:

²⁰³ Cf. J. M. MAZZEI, *op. cit.*, p. 12.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ G. MILLAR, *op. cit.*, p. 531.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 525.

Cualquier comisión debe asegurarse de que administra las expectativas de las víctimas y trata sus miedos. Esta idea es necesaria también relacionarla con las reparaciones que las víctimas esperan que se lleven a cabo. Es imposible extender una compensación a todas las víctimas (sobre en todo en países subdesarrollados) pero sí es posible administrar las reparaciones que promuevan una estructura económica orientada al desarrollo, o compensaciones simbólicas como la construcción de centros sociales, memoriales, hospitales, etcétera.²⁰⁷

La participación de la sociedad civil internacional ha sido fundamental en la creación de una comisión de la verdad en países como Liberia, donde la Sección de Derechos Humanos y Protección de la *Misión de las Naciones Unidas en Liberia* (UNMIL), el *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo* y el Grupo de Trabajo sobre la Justicia de Transición organizaron un taller sobre el Proyecto de Ley de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de carácter consultivo, un grupo técnico de redacción (con miembros de la sociedad civil, expertos internacionales, profesionales del derecho y representantes del Ministerio de Justicia) y una reunión de dos semanas para elaborar un borrador de estatuto. Tal borrador fue aprobado finalmente por el Gobierno Nacional de Transición de Liberia.²⁰⁸

El proceso de consulta a la sociedad civil debe incluir un examen detallado de aspectos concretos del mandato de la futura comisión de la verdad. Entre ellos, se deberá consultar con la sociedad civil la competencia tanto temporal como material de la futura comisión de la verdad.

B. *Competencia ratione temporis*

A una comisión de la verdad se le debe dar el tiempo suficiente para que cumpla su mandato. No debe ser demasiado corto para evitar que sea vulnerable a los cambios del entorno político. Tampoco debe ser demasiado largo para que no se pierda la atención del público. La *OACNUDH* recomienda un mandato de entre un año y medio y dos años y medio de funcionamiento. Sin embargo, las fechas pueden ser flexibles y se debe aceptar que la propia comisión de la verdad pueda solicitar una o dos prórrogas. No obstante, en todos los casos se debe establecer un período máximo de funcionamiento.

En el caso de Liberia se estableció una comisión que realizaría la labor operativa durante dos años, pudiendo disponer posteriormente de otros tres meses para concluir sus actividades y elaborar el informe y las conclusiones sobre su trabajo.

²⁰⁷ E. BAINES y JUSTICE AND RECONCILIATION PROJECT (JRP), *op. cit.*, p. 20.

²⁰⁸ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *op. cit.*, p. 13.

La comisión asimismo pidió a la Asamblea Legislativa Nacional una prórroga de tres meses al haber demostrado motivos justificados para ello; se autorizaron un total de cuatro prórrogas. A su vez, Chile autorizó la prórroga de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura para permitirle completar su trabajo.

La competencia *ratione temporis* sobre el período de tiempo que ha de ser cubierto por la investigación de la comisión de la verdad ha de ser amplio. Algunas comisiones han examinado violaciones que tuvieron lugar hacía treinta y cinco años, otras se han centrado en hechos más recientes.

Lo más importante en cualquier caso es que para fijar la competencia temporal de la comisión, se tengan en cuenta los períodos en los que se produjeron las mayores violaciones a los derechos humanos o al menos las más graves. Debe escogerse un período completo y no varios diferentes que se remitan a distintas fases de la historia del país, para así evitar sesgos. También es necesario prever cierta flexibilidad en las fechas en caso de que no se tenga constancia sobre cuándo se iniciaron las violaciones objeto de investigación (utilizando expresiones como, por ejemplo, *desde el inicio de la contienda*).

Ejemplo de establecimiento del período de investigación lo encontramos en Sri Lanka, donde las tres Comisiones Presidenciales de Investigación sobre el Traslado o la Desaparición Involuntarios de Personas creadas en 1994 obviaron la investigación de las violaciones cometidas entre 1984 y 1988.²⁰⁹

C. Competencia *ratione materiae*

El mandato de una comisión de la verdad tiene que ser amplio y no debe limitarse a las violaciones de derechos humanos que podrían constituir un delito de acuerdo con la legislación nacional o internacional. Como ejemplo, la *Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sierra Leona* decidió que su mandato no se limitaría a las violaciones de derechos humanos que podrían constituir delito de acuerdo con la legislación nacional o internacional, ni a las violaciones cometidas por Estados o Gobiernos, refiriéndose a «violaciones y abusos» sin más calificativos.²¹⁰

La experiencia ha demostrado que el hecho de crear una comisión de la verdad que se limite a un cierto tipo de violaciones de derechos humanos limita su eficacia sobremanera. Un claro ejemplo es Chile, ya que la *Comisión Nacional de Verdad*

²⁰⁹COMITÉ DH: *observaciones finales sobre Sri Lanka*, doc. CCPR/C/79/Add.56, 27 de julio de 1995, párr. 16.

²¹⁰AMNISTÍA INTERNACIONAL, *loc. cit.*, p. 13.

y **Reconciliación**, creada en 1990, tenía el encargo de reunir información para establecer la verdad sobre los casos de desaparición forzada, ejecución sumaria y muerte como consecuencia de torturas, y de muerte por actos de violencia perpetrados por particulares en un contexto político, sin incluir investigación de los casos de tortura sin resultado de muerte.²¹¹ Esto supuso que más de diez años después fuera necesario crear otra comisión de la verdad (Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura) para que investigara las violaciones de derechos humanos que no se incluyeron en la de 1990.

A su vez, tal y como ha establecido la **OACNUDH**, el mandato debe ser en ciertos ámbitos específico, pero flexible para permitir que la propia comisión tenga un cierto margen de interpretación y definición. Es decir, «que la propia comisión a medida que avanza su investigación pueda ir determinando qué asuntos pueden entrar en el ámbito de sus investigaciones».²¹²

En concreto, se suelen utilizar expresiones muy amplias en las que puedan posteriormente incluirse un gran número de acciones violadoras de derechos humanos.²¹³ *Graves actos de violencia que han tenido un impacto en la sociedad o graves violaciones de los derechos humanos o el derecho humanitario, incluidas violaciones que han formado parte de una pauta generalizada de abusos* son buenos ejemplos del tipo de expresiones a las que nos estamos refiriendo. El caso de Marruecos también es representativo: el mandato de la **Comisión de Equidad y Reconciliación de Marruecos** se limitó a las desapariciones forzadas y detenciones arbitrarias, por lo que la propia Comisión tuvo que realizar una amplia interpretación para poder también investigar casos de tortura y ejecuciones extrajudiciales.²¹⁴

Normalmente las comisiones de la verdad se centran simplemente en los delitos de carácter civil y político sin atender a los de carácter económico, ya que estos

²¹¹ Sin embargo, esto ha sido entendido por parte de la doctrina como un acto consecuente por parte de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile, ya que en un primer momento «no aventuró en otras áreas de violaciones de derechos humanos u otros cometidos (incluyendo las acusaciones a los responsables) de los cuales la comisión quizás no habría podido encargarse plenamente». Cf. D. BRONKHORST, *op. cit.*, p. 8.

²¹² OACNUDH: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto*, *op. cit.*, p. 8.

²¹³ Véase el caso de Sierra Leona explicado *supra*, cuyo mandato se refería simplemente a «violaciones» y «abusos».

²¹⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *op. cit.*, p. 14.

suelen presentar mayores dificultades a la hora de investigarlos. Sin embargo, en algunos países, los delitos económicos cometidos por un régimen anterior han sido tan prominentes (y, a juicio del público, tan escandalosos) como las violaciones de los derechos civiles y políticos. En esos casos, puede estudiarse la posibilidad de incluir la corrupción y otros delitos económicos en el mandato de la comisión de la verdad, o de ampliar su mandato para incluir las violaciones de los derechos sociales y económicos.

La posibilidad de introducir delitos económicos entre las competencias de la comisión

... debe ser adoptada [...] por los ciudadanos del país, pero las personas encargadas de elaborar el mandato de la comisión deben de ser conscientes de los peligros y las dificultades de incluir en éste los delitos económicos. La metodología y el tiempo necesario para investigar la corrupción y los delitos económicos son bastante distintos de los que se requieren para investigar prácticas individuales o sistemáticas de tortura o ejecuciones [...]. Además, una atención amplia a las «violaciones de los derechos económicos y sociales» podría sugerir la necesidad de investigar la situación de pobreza, la falta de vivienda, las carencias de la política educativa y otros problemas sociales.²¹⁵

2.1.2 COMPOSICIÓN

Uno de los aspectos que puede marcar el éxito o el fracaso de una comisión de la verdad es la elección de sus miembros. Se deben elegir en función de su competencia en materia de derechos humanos, su independencia probada y su imparcialidad reconocida. Concretamente, para la **TRC de Sudáfrica** se buscaron personas «aptas y apropiadas, que fueran imparciales y que no tuvieran una destacada personalidad política»;²¹⁶ en Argentina se identificaron personas «con experiencia, conocimientos y recursos emocionales para enfrentar la situación».²¹⁷

Entre los comisionados se podrá incluir a profesionales de distintos ámbitos o trayectorias como dirigentes religiosos, abogados en ejercicio o jueces retirados, psicólogos, educadores, expertos en violencia contra la mujer o los niños y profesionales de derechos humanos. La opción de incluir a miembros internacionales deberá ser en última instancia decisión de los ciudadanos del país; una de las razones

²¹⁵ OACNUDH: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto*, op. cit., p. 9.

²¹⁶ P. HAYNER, op. cit., p. 284.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 285.

para incluir a no nacionales puede ser que se considerarían más neutrales que los nacionales o personas que puedan aportar otro tipo de conocimiento al proceso.²¹⁸

El proceso y el momento de selección de los miembros de la comisión de la verdad son importantísimos. En primer lugar, para la OACNUDH:

... los miembros de la comisión no deben ser designados hasta que no se haya establecido el mandato de la comisión. Se han dado casos en el pasado en los que se ha intentado impulsar el proceso mediante el rápido nombramiento de los miembros de la comisión, por ejemplo inmediatamente después de concluirse el acuerdo de paz, lo que ha tenido el efecto de debilitar enormemente las perspectivas de contar con una comisión efectiva y ampliamente respetada. El mandato debe detallar el proceso de selección y las calificaciones o características generales de los miembros de la comisión ideales.²¹⁹

El proceso de selección de los comisionados que finalmente se determine es importante, sobre todo en lo que al apoyo social que vaya a recibir la comisión se refiere. Esta contará con más apoyo popular si los comisionados son elegidos mediante procesos de consulta que intenten alcanzar un justo equilibrio en la representación de grupos étnicos, regionales o religiosos, de hombres y mujeres y de opiniones políticas cuyos miembros hayan sido especialmente vulnerables a las violaciones de los derechos humanos.

La OACNUCH ha señalado a su vez que «en la selección de miembros de la comisión de la verdad pueden intervenir entidades internacionales como las Naciones Unidas, pero las candidaturas también pueden pasar por el proceso nacional de investigación de antecedentes antes del nombramiento definitivo».²²⁰ Por ejemplo, en Sierra Leona se pidió a la OACNUDH que propusiera tres miembros, que luego fueron examinados por el comité de selección nacional. Sin embargo, este proceso fue criticado porque no tuvo plenamente en cuenta las candidaturas internacionales firmemente recomendadas por entidades locales, con lo que quedaron excluidos algunos candidatos eminentes.

En otros lugares como Haití, El Salvador y Guatemala, se nombraron miembros internacionales sin apenas proceso consultivo; muchos de los nombres vinieron indicados desde la secretaría de las Naciones Unidas en Nueva York.

²¹⁸ OACNUDH: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto*, cit., p. 14.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Ibid.*

Esto, que normalmente podría verse como una ventaja al garantizarse la independencia de los comisionados al haber sido seleccionados por un organismo internacional, en El Salvador supuso una falta de compromiso por parte de la sociedad civil salvadoreña, que veía cómo la investigación de su propia historia la estaba llevando a cabo una comisión dirigida por personal extranjero²²¹ (lo que contrasta con la TRC compuesta únicamente por sudafricanos que sobrevivieron al *apartheid*).²²² Pero esto no solo significó la falta de compromiso de la sociedad, sino que, una vez publicado el **informe final**, aquellos sectores denunciados por la Comisión como culpables de las violaciones de derechos humanos cometidas en El Salvador rechazaron tales acusaciones, así como a la Comisión como institución, al considerarla una intromisión extranjera.

También es importante señalar que los miembros de la comisión no deben tener vínculos estrechos con entidades particulares, oficiales o de otra índole, con partidos políticos ni con ninguna otra organización potencialmente implicada en las violaciones de los derechos humanos sometidas a investigación, ni con asociaciones ni grupos vinculados a las víctimas.

Los comisionados realizan una labor compleja y a veces peligrosa al investigar crímenes de derechos humanos y a sus autores, por lo que es necesario que cuenten con un cierto grado de protección en el ejercicio de sus funciones, que se reconoce en el principio 7 b) del **Conjunto de principios** al establecer:

Sus miembros se beneficiarán de los privilegios e inmunidades necesarios para su protección, incluso cuando ha cesado su misión, especialmente con respecto a toda acción en difamación o cualquier otra acción civil o penal que se les pudiera intentar sobre la base de hechos o de apreciaciones mencionadas en los informes de las comisiones.

Solo mediante acusación formal se puede destituir de su cargo a los miembros de una comisión de la verdad por motivos como mala conducta, incapacidad e incompetencia.

²²¹ Thomas Buergenthal, expresidente de la CmIDH; Belisario Betancur, expresidente de Colombia; Reinaldo Figueredo, exministro de Asuntos Exteriores de Venezuela; más el personal a cargo, enteramente también extranjero. Cf. J. M. MAZZEI, *op. cit.*, p. 11.

²²² J. M. MAZZEI, *op. cit.*, p. 7.

El régimen de los comisionados de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Liberia es:

... de una independencia plena, y considera un delito obstaculizar su trabajo o el de sus miembros o funcionarios y entrometerse en él. Los miembros de la Comisión ejercen su trabajo en régimen de dedicación exclusiva,²²³ libres de todo deber u obligación derivados de cualquier otra ocupación o cargo.²²⁴

2.1.3 INFORME Y RECOMENDACIONES

El informe final es el resultado más visible del trabajo de la comisión de la verdad y será su legado más duradero, porque se convertirá en una fuente de educación para los derechos humanos y para comisiones posteriores. En efecto, «informes finales bien documentados y con una metodología apropiada y sólida pueden servir como una protección contra el revisionismo de la historia».²²⁵

Según Amnistía Internacional, el informe final:

Debe recoger el mandato, así como el ámbito y el alcance de la comisión; sus procedimientos y métodos de evaluación de pruebas y la ley en que se ha basado; el contexto de la investigación, incluidas las condiciones sociales, políticas y económicas pertinentes, así como información sobre si la comisión contó con la necesaria colaboración del Gobierno y de otras instituciones públicas; las conclusiones de hecho de la comisión y una lista de los documentos y otras pruebas en las que se basan; sus conclusiones basadas en la legislación aplicable

²²³ Los miembros de la comisión pueden serlo a tiempo parcial o a tiempo completo. Esto puede venir determinado por distintos factores, pero dado que las comisiones cada vez incorporan más audiencias públicas en sus tareas, la participación de los miembros a tiempo completo es cada vez más indispensable. En comisiones de investigación anteriores, que no celebraban audiencias, los miembros de la comisión estaban presentes apenas una semana al mes. La disponibilidad a tiempo parcial o completo de los miembros y sus relaciones de responsabilidad con la dirección administrativa de la comisión deben quedar claras desde el principio.

²²⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *op. cit.*, p. 22.

²²⁵ J.-M. LANDA GOROSTIZA: *Bases para la puesta en marcha de una Comisión de la Verdad en Euskadi*, Vitoria: Dirección de Derechos Humanos, Viceconsejería de Justicia, Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social, Gobierno Vasco, 31 de marzo de 2009, p. 30.

y en las conclusiones de hecho, incluido un análisis crítico de las estructuras, políticas y prácticas institucionales; una lista de víctimas (salvo aquellas cuya identidad se oculte con el fin de protegerlas) y sus recomendaciones.²²⁶

En cuanto a las recomendaciones que debe contener el informe final, estas deben contener:

... las reparaciones a las víctimas de violaciones de derechos humanos, la aprobación de reformas concretas de naturaleza jurídica, institucional y de otra índole para evitar abusos futuros, y la adopción por el Gobierno de cualquier otra medida necesaria a favor de las conclusiones de la comisión, como la continuación de las investigaciones o las averiguaciones sobre asuntos concretos y el emprendimiento de acciones judiciales en casos determinados; nuevas investigaciones en esferas importantes en las que no se pudieron concluir todos los trabajos necesarios u otros programas pertinentes para resolver las deficiencias señaladas en sus conclusiones.²²⁷

Según la **Comisión de Derechos Humanos**, los Estados deben «difundir, aplicar y vigilar la aplicación de las recomendaciones formuladas por mecanismos extrajudiciales, como las comisiones de la verdad y la reconciliación».²²⁸ Además, las recomendaciones y los resultados de las investigaciones de una comisión de la verdad deben darse a conocer de manera oficial, publicarse y difundirse ampliamente sin demoras injustificadas.

Las conclusiones de la comisión son, como ha apuntado Amnistía Internacional, parte del informe final de una comisión de la verdad. Sin embargo, P. Hayner sostiene que «esas conclusiones pueden tener un impacto negativo en las personas e instituciones que se señalan como responsables de las violaciones de derechos humanos».²²⁹ Para esta autora:

... atribuir la responsabilidad de asesinatos o torturas a un sector del ejército o de la policía puede (y debe) tener consecuencias para el futuro de la institución y para el oficial al mando aunque no se le mencione por la comisión. Esbozar qué

²²⁶ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *op. cit.*, p. 35.

²²⁷ *Ibid.*; en el mismo sentido véase J.-M. LANDA GOROSTIZA, *op. cit.*, p. 30; OACNUDH, *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto*, *op. cit.*, p. 20.

²²⁸ COMISIÓN DH: RES. 2005/66, *El derecho a la verdad*, doc. E/CN.4/1990/13, 20 de abril de 2005, párr. 3.

²²⁹ P. HAYNER, *op. cit.*, p. 300.

abusos a gran escala han cometido fuerzas guerrilleras que quizás después del conflicto se han convertido en partidos políticos puede debilitar su credibilidad en la comunidad internacional o disminuir el apoyo popular del país. Del mismo modo establecer quiénes fueron realmente las víctimas puede influir en las políticas de reparación o en otros programas concebidos para atender a las necesidades de la sociedad.²³⁰

Esta problemática es análoga a la explicada en el **capítulo primero** acerca de si el conocimiento de los nombres de los responsables de las violaciones de derechos humanos formaba parte del contenido del derecho a la verdad, concluyendo finalmente de un modo afirmativo.²³¹ Sin embargo, en opinión de José Zalaquett:

... la publicación de los nombres de los responsables, sin que ellos hayan presentado su descargo, es el equivalente a una condena sin el debido proceso, lo que equivale a romper el principio de legalidad. [...] Ni la Comisión de Argentina, ni la de Chile emitieron juicios sobre culpables individuales, sino que lo hicieron respecto a la responsabilidad del Estado y sus órganos. La información que habían recabado sobre la participación de personas específicas en los crímenes fue entregada a los tribunales y de esta manera llegó a conocimiento del público.²³²

A nuestro parecer, es necesario que el informe final de una comisión de la verdad sea lo más completo posible, debiendo abarcar todas las conclusiones a las que finalmente se ha llegado después de terminar el período de investigación, independientemente de si afectan directamente o no a un determinado colectivo.

Una de las funciones de la comisión de la verdad es romper con el pasado represor de un país e iniciar un nuevo ciclo centrado en el respeto a los derechos humanos. Para este nuevo comienzo, es necesaria una depuración total de la Administración, algo imposible si los mismos responsables siguen en puestos de importancia dentro del engranaje del Estado, a pesar de que este esté fundado sobre las bases de la democracia. La sociedad tiene derecho a saber quiénes son los responsables y quiénes las víctimas, y en los casos en que los primeros no sean juzgados por los tribunales, deberán soportar el peso de ser «juzgados» por las víctimas, al conocer estas finalmente la verdad de lo ocurrido.

Es necesario que la comisión de la verdad determine reglas claras sobre cuáles van a ser sus criterios probatorios, ya que las consecuencias que se deriven de

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ *Vid. supra*, 1.1 «Introducción».

²³² J. ZALAUQUETT, *op. cit.*, p. 16.

la publicación de su informe²³³ pueden tener gran repercusión a nivel interno (sobre todo como se ha dicho en las instituciones implicadas) y constituir un gran ejemplo a nivel internacional.

Los criterios probatorios utilizados por las comisiones varían de una a otra. Por ejemplo, en el caso de la Comisión salvadoreña se especificó que en cada uno de los casos descritos en el informe se especificaría el grado de certeza sobre el cual se fundamentaría su conclusión final.²³⁴ Los distintos niveles de certeza fueron:

- Pruebas abrumadoras: pruebas contundentes o altamente convincentes en apoyo de la conclusión de la Comisión.
- Pruebas substanciales: pruebas muy sólidas en apoyo de la conclusión de la Comisión.
- Pruebas suficientes: más pruebas en apoyo que en contradicción de las conclusiones de la Comisión.²³⁵

²³³ Tal y como se afirmó en el *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Abid Hussain, presentado en cumplimiento de la resolución 1997/27 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/1998/40, de 28 de enero de 1998, párr. 16): «los Gobiernos son responsables de facilitar el acceso a la información que ya es de dominio público, por ejemplo, los informes y las recomendaciones de las comisiones de la verdad y la reconciliación». Las conclusiones de la comisión se pueden presentar a la nación en un programa de radio o televisión, en reuniones de ayuntamientos o distribución de libros; se debe facilitar el acceso al informe completo mediante la distribución de ejemplares gratuitos a las escuelas y a las Administraciones locales y difundirlo a través de internet; se deben hacer traducciones a las lenguas locales, así como resúmenes y versiones destinadas al gran público y a los menores. Esta adaptación del informe a los diferentes públicos es normalmente necesaria debido a la extensión de los informes que pueden ocupar miles de páginas (por ejemplo, el informe de la Comisión de Guatemala tenía doce volúmenes, el de Sudáfrica cinco y el de Perú nueve; caso distinto fue el informe de la Comisión Investigadora sobre la Situación de Personas Desaparecidas y Hechos que la Motivaron, de Uruguay, creada en 1985, que únicamente contó con trece páginas), por ello se suele recomendar la publicación de una versión resumida para poder ser distribuida ampliamente.

²³⁴ P. HAYNER, *op. cit.*, p. 301.

²³⁵ COMISIÓN DE LA VERDAD PARA EL SALVADOR: *De la locura a la esperanza: La Guerra de 12 años en El Salvador*, San Salvador-Nueva York: Naciones Unidas, 1992-1993, p. 14.

El informe prosigue estableciendo:

... la Comisión decidió no llegar a ninguna conclusión específica en relación con aquellos casos o situaciones donde se contaba con pruebas menos que «suficientes» en apoyo de la conclusión [...]. La Comisión insistió en la verificación, comprobación y re-examen de todas las afirmaciones sobre hechos, cotejándolas con un gran número de fuentes cuya veracidad ya hubiera quedado establecida. Ninguna fuente o testigo sería considerado por sí solo lo suficientemente confiable como para establecer la verdad sobre cualquier cuestión de hecho necesaria para que la Comisión arribara a una conclusión.²³⁶

Otro modelo que han seguido varias comisiones a la hora de fundamentar sus conclusiones ha sido el del *equilibrio de las probabilidades*, o también llamado de *preponderancia de las pruebas*.²³⁷ P. Hayner establece que «este modelo se basa en la existencia de más pruebas a favor que en contra de una determinada conclusión, o en la mayor posibilidad de que algo sea cierto a la luz de las pruebas con las que cuenta la comisión».²³⁸ Este modelo fue utilizado por la comisiones de Guatemala y Sudáfrica para emitir sus conclusiones.

2.1.4 SEGUIMIENTO Y DETERMINACIÓN DE UN ÓRGANO EJECUTOR

Una vez que la comisión de la verdad entrega su informe final, archiva sus expedientes y es formalmente disuelta, son otras instituciones las encargadas de aplicar sus recomendaciones, ya sean *ad hoc* o ya existentes.

Las organizaciones de la sociedad civil deben también asociarse en esta fase de seguimiento ya que, incluso cuando existe obligación legal del Gobierno de cumplir estas recomendaciones, con frecuencia nos encontramos con una falta de voluntad política, de capacidad institucional o de fondos insuficientes para llevarlo a cabo. Cualquiera que sea la causa, sin embargo, las comisiones de la verdad deben proponer mecanismos que aseguren una apropiada vigilancia y seguimiento, a ser posible incluyendo en su mandato algunas de dichas acciones, como es la elección de un organismo sucesor.

²³⁶ *Ibid.*, p. 15.

²³⁷ Grado de comprobación de la prueba más bajo utilizado por la Comisión de la Verdad para El Salvador bajo el nombre de *pruebas suficientes* explicado *supra*.

²³⁸ P. HAYNER, *op. cit.*, p. 300.

Amnistía Internacional recoge los siguientes modelos de órganos sucesores:²³⁹

- La **Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación** (Chile) recomendó la creación de un organismo sucesor. Se encargó a la Corporación de Reparación y Reconciliación que continuara la investigación de los 641 casos de violaciones de derechos humanos que la Comisión no había podido esclarecer y que registrara e investigara los casos que no se habían presentado durante el año de funcionamiento de la Comisión. Se le asignó también el mandato de coordinar y promover medidas preventivas para mejorar la regulación y protección de los derechos humanos y la consolidación de una cultura de respeto a los derechos humanos. La Corporación promovió la educación en derechos humanos, así como seminarios y publicaciones sobre cuestiones relacionadas con la protección de los derechos humanos y el funcionamiento del sistema judicial.
- En aplicación de una de las recomendaciones de la Comisión Nacional de la Verdad y la Justicia de Haití, se creó la Oficina de Procedimientos y Seguimiento para que vigilara la aplicación de las recomendaciones de la Comisión. La Oficina tenía la responsabilidad de estudiar las solicitudes de indemnización y de establecer medios de reparación apropiados. Según los informes, también organizaba programas de formación para ayudar a las víctimas en la presentación de demandas ante los tribunales.
- Tras la conclusión del mandato de la **Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú**, la Defensoría del Pueblo se encargó de archivar la documentación reunida por la Comisión e inauguró un **Centro de Información para la Memoria Colectiva y los Derechos Humanos**, con el fin de poner a disposición del público la información recopilada por la Comisión. Al mismo tiempo se creó una Comisión Intersectorial de Alto Nivel encargada de las acciones y la política del Estado sobre cuestiones relacionadas con la paz, las reparaciones y la reconciliación y del seguimiento de las recomendaciones de la Comisión.
- En Liberia, la Comisión Nacional Independiente de Derechos Humanos tendrá la responsabilidad de garantizar la aplicación de todas las recomendaciones contenidas en el informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación. Garantizará también que «las organizaciones de la sociedad civil y los garantes morales del Acuerdo General de Paz se responsabilicen de vigilar y promover la aplicación escrupulosa de todas las recomendaciones contenidas en el informe».

²³⁹ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *op. cit.*, p. 38 y ss.

Por tanto, es altamente conveniente que, de conformidad con el derecho interno, cada comisión de la verdad proponga en su informe la o las instituciones más apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus propias recomendaciones.

2.2 El alcance del derecho a la verdad en la práctica comparada

Según la Comisión Colombiana de Juristas, la verdad

Es la versión que más se acerca a lo que ocurrió; es lo que las víctimas saben acerca de lo que pasó. También, es lo que las comunidades presenciaron y no han podido denunciar. Es lo que los responsables saben sobre lo que hicieron. Pero, sobre todo, es el reconocimiento que la sociedad y las instituciones hacen acerca de las violaciones cometidas, las víctimas perjudicadas por ellas, y los responsables de tales hechos.²⁴⁰

Como hemos visto en el apartado anterior, las comisiones de la verdad constituyen una herramienta útil para que las sociedades que atraviesan por procesos de transición puedan iniciar el camino hacia la recuperación de su memoria histórica y hacia la búsqueda de su verdad (en los términos apuntados anteriormente por la Comisión Colombiana de Juristas), que también está inevitablemente ligado al inicio de una investigación penal por parte de los tribunales estatales para el enjuiciamiento de los responsables y la reparación a las víctimas.

Ambas cuestiones son tratadas de forma muy distinta según cada país. Así, países como Argentina están claramente avanzados en su lucha contra la impunidad. En otros como Guatemala o El Salvador (aunque con algunas excepciones en ambos casos), la falta de voluntad política y el poder *de facto* que siguen teniendo las Fuerzas Armadas en esas sociedades hace que sea prácticamente imposible el cumplimiento de las obligaciones internacionales de persecución y sanción de los crímenes de derechos humanos y consecuentemente el total resarcimiento a las víctimas.

En cambio, en el caso de España hasta el presente no ha prosperado ninguna iniciativa a favor del establecimiento de una comisión de la verdad. El Gobierno ha reiterado su posición de que la *ley de amnistía de 1977* zanjó la cuestión en términos políticos e impide la investigación judicial y la persecución a los victimarios.

²⁴⁰ COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS: *Verdad, justicia y reparación. Algunas preguntas y respuestas*, Bogotá, 2006, p. 10.

2.2.1 REPARACIONES ACORDADAS A LAS VÍCTIMAS

Tal y como ha establecido el secretario general de las Naciones Unidas:

Los programas de reparación a las víctimas por los perjuicios sufridos pueden **complementar** eficaz y rápidamente las contribuciones de los tribunales y las comisiones de la verdad, ofreciendo indemnizaciones, fomentando la reconciliación y restableciendo la confianza de las víctimas en el Estado.²⁴¹

Dicho esto, debemos tener en cuenta que no hay reparación total a las víctimas sin justicia penal, ya que tal y como se establece en el párrafo 15 de los **Principios básicos**, «una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario».

Por ello, aunque países como España cuenten con una ley de memoria histórica²⁴² que intenta reparar a las víctimas de la Guerra Civil y los posteriores años del franquismo mediante medidas económicas, civiles o administrativas, las víctimas no contarán con una plena reparación de las violaciones sufridas mientras la ley de amnistía de 1977 siga estando vigente en el ordenamiento jurídico español,²⁴³ pues impide una verdadera investigación penal de los crímenes cometidos durante los años de guerra y represión franquista.

La CtIDH en una línea jurisprudencial consolidada ha establecido cuál es o debería ser la finalidad última de la reparación a las víctimas. Esto es, a qué se debe aspirar con una medida de reparación (ya sea acordada mediante una resolución judicial, o mediante una recomendación de una comisión de la verdad):

... construir una nueva situación que se asemeje, tan fielmente como sea posible, a la que antes se tuvo. Con este propósito es que se aportan al sujeto elementos

²⁴¹ CONSEJO DE SEGURIDAD: *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, doc. S/2004/616, 3 de agosto de 2004, p. 21. Sin negrita ni subrayado en el original.

²⁴² 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, pp. 53410 a 53426.

²⁴³ Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía. BOE núm. 248, de 17 de octubre de 1977, pp. 22765 a 22766.

de reparación, compensación, satisfacción, retribución, liberación, complemento, sustitución, etcétera. Así se rescatarán los bienes jurídicos de la víctima, al menos en parte, y se le colocará en una posición muy parecida a la que antes tuvo.²⁴⁴

El juez Antônio Augusto Cançado Trindade, en su voto razonado en el caso *de los «Niños de la Calle»*, estableció lo siguiente:

La *reparatio* no pone fin a lo ocurrido, a la violación de los derechos humanos. El mal ya se cometió;²⁴⁵ mediante la *reparatio* se evita que se agraven sus consecuencias (por la indiferencia del medio social, por la impunidad, por el olvido). Bajo este prisma, la *reparatio* se reviste de doble significado: provee satisfacción (como forma de reparación) a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, al mismo tiempo que restablece el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones.²⁴⁶

De esta forma, podemos afirmar que en las reparaciones no se debe ver a la víctima simplemente como un *homo oeconomicus*, es decir, que simplemente mediante una indemnización económica se consiga la reparación del daño causado, sino que en las reparaciones se debe ver a la víctima como un ser humano integral.

Para un amplio sector de la doctrina:

... las reparaciones en los casos de las violaciones graves de derechos humanos en los periodos de transición lo que pretenden es reconstruir el tejido social y resituar a las víctimas en el contexto político que les corresponde, la completa satisfacción de estos intereses reclama un conjunto de medidas, que no pueden circunscribirse a un momento determinado. En este sentido, lo que se logra con este tipo de reparaciones es aplicar una justicia reparadora y transformadora.²⁴⁷

²⁴⁴ CtIDH: voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, punto 1, *sentencia Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, cit.

²⁴⁵ La capacidad humana tanto de promover el bien como de cometer el mal no ha cesado de atraer la atención del pensamiento humano a la largo de los siglos; Cf. F. ALBERONI: *Las Razones del Bien y del Mal*, México: Gedisa, 1988, pp. 9-196; A. D. SERTILLANGES, *Le problème du mal*, París: Aubier, 1949, pp. 5-412.

²⁴⁶ CtIDH: *Bulacio vs. Argentina*, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, 18 de septiembre de 1999, párr. 37.

²⁴⁷ F. GÓMEZ ISA: *El derecho a la memoria*, op cit., pp. 51-52,

Dentro de la política de reparación a las víctimas, es interesante ahondar dentro de la llamada *justicia restaurativa*. Esta corriente, basada en la simple sanción de medidas de carácter restaurativo orientadas a la superación del pasado conflictivo, defiende la siguiente idea:

... las necesidades de las víctimas y el restablecimiento de la paz social son las finalidades básicas que debe tener la respuesta al crimen, por lo que lo importante es reconocer el sufrimiento ocasionado a la víctima, reparar el daño que le fue ocasionado y restaurarla en su dignidad, más que castigar al responsable, a quien debe intentar reincorporarse a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales,²⁴⁸

Se rechaza de esta forma el carácter punitivo del derecho penal que alejaría las posibilidades de llegar a una reconciliación nacional, al considerarse el castigo al ofensor insuficiente para restablecer una convivencia pacífica y para la reincorporación del delincuente a la comunidad.²⁴⁹

Ejemplos de mecanismos que ponen en práctica la justicia restaurativa, son entre otros, la mediación entre víctima y ofensor, basada sobre todo en la solicitud del perdón por parte del ofensor y en la concesión del mismo por parte de la víctima (algo no siempre posible). Otros ejemplos, son las juntas de reparación comunitarias, los diálogos de grupos familiares o los programas de restitución (comentaremos algunos de los que se han adoptado dentro de las recomendaciones establecidas por las distintas comisiones de la verdad). A su vez, la justicia restaurativa prevé ciertos instrumentos adicionales como la participación en trabajos comunitarios y las terapias psicológicas. Estas medidas «permiten responsabilizar de manera no retributiva al ofensor de forma tal que éste asume su responsabilidad y repara el daño ocasionado, sin verse obligado a ser castigado punitivamente».²⁵⁰

A pesar de que consideramos este tipo medidas como necesarias dentro de cualquier proceso de transición, no compartimos la idea de que sean este tipo de medidas no punitivas las únicas que el Estado debiera acordar para reconciliarse con su pasado, sino que las entendemos como un complemento a las medidas

²⁴⁸ R. UPRIMNY YEPES y M. P. SAFFON SANÍN: «Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades» en A. RETTBERG (comp.): *Entre el perdón y el perdón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, CESO, Ediciones Uniandes, IDRC, 2005, p. 218.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ *Ibid.*, pp. 218-219.

de justicia penal que el Estado está obligado a implementar; en caso contrario la existencia de la comisión de la verdad tendría únicamente carácter testimonial. «Verdad y justicia son inseparables».²⁵¹

Teniendo esta idea como base, dedicaremos este epígrafe dedicado a las reparaciones a las medidas recomendadas por las diferentes comisiones de la verdad tendentes a conseguir una reparación de las violaciones sufridas por las víctimas.²⁵² Tales reparaciones deben abarcar los ámbitos económico, administrativo, legal, moral, sanitario e incluso forense (mediante la búsqueda de los desaparecidos cuyo destino se desconoce) entre otros.

Sin embargo, antes desarrollar las medidas de reparación es necesario apuntar quiénes serán los beneficiarios de estas. En el Informe de la Comisión de la Verdad de Guatemala se estableció en los párrafos 12 a 15 del capítulo dedicado a las recomendaciones quiénes serán los beneficiarios. Concretamente, el párrafo 12 establece:

Que han de ser los beneficiarios de las medidas de reparación moral y material las víctimas, o sus familiares, de las violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario y de los hechos de violencia vinculados con el enfrentamiento armado interno.²⁵³

El párrafo 15, «que la identificación de los beneficiarios del Programa se rija por criterios de transparencia, justicia, equidad, celeridad, accesibilidad y participación».

²⁵¹ J. E. GONZÁLEZ RUIZ: «¿Por qué una comisión de la verdad con ciudadanos?», *Contralínea*, 274 (4 de marzo de 2012).

²⁵² En países como Guatemala y Chile, al amparo de las comisiones de la verdad, nacieron órganos centrados en la implementación de las medidas que en los informes finales se recomendaban. Por un lado encontramos el Programa Nacional de Resarcimiento en Guatemala y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación en Chile. Esta última, aparte de ejecutar las recomendaciones de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, estaba facultada para seguir con la investigación de los casos que esta no pudo solucionar.

²⁵³ COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO (Guatemala): *Guatemala, memoria del silencio*, Guatemala: Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas, 1999, Recomendaciones, p. 63, párt. 12.

En cuanto a los beneficiarios de las medidas económicas, el párrafo 14 establece lo siguiente:

Que en los casos en que proceda la indemnización económica individual se ha de establecer una priorización de los beneficiarios, tomando en cuenta la gravedad de la violación, la condición económica y la debilidad social de los mismos, con especial atención a las personas ancianas, viudas, menores de edad y a quienes se encuentren en otras situaciones de desamparo.

Por otra parte, por *víctima* la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala (en adelante, CEH), en el párrafo 13 de su Informe Final del capítulo referente a las recomendaciones, entiende que son «... quienes padecieron directamente en sus personas las violaciones a los derechos humanos y hechos de violencia vinculados con el enfrentamiento armado interno».

Aclarados estos extremos, empezaremos por las medidas estrictamente económicas que pretenden reponer el perjuicio económico que las víctimas, como consecuencia directa de las violaciones de sus derechos más primarios, hayan podido sufrir. Entre estas medidas nos encontramos con la creación de programas de reparaciones económicas para prisioneros políticos y exiliados;²⁵⁴ becas para el estudio²⁵⁵ o medidas de reintegración de las víctimas a la Administración Pública de su país²⁵⁶ y la condonación de ciertas deudas.²⁵⁷ También cabe incluir aquí como medida económica la restitución de la situación al momento anterior a la violación en el caso de la propiedad de bienes inmuebles.²⁵⁸

²⁵⁴ COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO (Guatemala), *op. cit.*, Recomendaciones, párt. 9 b); COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN (Perú): *Informe Final*, Lima: CVR, 2003, Programa de Reparaciones Económicas, p. 188 y ss.

²⁵⁵ COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS (CONADEP): *Nunca Más*, Buenos Aires: Eudeba, 1984. Recomendaciones.

²⁵⁶ COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN: *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Informe Rettig)*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación: Santiago de Chile, reedición 1996, vol. I, tomo II, Recomendaciones de carácter legal y administrativo, p. 1256.

²⁵⁷ E. CUYA, *op. cit.*, p. 23.

²⁵⁸ COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO (Guatemala), *op. cit.*, párt. 9 a).

También nos encontramos con medidas de resarcimiento moral²⁵⁹ como puede ser la construcción de memoriales, la fijación de un día de recuerdo a las víctimas en el calendario oficial del país, la nominación de calles y plazas, la plantación de árboles, murales en edificios significativos, la colocación de placas para señalar lugares donde ocurrieron hechos especialmente destacados o en las viviendas de ciudadanos desaparecidos, la disculpa y reconocimiento de responsabilidad por los crímenes cometidos por parte de los responsables, la retirada de monumentos o espacios dedicados a los responsables de las violaciones y la creación de fundaciones dedicadas a la memoria de las víctimas.

También se recomendaron medidas directamente encaminadas a continuar de alguna manera con las investigaciones iniciadas por las comisiones de la verdad. En Guatemala se inició una colaboración entre Gobierno, Poder Judicial y la sociedad con el fin de iniciar:

... a la mayor brevedad investigaciones sobre todas las desapariciones forzadas de que se tenga conocimiento, utilizando los recursos jurídicos y materiales disponibles, para aclarar el paradero de los desaparecidos y, en el caso de haber muerto, entregar sus restos a sus familiares.²⁶⁰

A su vez, en este mismo país se ha implementado un procedimiento de registro de víctimas y se creó una comisión nacional encaminada a identificar a menores desaparecidos, adoptados ilegalmente o separados de su familia durante el régimen dictatorial.²⁶¹

En Chile se creó una oficina encargada de facilitar el retorno de los exiliados²⁶² y un organismo encargado de desarrollar, fomentar y ejecutar las recomendaciones

²⁵⁹ Todos los informes de las comisiones de la verdad consultadas cuentan con un apartado dedicado a este tipo de reparaciones. Cf. COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO (Guatemala), *op. cit.*, párr. 4, 5 y 6; J. CHINCHÓN ÁLVAREZ: *La sanción de los crímenes de Derecho internacional y las violaciones a los Derechos Humanos en períodos de transición. Un análisis a la sombra de la última experiencia iberoamericana*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2006, pp. 550-551; Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Chile), *op. cit.*, Recomendaciones de reivindicación y reparación simbólica, p. 1254; Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador, *op. cit.*, p. 197; Comisión de la verdad y reconciliación (Perú), *op. cit.*, Programa de Reparaciones Simbólicas, p. 160 y ss.

²⁶⁰ COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO, *op. cit.*, Recomendaciones, párr. 22.

²⁶¹ *Ibid.*, 24 a).

²⁶² COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN (Chile), *op. cit.*, p. 1306.

de la comisión. Por otro lado se estableció una «Mesa de Diálogo» entre miembros de las Fuerzas Armadas, representantes de la sociedad civil y activistas de derechos humanos cuyo objetivo es reunir información encaminada a la búsqueda de desaparecidos que sigan en paradero desconocido.²⁶³

La CONADEP argentina recomendó un gran abanico de medidas legales (aunque muchas han sido compartidas por otras comisiones de la verdad). Entre ellas encontramos la recomendación de declarar *crimen de lesa humanidad* la desaparición forzada; apoyar el reconocimiento y la adhesión a las organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos; establecer la enseñanza obligatoria de la defensa y difusión de los derechos humanos en los organismos docentes del Estado, ya sean civiles, militares o de seguridad; fortalecimiento y adecuación plena de los medios con que debiera contar la justicia civil para la investigación de oficio en relación a las violaciones de los derechos humanos; derogar toda la legislación represiva que se encuentre vigente; creación de una nueva institución jurídica de «desaparecidos forzosos» con fines de filiación, sucesión, reparación y demás efectos civiles relacionados con ella, o que equivaldría a reconocer la muerte a efectos legales mientras que se conserva la posibilidad de reaparición de la persona.²⁶⁴ La mayoría de estas medidas podrían resumirse en una idea muy sencilla: adecuar el ordenamiento jurídico interno al derecho internacional de los derechos humanos.

En relación a otro tipo de medidas, se ha recomendado la exención de prestación del servicio militar a los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos o atención especializada en sanidad,²⁶⁵ educación²⁶⁶ y vivienda.²⁶⁷ Comisiones como la de Guatemala²⁶⁸ y El Salvador²⁶⁹ presentaron amplias recomendaciones encaminadas a la reestructuración de la Administración de Justicia, la Policía y las Fuerzas Armadas, autores y cómplices la mayoría de las ocasiones del terrorismo de Estado, y del rol que debieran cumplir instituciones como el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo.

²⁶³J. CHINCHÓN ÁLVAREZ: *La sanción de los crímenes de Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 595.

²⁶⁴COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS (CONADEP), *op. cit.*

²⁶⁵COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO, *op. cit.*, Recomendaciones, párr. 9 c); Comisión de la Verdad y la Reconciliación (Perú), *op. cit.*, p. 168.

²⁶⁶COMISIÓN DE LA VERDAD Y LA RECONCILIACIÓN (Perú), *op. cit.*, p. 178.

²⁶⁷E. CUYA, *op. cit.*, p. 23.

²⁶⁸Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *op. cit.*, Recomendaciones, párr. 55.

²⁶⁹Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador, *op. cit.*, p. 190.

2.2.2 EL ENJUICIAMIENTO DE LOS RESPONSABLES DE LAS VIOLACIONES

Gran parte de la doctrina ha sostenido:

... la realización del derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos a conocer la verdad exige la existencia de un proceso judicial. Obtener la verdad sobre los crímenes es la única forma para que los familiares de las víctimas directas averigüen qué les ocurrió a sus seres queridos, y en su caso, conocer su paradero.²⁷⁰

Y por ello muchos supervivientes de las violaciones contra los derechos humanos han seguido demandando el inicio de juicios contra los responsables. Daan Bronkhorst aporta tres razones principales para ello:

La primera de ellas es que está contemplado en la ley. La legislación internacional, de acuerdo con la mayoría de los expertos, otorga responsabilidad a los Gobiernos de enjuiciar los crímenes más serios como el genocidio, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones y tortura. La CtIDH, entre otras, ha establecido repetidamente, como ya hemos desarrollado, que las amnistías no son aceptables si se ocultan «crímenes debajo de la alfombra».²⁷¹

La segunda razón es que es posible. Recientes desarrollos en particular han demostrado que es posible acusar al más importante funcionario estatal. Esta es la tendencia en tribunales *ad hoc*, en la CPI, y en los ejemplos de la aplicación satisfactoria de la «jurisdicción universal».²⁷²

La tercera es que es una necesidad real. Las asociaciones de familiares y otros grupos por sus muchas demandas indican que la reconciliación (lo que muchas comisiones de la verdad pretendían conseguir), se mantiene inaceptable para muchos, quienes particularmente fueron afectados por los abusos de derechos humanos en un pasado reciente.²⁷³

²⁷⁰J. CHINCHÓN ÁLVAREZ y L. VICENTE MÁRQUEZ, *op. cit.*, p. 7.

²⁷¹*Vid. supra* 1.4.4 b «Leyes de amnistía».

²⁷²*Vid. infra* 3.1.3 «El principio de justicia universal como complemento para investigar crímenes internacionales».

²⁷³D. BRONKHORST, *op. cit.*, p. 7.

Al contrario que las reparaciones, pues la mayoría de los Estados que han constituido una comisión de la verdad las han implementado en un momento u otro,²⁷⁴ la cuestión de los procesamientos penales a los responsables de las violaciones de derechos humanos dista mucho ser una práctica común en los diferentes Estados.

La búsqueda de justicia en relación con crímenes del pasado tiene varias dimensiones, según ha establecido José Zalaquett:

Una de ellas es la vindicación de la memoria y el buen nombre de las víctimas. Una segunda dimensión es la necesidad de indemnizar a las familias de las víctimas. Una tercera es el procesamiento y castigo de los culpables o la imposición de otras sanciones, como por ejemplo la inhabilitación para ocupar cargos públicos.²⁷⁵

Por tanto, es necesario el cumplimiento de la obligación internacional de investigar los crímenes contra los derechos humanos para poder arribar a una verdadera reparación a las víctimas.

Como ya se ha dicho, las Fuerzas Armadas y la Administración de Justicia fueron cómplices la mayoría de las veces de los crímenes perpetrados por el propio Estado. Esta influencia en la sociedad normalmente continuó una vez iniciado el período de transición política hacia un régimen democrático, porque en raras ocasiones hubo una depuración de tales instituciones, una renovación global tanto del personal como de su funcionamiento, lo que hizo muy difícil la persecución penal de los responsables.

La falta de voluntad política también ha sido un gran escollo para la investigación penal, a menudo ligada al temor a un nuevo golpe de Estado por parte de las Fuerzas Armadas, lo que frena cualquier tipo de avance en el campo de la investigación penal.

En el caso de El Salvador, tras la conclusión del enfrentamiento armado y el inicio de la transición política se dictó una serie de medidas encaminadas a la reparación de las víctimas y al inicio de una investigación penal por los crímenes que se cometieron durante la guerra civil, tales como: creación de la **Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos**, redefinición de la justicia militar o la depuración de las Fuerzas Armadas. Entre estas medidas, también cabe destacar

²⁷⁴ En Guatemala se retrasó hasta 2005 la ejecución de las medidas de reparación, debido a la excesiva influencia que el Ejército conserva en la sociedad guatemalteca. Cf. J. CHINCHÓN ÁLVAREZ: *La sanción de los crímenes de Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 504.

²⁷⁵ J. ZALAUQUETT, *op. cit.*, p. 6.

la sanción de la **Ley de Reconciliación Nacional** que otorgó amnistía general a los autores de delitos políticos, con la salvedad de que en su artículo 6 se establecía que la amnistía no se aplicaba a:

... Las personas que, según el informe de la Comisión de la Verdad, hubieren participado en graves hechos de violencia ocurridos desde el 1º de enero de 1980, cuya huella sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad, independientemente del sector a que pertenecieren en su caso.

El posterior informe de la Comisión de la Verdad reveló una serie de nombres de los autores de estos crímenes, lo que hizo que se generara un gran rechazo y un descontento general entre los miembros de las Fuerzas Armadas, el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema, llevando al Gobierno a dictar una nueva ley general de amnistía (**Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz**) que completó la Ley de Reconciliación Nacional, amnistiando a su vez a las personas a las que se refería el ya mencionado artículo 6.

En casos como el argentino o el salvadoreño la proclamación de las leyes de amnistía fueron aparejadas al miedo ante un nuevo ataque golpista. La imposibilidad de juzgar los crímenes contra los derechos humanos en el mismo país donde se cometieron debido a estas leyes abre la puerta al procesamiento de los responsables en el extranjero; países como Estados Unidos, Francia, Italia, Bélgica, Suiza, Suecia, Alemania y España²⁷⁶ e instancias internacionales como la CmIDH, han conocido de este tipo de procesos.

La idea de crear una comisión de la verdad en Argentina, tal y como ha afirmado José Zalaquett:

... nació de la concepción de que era evidente que los juicios podían arrojar luz sobre detalles relacionados con crímenes específicos y el paradero de algunas víctimas. Sin embargo, la modalidad de hacer justicia caso por caso no era la más adecuada para dilucidar todo lo relacionado con la maquinaria represiva, sus métodos, la magnitud del daño y el colapso moral de la nación.²⁷⁷

De ahí la solución argentina de establecer una comisión de la verdad, cuyo informe y posterior divulgación facilitó que en 1985 se procesara y condenara a los integrantes de tres Juntas Militares.

²⁷⁶ *Vid. infra* 3.1.3 «El principio de justicia universal como complemento para investigar crímenes internacionales».

²⁷⁷ J. ZALAUQUETT, *op. cit.*, p. 13.

Tras estos hechos, ya hemos estudiado la promulgación de las leyes de impunidad que amnistiaban a los condenados en estos juicios, y la posterior declaración de nulidad de las mismas, mediante la Ley 24942, de 26 de marzo de 1998, posteriormente anuladas por el juez Cavallo aplicando para ello, entre otros instrumentos, el derecho internacional.²⁷⁸

La experiencia argentina es un ejemplo representativo de un caso en el que es el propio poder político (apoyado por la sociedad civil) el que decide emprender los trámites necesarios para el procesamiento de los autores de violaciones de derechos humanos cometidos en su territorio, a pesar de que en un primer momento se hubiera cedido a presiones llegadas desde las propias instituciones nacionales (Ejército y Poder Judicial).

Además de Argentina, otro caso representativo es Chile. El 5 de octubre de 1988 Augusto Pinochet pierde un plebiscito contra Patricio Aylwin quien, tras ser proclamado el primer presidente democrático en diecisiete años, prometió derogar el **Decreto Ley de Amnistía n.º 2191, de 18 de abril de 1978**, promulgado en la época del dictador. Sin embargo, en 1990 la Corte Suprema de Chile valida dicho decreto y transfiere la mayoría de los casos que se le presentaron relacionados con los delitos cometidos durante el régimen dictatorial a la jurisdicción militar o bien fueron sobreseídos. Como consecuencia de esto, hasta 1999 hubo únicamente diecinueve condenados de un total de cinco mil querellas de las víctimas de los años de la dictadura. Los casos en los que sí se consiguió una condena penal fueron aquellos en los que por el momento de comisión no era de aplicación el decreto de amnistía.²⁷⁹ Sin embargo, se siguieron las investigaciones judiciales de los casos cubiertos por la amnistía a solicitud del presidente Aylwin, a pesar de que no pudieron culminar en sentencia firme, y facilitadas algunas de estas investigaciones gracias a los hallazgos de la **Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación**. El mayor problema con el que se encontraron fue la falta de cooperación por parte de miembros de las Fuerzas Armadas ya que estos gozaban de inmunidad, otorgada por la amnistía del 78.²⁸⁰

Al igual que ocurriera en Argentina, se iniciaron una serie de acciones judiciales contra los miembros en el extranjero del antiguo Gobierno de Pinochet, destacando el que se inició contra el mismo dictador en España (aunque en Bélgica, Francia y Suiza también se iniciaron procesos contra él). Este hecho marcó un antes y

²⁷⁸ Cf. J. CHINCHÓN ÁLVAREZ: *La sanción de los crímenes de Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 552.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ J. ZALAUQUET, *op. cit.*, p. 15.

un después en la persecución penal de los delitos cometidos durante la dictadura chilena, debido a que tras el conocimiento del inicio de un proceso penal contra el dictador en el extranjero, el número de demandas por violaciones de derechos humanos cometidas durante el Gobierno represor de Pinochet se multiplicaron en Chile. Este hecho, unido al proceso de depuración de los miembros de la Corte Suprema, hizo que, en los años sucesivos a la orden de detención contra Pinochet dictada por el entonces magistrado Baltasar Garzón el 10 de octubre de 1998, se tomaran una serie de medidas reseñables. Entre ellas, desde el año 2001 la Corte Suprema asignó a Ministros de Fuero de las Cortes de Apelaciones y jueces de primera instancia la tarea exclusiva o preferencial de investigar casos de derechos humanos, de los cuales más de trescientos cincuenta seguían abiertos a esa fecha. También la Corte Suprema consolidó una jurisprudencia a favor de la no aplicación del decreto de amnistía y del reconocimiento de la desaparición forzada como crimen continuado, siguiendo de esta manera las pautas internacionales.²⁸¹

Otro caso, aunque menos representativo y menos exitoso, es el de Guatemala. La *Ley de Reconciliación Nacional de 27 de diciembre de 1996* otorgó amnistía para los delitos cometidos durante el enfrentamiento armado. Sin embargo, esta ley en su artículo 8 estableció:

La extinción de la responsabilidad penal a que se refiere esta ley no será aplicable a los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada, así como a aquellos delitos que sean imprescriptibles o que no admitan la extinción de responsabilidad penal, de conformidad con el derecho interno o los tratados internacionales ratificados por Guatemala.

Sin embargo, en Guatemala, debido sobre todo al poder fáctico que las Fuerzas Armadas siguen teniendo en la sociedad, no se produjo ningún avance significativo en el campo de la persecución penal. No obstante, se aprecia que el mismo poder político pone salvedades a la concesión de amnistía a los responsables, aplicando en este caso «los tratados internacionales ratificados por Guatemala».

Del análisis precedente de la práctica comparada se puede concluir, por tanto, que las comisiones de la verdad han constituido una de las formas más útiles de investigación de los crímenes de derechos humanos a lo largo del siglo XX, y han sido un mecanismo de suma importancia en el tránsito de un régimen dictatorial a un gobierno democrático, o del fin de una guerra civil al inicio de una situación de paz.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 596.

Sin embargo, como se ha apuntado a lo largo del capítulo, la clave para el buen funcionamiento de una comisión de la verdad la tiene el poder político, pues será el principal promotor de que las recomendaciones del informe final de la comisión de la verdad sean efectivamente aplicadas.

De otro lado, de nada sirve que se constituya una comisión de la verdad por decreto presidencial o mediante ley parlamentaria si su mandato no abarca el período de tiempo en el que la mayoría de las violaciones de derechos humanos fueron cometidas.

También será esencial que el mandato de la comisión de la verdad no se limite a la investigación de crímenes con resultado de muerte, dejando fuera de su competencia los crímenes de tortura o la desaparición forzada.

Por último, los Gobiernos deben comprometerse a cumplir las recomendaciones de la comisión de la verdad. Para ello, deben impulsar el establecimiento de un plan nacional de reparación a las víctimas. También corresponderá a los Gobiernos decidir en última instancia sobre el mantenimiento de una ley de amnistía, o el enjuiciamiento de los responsables de los crímenes internacionales que se cometieron en ese país, como así lo exige el derecho internacional de los derechos humanos cuyas normas hemos estudiado con detalle en el capítulo primero.

3. La obligación de España de establecer una comisión de la verdad

3.1 *La obligación de investigar crímenes internacionales*

En esta sección estudiaremos el concepto de *crímenes internacionales* conforme al derecho internacional de los derechos humanos, precisando sus características más sobresalientes. A continuación, nos detendremos en analizar el alcance de la obligación internacional que tienen los Estados, en particular España, de investigar los crímenes internacionales.

3.1.1 CONCEPTO DE CRÍMENES INTERNACIONALES

El término *crimen internacional* es utilizado prácticamente de forma unánime por la doctrina para referirse a «la responsabilidad internacional del individuo y no a la responsabilidad internacional del Estado por la comisión estatal de un acto internacionalmente ilícito».²⁸²

Sin embargo, otra corriente doctrinal apunta que son los crímenes «impuestos por un organismo internacional o supranacional con o sin la voluntad de un Estado determinado»,²⁸³ o lo que es lo mismo, son de autoría universal porque «operan aun sin la voluntad del Estado que acordó la norma supranacional»²⁸⁴, es decir, vinculan al Estado independientemente de que este haya ratificado la norma convencional que codifica ese crimen.

Según Jiménez de Asúa los crímenes internacionales son los que «por incidir en verdaderos bienes jurídicos de la comunidad, deben recibir trato nacional en su juzgamiento y sanción».²⁸⁵

²⁸²M. OLLÉ SESÉ: *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, Madrid: La Ley (Grupo Wolters Kluwer), 2008, p. 184.

²⁸³A. QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Tomo I, Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, CSIC, 1955, p. 27.

²⁸⁴*Ibid.*

²⁸⁵L. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (Filosofía y Ley Penal), Buenos Aires: Losada, 1964, p. 1150.

Para Triffterer hay dos categorías dentro del concepto de crimen internacional. En sentido estricto es el crimen «que amenaza los valores jurídicos internacionales, tales como la paz o la integridad de la comunidad internacional, y por los que se exige una responsabilidad inmediata fundada en el Derecho internacional». Aquí se incluirían los crímenes de guerra, la agresión y los crímenes de lesa humanidad. En sentido amplio nos estaríamos refiriendo a los hechos que «traspasan las fronteras de los Estados o pueden vincular, por sus implicaciones, a todos los Estados y que son perseguibles en el derecho interno aunque difícilmente si el Estado actúa en solitario».²⁸⁶ En esta categoría entrarían delitos como robo de riquezas nacionales o arqueológicas o la corrupción de funcionarios extranjeros.²⁸⁷

Sin embargo, en nuestra opinión, la definición más precisa es la proporcionada por la *Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas* en el *Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (en adelante, Proyecto de Artículos), adoptado por dicha Comisión el 9 de agosto de 2001, y remitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas a los Estados el 12 de diciembre de ese mismo año. La Comisión de Derecho Internacional definió el concepto de *responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* en su artículo 1 como «todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional».²⁸⁸

Un hecho internacionalmente ilícito es, según el artículo 2 de este mismo informe:

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

- a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.²⁸⁹

²⁸⁶ Citado por M. OLLÉ SESÉ, *op. cit.*, p. 187.

²⁸⁷ El *Estatuto de Roma*, en los párrafos 4 y 9 del preámbulo y en su artículo 5.1, diferencia dos categorías de crímenes internacionales: *crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*, que se asimilarían con los crímenes nacionales en sentido estricto, y *otros crímenes de trascendencia internacional*, que coincidirían con los crímenes internacionales en sentido amplio.

²⁸⁸ AGNU: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 53.º período de sesiones*, doc. A/56/589, 26 de noviembre de 2001, p. 6.

²⁸⁹ *Ibid.*

De otro lado, el profesor Manuel Ollé distingue dos categorías: crímenes internacionales de primer grado y crímenes internacionales de segundo grado. Los primeros «son cometidos en su mayoría por miembros de un Gobierno, por organizaciones políticas o grupos afines que puedan ejercer el Gobierno *de facto*, bajo un plan organizado, dirigido y/o preconcebido incluso en tiempos de paz».²⁹⁰ Estos crímenes suponen una violación grave de los derechos humanos, lo que supone la responsabilidad penal individual del responsable de tales violaciones, junto con la responsabilidad del Estado, al haber actuado aquel en nombre de su Gobierno, o de alguna organización vinculada de alguna manera al aparato estatal.

Los crímenes internacionales de segundo grado

... son los que se fundamentan en el derecho interno o en el Derecho internacional, lesionan intereses comunes internacionales o de trascendencia internacional que, por su carácter transnacional o transfronterizo, exigen una adecuada intervención interestatal y determinan la responsabilidad penal individual internacional indirecta a través del derecho interno.²⁹¹

Su fundamentación puede estar tanto en el derecho interno como en el derecho internacional, y lo que les otorga «trascendencia internacional» a estos crímenes es el objeto del ataque o el elemento transfronterizo del delito.

A los efectos del presente trabajo son particularmente interesantes los llamados *crímenes de primer grado* que, al igual que los *crímenes internacionales en sentido estricto*, debemos relacionar con el artículo 5.1 del **Estatuto de la Corte Penal Internacional** (en adelante, Estatuto de Roma), el cual establece:

La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) **El crimen de genocidio;**
- b) **Los crímenes de lesa humanidad;**
- c) **Los crímenes de guerra;**
- d) **El crimen de agresión.**²⁹²

²⁹⁰M. OLLÉ SESÉ, *op. cit.*, pp. 190-191.

²⁹¹*Ibid.*, pp. 191-192.

²⁹²Sin negrita en el original.

Este tipo de crímenes supone violaciones de normas de *ius cogens*, o de derecho internacional imperativo, que se caracterizan por ser normas que no pueden ser derogadas ni modificadas por ninguna otra norma posterior que no sea de *ius cogens*, generando a su vez obligaciones *erga omnes* (explicadas más adelante).

A este respecto se han referido dos miembros del Comité DH, en una opinión disidente (ya comentada en el epígrafe dedicado al PIDCP), sobre un caso de desapariciones en Chile: «Entendemos que las violaciones masivas o sistemáticas a los derechos fundamentales de la persona ofenden a la comunidad internacional en su conjunto, generan obligaciones *erga omnes* y engendran el deber de investigar exhaustivamente los hechos».²⁹³

Este extremo ha sido también tratado en el artículo 53 de la **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969**²⁹⁴ el cual establece:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención una norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Es decir, las normas de *ius cogens*, o de derecho imperativo están jerárquicamente situadas en un peldaño superior al del resto de normas del ordenamiento jurídico internacional. Y tal y como establece el artículo 64 de la misma Convención, «si surge una nueva norma imperativa de Derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará».

El carácter de obligado cumplimiento de las normas de derecho imperativo impide que los Estados se resguarden en su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado internacional. Así lo ha establecido también el artículo 27.1 del Convenio: «Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado».

²⁹³ Opinión disidente de los miembros del Comité DH Helen Keller y Fabián Salvioli, caso *Cifuentes Elgueta vs. Chile*, comunicación n.º 1536/2006, doc. CCPR/C/D/1536, 28 de julio de 2009, p. 11 y ss., párr. 20.

²⁹⁴ Ratificada por España. BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980.

Como se ha apuntado anteriormente, el derecho imperativo genera obligaciones *erga omnes*. En relación con los crímenes internacionales de *ius cogens*, tal y como explica Bassiouni, «estas obligaciones se remiten a las consecuencias jurídicas que se derivan de la calificación de un determinado crimen como *ius cogens*».²⁹⁵ En concreto, estas obligaciones conllevan:

... [el] deber de procesar o extraditar, imprescriptibilidad, exclusión de toda impunidad (incluidos los jefes de Estado), improcedencia del argumento de la «obediencia debida» (excepto como circunstancia atenuante), aplicación general de estas disposiciones tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, inderogabilidad bajo los estados de excepción y aplicación de la jurisdicción universal.²⁹⁶

Es decir, la obligación de investigar crímenes internacionales se configura como:

... un deber jurídico que el Estado ha de cumplir, aunque no exista reclamación directa por parte de las víctimas, o pese a que en su caso, se haya otorgado una indemnización (general) a las mismas, o incluso si el «particular damnificado [hubiera perdonado] al autor de la violación de sus derechos humanos (...), salvo la hipótesis de un delito perseguible a instancia de un particular».²⁹⁷

²⁹⁵M. C. BASSIOUNI: «Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice», *Virginia Journal of International Law*, 2001, 42. (Trad. esp.: «Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea», Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 21-23).

²⁹⁶*Ibid.*, p. 21.

²⁹⁷J. CHINCHÓN ÁLVAREZ: «La obligación internacional del Estado de investigar las violaciones a los Derechos Humanos ocurridas en el pasado», en S. RIPOL CARULLA y C. VILLÁN DURÁN (dirs.): *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona: ICIP, 2012, pp. 27-28. A su vez, *vid. CtIDH: Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, Reparaciones (art. 63.1 CADH), sentencia de 27 de agosto de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, n.º 39, párr. 72. Sin embargo, no entendemos que la investigación de crímenes internacionales sea únicamente una obligación *per se* del Estado. Según el profesor Carmelo Faleh «aparte de una obligación estatal, la obligación de investigar las desapariciones forzadas (o cualquier otro crimen contra los derechos humanos) aparece correlativamente concebida como un derecho de las víctimas y de los familiares». C. FALEH PÉREZ, *loc. cit.*, p. 130.

Y es que, tal y como ha manifestado el Comité DH, «la falta de realización por un Estado parte de una investigación sobre las alegaciones de violaciones podría en sí constituir una violación separada del Pacto»,²⁹⁸ ya que «la impunidad por la violación de los derechos humanos es incompatible con las obligaciones contraídas por el Estado parte con arreglo al párrafo 3 del artículo 2 del Pacto».²⁹⁹

En esta misma línea se ha manifestado también una recomendación realizada por México, durante el examen periódico universal al que se sometió España a mediados de 2010, que rezaba: «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».³⁰⁰

Lamentablemente, y a pesar de las citadas observaciones y declaraciones que recomiendan al Estado español honrar sus obligaciones internacionales, España, a la fecha, no ha declarado imprescriptibles los crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad, ni ha ratificado la *Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad* ni la *Convención europea sobre la imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra*.

3.1.2 CARACTERÍSTICAS

Dos de los obstáculos que han sido continuamente alegados, tanto por parte de la doctrina como por un sector del Poder Judicial, a la hora de justificar la falta de investigación de los crímenes contra los derechos humanos perpetrados en España durante la Guerra Civil y el franquismo, han sido: la prescripción de los mismos y la existencia de una ley de amnistía que no solo extingue la responsabilidad penal de los responsables, sino que incluso limita el desarrollo de una investigación en sede judicial de estos crímenes en España.

²⁹⁸ COMITÉ DH: *observación general n.º 31, «La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto»*, doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 29 de marzo de 2004, p. 225, párr. 15.

²⁹⁹ COMITÉ DH: *observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Lesotho*, doc. CCPR/C/79/Add.106, 8 de abril de 1999, párr. 17.

³⁰⁰ CONSEJO DH: *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. España*, doc. A/HRC/WG.6/8/L.5, 12 de mayo de 2010, p. 21.

Esta situación se contradice con las dos características que ostentan los crímenes internacionales, que por su naturaleza suponen violaciones de normas de *ius cogens*: la imprescriptibilidad y la imposibilidad de amnistiar dichos crímenes.

Sin embargo, antes de desarrollar los institutos de prescripción y amnistía, es necesario analizar un principio de suma importancia en lo que a la investigación de los crímenes contra los derechos humanos se refiere. Este no es otro que el principio de la *identidad o continuidad del Estado*.

La esencia de este principio ha sido definida por el profesor Chinchón de la siguiente manera:

... el Estado continúa siendo el mismo, a los efectos del ordenamiento jurídico internacional, cualquiera que sea el cambio o cambios ocurridos en su organización interna. En consecuencia, toda alteración que pueda acaecer en la organización política de un Estado, siempre y cuando no afecte a la condición internacional de éste, será irrelevante en lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones internacionales frente a terceros.³⁰¹

Es decir, será irrelevante el sistema político del Estado a efectos del cumplimiento de las obligaciones internacionales.

A. *Imprescriptibilidad*

Este principio se encuentra desarrollado en instrumentos y tratados internacionales, además de ser aceptado por tribunales nacionales³⁰² e internacionales, así como por el Estatuto de Roma.³⁰³

³⁰¹ J. CHINCHÓN ÁLVAREZ: «La obligación internacional del Estado de investigar las violaciones a los Derechos Humanos ocurridas en el pasado», *loc. cit.*, pp. 35-36.

³⁰² En particular en la Audiencia Nacional: Juzgado Central de Instrucción n.º 5, auto de 25 de marzo de 1998, FJ 5; Juzgado Central de Instrucción n.º 6, auto de 15 de septiembre de 1998, FJ 1; Sala de lo Penal, auto de 5 de noviembre de 1998; Sala de lo Penal, auto de 4 de noviembre de 1998, FJ 8; Juzgado Central de Instrucción n.º 5, auto de 1 de septiembre de 2000.

³⁰³ El artículo 29 del Estatuto de Roma establece: «Los crímenes competencia de la Corte no prescribirán».

La Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad establece en su artículo 1:

Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

[...]

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, [...] aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

Asimismo, la Convención europea sobre la imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, de 25 de enero de 1974 (Consejo de Europa), establece en su artículo 1:

Todo Estado contratante se compromete a tomar las medidas necesarias para que la prescripción sea inaplicable a la persecución de las infracciones siguientes y a la ejecución de las penas previstas para tales infracciones, supuesto que sean punibles en su legislación nacional:

1. Los crímenes contra la humanidad previstos por la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, adoptada el 9 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Naciones Unidas;
2. a) Las infracciones previstas en los artículos 30 de la Convención de Ginebra de 1949 para mejorar la suerte de los heridos y de los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 51 de la Convención de Ginebra de 1949 para mejorar la suerte de los heridos, de los enfermos y de los náufragos de la marina, 130 de la Convención de Ginebra de 1949 relativo al trato de los prisioneros de guerra y 147 de la Convención de Ginebra de 1949 relativo a la protección de personal civil en tiempo de guerra.

Lamentablemente España no es parte en ninguna de estas dos convenciones, a pesar de que el Comité DH haya recomendado al Estado la ratificación de las mismas en las ya mencionadas *observaciones finales al quinto informe periódico de España*, de 2008, al indicar que el Estado debe «... b) tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales».³⁰⁴

³⁰⁴ COMITÉ DH: *observaciones finales al quinto informe periódico de España (2008)*, doc. CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009.

A su vez, el principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra los derechos humanos ha sido recogido en el párrafo 6 de los **Principios básicos**, el cual dispone:

Quando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional.

El párrafo primero de los *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad* establece:

Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.³⁰⁵

Tal párrafo es preciso relacionarlo con el octavo:

Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

A esto se debe añadir lo afirmado en el principio 23 del **Conjunto de principios**: «La prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme al derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles».

Sin embargo, en relación con el delito de desaparición forzada debemos hacer una serie de apuntes específicos. Al conllevar esta conducta un delito que se prolonga ininterrumpidamente en el tiempo, los plazos de prescripción, en caso de que se llegaran a computar, lo harían desde el momento en que se determine el paradero de la persona desaparecida, o desde el momento en que sus restos sean identificados. El artículo 17.2 de la **Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas** (en relación con el artículo 2.3 del PIDCP) así lo entiende: «Cuando los recursos previstos en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya no sean eficaces, se suspenderá la prescripción relativa a los actos de desaparición forzada hasta que se restablezcan esos recursos».

³⁰⁵ AGNU: res. 3074 (XXVIII), 3 de diciembre de 1973.

Este desarrollo es seguido también por la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, que en su artículo 8.2 establece que «el Estado Parte garantizará a las víctimas de desaparición forzada el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción».

Por tanto, conforme al derecho internacional, el delito de desaparición forzada cometido de forma sistemática, en la medida en que es considerado crimen de lesa humanidad, y por ello está protegido por una norma de la categoría de *ius cogens*, es de naturaleza imprescriptible, con independencia de lo que las diferentes legislaciones nacionales puedan prever. En el caso de que estas limitaran temporalmente la interposición de un recurso, el plazo de prescripción deberá empezar a contar a partir del momento en que la persona desaparecida haya sido hallada, o que sus restos mortales hayan sido identificados. Además, el plazo de prescripción que se prevea en la legislación nacional deberá empezar a correr a partir del momento en que los familiares cuenten con un recurso efectivo. Si no fuera el caso, el tiempo de prescripción conforme a la legislación nacional no debe empezar a correr.

En este sentido, el párrafo tercero de la observación general del GTDFI sobre una correcta interpretación del artículo 18 de la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, concluyó que las siguientes medidas podrían considerarse contrarias a la Declaración:

- c) Disponer prescripciones en breve plazo o aun cuando se siga cometiendo el delito de desaparición, dada la naturaleza permanente del delito, en violación de los artículos 4 y 17 de la Declaración; d) Disponer cualquier prescripción, dado que la práctica de la desaparición constituye un delito de lesa humanidad; (...).³⁰⁶

En el mismo sentido se manifiestan las observaciones finales del Comité CT adoptadas al término del examen del quinto informe periódico de España el 19 de noviembre de 2009 (ya referidas en el capítulo 1).³⁰⁷ En estas observaciones se establece:

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

³⁰⁶ GTDFI: *Observación general sobre el artículo 18 de la Declaración*, doc. E/CN.4/2006/56, 27 de diciembre de 2005, p. 16, párr. 49.

³⁰⁷ *Vid. supra*. 1.2.1 b. «Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes».

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**.³⁰⁸

B. La ilegalidad de las amnistías. La Ley 46/1977

Son amnistías, según la definición de la OACNUDH:

... las medidas jurídicas que tienen como efecto:

- a) La posibilidad de impedir el enjuiciamiento penal y, en algunos casos, las acciones civiles contra ciertas personas o categorías de personas con respecto a una conducta criminal específica cometida antes de la aprobación de la amnistía; o
- b) La anulación retrospectiva de la responsabilidad jurídica anteriormente determinada.³⁰⁹

La persecución de los crímenes internacionales es una obligación que afecta a todos los Estados sin excepción, tanto si se oponen a su cumplimiento como si alegan el desconocimiento de la vigencia de esta obligación. Y como se ha apuntado anteriormente, los Estados no podrán alegar el incumplimiento de esta clase de obligaciones amparándose en una norma de derecho interno que, en el caso que nos ocupa, suele ser una ley de amnistía que impide el enjuiciamiento de los responsables de estos crímenes y, en casos como el de España, incluso impide el inicio de una investigación penal, ya que en palabras del propio Tribunal Supremo:

... el proceso penal tiene una misión específica: hacer recaer un reproche social y jurídico sobre quien resulte responsable de un delito [...].

Difícilmente puede llegarse a una declaración de verdad judicial, de acuerdo a las exigencias formales y garantistas del proceso penal, sin imputados, pues estos fallecieron, o por unos delitos, en su caso, prescritos o **amnistiados**.³¹⁰

³⁰⁸COMITÉ CT: *observaciones finales sobre el quinto informe periódico de España*, doc. CAT/C/ESP/CO/5, 9 de diciembre de 2009, párr. 21. Sin negrita en el original.

³⁰⁹OACNUDH: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2009, p. 5.

³¹⁰Tribunal Supremo, *sentencia 101/2012*, 27 de febrero de 2012, pp. 9-10. Sin negrita en el original.

Es decir, según el Tribunal Supremo, dado que el fin último del proceso penal es la imposición de una pena, si antes del inicio del mismo se sabe que esto no va a poder suceder al estar el delito amnistiado, el proceso no debe iniciarse.

Tal y como se comentará *infra*,³¹¹ el *Proyecto de Artículos*, establece en su artículo 12 que «hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación».

Esto se traduce, en opinión de la AEDIDH, en:

Las reglas consuetudinarias, los principios generales del Derecho internacional, los tratados y cualquier otra fuente eventual de obligaciones internacionales son susceptibles, caso de ser infringidas por el Estado obligado, de desencadenar su responsabilidad internacional, con independencia de las normas y disposiciones de derecho interno del Estado [por ejemplo, una ley de amnistía]. En consecuencia, **ni antes ni ahora pueden las normas del derecho español dar cobertura o ropaje de legalidad a hechos que son internacionalmente ilícitos.**³¹²

Además, como hemos comentado en el capítulo segundo, al abordar el trato dispensado a los enjuiciamientos de los responsables de las violaciones de derechos humanos en países como Chile:

... a pesar de la Ley de amnistía, algunos jueces optaron por investigar hasta el final los casos de desapariciones o torturas, aunque luego se vieran obligados a amnistiar a los acusados. De esta forma, contribuían a esclarecer los hechos sin, por ello, contravenir, la ley.³¹³

³¹¹ *Vid. infra*, 3.2.1 Los intentos de enjuiciar los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo en España.

³¹² AEDIDH: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la guerra civil y la dictadura*, Ginebra y Las Palmas de Gran Canaria, 30 de abril de 2008, p. 28.

³¹³ P. AGUILAR FERNÁNDEZ: *La justicia transicional en los casos español, argentino y chileno*, Conferencia internacional Paz y Justicia - Elementos Conformadores del Futuro, Núremberg, 25 - 27 de junio de 2007, p. 24. A su vez, *vid. supra*, 2.2.2 «El enjuiciamiento de los responsables de las violaciones».

El matiz es importante porque el simple hecho de iniciar una investigación judicial que intente averiguar las circunstancias en las que se perpetraron los delitos contra los derechos humanos y quiénes fueron sus responsables puede constituir un medio apropiado para evitar que estas violaciones no queden en el olvido, que se respete el derecho de las víctimas a que se sepa la verdad, e indirectamente el derecho de la sociedad en su conjunto, siendo así acorde por tanto, con lo establecido en el principio 24 a) del **Conjunto de principios** que establece:

Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata.

Independientemente de que en países como Chile se hayan iniciado investigaciones de este tipo de crímenes a pesar de que una ley de amnistía imposibilite el procesamiento de los culpables, estas leyes van en contra de la obligación internacional de procesar a los culpables de los crímenes contra los derechos humanos. En el preámbulo del Estatuto de Roma se establece:

... los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,³¹⁴

*Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,*³¹⁵

Las llamadas *reglas mordaza*³¹⁶ son normas normalmente justificadas por razones de política criminal o por la pretendida necesidad de alcanzar la ansiada paz social, impidiendo por ello el ejercicio de acciones judiciales y favoreciendo de este modo la impunidad.

³¹⁴ Estatuto de Roma, preámbulo, párr. 5.

³¹⁵ *Ibid.*, párr. 6.

³¹⁶ *Gags rules*. Término utilizado por P. AGUILAR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 3.

El profesor M. Ollé entiende que «la impunidad se perpetúa cuando los que la crearon o propiciaron se mantienen como parte integrante de los poderes del Estado *de iure* o *de facto*, para autoprotegerse de cualquier mínimo atisbo de acción penal contra ellos».³¹⁷

En términos más generales, y tal y como ha recogido un estudio de la profesora Orentlicher presentado a la **Comisión de Derechos Humanos** en 2004, «las decisiones recientes han reafirmado la incompatibilidad de las amnistías que acarrear la impunidad con el deber de los Estados de sancionar los delitos graves de derecho internacional».³¹⁸

Un claro ejemplo de estas decisiones a las que hace referencia la Comisión de Derechos Humanos lo encontramos en una sentencia que en 1998 dictó la Sala de Primera Instancia del **TPI para la ex Yugoslavia**:

The fact that torture is prohibited by a peremptory norm of international law has other effects at the inter-state and individual levels. At the inter-state level, it serves to internationally de-legitimise any legislative, administrative or judicial act authorising torture. It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the *jus cogens* value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void *ab initio*, and then be unmindful of a State say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law. If such a situation were to arise, the national measures, violating the general principle and any relevant treaty provision, would produce the legal effects discussed above and in addition would not be accorded international legal recognition.³¹⁹

Otro ejemplo recogido en el estudio de la profesora Orentlicher se refiere al inicio de la investigación penal que en España tuvo lugar en 1998 contra el expresidente chileno Augusto Pinochet. La Audiencia Nacional llegó a la conclusión de que

³¹⁷M. OLLÉ SESÉ, *op. cit.*, p. 275.

³¹⁸D. ORENTLICHER, *Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones sobre las mejores prácticas, para ayudar a los Estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad*, 27 de febrero de 2004, doc. E/CN.4/2004/88, párr. 28.

³¹⁹TPI para la ex Yugoslavia, caso *Prosecutor v Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, párr. 155.

«la competencia de España no queda excluida por el hecho de que los Tribunales chilenos hubieran desestimado algunos casos incluidos en la investigación española, conforme a la Ley chilena de Amnistía de 1978».³²⁰

Por otro lado, en Francia, mediante una decisión de 2002 de la Cour de cassation, se confirmó una decisión que rechazaba la aplicación por los tribunales franceses de una ley de amnistía de Mauritania de 1993. El tribunal declaró que «l'exercice par une juridiction française de la compétence universelle emporte la compétence de la loi française, même en présence d'une loi étrangère portant amnistie».³²¹

Tal y como se comentó en este mismo trabajo sobre el caso de Chile, varios países han derogado amnistías, o han restringido su aplicación porque violaban sus obligaciones internacionales. Tal es el caso de Polonia donde «una ley promulgada en diciembre de 1998 establecía que las amnistías aprobadas antes del 7 de diciembre de 1989 no se aplicarán cuando se trate de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, entre otros».³²² Parecida experiencia ocurrió en Argentina, como ya se ha comentado en este trabajo.

En su estudio, la profesora Orentlicher se remite a la Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad, de 2002, según la cual los Estados tienen «la responsabilidad de poner fin a la impunidad y de enjuiciar a los responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y violaciones graves del derecho internacional humanitario».³²³

A su vez, en este mismo estudio se recogen las declaraciones del que fuera secretario general de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en un informe del año 2000 sobre el establecimiento del tribunal especial para Sierra Leona:

Aunque reconocen que la amnistía es un concepto jurídico aceptado y una muestra de paz y reconciliación al final de una guerra civil o de un conflicto armado interno, las Naciones Unidas mantienen sistemáticamente la posición

³²⁰ Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, auto de 5 de noviembre de 1998, párr. 134.

³²¹ Cour de cassation, Chambre criminelle, n° de pourvoir: 02-85379, 23 de octubre de 2002, *Bulletin criminel*, 2002, n.º 195 p. 725.

³²² D. ORENTLICHER, *loc. cit.*, párr. 30.

³²³ CONSEJO DE SEGURIDAD: *Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad*, doc. S/PRST/2002/41, 20 de diciembre de 2002, p. 1.

de que la amnistía no puede concederse respecto de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves del derecho internacional humanitario.³²⁴

De conformidad con esta posición, el Representante Especial del Secretario General para Sierra Leona añadió a su firma del *Acuerdo de Paz de 1999* una declaración en la que indicaba la manera en la que la ONU interpreta las disposiciones de amnistía: «No se aplicarían a los crímenes de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otras violaciones graves del Derecho internacional humanitario».

Como último ejemplo, citaremos un estudio realizado por el *International Council on Human Rights Policy* (en adelante, ICHRP) referente a los acuerdos de paz. En dicho estudio se analizan las experiencias de varios países sobre las negociaciones llevadas a cabo por los bandos enfrentados tras un conflicto armado, orientadas a la consecución de una sociedad estable y democrática.

De entre los casos estudiados por el ICHRP destacan los de Camboya (*Acta Final de la Conferencia de París, octubre de 1991*), Mozambique (*Acuerdo General de Paz, octubre de 1992*), Irlanda del Norte (*Acuerdo de Viernes Santo/Belfast, abril de 1998*), o Burundi (*Acuerdo de Paz y Reconciliación de Arusha, agosto de 2000*).

Del estudio de estas experiencias, el ICHRP ha concluido que una amnistía no es permisible cuando abarca crímenes internacionales «menores» y «graves», incluidos el genocidio, la tortura, las desapariciones forzadas, las violaciones graves del derecho humanitario y los crímenes de guerra. Únicamente pueden entenderse como amnistías permisibles aquellas que se aplican a las fuerzas insurgentes por el simple hecho de pertenecer a ellas, de luchar con ellas, o por delitos relacionadas con ello, como portar armas o identificaciones falsas y delitos menores asociados con una rebelión.³²⁵

³²⁴ Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona, doc. S/2000/915, de 4 de octubre de 2000, párr. 22.

³²⁵ INTERNATIONAL COUNCIL OF HUMAN RIGHTS POLICY: *¿Negociar la Justicia? Derechos Humanos y Acuerdos de Paz*, Ginebra: ICHRP, 2006, p. 7.

Sin embargo, es necesario apuntar:

Si bien ese tipo de amnistía intenta eliminar las consecuencias de una violación de los derechos humanos —cometida característicamente por un gobierno anterior—, corre el riesgo de perpetuar algunos aspectos de la violación inicial a menos que se redacte en forma apropiada. Como observó el Relator Especial Louis Joinet, «amnistiar a un preso por delito de opinión equivale implícitamente a reconocer carácter delictivo a sus actos».³²⁶

El ICHRP también concluye:

... las amnistías pueden restringirse a los crímenes permisibles, o pueden ser provisionales. Sin embargo, ciertas disposiciones emergentes del derecho internacional que van en contra de la impunidad, junto con el principio de la jurisdicción universal y [la] Corte Criminal Internacional (cuyo criterio para procesar no se ve restringido por las disposiciones de los acuerdos de paz) limitan el alcance de dichas disposiciones de amnistía.³²⁷

Siguiendo esta misma línea:

... el Estatuto de Roma de 1998 [...] representa un desarrollo potencialmente significativo de la prohibición internacional de las amnistías. De una parte, el párrafo sexto del Preámbulo sostiene que «es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales», lo cual supone un aval de la jurisdicción universal y por tanto un cortafuegos contra las amnistías generales. Y de otra parte, el artículo 17 (2) (a) del Estatuto descalifica de manera absoluta las políticas nacionales de perdón y olvido, amnistía general, justicia lenitiva o reconciliación a cualquier precio al disponer que el nuevo tribunal criminal universal tiene plena autoridad para conocer de casos contra individuos ya juzgados en el ámbito interno «cuando la decisión [judicial] nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte».³²⁸

³²⁶ OACNUDH: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2009, *op. cit.*, p. 24.

³²⁷ INTERNATIONAL COUNCIL OF HUMAN RIGHTS POLICY: *¿Negociar la Justicia?*, *op. cit.*, p. 7.

³²⁸ Cf. H. VALENCIA VILLA: «La ley española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional» en S. RIPOL CARULLA y C. VILLÁN DURÁN (dirs.): *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona: ICIP, 2012, p. 196.

Por último, el ICHRP enumera los beneficios por los que conviene establecer las responsabilidades individuales por crímenes pasados, a saber:

En primer lugar, la rendición de cuentas fortalece la legitimidad y autoridad de los nuevos arreglos políticos, mientras que la impunidad las socava.

En segundo lugar, al final de los conflictos los prisioneros que no hayan cometido crímenes graves tienen que ser puestos en libertad.

En tercer lugar, la sociedad necesita avenirse con su pasado.

En cuarto lugar, si se tolera la impunidad, resultarán ineficaces las reformas institucionales conducentes a establecer un Estado de derecho.

En quinto lugar, no se puede llevar a cabo la descalificación (remover de puestos públicos a violadores de derechos humanos) sin un proceso previo de rendición de cuentas.

En sexto lugar, las víctimas individuales no pueden perdonar y las comunidades no pueden reconciliarse sin una rendición de cuentas.

En séptimo y último lugar, la rendición de cuentas tiene una función disuasiva cara a abusos en el futuro.³²⁹

En conclusión, ha quedado ampliamente demostrado en la práctica de las Naciones Unidas y en las decisiones judiciales citadas que la promulgación de amnistías con la pretensión de ser aplicables a crímenes internacionales contra los derechos humanos, en especial la desaparición forzada de personas como práctica sistemática, vulneran las obligaciones estatales de investigar tales conductas.

Si bien la Transición española ha sido elogiada entre ciertos sectores por haber facilitado aparentemente un proceso de transición pacífica hacia la democracia, fruto del consenso de todas las fuerzas políticas de la época, lo cierto es que la falta de medidas de justicia política (ya sea la depuración de instituciones como las Fuerzas Armadas, el Poder Judicial, o la misma investigación penal de los crímenes cometidos), ha traído, en palabras de Alicia Gil, «consecuencias negativas para la

³²⁹ INTERNATIONAL COUNCIL OF HUMAN RIGHTS POLICY: *¿Negociar la Justicia?*, op. cit., p. 6.

democracia española y es la causa del comportamiento oligárquico de nuestros partidos políticos, la corrupción, episodios como el del GAL o un déficit de cultura democrática en la sociedad española».³³⁰

Además, hemos de anotar que ese clima de «consenso» en la práctica no fue tal. Los reformistas del franquismo seguían constituyendo una mayoría en el primer Parlamento democrático tras las elecciones de 1977, frente a los grupos que históricamente habían formado parte de la oposición al régimen franquista.

La primera ley aprobada en esas Cortes fue la *ley de amnistía de 1977*. Su artículo 1.1 establece 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 quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis.
- b) Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España.
- c) Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas.

Esto supuso la recuperación de derechos activos (como la reintegración en el puesto de trabajo, salvo en el caso de los militares republicanos) y pasivos de los condenados, así como la eliminación de sus antecedentes penales.

Sin embargo, es necesario realizar una distinción fundamental acerca de la amnistía concedida a «todos los actos de intencionalidad política». Según los coautores del libro de la Universidad Autónoma de Barcelona sobre la ley 46 de 1977, la amnistía otorgada en el artículo 1.1.a. estaba dirigida ante todo a los

³³⁰A. GIL GIL: «Justicia transicional en España», en J. TAMARIT SUMALLA (coord.): *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona: Atelier, 2010, p. 171.

antifranquistas. Los motivos de la inclusión de los funcionarios estaban orientados a salvar el requisito de la equidistancia o no discriminación que siempre se espera de la ley en tanto expresión de la voluntad general.³³¹

Sea como fuere, el profesor Valencia ha resaltado muy acertadamente:

... los actos de intencionalidad política eran muy distintos en uno y otro caso: los delitos imputados a los antifranquistas dejaron de serlo con el advenimiento de la democracia parlamentaria, y no sólo porque fueron amnistiados sino también porque casi todos ellos eran delitos políticos y de opinión, al paso que los delitos imputables a los franquistas eran violaciones de los derechos humanos o del derecho humanitario y seguían siendo tales a la luz de la nueva constitución y del Derecho de gentes, e incluso, [...] no podían beneficiarse con amnistía alguna porque constituían y constituyen crímenes internacionales graves, y de hecho no fueron ni han sido amnistiados porque no les ha sido aplicada la ley 46 de 1977 de manera específica o casuística.³³²

La *Ley 46/1977* contenía en su artículo segundo dos apartados que sorprendentemente quedaron fuera tanto de la discusión parlamentaria como de la de los medios de comunicación. Estos apartados otorgaron amnistía a:

- e) Los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley.
- f) Los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas.

Son estos apartados los que convierten a la ley de amnistía en una ley de punto final y, como acertadamente ha escrito Gregorio Morán, «estas disposiciones suponían la victoria moral de la clase política procedente del franquismo al conseguir la amnistía sobre su pasado a cambio de facilitar la incorporación de la oposición a la vida política real»,³³³ ya que a cambio de la puesta en libertad de presos políticos

³³¹ Cf. P. YSÀS: «La Transición española en la democracia: Historia y mitos», en M. J. ESPUNY TOMÁS y O. PAZ TORRES (coords.): *30 años de la ley de amnistía (1977-2007)*, Madrid: Universidad Autónoma de Barcelona/Dykinson, 2009, p. 35; C. MOLINERO RUIZ: «La ley de amnistía de 1977: la reivindicación antifranquista y su lectura treinta años después», *ibid.*, pp. 46 y 51; y M. GARCÍA ARÁN: «Repercusiones penales de la ley de amnistía de 1977», *ibid.*, pp. 189-190.

³³² H. VALENCIA VILLA. *op. cit.*, pp. 191-192.

³³³ G. MORÁN SUÁREZ: *El precio de la transición*, Barcelona: Planeta, 1991, p. 186.

con o sin delitos de sangre, se consagraba la impunidad de la dictadura franquista al impedir someter a juicio sus actuaciones.

A día de hoy hay todavía sectores de la sociedad, y concretamente en el Poder Judicial, que no consideran que España estuviese obligada internacionalmente en 1977 a emprender acciones legales contra el régimen dictatorial.

La doctrina que reconoce que el Estado español estaba obligado por el derecho internacional a sancionar penalmente los crímenes del franquismo se ha amparado en el artículo 2.1 del PIDCP, conforme al cual:

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

Y en el artículo 2.3 del mismo Pacto, según el cual:

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

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

La ley de amnistía fue publicada en el BOE con posterioridad a la adhesión de España al PIDCP y por lo tanto «viola el contenido del artículo 2.3 en su letra y en su espíritu».³³⁴

³³⁴J. CHINCHÓN ÁLVAREZ: «Transición española y justicia transicional: ¿qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política de España», *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, 7 (septiembre 2008), monográfico «La memoria como conflicto. Memoria e historia de la Guerra Civil y el Franquismo», p. 17.

Sin embargo, Alicia Gil, apoyándose en dictámenes que el Comité DH adoptó a raíz de la supuesta validez de la ley de punto final argentina,³³⁵ ante lo dispuesto en este mismo artículo del PIDCP, consideró:

... cuando las violaciones de derechos humanos se hubiesen producido antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado en cuestión, y aunque la Ley de amnistía se haya promulgado después de esa entrada en vigor, [...] el derecho al recurso sólo nace desde que una violación del Pacto ha sido establecida, y para establecer una violación del Pacto tiene que estar vigente en el mismo en el momento de la violación.³³⁶

Por ello concluye la mencionada autora que «en el caso español no hay violación del artículo 2.3 PIDCP al ser las violaciones de derechos humanos que dan origen al nacimiento de la obligación del mencionado artículo anteriores a él».³³⁷

Por el contrario, entendemos que estamos ante una violación del artículo 2.3 PIDCP, a pesar de la línea interpretativa avanzada por el Comité DH por la que declaraba la irretroactividad del Pacto incluso para los casos de desapariciones en los que la víctima seguía desaparecida, ya que el citado artículo 2.3 se debe interpretar conjuntamente con el artículo 15.2 de mismo Pacto, el cual dispone:

Nada de lo dispuesto en este artículo [*nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional*] se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.³³⁸

Es decir, el principio de la irretroactividad de las leyes penales no es aplicable a los casos de crímenes internacionales. Este principio ha sido reconocido incluso por la justicia española.

Amnistía Internacional, en su informe de noviembre de 2008 titulado *La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de*

³³⁵ Cf. COMITÉ DH: caso *Y.S.E. vs. Argentina*, comunicación n.º 275/1988, doc. CCPR/C/38/D/275/1988, 4 de abril de 1990, y *R.A.V.N. et al. vs. Argentina*, comunicaciones n.º 343, 344 y 345/1988, doc. CCPR/C/38/D/343/1988, 5 de abril de 1990.

³³⁶ K. AMBOS: *Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 136, citado por A. GIL GIL, *loc. cit.*, p. 164.

³³⁷ A. GIL GIL, *loc. cit.*, p. 165.

³³⁸ Sin cursiva en el original.

las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo, recoge lo alegado por el Ministerio Fiscal a favor de la competencia de la jurisdicción española en el caso de los campos de concentración nazis en Austria y Alemania de la siguiente manera:

[los crímenes de lesa humanidad] es una categoría preexistente en el Derecho internacional, de origen consuetudinario, (...) que impone a los Estados una obligación de perseguir y castigar. El desvalor de la conducta de los crímenes contra la humanidad pertenece al Derecho internacional consuetudinario en vigor desde hace muchas décadas, con eficacia *erga omnes* aplicable también a España aunque el legislador no lo hubiese desarrollado hasta 2004 (...) El principio de legalidad aplicable a los delitos internacionales, como los crímenes contra la humanidad, no es el interno, sino el internacional (...) El Código Penal (CP) vigente puede aplicarse retroactivamente a conductas anteriores que ya eran criminales en el momento de cometerse con arreglo a la legalidad penal internacional; es decir, eran criminales porque estaban prohibidas en el derecho consuetudinario internacional en esa época aunque no hubieran sido tipificados en el CP español (...) El crimen de lesa humanidad (prohibido por norma de *ius cogens*) es un crimen tipificado en el Derecho internacional independientemente que en la legislación interna no exista norma penal prohibitiva como tal³³⁹

Para demostrar que las conductas que se cometieron durante la Guerra Civil y los primeros años del franquismo constituían ya en ese tiempo un crimen contra la comunidad internacional, conviene referirse al *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 1945*. Amnistía Internacional en su informe de 9 de mayo de 2012 argumentó que «[e]l Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 1945 no creó crímenes nuevos sino que recogió por escrito conductas que ya eran consideradas crímenes por la costumbre internacional, entre ellas los crímenes contra la humanidad...».³⁴⁰

³³⁹ AMNISTÍA INTERNACIONAL SECCIÓN ESPAÑOLA: *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*, índice SE: EUR410008-20809, Madrid, noviembre de 2008, p. 17, citando el auto de 17 de julio de 2008 del Juzgado Central de Instrucción n.º 2, que reproduce lo afirmado por el fiscal.

³⁴⁰ AMNISTÍA INTERNACIONAL SECCIÓN ESPAÑOLA: *Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España. Resumen ejecutivo*, índice AI: EUR 4110212, Madrid, 9 de mayo de 2012, p. 14, referencia n.º 7. La aplicación de los Principios de Núremberg ha sido reconocida por los tribunales españoles, sobre todo durante el caso Scilingo. Concretamente la sentencia núm. 16/2005, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 19 de abril de 2005, en su FJ 1 estableció que «desde los juicios de Nuremberg se ha reconocido en la

Asimismo, es necesario referirse a las **Convenciones de La Haya** de 1899 y 1907 sobre el derecho de la guerra, las cuales recogen conductas que podrían ser consideradas como crímenes de guerra en esa época.

También se debe apuntar que las desapariciones forzadas fueron una práctica sistemática de la dictadura franquista y según el artículo 5 de la **Convención Internacional**, «[I]a práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable».

En consecuencia, de todo lo apuntado hasta ahora se desprende que en la fecha crítica en la que se cometieron los crímenes denunciados (de 1936 en adelante) estos ya constituían crímenes de derecho internacional según lo establecido en los mencionados tratados internacionales que recogían la costumbre internacional de la época.

Por tanto, la **ley de amnistía de 1977** es contraria al artículo 2.3 del **Pacto** porque este debe ser aplicado retroactivamente (según su artículo 15.2) a hechos que, como los que estamos tratando, constituían ya al tiempo de perpetrarse crímenes internacionales.

En cuanto a la posición del Comité DH respecto a la legalidad de la **Ley 46/1977**, quedó definitivamente establecida en sus *observaciones finales al quinto informe periódico de España (2008)*: a raíz de la vigencia en el ordenamiento jurídico español de la ley de amnistía y de las dificultades tanto judiciales como administrativas que las familias han tenido para exhumar los restos de sus seres queridos víctimas de la Guerra Civil o del franquismo, todavía en paradero desconocido, el Comité DH recomendó que **«el Estado parte debería: a) considerar la derogación de la Ley de amnistía de 1977»**.³⁴¹

esfera internacional que existían deberes que incumbían a los individuos en virtud del Derecho internacional y que puede castigarse a los individuos por violar el Derecho internacional».

³⁴¹COMITÉ DH: *observaciones finales al quinto informe periódico de España (2008)*, doc. CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009.

En cuanto a la naturaleza jurídica del delito de desaparición forzada, como se ha comentado *supra*,³⁴² es el prototipo de delito continuo, es decir, según establece el GTDFI en su *comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado*:

El acto comienza en el momento del secuestro y se prolonga durante todo el período de tiempo en que el delito no haya cesado, es decir, hasta que el Estado reconozca la detención o proporcione información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida.³⁴³

A su vez, el delito de desaparición forzosa cometido en el marco o como parte de un ataque continuado puede constituir un crimen de lesa humanidad, según lo establecido por Javier Chinchón y Lydia Vicente:

... el desarrollo del Derecho Internacional ha llevado a considerar la desaparición forzada como un delito de lesa humanidad. A este respecto, cabe recordar la resolución n.º 828 relativa a la desaparición forzada de personas, adoptada el 26 de septiembre de 1984 por la *Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa* —organización a la que España se adhirió el 24 de noviembre de 1977—, que establece que la desaparición forzada es un crimen contra la humanidad que a) no puede ser considerado un delito político y por tanto está sujeto a extradición; b) no está sujeto a limitaciones; c) no puede estar cubierto por leyes de amnistías; y d) las personas responsables de actos de desaparición forzada pueden ser perseguidas no sólo en el país en el cual cometieron el delito, sino en cualquier país en el cual hayan sido arrestados.³⁴⁴

En el año 2002 la Asamblea General de las Naciones Unidas pidió al GTDFI seguir examinando la cuestión de la impunidad en relación con las disposiciones

³⁴² *Vid. supra*, 1.2.2 d. «La práctica del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias del Consejo de Derechos Humanos».

³⁴³ GTDFI: *comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado*, *op. cit.*, p. 12.

³⁴⁴ AEDIDH (J. CHINCHÓN Y L. VICENTE): *Informe en derecho: causa especial n.º 20048/2009: Querrela(s) interpuesta(s) contra el magistrado-juez D. Baltasar Garzón Real, por el supuesto delito de prevaricación. Examen de los argumentos del auto de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del derecho internacional*, Madrid y Dili, 16 de febrero de 2010, p. 36. *Vid.* Council of Europe, Parliamentary Assembly: *Resolution 828 (1984) on enforced disappearances*, adoptada por la Asamblea el 26 de septiembre de 1984 (9.º período de sesiones), párr. 13.

relevantes de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

El GTDFI acabó formulando en 2005 una observación general sobre la correcta interpretación del artículo 18 de la Declaración en el que estableció lo siguiente:

Se considerará que una ley de amnistía es contraria a las disposiciones de la Declaración, aunque haya sido aprobada en referendo o procedimiento de consulta similar, si a consecuencia de su aplicación o implementación se produce directa o indirectamente, alguno o todos estos supuestos:

- a) Cesar la obligación del Estado de investigar, procesar y castigar a los responsables de las desapariciones, como prevén los artículos 4, 13, 14 y 16 de la Declaración;
[...]
- e) Sobreseer procesos penales o cerrar investigaciones contra presuntos responsables de desapariciones o imponer sanciones insignificantes...³⁴⁵

Por lo que:

... ni siquiera las normas internas, pueden obstaculizar el enjuiciamiento y la condena, al cabo de un proceso con todas las garantías internacionales, de quienes —bien por acción, bien por omisión— realizaran conductas que, en el momento de comisión, fueran delictivas o criminales según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.³⁴⁶

En nuestro país, según confirma el auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2008, existen 114266 personas desaparecidas, esto es, 114266 delitos de desaparición forzada que aún se están cometiendo, y esa permanencia delictiva en el tiempo es incompatible con la aplicación de la ley de amnistía de 1977 en nuestros días, ya que en la actualidad la propia evolución del derecho internacional y el mismo derecho internacional

³⁴⁵ GTDFI, observación general sobre el artículo 18 de la Declaración, doc. E/CN.4/2006/56, de 27 de diciembre de 2005, párr. 49, pp. 14-17.

³⁴⁶ Cf. C. VILLÁN DURÁN y C. FALEH PÉREZ: «Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la Guerra Civil y la dictadura», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 16 (2008), pp. 40-41.

humanitario «prohíben las medidas generales de gracia (indultos, amnistías) que impidan la exigencia de responsabilidades criminales a los responsables de violaciones graves de los derechos humanos».³⁴⁷

Otro argumento jurídico necesario que demuestra la inaplicación de la *ley de amnistía* en el plano internacional, es la llamada *dobles inconstitucionalidad*; es decir, la mencionada ley

... es ilegítima con respecto al derecho constitucional español, que a partir del 6 de diciembre de 1978, y por refrendación del constituyente primario, deroga todas las disposiciones legales anteriores que le sean contrarias, y que en el artículo 10 (2) del ordenamiento superior dispone que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»; y es ilegítima con respecto al derecho internacional de los derechos humanos, que obliga a los Estados a combatir la impunidad de los crímenes graves contra el derecho de gentes y a garantizar los derechos de las víctimas mediante el recurso efectivo a la justicia judicial.³⁴⁸

Para concluir, la *ley de amnistía* ha sido defendida por algunos sectores judiciales y políticos debido a su carácter “democrático”, al haber sido promulgada por unas Cortes democráticas. Sin embargo, “resulta jurídicamente insostenible afirmar que, para examinar la adecuación de una medida legislativa con las obligaciones internacionales vinculantes para el Estado, el parámetro de análisis pertinente haya de ser la naturaleza del órgano interno que la hubiera aprobado o el mayor o menor respaldo político que tal medida hubiera podido obtener. Aceptar este planteamiento supondría negar la existencia misma del Derecho Internacional».³⁴⁹

³⁴⁷ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n.º 5, *auto de 16 de octubre 2008*, p. 46.

³⁴⁸ H. VALENCIA VILLA: «La ley española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional», *loc. cit.*, pp. 197-198.

³⁴⁹ AEDIDH: *Informe en derecho*, *loc. cit.*, p. 15.

Vid. Council of Europe, Parliamentary Assembly: *Resolution 828 (1984) on enforced disappearances*, adoptada por la Asamblea el 26 de septiembre de 1984 (9.º periodo de sesiones).

3.1.3 EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL COMO COMPLEMENTO PARA INVESTIGAR CRÍMENES INTERNACIONALES

Conforme al principio de derecho internacional *pacta sunt servanda*, los Estados se comprometen a aplicar los tratados internacionales de buena fe y, concretamente, a no incumplir el derecho internacional resguardándose en su derecho interno.³⁵⁰

En nuestro caso, España alega la existencia de una ley interna para no cumplir con sus obligaciones internacionales de investigación de los crímenes contra los derechos humanos perpetrados en su territorio. Sin embargo, esa legislación únicamente vincula a España, no a un tercer Estado. Al igual que las leyes de obediencia debida y de punto final únicamente vinculaban a Argentina y no a España, o lo que es lo mismo, los delitos cometidos bajo la dictadura de las Juntas Militares no podrían haber sido juzgados por un tribunal argentino al estar sometido a su propio ordenamiento jurídico (incluidas las leyes de impunidad), pero sí por un tribunal español, ya que este no está sometido a la legislación argentina y contaba además con un artículo, el 23.4 de la LOPJ, que justificaba una posible persecución de los crímenes internacionales cometidos fuera de sus fronteras.

Antes de la reforma de 2009, el artículo 23.4 de la LOPJ facultaba a los tribunales españoles a conocer de:

4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.

³⁵⁰ Cf. art. 26 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Conviene también recordar el artículo 96 de la *Constitución española*, que establece que las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados «sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional». No figuran mencionados aquí únicamente los tratados internacionales, sino también las normas generales del derecho internacional (esto es, la costumbre), para las que se afirma su recepción automática en derecho español, lo que se traduce «desde el momento de cristalización de la costumbre en la comunidad Internacional, salvo oposición manifiesta de España en el momento de su formación». Cf. M. DIEZ DE VELASCO: *Instituciones de Derecho internacional público*, 16.ª ed., Madrid: Tecnos, 2007, p. 245.

- e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- i) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

El principio de justicia universal en España empezó a ejercerse con el enjuiciamiento de los ya comentados crímenes internacionales de segundo grado,³⁵¹ como por ejemplo, los delitos de falsificación de moneda o los delitos de tráfico ilegal de drogas. Sin embargo, fue a raíz de los llamados *juicios de Madrid* cuando en España se empezaron a perseguir crímenes internacionales de primer grado, lo que obtuvo una gran repercusión internacional, a partir del procesamiento al expresidente de Chile, Augusto Pinochet.

Sin embargo, el principio de jurisdicción universal ha sido puesto en entredicho por algunos Gobiernos que veían su implementación como una invasión en su propia jurisdicción. En opinión del profesor Remiro Brotóns, «el ejercicio de jurisdicción sobre la base del principio de universalidad perturbaría las relaciones bilaterales (entre quienes *ponen* los procesados y quienes *ponen* los jueces) sin garantizar, finalmente una administración eficaz de justicia».³⁵²

En España, la restricción del alcance del principio de jurisdicción universal cristalizó con la aprobación de la **LO 1/2009**, que limitó el conocimiento de los crímenes contra los derechos humanos únicamente a supuestos en los que estuvieran involucrados españoles o tuvieran alguna relación con España. El **artículo 23.4** contemplaba por entonces:

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos **deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España** y, en todo

³⁵¹ *Vid. supra.*, 3.1.1 «Concepto de crímenes internacionales».

³⁵² A. REMIRO BROTONS: «Derecho y política en la persecución de los crímenes internacionales en España», en J. TAMARIT SUMALLA (coord.): *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal, cit.*, p. 209.

caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.³⁵³

De aquella redacción del artículo 24.3 de la LOPJ debemos destacar la inclusión de la cláusula final: «sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España». Dicho inciso ha sido muy comentado por la doctrina ya que, igual que ocurre con la disposición del artículo 23.4 h):

... carece de toda lógica jurídica conferir tal potencialidad exclusivamente a las normas convencionales, si no fuese desde una perspectiva tan estrecha como desconocedora de los rudimentos básicos del Derecho internacional y de su relación con el o los ordenamientos jurídicos internos.³⁵⁴

Desde una perspectiva optimista podríamos entender que «si estos instrumentos internacionales no recogen en su articulado las exigencias que ahora se incorporan a la legislación interna, el juez español podría sortearlas de conformidad con esta normativa internacional».³⁵⁵

Los motivos que condujeron al legislador español a limitar el ejercicio del principio de justicia universal responden, según explicaciones políticas que se ofrecieron en su momento, al costo económico y político que su aplicación supondría para el Estado, y a hacer que el principio de justicia universal fuera «más eficaz y tenga relación con los intereses españoles»,³⁵⁶ lo que en opinión de parte de la doctrina significaría que «o bien no se está hablando de un principio cuyo fundamento es la persecución de crímenes que atentan contra el interés común de la Comunidad Internacional en su conjunto, o bien, hacerlo simplemente no es del interés de España».³⁵⁷

³⁵³ Sin negrita en el original.

³⁵⁴ J. CHINCHÓN ÁLVAREZ: «A propósito del proceso de reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: De los motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal», *Revista de Derecho de Extremadura*, 6 (mayo de 2009), p. 29.

³⁵⁵ J. M. SÁNCHEZ PATRÓN: «¿Réquiem por la justicia universal?», *Diario Levante* (Valencia) (23-10-2009).

³⁵⁶ Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados, núm. 90, celebrada el 25 de junio de 2009. *Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 95 (2009), p. 46.

³⁵⁷ J. CHINCHÓN ÁLVAREZ: «A propósito del proceso de reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial...», *loc. cit.*, p. 24.

Concretamente, en el preámbulo de la **LO 1/2009**, se establece en su epígrafe III:

En cumplimiento del mandato emanado del Congreso de los Diputados, mediante resolución aprobada el día 19 de mayo de 2009 con motivo del debate del estado de la Nación, se realiza un cambio en el tratamiento de lo que ha venido en llamarse la «jurisdicción universal», a través de la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para, de un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra. De otro lado, la reforma permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Esta referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no deja de ser sorprendente si atendemos a la STC 237/2005 de 26 de septiembre de 2005, la cual rechaza la interpretación tan restrictiva que tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional hicieron del mencionado artículo en el caso Guatemala. Concretamente, el Tribunal Constitucional en el FJ 8 de esta sentencia estableció:

Pues bien, al respecto debemos afirmar que tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el Art. 23.4 LOPJ, que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el Art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación *de facto* del Art. 23.4 LOPJ.³⁵⁸

Las interpretaciones restrictivas que el Tribunal Supremo formula al mencionado artículo en su sentencia de 25 de febrero de 2003, se basan en la necesidad de la existencia de un «interés nacional» para que los tribunales españoles puedan conocer del caso, y en la necesidad de que las víctimas sean españolas. En el FJ 9 de la sentencia 237/2005, el Tribunal Constitucional dispone:

La restricción basada en la nacionalidad de las víctimas incorpora un requisito añadido no contemplado en la ley, que además tampoco puede ser teleológicamente

³⁵⁸ Tribunal Constitucional, **sentencia 237/2005**, 26 de septiembre de 2005, FJ 8, p. 23.

fundado por cuanto, en particular con relación al genocidio, contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual prácticamente queda cercenada por su base [...]

La referencia al mismo (interés nacional) en la resolución impugnada es prácticamente nominal, careciendo de un mínimo desarrollo que permita concretar su contenido, lo cierto es que con su inclusión el núm. 4 del Art. 23 LOPJ queda prácticamente huérfano de contenido, al ser reconducido a la regla de competencia jurisdiccional contemplada en el número anterior.

La **OACNUDH** en su informe sobre iniciativas de enjuiciamiento propuso cinco consideraciones orientativas que todo Estado debería tener en cuenta a la hora de implementar cualquier iniciativa de enjuiciamiento, sea esta interna o de carácter internacional.

En primer lugar, la iniciativa debe estar apoyada por un claro compromiso político en relación con la rendición de cuentas que comprenda los complejos objetivos que se pretende conseguir. A su vez, cualquier iniciativa de enjuiciamiento requerirá:

- una comprensión clara de los *crímenes del sistema* (es decir, genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra si se cometen en gran escala) y de la forma que deben ser investigados y enjuiciados;
- la elaboración de procesos que sean capaces de *inspirar la confianza de los ciudadanos* en las instituciones que se ocupan de los procesamientos y los juicios, tanto en los aspectos técnicos como en los sustantivos y
- una apreciación del *papel que deben desempeñar las víctimas* en el proceso judicial y un empeño particular por restaurar la dignidad de las víctimas en cuanto ciudadanos con derechos.³⁵⁹

En segundo lugar, la iniciativa debe contar con una estrategia clara para hacer frente a las dificultades que suponen el gran universo de casos, el gran número de sospechosos, los limitados recursos y las expectativas contrapuestas.

En tercer lugar, la iniciativa debe contar con la capacidad y la pericia técnica necesarias para investigar y enjuiciar los crímenes de que se trate, así como ser conscientes de su complejidad y de la necesidad de métodos especializados.

³⁵⁹ OACNUDH: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2006, p. 5.

En cuarto lugar, la iniciativa debe prestar particular atención a las víctimas, velando en la medida de lo posible por una participación genuina de estas, y garantizar una protección adecuada de los testigos.

En quinto y último lugar, la iniciativa debe ejecutarse con un cabal conocimiento de la legislación pertinente y la apreciación de las capacidades de gestión de los juicios, así como con un firme compromiso con el debido proceso.³⁶⁰

El profesor Tomuschat, antiguo experto de la *Comisión de Derechos Humanos* y de la *Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas*, así como antiguo coordinador de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (Guatemala), entiende que el principio de justicia universal consagrado en el antiguo artículo 23.4 de la LOPJ es una de las opciones entre los distintos modelos de enjuiciamiento de los crímenes contra los derechos humanos.

El primero de ellos, el tradicional, consiste en que «cada Estado persigue los crímenes cometidos en su territorio. En base a su soberanía, se le impone la responsabilidad de asegurar el orden público en su territorio».³⁶¹ Aunque este puede parecer el modelo más adecuado al encargarse cada Estado de enjuiciar los crímenes que se cometen en el territorio que está bajo su jurisdicción, nos encontramos con que hay Estados que por la situación de crisis política o social en la que se encuentran después de un conflicto interno, sus sistemas judiciales son incapaces de garantizar un proceso con las mínimas garantías y, por consiguiente, nadie puede ser procesado por los presuntos actos criminales que se le puedan atribuir y es en este punto cuando es necesario que la comunidad internacional actúe.

Las alternativas a este modelo que hoy en día se nos presentan son, según el profesor Tomuschat, dos. Una de ellas, es precisamente el principio de justicia universal. Dicho principio encuentra su fundamento en:

La posición de garante que ostenta cada Estado como parte de la comunidad internacional para la indispensable protección de intereses de carácter supranacional que afectan a toda la comunidad internacional. Es el instrumento

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 2.

³⁶¹ Christian TOMUSCHAT: «El sistema de justicia penal internacional», en J. SOROETA LICERAS (dir.): *Los Derechos Humanos frente a la impunidad. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Volumen X*, Leioa: Universidad del País Vasco, servicio editorial, 2009, p. 12.

que, desde la solidaridad internacional, posibilita la persecución y el enjuiciamiento de los crímenes más graves e intolerables que ofenden a toda la comunidad internacional.³⁶²

Las ventajas que ofrece este principio son cuantiosas, a saber: hacer uso de tribunales que ya existen, como son los tribunales nacionales, y brindar la posibilidad de que, siempre que se localice al autor de un crimen contra la comunidad internacional, pueda haber una instancia para perseguirlo en cualquier parte del mundo.

Sin embargo, según el profesor Ollé, las dificultades que este principio presenta son a su vez numerosas, ya que «¿podemos realmente confiar en la objetividad de todos los jueces del mundo? Como sabemos, el poder judicial muchas veces no es otra cosa que el brazo del Gobierno en todo lo que es considerado político».³⁶³ Tenemos numerosos ejemplos actuales de la falta de voluntad por parte de tribunales de enjuiciar crímenes con gran relevancia política, entre otros: los tribunales de Guatemala no han perseguido hasta la fecha a los autores de los genocidios descritos en el informe de la CEH. Los jueces estadounidenses no han tenido la iniciativa de intentar clausurar el campo de concentración de Guantánamo, a pesar de la trascendencia internacional que sigue teniendo este caso y a pesar de la supuesta intención por parte de su actual presidente, Barack Obama, por cerrar dicha prisión.

Y por supuesto en nuestro país, no ya solo el silencio que históricamente ha habido en lo referente a la posibilidad de iniciar una investigación penal de los crímenes de la Guerra Civil o los años del franquismo, sino también la actitud tanto de la clase política como la de un amplio sector del Poder Judicial español, totalmente contraria a la investigación de tales hechos, como ha podido comprobarse con el procesamiento por presunta prevaricación del ya exmagistrado Baltasar Garzón al intentar investigar estos crímenes, ya que en palabras del propio Tribunal Supremo:

La búsqueda de la verdad es una pretensión tan legítima como necesaria. **Corresponde al Estado a través de otros organismos** y debe contar con el concurso de todas las disciplinas y profesiones, especialmente a los historiadores. Pero no corresponde al juez de instrucción...³⁶⁴

³⁶²C. TOMUSCHAT, *loc. cit.*, p. 16.

³⁶³M. OLLÉ SESÉ, *op. cit.*, p. 59.

³⁶⁴Tribunal Supremo, *sentencia 101/2012*, 27 de febrero de 2012, p. 10. Sin negrita en el original.

Sin embargo, el principio de justicia universal fue finalmente derogado del ordenamiento jurídico español cuando el 13 de marzo de 2014 fue aprobada una nueva reforma de la LOPJ³⁶⁵ que limitaba el conocimiento de los tribunales españoles de aquellos hechos cometidos fuera de nuestras fronteras que por su gravedad ofendieran a toda la comunidad internacional.

Las razones que propiciaron la rápida eliminación de este principio del ordenamiento español responden a presiones políticas y diplomáticas venidas de las grandes potencias económicas, sobre todo China. En efecto, el Gobierno chino mostró su indignación ante las autoridades españolas ante el hecho de que dos de sus expresidentes (Jiang Zemin y Hu Jintao) fueran imputados ante los tribunales españoles por el genocidio cometido en el Tíbet.

Organizaciones de derechos humanos y de la sociedad civil se mostraron contrarias a la modificación del artículo 23 de la LOPJ, como muestra la declaración conjunta firmada por ciento veinte organizaciones de la sociedad civil, entre ellas la AEDIDH, que denunciaba el sentir de la comunidad internacional ante la derogación de este principio: «estos crímenes [por los recogidos en el artículo 23] golpean la conciencia de la humanidad y han de ser castigados; es deber de todo Estado investigar y perseguir a sus responsables».³⁶⁶

Las organizaciones firmantes alegaban que la posibilidad de que los Estados juzgaran este tipo de crímenes residía en que «son tan graves que todo Estado tiene el deber de investigar y perseguirlos o de extraditar a cualquier persona que esté en su territorio sospechosa de cometer tales crímenes», es decir, la persecución de estos crímenes supone una verdadera obligación internacional, al estar, de hecho, afianzada en seis tratados internacionales.

El escenario tras la reforma establece que en caso de producirse crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, para que estos puedan ser conocidos por los tribunales españoles el sospechoso debe ser español o ciudadano extranjero residente en España; o extranjero que se encuentre en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. En caso de crímenes de tortura y desaparición forzada, los tribunales españoles conocerán si el sospechoso fuese español o, alternativamente, si la víctima tuviera la nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona sospechosa se encontrara en territorio español. La reforma igualmente habilita a

³⁶⁵ BOE núm. 63, 14 de marzo de 2014, pp. 23026-23031.

³⁶⁶ *Vid.* texto completo en «Los legisladores españoles deben rechazar la reforma propuesta que pretende cerrar la puerta a la justicia para los crímenes más graves».

los jueces españoles a perseguir delitos cuyo carácter obligatorio venga impuesto por un tratado internacional, siempre que el sospechoso sea extranjero que se encuentre en territorio español y que así lo disponga un tratado internacional vigente para España.

Como puede apreciarse, el espíritu que inspiró la aprobación del artículo 23 original de la LOPJ, desaparece con esta nueva reforma, limitando su vocación universal, característica que, hasta esta reforma, ha definido a este artículo.

La segunda opción con la que contamos para enjuiciar crímenes internacionales, en caso de no poder hacerlo en el país en el que se cometieron, sería la creación de tribunales internacionales que cuenten con la competencia de procesar a las personas sospechosas de haber cometido tales crímenes.

Por una parte contamos con tribunales creados *ad hoc* por el Consejo de Seguridad, haciendo uso del capítulo VII de la *Carta de las Naciones Unidas*. La gran ventaja con la que cuenta esta vía es el efecto inmediato de las resoluciones coercitivas del Consejo de Seguridad. No hay que esperar a que los Estados ratifiquen ningún tratado, como sucedió con el *Estatuto de Roma* con el que se tuvo que esperar a que fuera ratificado por sesenta Estados para que entrara en vigor y la CPI pudiese comenzar a funcionar.

Los tribunales *ad hoc* deben diferenciarse de los tribunales mixtos debido a que «aquéllos celebran generalmente sus juicios en el extranjero»,³⁶⁷ mientras que los tribunales mixtos «se definen como tribunales de composición y jurisdicción mezcladas, que comprenden aspectos tanto nacionales como internacionales, y operan normalmente dentro de la jurisdicción en que se produjeron los delitos».³⁶⁸

Tal y como ha explicado la *OACNUDH*, «los tribunales mixtos han adquirido recientemente importancia como uno de los avances más notables de la justicia de transición, al haber sido establecidos en circunstancias muy diversas y para atender a necesidades diferentes».³⁶⁹

³⁶⁷ OACNUDH: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Aprovechamiento al máximo del legado de los tribunales mixtos*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2008, p. 2.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 1.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 5.

Experiencias significativas de Estados que gestionaron su período transicional mediante tribunales mixtos las encontramos en Kosovo (Serbia) y Timor-Leste:

Una administración de las Naciones Unidas incorporó juristas internacionales a los regímenes jurídicos nacionales, a fin de hacer frente al desafío de enjuiciar delitos masivos y asuntos políticamente delicados, en el contexto de un sistema nacional sumamente débil. [...] [A su vez,] en 2005 se creó en Bosnia y Herzegovina, por acuerdo entre la Oficina del Alto Representante, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y las autoridades nacionales, una Sala Especial de Crímenes de Guerra.³⁷⁰

Los motivos que han conducido a la creación de un tribunal mixto son diversos, pero la OACNUDH ha destacado principalmente dos:

Primero, la falta de capacidad o de recursos a nivel nacional: con frecuencia se han establecido tribunales mixtos cuando el sistema jurídico nacional carecía de capacidad técnica y jurídica, o de recursos básicos, para enjuiciar imparcialmente delitos pasados y presentes. Como consecuencia, en algunos casos, las intervenciones mixtas han tenido por objeto contribuir a los esfuerzos por reforzar la capacidad jurídica. Por ejemplo, en Timor-Leste, Kosovo y Bosnia y Herzegovina, la asistencia internacional ha sido un componente de esfuerzos más amplios orientados a poner en funcionamiento tribunales penales. También se han creado tribunales mixtos para superar obstáculos jurídicos internos, como la amnistía o la inmunidad soberana, aplicando directamente el derecho internacional con objeto de garantizar la utilización de criterios internacionales de imparcialidad.

Segundo, el temor a prejuicios sobre la falta de independencia de la Administración de Justicia. En algunos casos se ha introducido un elemento internacional para vencer la impresión de prejuicios o falta de independencia del régimen jurídico que pudiera impedir el enjuiciamiento competente de los asuntos. Este ha sido un factor de motivación para establecer mecanismos mixtos en la ex Yugoslavia o Camboya. Se presume también que los jueces y fiscales internacionales serán generalmente menos vulnerables a las amenazas a su seguridad o a la presión política.³⁷¹

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ OACNUDH: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Aprovechamiento al máximo del legado de los tribunales mixtos*, cit., pp. 5-6.

Por otro lado, el enjuiciamiento en un proceso penal ante un tribunal estatal de los responsables ha demostrado que «los tribunales sólo son capaces de procesar a un puñado de los presuntos perpetradores, a través de procedimientos costosos y que se corre el riesgo de alargarse en el tiempo».³⁷² Los tribunales creados *ad hoc* para la *ex Yugoslavia* y para *Ruanda*, dotados de grandes recursos presupuestarios, han enjuiciado entre los dos a algo menos de cien personas.³⁷³

Además la creación de este tipo de tribunales ofrecería mayores garantías de independencia e imparcialidad, al ser los jueces nombrados por órganos de las Naciones Unidas.

Las dificultades con las que nos encontramos en este tipo de procesos se derivan de que son tribunales que actúan muy lejos de la zona de conflicto donde los crímenes fueron perpetrados, lo que puede dificultar la recolección de pruebas o la audiencia de testigos, algo mucho más accesible en caso de que estuviésemos enjuiciando a los responsables en el país donde los crímenes se cometieron.

En opinión de R. Zacklin:

... [factores como] la mala comprensión de su naturaleza y de sus funciones por parte de los destinatarios de la justicia impartida por ellos, el carácter excesivamente burocrático de esos organismos e incluso su incapacidad para

³⁷² W. A. SCHABAS: «Comisiones de la Verdad y Memoria», en F. GÓMEZ ISA (dir.), *El derecho a la memoria*, cit., p. 103.

La OACNUDH ha expresado su preocupación acerca de la llamada *brecha de impunidad* (el hecho de que solo se pueda enjuiciar a un determinado número de autores de crímenes contra los derechos humanos dentro de un proceso de transición en un determinado país), ya que plantea el problema de cómo proceder con el resto de autores y, por supuesto, sus víctimas. A este respecto, la OACNUDH ha establecido: «El que muchas personas no vayan a ser investigadas, y mucho menos procesadas, no debe significar que hayan de escapar a toda forma de rendición de cuentas. Siempre que sea posible, debe procurarse adoptar alguna medida respecto de los numerosos responsables que probablemente no lleguen a enfrentarse a la justicia penal. Por ejemplo, miles de militares y funcionarios públicos no procesados en Grecia en 1974 fueron sometidos a un profundo proceso de depuración. Otro ejemplo es el de Timor-Leste, donde los autores de delitos menos graves han sido sometidos a procesos de reconciliación con la comunidad y están obligados a prestar servicios comunitarios». *Vid.* OACNUDH: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento*, cit., pp. 9-10.

³⁷³ Cf. W. A. SCHABAS: *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 86 y ss.

promover la reconciliación de las partes, hacen calificar a estos tribunales como costosos, ineficientes e ineficaces.³⁷⁴

Aparte de los tribunales mixtos y *ad hoc*, contamos con la **Corte Penal Internacional** (CPI) en funcionamiento desde julio de 2002, cuyo Estatuto a la fecha ha sido ratificado por ciento veintinueve Estados pero con notables ausencias como EE.UU., Federación de Rusia, India o China, lo que incluye a tres de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Su falta de universalidad pone de relieve las limitaciones con las que cuenta esta Corte.

Además, el papel de la CPI es subsidiario, ya que no puede iniciar una investigación si en el Estado que tiene jurisdicción sobre el asunto ya está en marcha otra investigación o enjuiciamiento. Sin embargo, si el Estado en cuestión no está dispuesto a llevar a cabo el procesamiento o no es capaz de hacerlo, la CPI puede intervenir.

Importante es tener en cuenta la competencia *ratione temporis* de la CPI, ya que tal y como establece el artículo 11 del **Estatuto de Roma**:

1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.
2. Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12.

Este artículo consolida la irretroactividad de la competencia de la CPI, poseyendo un alcance similar al artículo 35 de la **Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas**, que establece que «la competencia del Comité sólo se extiende a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención».

Ambas cláusulas impiden incluso que casos de desapariciones forzadas iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de Roma o de la Convención Internacional puedan ser conocidos respectivamente por la CPI o por el **Comité contra las Desapariciones Forzadas**, a pesar del carácter continuado de la desaparición y de que el caso no haya sido esclarecido.

³⁷⁴Ralph ZACKLIN: «The Failings of Ad Hoc International Tribunals», *Journal of International Criminal Justice*, 2, núm. 2 (junio 2004), p. 542 y ss.

Tampoco se podría iniciar un proceso ante la CPI en el caso de crímenes cometidos en el territorio de un Estado que no haya ratificado el Estatuto de Roma. Esto hace que los crímenes ocurridos en lugares como China, India, Federación de Rusia o los mismos EE.UU., queden fuera del alcance de la CPI.

Sin embargo, en caso de que, por ejemplo, un ciudadano norteamericano cometa un crimen o se encuentre en el territorio de un Estado que sí está sometido a la jurisdicción de la CPI, aquel podría ser puesto a disposición de la CPI en La Haya.

Habiendo apuntado hasta aquí las diferentes posibilidades de enjuiciar a los responsables de crímenes contra los derechos humanos, podemos concluir que el inicio de un proceso de estas características en los tribunales internos de un país recién salido de un conflicto o de una dictadura, con una sociedad todavía dividida, con un Poder Judicial inexistente o controlado por el Poder Ejecutivo o las Fuerzas Armadas, es muy difícil ejercer la acción penal, ya que sería prácticamente imposible que el proceso contara con las debidas garantías de independencia, imparcialidad o igualdad de armas.

Para estos casos, tribunales como la CPI o un tribunal *ad hoc* o mixto (ex Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona), o la posibilidad de enjuiciar los hechos en un tercer país en ejercicio de la jurisdicción universal (hoy en día limitada en España por la reforma de la LOPJ operada en 2009), son la mejor solución (con los inconvenientes apuntados) al poder garantizarse la aplicación de las debidas garantías del procedimiento penal.

Sin embargo, en el caso de un país que cuente con una separación de poderes, con un Poder Judicial aparentemente independiente y que haya transcurrido el tiempo necesario para poder iniciar una investigación objetiva de los hechos, la mejor opción puede ser iniciar el proceso penal en el mismo país donde esos hechos fueron cometidos. Si esa posibilidad es real, la sociedad siempre vería con mejores ojos que fueran sus propios tribunales los que enjuiciarán a los responsables de los delitos contra los derechos humanos, ya que la constitución de, por ejemplo, un tribunal *ad hoc* podría acarrear reacciones como la de ciertos sectores de la sociedad yugoslava ante el TPI para la ex Yugoslavia, para quienes «la existencia del tribunal y su actividad reflejan una situación de país ocupado por fuerzas occidentales»³⁷⁵ o «la sensación de que la justicia les viene impuesta desde el exterior».³⁷⁶

³⁷⁵C. TOMUSCHAT, *loc. cit.*, p. 17.

³⁷⁶S. SALINAS ALCEGA: «Los Tribunales Penales Mixtos como instrumentos en la lucha contra la impunidad por la Comisión de Crímenes Internacionales», en J. SOROETA LICERAS (dir.): *Los Derechos Humanos frente a la impunidad*, *op. cit.*, p. 192.

Por tanto, si un Estado cuenta con los recursos suficientes y puede proporcionar las debidas garantías del procedimiento, la mejor opción es que sea él mismo el que juzgue los hechos que en su territorio se cometieron.³⁷⁷ Además, la constitución de una comisión de la verdad para que realice una primera investigación extrajudicial, independientemente de la información que podría brindar a la posterior investigación judicial, favorecería que la misma sociedad nacional apoyara el inicio del procedimiento, al participar la misma de lleno en las actuaciones de la comisión y no sienta, como en el caso yugoslavo, que la justicia le es impuesta desde fuera. Sería la propia sociedad nacional, mediante sus instituciones, la que estaría juzgando los crímenes que se cometieron en su propio territorio.³⁷⁸

3.2 *El derecho de las víctimas a conocer la verdad*

Durante las sesiones públicas de la **Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica** se pudieron escuchar testimonios como los siguientes:

Queremos entender por qué ellos mataron a nuestros parientes y por qué no fueron encarcelados.

Necesitaba la verdad... Francamente quería verdad, reconciliación y justicia.

La **TRC** se caracterizó porque fue la única Comisión legitimada para otorgar amnistías a los responsables de los delitos contra los derechos humanos investigados durante el período de su mandato. La sociedad civil sudafricana «sacrificó» el derecho de toda víctima a que el responsable que cometió el delito que le causó ese perjuicio sea juzgado, a cambio de que la verdad de todo lo sucedido durante ese período sea públicamente revelada. Podríamos entenderlo como el precio que la sociedad sudafricana estuvo dispuesta a pagar para conocer la verdad.

³⁷⁷ El informe del Secretario General *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, afirma que «desde luego, los sistemas de justicia nacionales deben ser el primer recurso en materia de rendición de cuentas» (doc. S/2004/616, párr. 40). «Si bien la comunidad internacional está obligada a intervenir directamente para proteger los derechos humanos y la seguridad de las personas en situaciones en que un conflicto ha obstado al imperio de la ley en el plano interno o lo ha desvirtuado, a la larga ninguna medida ad hoc de carácter temporal o externo podrá sustituir a un sistema de justicia nacional que funcione debidamente» (doc. S/2004/616, párr. 34).

³⁷⁸ *Vid. supra* 2.1.1 a. «Mandato, donde se trata de la importancia de que la sociedad civil tenga una labor activa durante el período de investigación de la comisión de la verdad».

Ruth Picker en su investigación sobre las sesiones de la TRC afirma:

Las víctimas tenían expectativas muy altas respecto a la posibilidad de que la verdad saliese finalmente a la superficie. Sentían que sería lo que conseguirían a cambio de la renuncia a su derecho a que los responsables de las violaciones fueran enjuiciados.³⁷⁹

Como hemos demostrado en el capítulo primero, la existencia de un derecho a la verdad (con todo lo que ello engloba) es innegable en el marco internacional y conlleva una serie de obligaciones, tanto de hacer como de no hacer, por parte del Estado, que tiene que velar porque las víctimas de crímenes contra los derechos humanos sean efectivamente reparadas. El problema, pues, reside en la reparación.

Tal y como se afirmó en el epígrafe 2.2.1 («Reparaciones acordadas a las víctimas») no hay reparación total a las víctimas sin justicia penal. Han sido relatadas hasta ahora numerosas experiencias que, de una forma u otra, y con más o menos éxito, han intentado juzgar a los responsables de los delitos contra la humanidad que se cometieron en sus países. Sin embargo, a pesar de que hay casos en los que por falta de voluntad política (muchas veces exteriorizada en forma de una ley de amnistía que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo se resisten a derogar y el Poder Judicial debe seguir aplicando), el enjuiciamiento de los responsables es imposible.

Pero es común a todos los casos que hasta ahora hemos comentado el inicio de una investigación sobre los hechos, para averiguar las circunstancias en que los crímenes se cometieron, saber quién los cometió y cuáles han sido las verdaderas consecuencias que estos hechos han producido.

Este es un derecho (e incluso una necesidad) tan valioso para las víctimas como para la sociedad en su conjunto, ya que si bien hemos demostrado que el desconocimiento del paradero de una persona puede acarrear para las víctimas un sufrimiento tal que puede llegar a considerarse tortura, la sociedad necesita conocer la totalidad de la historia para que esté en disposición de adoptar las medidas necesarias con el fin de que hechos tan atroces no vuelvan a repetirse.

Dejando a un lado el procesamiento penal de los responsables, una reparación íntegra y justa a las víctimas no puede conllevar únicamente una mera reparación económica o simbólica. Este tipo de reparaciones deben ir acompañadas de un conocimiento íntegro y objetivo de la verdad.

³⁷⁹R. PICKER: «Las sesiones ante la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica: Perspectiva desde las víctimas», en F. GÓMEZ ISA (dir.): *El derecho a la memoria, cit.*, p. 122.

La mayoría de los países latinoamericanos con experiencias conexas a la española ha creado una comisión de la verdad para esclarecer los hechos que se cometieron durante el período de dictaduras militares en que se perpetraron las más importantes violaciones a los derechos humanos y ayudar así a una hipotética reconciliación nacional que, como ya hemos apuntado, es una tarea más dificultosa.

3.2.1 LOS INTENTOS DE ENJUICIAR LOS CRÍMENES COMETIDOS DURANTE LA GUERRA CIVIL Y EL FRANQUISMO EN ESPAÑA

El caso de España es realmente singular. No se ha realizado una investigación de las desapariciones forzadas y otros crímenes de lesa humanidad cometidos a partir de 1936, a pesar de haber transcurrido casi cuarenta años desde el fin de la dictadura franquista. Tras la Guerra Civil, únicamente se realizaron investigaciones de los crímenes internacionales por el bando sublevado, y

... sin atender a las garantías básicas de la justicia formal y material vigentes en el momento de los hechos: basta citar [...] los consejos de guerra por delitos de rebelión o auxilio a la rebelión, un ejemplo de la justicia al revés porque los acusadores eran precisamente los que se habían sublevado con las armas contra el orden constitucional vigente, y las leyes de represión política adoptadas por el franquismo.³⁸⁰

Muerto el dictador el 20 de noviembre de 1975, en España se estableció una democracia formal a partir de la Constitución de 1978 y así ha permanecido hasta nuestros días, a pesar de las gravísimas carencias y violaciones del Estado de derecho que se han sucedido durante la transición política. Entre ellas, cabe citar el intento de golpe de Estado militar de 1981, el terrorismo de ETA y los casos de terrorismo de Estado documentados en sede judicial (casos GAL y Batallón Vasco Español). Pero la legalidad constitucional se ha interpretado que es compatible con el rechazo a investigar los crímenes cometidos por el régimen franquista. Para ello se ha esgrimido la excusa jurídico-formal de la vigencia de la *ley de amnistía de 1977* y el argumento político de «no querer abrir viejas heridas».

Desde el inicio de la democracia únicamente se contabilizaron tres ocasiones en las que los particulares denunciaron ante los tribunales crímenes de lesa humanidad, sin mayor éxito en las pretensiones de esclarecimiento.

La primera fue el caso Ruano (1996), en el que el abogado de la acusación particular exigió para la aplicación de la amnistía que los dos policías acusados de haber matado a un joven estudiante confesaran haber cometido el delito y haber actuado

³⁸⁰M. CAPELLÀ I ROIG, *op. cit.*, p. 279.

por motivos políticos, tal y como exigían los presupuestos de la ley de amnistía de 1977. Al negar los policías haber matado a Ruano y actuar por motivos políticos, se rechazó que la amnistía fuera aplicable a este caso. Finalmente ambos policías fueron absueltos por falta de pruebas.

El segundo intento se produjo en el año 1998 tras una denuncia interpuesta, en palabras de Alicia Gil, «por una supuesta asociación de víctimas» por la matanza de Paracuellos del Jarama llevada a cabo por las fuerzas republicanas durante la Guerra Civil. El por entonces magistrado titular del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, siendo competente para el conocimiento de tales hechos, en su **auto** de 6 de marzo de 2000 confirmó el archivo de la querrela al desestimar el recurso presentado por la asociación alegando mala fe por parte de los querellantes y prescripción de los hechos.

En el auto de 16 de octubre de 2008, el citado magistrado establece:

Los hechos allí denunciados [la matanza de Paracuellos del Jarama], sin restar un ápice a la importancia, trascendencia y gravedad de los mismos, no podían determinar la apertura de un procedimiento porque, tras la finalización de la contienda civil, tales hechos se investigaron, se procuró sancionar a los posibles responsables y las víctimas fueron identificadas. Y además, nunca se pretendió con tales hechos atentar contra Altos Organismos de la Nación y por ende la competencia nunca sería de este Juzgado ni de la Audiencia Nacional, sino del Juez competente en razón al lugar en el que se cometieron los hechos.³⁸¹

En tercer lugar, la decisión más ambiciosa la formuló el mismo magistrado Garzón el 16 de octubre de 2008 cuando se declaró competente para investigar miles de casos de desapariciones forzadas que fueron denunciados ante la Audiencia Nacional por un número importante de asociaciones para la recuperación de la memoria histórica, representativas de todas las comunidades autónomas de España.

La querrela de las asociaciones, de 15 de diciembre de 2006, fue acompañada de un dictamen de la **AEDIDH** en el que se desarrollaron los fundamentos jurídicos que, en correcta aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, debía conducir al magistrado a iniciar la investigación judicial de los hechos denunciados. Tales fundamentos fueron los siguientes:

³⁸¹ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n.º 5, **auto de 16 de octubre de 2008**, p. 49.

En primer lugar,

... España, desde su ingreso en las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1955, asumió por escrito, en un tratado internacional, la obligación de tomar medidas para respetar efectivamente los derechos humanos y libertades fundamentales que el Derecho Internacional universalmente reconoce.³⁸²

Sin embargo, antes de la entrada del Estado español en el sistema de Naciones Unidas, la obligación de tomar todas las medidas posibles para respetar los derechos humanos de sus ciudadanos ya existía para España pues formaban parte del derecho internacional consuetudinario «en vigor y obligatorio para España, siempre y cuando se acredite su existencia o vigencia»³⁸³, y es que

... en Derecho internacional la costumbre internacional posee, en principio, igual valor jurídico que el tratado internacional y es por tanto una fuente de Derecho apta o idónea para imponer a los Estados obligaciones jurídicas, incluso en el ámbito de las relaciones de un Estado con los particulares, gozando las mismas de precedencia, prioridad o primacía frente a toda norma del Derecho interno del Estado.³⁸⁴

En segundo lugar, y a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia del acceso de toda persona a la justicia:³⁸⁵

³⁸² AEDIDH: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la guerra civil y la dictadura, cit.*, p. 8.

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 8.

³⁸⁵ Tribunal Constitucional, *sentencia 95/2003*, 22 de mayo de 2003, FJ 5, párr. 2. La sentencia estableció, en conexión con el PIDCP, el alcance del artículo 24 de la Constitución española (derecho a la tutela judicial efectiva): «Todas las personas tienen derecho... a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales» según dice el art. 24.1 CE; ello es así, no solo por la dicción literal del citado artículo («todas las personas»), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el art. 10.2 CE, de conformidad con el art. 10 DUDH, con el art. 6.1 Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y con el art. 14.1 PIDCP, textos todos los cuales el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a «toda persona» o a «todas las personas», sin atención a su nacionalidad (Tribunal Constitucional, *sentencia 99/1985*, de 30 de septiembre de 1985, FJ 2).

... cualquier Estado que como España tenga la condición de Parte en el PIDCP, consiste en la obligación de debida diligencia para adoptar todas las medidas necesarias al objeto de (si no fue posible evitar) al menos castigar, investigar o reparar los daños causados (sea por acciones u omisiones de los agentes del Estado o atribuibles a los particulares).³⁸⁶

En tercer lugar, según el Proyecto de Artículos aprobado por la **Comisión de Derecho Internacional** y que figura como anexo a la **resolución 56/83**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 2001, no deja margen a la duda cuando declara en sus dos primeros artículos:

Artículo 1

Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

Artículo 2

Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

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

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

Es decir, tal y como ha establecido la **AEDIDH**:

Basta, pues, con que exista un ilícito (acción u omisión) atribuible al Estado, sin requerirse ningún ánimo o dolo especial para vulnerar la norma internacional en vigor para el Estado: si una acción u omisión del Estado es contraria a una «obligación» internacional, incurre aquél en responsabilidad internacional, sin ninguna otra exigencia o requisito.³⁸⁷

³⁸⁶ **AEDIDH**: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la guerra civil y la dictadura*, cit., p. 13.

³⁸⁷ **AEDIDH**: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la guerra civil y la dictadura*, cit., p. 26.

Teniendo este argumento como base principal, sostenemos:

... todas las acciones (pero también omisiones) [...] que fueron cometidos, ordenados, planificados o instigados desde 1936 por el movimiento de sublevación militar anti-constitucional [...] pasaron a convertirse en hechos ilícitos del Estado español en virtud del principio de continuidad de la personalidad del Estado y del de continuidad entre el movimiento insurrecto y el nuevo gobierno violentamente instaurado.³⁸⁸

Sin embargo, conviene destacar también el artículo 12 del Proyecto de Artículos que establece la responsabilidad del Estado no solo cuando se viola un tratado internacional, sino también cuando se violan reglas internacionales de otra naturaleza:

Artículo 12

Existencia de violación de una obligación internacional

Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

En cuarto lugar, el dictamen de **AEDIDH** destaca deliberadamente el párrafo 1 del artículo 17 de la **Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas**, el cual reconoce el carácter continuo o permanente del delito de desaparición forzada:

Artículo 17

1. Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos.³⁸⁹

En quinto lugar, se alegó la vigencia de la llamada *cláusula Martens*, principio esencial del *corpus iuris* denominado *derecho internacional humanitario*, incluida dentro del **IV Convenio de La Haya relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre**, firmada por España el 29 de julio de 1899 y ratificada el 4 de septiembre de 1900, en el momento de la comisión de los crímenes investigados por el exmagistrado Garzón en su auto de 16 de octubre de 2008. Dicha cláusula contempla:

A la espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las altas partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 27.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 30.

casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellos, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del Derecho de Gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública

Según lo anteriormente expuesto y en opinión de la **AEDIDH**:

... los Estados reconocieron entonces que (a) las normas consuetudinarias [...] que ellos revisan por medio del Reglamento anejo están destinadas a servir de regla general de conducta a los beligerantes *también* en las relaciones con los pueblos; (b) que no era su intención abandonar los casos no previstos a la apreciación arbitraria de quienes dirigen los Ejércitos; y (c) que, en los casos no comprendidos en el Reglamento, pueblos y beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio del derecho de gentes dimanantes de los usos establecidos entre Naciones civilizadas, las leyes de la humanidad y exigencias de la conciencia pública.³⁹⁰

Por todo lo explicado, la **AEDIDH** consideró:

En España, puede sostenerse que los crímenes de lesa humanidad cometidos desde el inicio de la Guerra Civil y después (cesada la guerra) fueron ejecutados o estaban conectados con un conflicto armado donde se produjeron también violaciones de las leyes y usos de la guerra. Por tanto, durante y después de la guerra, estuvieron vinculados a violaciones de las leyes y usos de la guerra (crímenes de guerra) codificados en tratados obligatorios para España con anterioridad al conflicto armado.³⁹¹

Los fundamentos jurídicos desarrollados en el comentado dictamen fueron, como se comprobará a continuación, recogidos en su mayoría por el auto de 16 de octubre de 2008 del entonces magistrado Baltasar Garzón, el cual dictó un primer auto el 15 de diciembre de 2006 por el que adoptó importantes medidas para iniciar la investigación judicial de los hechos denunciados por las Asociaciones.

El magistrado se declaró competente para el conocimiento de:

... unas denuncias presentadas por Asociaciones para la recuperación de la memoria histórica de varios territorios en las que, como hemos declarado probado, ponen en conocimiento del Juzgado la desaparición de familiares sin conocer la

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 35.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 38.

verdad de los hechos acaecidos, el lugar de fallecimiento y de su enterramiento, y solicitan la tutela judicial para la exhumación e identificación de los cadáveres y así poder honrarlos y homenajearlos.³⁹²

Entre los razonamientos jurídicos esgrimidos por el magistrado para conocer de los citados hechos encontramos los siguientes:

En el primer razonamiento a resaltar se establece:

Los hechos objeto de denuncia nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española, por lo que hasta el día de la fecha, la impunidad ha sido la regla frente a unos acontecimientos que podrían revestir la calificación jurídica de crimen contra la humanidad³⁹³

El segundo razonamiento jurídico a destacar corrobora lo ya sostenido por la **AEDIDH**, al afirmar la existencia de legislación internacional de obligado cumplimiento para el Estado español en el momento de la comisión de crímenes internacionales durante la Guerra Civil y la posterior dictadura:

Las dificultades [...] se pueden plantear tanto por razón de la naturaleza jurídica de los hechos a investigar como por la propia persecución de los mismos, en vista de la fecha en la que acontecieron; aunque la naturaleza de los crímenes, siguiendo la propia doctrina emanada de los principios de Núremberg, está clara, [...] si se aplican los convenios anteriores, en particular la Convención de Ginebra de 1864, con la que se dio comienzo a la codificación del derecho humanitario, así como las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre Leyes y Usos de la Guerra. La primera de éstas dos últimas incluía la denominada «**cláusula Martens**» [...].

Los crímenes atroces cometidos con posterioridad al 17 de Julio de 1936, tenían ya, en aquella época, la categoría de actos prohibidos por el *ius in bello* (derecho de la guerra) e integraban la categoría de crímenes contra las Leyes y Costumbres de la Guerra y Leyes de Humanidad.³⁹⁴

³⁹² Tribunal Supremo, **sentencia 101/2012**, 27 de febrero de 2012, FJ 1, p. 4.

³⁹³ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n.º 5, **auto de 16 de octubre 2008**, FJ 1, párr. 1.

³⁹⁴ *Ibid.*, FJ 2, p. 7. Sin negrita en el original.

El tercer razonamiento jurídico recoge lo expuesto por la AEDIDH respecto a la naturaleza jurídica de los crímenes perpetrados durante la contienda y los primeros años del régimen franquista. Y es que tal y como se establece en el comentado auto:

La categoría de crimen contra la humanidad parte de un principio básico y fundamental, que estas conductas agredan en la forma más brutal a la persona como perteneciente al género humano en sus derechos más elementales como la vida, la integridad, la dignidad, la libertad, que constituyen los pilares sobre los que se constituye una sociedad civilizada y el propio Estado de Derecho.³⁹⁵

Los rebeldes pretendieron alzarse contra el Gobierno legítimo y exterminar a los opositores, en forma sistemática [...].

Quienes se alzaron o rebelaron contra el Gobierno legítimo y cometieron, por tanto, un delito contra la Constitución entonces vigente y contra los Altos Organismos de la Nación, indujeron y ordenaron las previas, simultáneas y posteriores matanzas, torturas y detenciones ilegales sistemáticas y generalizadas de los opositores políticos, y provocaron el exilio forzoso de miles de personas.³⁹⁶

Estas acciones eran ya delitos ordinarios en 1936, es decir, con anterioridad a la Ley Orgánica 15/2003 que introdujo el artículo 607 bis en el Código Penal español que tipifica en el ordenamiento jurídico español los delitos de lesa humanidad.

El cuarto argumento jurídico que destacamos versa sobre la posible retroactividad de la ley penal cuando se trata de delitos de lesa humanidad, introducidos en el Código Penal con posterioridad a la ejecución de los hechos que los configuran. Así, según el exmagistrado, circunstancias como que los hechos concretos se cometan como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil o una parte de ella, o bien cuando se cometen por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional o bien, se cometen en el contexto de un régimen institucionalizado

³⁹⁵ *Ibid.*, FJ 3, p. 16.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 17.

Este argumento podemos conectarlo con lo establecido por la AEDIDH en la página 31 del dictamen anteriormente comentado, que se refiere al contenido del artículo 5 de la [Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas](#). Dicho artículo establece que la desaparición forzada de personas, practicada de forma sistemática, es un crimen de lesa humanidad.

de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen, son circunstancias que

... añadidas al asesinato y a la detención ilegal, en el caso, aunque no permitan la aplicación de un tipo penal contenido en un precepto posterior que no es más favorable ni autoricen por la misma razón una pena comprendida en límites de mayor extensión, pueden ser tenidas en cuenta para justificar su perseguibilidad universal.³⁹⁷

El quinto fundamento jurídico del auto en comento, la permanencia delictiva de los hechos, deriva a su vez del anterior, la retroactividad de la ley penal en caso de delitos internacionales:

En un delito de consumación permanente, como la detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima, **no pueden incorporarse hechos que no eran delictivos antes de su entrada en vigor**, y, por tanto, aunque en un crimen contra la humanidad reconocido como tal en nuestro ordenamiento penal a partir de Noviembre de 2003, no pueden incorporarse hechos que antes no eran crímenes contra la humanidad, por impedirlo el principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables para el reo, **no obstante, tales hechos delictivos estaban ya descritos y penados en el Código Penal de 1932 y, en consecuencia, los cometidos a partir del alzamiento o rebelión militar de 1936 forman parte, indudablemente, del delito permanente de detención ilegal sin dar razón del paradero, también existente en el vigente Código Penal de 1995 (artículo 166 del Código Penal)**. A estos delitos, debe, pues, **añadirse el contexto de crímenes contra la humanidad en que fueron cometidos, dada su naturaleza sistemática y generalizada**, según la incipiente jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero la no vulneración del principio de irretroactividad penal deriva ante todo del hecho de que, al margen de ese contexto, **ya eran conductas delictivas en el momento del comienzo de su ejecución, poco antes de la guerra civil y siguen cometándose en la actualidad, dada su naturaleza de delitos permanentes**.³⁹⁸

³⁹⁷ *Ibid.*, FJ 8, p. 34.

³⁹⁸ *Ibid.*, FJ 9, pp. 39-40.

El reconocimiento del carácter permanente del delito de desaparición forzada por parte del exmagistrado Garzón coincide con lo desarrollado en el **dictamen de la AEDIDH** en su página 30: «Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos». Art. 17 de la **Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas**.

En sexto lugar, en cuanto a la posibilidad de amnistiar los hechos, es contraria a la permanencia delictiva de los hechos. Así, el FJ 11 del **auto** que nos ocupa, establece:

Por otra parte, **la permanencia delictiva evita la aplicabilidad de esa medida** [una ley de amnistía o cualquier tipo de medida de gracia], **ya que, por su naturaleza, según lo razonado, la acción se sigue produciendo hasta el día de la fecha y, por ende, después de las leyes de amnistía de Octubre de 1977.** Como se infiere de lo dicho, la Ley de amnistía de 1977 (y 1984) deben interpretarse a la luz del Derecho internacional Humanitario que prohíbe medidas generales de gracia (indultos, amnistía) que impidan la exigencia de responsabilidades criminales a los responsables de violaciones graves de los Derechos Humanos.³⁹⁹

A su vez, debemos recordar que las normas de derecho internacional humanitario relativas a la protección de los derechos humanos vinculan al legislador español, en la misma medida en que son normas consuetudinarias o convencionales integradas en el ordenamiento español conforme al artículo 96 de la **Constitución**.

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

Sin embargo, recordemos que el exmagistrado fundamentó su auto de octubre de 2008 tanto en la legalidad internacional vigente en la época objeto de investigación, como en la legalidad vigente en España durante los primeros años de transición democrática. Justificó así que los crímenes que se cometieron durante la Guerra Civil y los primeros años del franquismo por parte del bando golpista formaron parte, en sus palabras, de:

... un plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de múltiples muertes, torturas, exilio y desapariciones forzadas (detenciones ilegales) de personas a partir de 1936, durante los años de Guerra Civil y los siguientes de la posguerra, producidos en diferentes puntos geográficos del territorio español.⁴⁰⁰

³⁹⁹ *Ibid.*, FJ 11, p. 47.

⁴⁰⁰ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n.º 5, **auto de 16 de octubre 2008**, p. 3.

Además, el magistrado justificó la no aplicación de amnistía del modo siguiente:

Parece claro que no pueden considerarse incluidos en este artículo (Art. 1 Ley 46/1977), ni en el artículo segundo (delitos de rebelión y sedición) los hechos y delitos que con arreglo a las normas de derecho penal internacional son catalogados como crímenes contra la humanidad y por tanto, sin naturaleza de delito político. Frente a esta naturaleza, ninguna ley de amnistía puede oponerse. Así se desprende, en el ámbito internacional, de la Jurisprudencia emanada por tribunales Internacionales (Tribunal Especial para Sierra Leona, Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos).⁴⁰¹

El inicio de la investigación judicial de estos crímenes llevó a un grupo de extrema derecha a querrellarse por supuesta prevaricación contra el exmagistrado Garzón. A su vez, el Tribunal Supremo procesó al exmagistrado por el mismo delito de prevaricación, del que finalmente fue absuelto en 2012.⁴⁰²

El inicio de un proceso penal contra el magistrado que pretendió realizar, después de más de treinta años de silencio, una investigación judicial exigida por el derecho internacional, pues se trataba de unos hechos que España estaba (y está) obligada internacionalmente a investigar desde que se produjeron (ya que son crímenes que atentan contra la comunidad internacional), refleja las serias deficiencias del Estado español en lo que se refiere al respeto del derecho de las víctimas a la verdad, ya que todavía no se ha producido una investigación oficial y completa de estos hechos denunciados.

Si bien la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012 absolvió finalmente al exmagistrado del supuesto delito de prevaricación por haber iniciado dicha investigación, mantuvo que la actuación del exmagistrado Garzón había sido errónea por no haber aplicado la ley de amnistía de 1977, omitiendo toda referencia a los principios y la normativa de derecho internacional, como se demuestra en el no reconocimiento del carácter de delito continuado de la desaparición forzada, o en la aplicación a los crímenes de lesa humanidad de los institutos de amnistía y prescripción.

Por último, la sentencia en comento confirmó la legalidad de la **ley de amnistía** recurriendo al argumento político del carácter democrático de la misma «en tanto que emanación de la voluntad de los principales representantes de los bandos

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 44.

⁴⁰² Tribunal Supremo, **sentencia 101/2012**, de 27 de febrero de 2012.

enfrentados durante la guerra civil». ⁴⁰³ Dicho argumento no podemos considerarlo como válido para justificar la vigencia de la *ley de amnistía*, ya que sentaríamos el peligroso precedente de que todo aquello que emane de un parlamento democrático no es susceptible de ser considerado contrario al derecho internacional porque así lo ha decidido la voluntad popular. ⁴⁰⁴

Sin embargo, este clima de impunidad de los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo cambió radicalmente cuando el 14 de abril de 2010 se interpuso querrela ante la jurisdicción argentina por parte de cinco víctimas del franquismo y que fue «respaldada por 10 organizaciones de defensa de los derechos humanos y de recuperación de la memoria, autorizadas por la Constitución argentina a presentarse como parte implicada en cualquier demanda por violación de derechos básicos». ⁴⁰⁵ El juzgado nacional competente, el n.º 1 en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires, libró exhorto a las autoridades españolas el 14 de octubre de 2010 para tener conocimiento de si en España:

... efectivamente se está investigando la existencia de un plan sistemático, generalizado, deliberado y planificado para aterrorizar españoles partidarios de la forma representativa de gobierno a través de su eliminación física, y de uno que propició la desaparición «legalizada» de menores de edad con pérdida de su identidad, llevado a cabo en el período comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977. ⁴⁰⁶

El Gobierno, a través de la Fiscalía General del Estado, con fecha de 7 de junio de 2011, respondió a este exhorto con escasa y más que cuestionable información sobre tales casos, y por lo tanto incumpliendo su deber de colaboración con el juzgado argentino. En efecto, a la pregunta de la existencia de procesos orientados a la investigación de los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo, el Gobierno contestó afirmativamente poniendo como ejemplo el procedimiento incoado en el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia

⁴⁰³ J. SANTOS VARA (coord.): «Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho internacional público en España (enero-junio 2012)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 23 (2012), p. 27.

⁴⁰⁴ Recordemos la pertinencia del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que recoge el principio *pacta sunt servanda*.

⁴⁰⁵ S. GALLEGU-DÍAZ: «La querrela en Argentina por crímenes franquistas avala a Garzón», *El País* (Madrid) (15-4-2010).

⁴⁰⁶ Exhorto de la jueza María Servini de Cubría, juez federal a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 1, del 14 de octubre de 2010, p. 8.

Nacional por el entonces magistrado Baltasar Garzón.⁴⁰⁷ Si bien es cierto que tal procedimiento estaba encaminado a tal fin, hay que resaltar que el mencionado magistrado fue juzgado ante el Tribunal Supremo, como hemos ya dicho, por un supuesto delito de prevaricación.

Debido a la inhibición que el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 hizo a favor de los juzgados territoriales⁴⁰⁸ donde se hubieran encontrado pruebas fehacientes de que se hubiera cometido actividades delictivas durante el período investigado, se abrió posteriormente un número considerable de procesos en toda la geografía española. El Gobierno ejemplifica en estos procedimientos la prueba de que se han estado investigando los crímenes cometidos por la dictadura franquista en nuestro país,⁴⁰⁹ desconociendo o queriendo ocultar que la mayor parte de los procesos mencionados fueron sobreesidos, bien provisional o definitivamente,⁴¹⁰ siguiendo de esta manera la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia absolutoria de Baltasar Garzón de 27 de febrero de 2012, en la que consolidaba a su vez la vigencia de la *ley de amnistía* en el ordenamiento español.

⁴⁰⁷ Fiscalía General del Estado, respuesta al exhorto del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 1, del 14 de octubre de 2010, 7 de junio de 2011, pp. 4-9.

⁴⁰⁸ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n.º 5, *auto de 18 de noviembre de 2008*, p. 150.

⁴⁰⁹ Fiscalía General del Estado, *op. cit.*, pp. 9-14.

⁴¹⁰ Amnistía Internacional recoge en su informe de mayo de 2012 documentación de veintiuno de los cuarenta y siete casos inhibidos «de los que 17 han sido archivados de plano sin que se haya realizado ningún tipo de investigación sobre los hechos...». Según ha establecido Amnistía Internacional, es considerado «evidente que el archivo reiterado de los casos se ha basado en criterios que, por su propia naturaleza, excluyen la posibilidad de investigar y juzgar estos crímenes: interpretación principio de legalidad penal contraria al derecho internacional, prescripción, fallecimiento de los culpables, Ley de Amnistía y Ley de Memoria Histórica. Criterios que han sido confirmados por la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012. Además, en un número significativo de casos consta la existencia de incongruencias procesales cometidas por los juzgados, en particular, la ausencia de notificación a las víctimas de la asunción de competencia por los juzgados tras la inhibición, y la ausencia de notificación exhaustiva del archivo a las víctimas y a los fiscales». *Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL SECCIÓN ESPAÑOLA: Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España*, índice AI: EUR 4110212, Madrid, 9 de mayo de 2012, pp. 30-31.

El 14 de diciembre de 2011, el mismo juzgado argentino libró un nuevo exhorto en el que pidió «a la autoridad del Reino de España que corresponda», entre otras informaciones:

... los nombres y últimos domicilio conocido de los miembros del Consejo de Ministros de los Gobiernos del Estado Español que desarrollaron sus funciones entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977 [...]; de los miembros de los mandos de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil, Policía Armada, Directores Generales de Seguridad y dirigentes de la Falange Española en los períodos antes indicados [...]; el número de personas desaparecidas [...]; el número de niños *sustraidos* a sus familias de origen, apropiados y con su identidad sustituida por familias afectadas a la Dictadura; la localización de fosas comunes que han sido halladas en distintos lugares del territorio español; la lista de empresas privadas beneficiadas del trabajo forzado y esclavo de los presos republicanos, que aún siguen activas.⁴¹¹

La respuesta de la Fiscalía española a este requerimiento siguió los mismos parámetros que la anterior, afirmando que en España se siguen investigando los casos derivados de la inhibición del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional. También requirió a la jurisdicción argentina la remisión de las actuaciones, considerando la competencia española preferente para juzgar tales hechos.⁴¹²

⁴¹¹ Exhorto de la jueza María Servini de Cubría, juez federal a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 1, 14 de diciembre de 2011, pp. 1-2.

⁴¹² Fiscalía General del Estado, respuesta al exhorto del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 1 del 14 de diciembre de 2011, 27 de marzo de 2012.

De igual modo, es menester apuntar la falta de voluntad de colaboración de las autoridades españolas con el proceso abierto ante la jurisdicción argentina, a pesar de este requerimiento realizado por la Fiscalía de remisión de las actuaciones a las autoridades competentes españolas. En efecto, en mayo de 2013 la jueza María Servini de Cubría, titular del juzgado competente para este caso, solicitó a las autoridades españolas los medios necesarios para la toma de declaración mediante videoconferencia a las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo, parte de la querrela presentada ante su juzgado. Sin embargo, el 8 de mayo de 2013, día fijado para que se realizasen tales comparecencias, el Ministerio de Asuntos Exteriores emitió nota verbal al embajador de Argentina en España, Carlos Bettini, mostrando su malestar ante la toma de estos testimonios y arguyendo a su vez que estas actuaciones «no respetan el tratado bilateral de extradición y asistencia judicial en materia penal de 1987, por no cumplir con la forma requerida».

La **AEDIDH**, mediante un *amicus curiae* publicado el 3 de septiembre de 2012, y remitido a tal efecto ante la jurisdicción argentina,⁴¹³ expuso una serie de argumentos jurídicos (que ya han sido explicados supra en el dictamen de 2006 presentado al juez B. Garzón) mediante los cuales reforzaba la competencia del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n.º 1 de Buenos Aires para juzgar los crímenes contra la humanidad cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo, así como las actuaciones que se han llevado hasta la fecha ante organismos internacionales para conseguir verdad, justicia y reparación a las víctimas; y la falta de voluntad de las instituciones españolas en cumplir con sus obligaciones internacionales. Desde **AEDIDH** se reivindicó «el derecho que asiste a toda víctima, dentro o fuera de España, en obtener la verdad, justicia y reparación que los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de España no quieren o no pueden proporcionar».⁴¹⁴

Mediante auto de 18 de septiembre de 2013, la jueza María Servini de Cubría, titular del Juzgado Criminal y Correccional n.º 1 de Buenos Aires, hizo suyos los argumentos esgrimidos por la **AEDIDH** en el *amicus curiae* anteriormente comentado, reiterados por el presidente de la **AEDIDH** en comparecencia ante el mismo tribunal unos días antes, para proceder a ordenar la detención preventiva para su posterior extradición a Argentina de cuatro personas a las que son imputables delitos de lesa humanidad (tortura) cometidos durante la dictadura franquista.⁴¹⁵

⁴¹³ *Vid.* **AEDIDH** (C. FALEH y C. VILLÁN): *Amicus curiae de la AEDIDH ante la querrela criminal presentada al Juzgado Nacional y Correccional Federal n.º 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (República Argentina), por los crímenes de genocidio y/o de lesa humanidad cometidos en España entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977*, Las Palmas de Gran Canaria y Ginebra, 3 de septiembre de 2012.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 5.

⁴¹⁵ Concretamente, con respecto al carácter de delito el auto establece: «Los delitos constituyen crímenes de lesa humanidad por lo que, en uno u otro caso la acción y la pena son imprescriptibles y sus responsables están sujetos a persecución a través de la aplicación del principio de jurisdicción universal, por las consideraciones que fueron vertidas a lo largo de esta resolución». Con respecto a la necesidad de extradición, el auto dispone: «Todas las personas cuya imputación y detención a efectos de que presten declaración indagatoria se solicitará, tienen fijada su residencia en España. Por tal motivo, y sin perjuicio del dictado de las órdenes internacionales para que sean detenidos allí donde se encuentren, procede que esta Magistrado curse específicamente a las autoridades españolas pedido de detención, en el marco del procedimiento de extradición previsto en el Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal celebrado entre la República Argentina y el Reino de España el 3 de marzo de 1987 y ratificado por España el 26 de febrero de 1990».

La orden de extradición ordenada por el tribunal argentino, sin embargo, no fue aceptada por la Audiencia Nacional. El 24 de abril de 2014, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal denegó la extradición del excapitán de la Guardia Civil, Jesús Muñecas, alegando la prescripción de los hechos que se le imputaban.⁴¹⁶ Por su parte, solo seis días después, esta vez la Sección Tercera de la Sala de lo Penal hacía lo propio con la extradición del exinspector de policía Antonio González Pacheco, alias *Billy el Niño*, fundamentando esta denegación igualmente en la prescripción de los delitos que se le imputaban.⁴¹⁷ Ambos autos judiciales sustentaban sus decisiones en que la comisión de las torturas constituyeron actos aislados, no formando parte de un «plan generalizado y sistemático contra una parte generalizada de una población civil», requisito este para la conversión de las torturas de «hechos aislados» a delitos de lesa humanidad, y por ende, imprescriptibles.

A pesar de la lentitud con la que avanza el proceso, debido sobre todo a las trabas jurídicas que el Estado español está poniendo por el camino, tras casi cuarenta años de democracia en España, quienes cometieron crímenes internacionales bajo la dictadura franquista se están viendo obligados a responder por ellos en sede judicial, aunque sea bajo jurisdicción argentina.

3.2.2 DIFERENCIAS ENTRE INVESTIGACIÓN JUDICIAL PENAL E INVESTIGACIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES A LOS EFECTOS DE ESTABLECER LA VERDAD

Es comúnmente asumido que el inicio de un proceso penal va encaminado a un fin concreto: identificar a los culpables de un delito y sancionarlos. Sin embargo, la investigación penal difiere sustancialmente de los objetivos que persigue una investigación extrajudicial iniciada en el seno de una comisión de la verdad.

La principal diferencia consiste en que la comisión de la verdad carece de competencias penales, es decir, no está legitimada para dictar penas contra los responsables de las violaciones contra los derechos humanos.

La constitución de una comisión de la verdad puede realizarse por distintos motivos, además de la necesidad de conocer la identidad de los responsables y las circunstancias en que tuvieron lugar las violaciones de los derechos humanos, ya que ambas pretensiones se pueden obtener en sede judicial. En cambio, una comisión de la verdad puede pretender otros objetivos que no son siempre alcanzables mediante la incoación de un proceso penal, como puede ser «la necesidad de llegar a una reconciliación nacional, cerrando el libro del pasado;

⁴¹⁶ Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera, auto de 24 de abril de 2014.

⁴¹⁷ Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, auto de 30 de abril de 2014.

o intentar conseguir un distanciamiento de las políticas del nuevo régimen del antiguo, subrayando el advenimiento de una época de respeto a los derechos».⁴¹⁸

Los métodos de investigación utilizados por una comisión de la verdad hacen que las víctimas participen de una forma más activa dentro del proceso de averiguación de «la verdad», lo que permite que procesos como la reconciliación nacional sean más fácilmente alcanzables mediante una comisión de la verdad que mediante un proceso judicial, ya que este último exclusivamente pretende alcanzar un fin punitivo, que muchas veces pareciera dificultar los procesos de reconciliación. Mientras que el informe de la comisión de la verdad no solo facilitará la labor que posteriormente pueda realizar el Poder Judicial, sino que también posee una labor reformista y educativa gracias a las recomendaciones que se realicen en dicho informe.

Es importante resaltar que la comisión de la verdad no es una institución sustituta del proceso judicial, debido a que el inicio de un proceso penal que juzgue las violaciones de derechos humanos constituye una obligación por parte del Estado, mientras que la comisión de la verdad puede ser, entre otras cosas, considerada como una opción utilizada por el propio Estado para facilitar la posterior labor de los tribunales.

Es comprensible que pueda llegar a existir confusión entre las funciones que realizan las comisiones de la verdad y los tribunales. Sin embargo, las diferencias más sustanciales se encuentran en el carácter extrajudicial de las comisiones de la verdad, ya que los tribunales se ocupan exclusivamente de determinar la responsabilidad penal individual de los presuntos culpables. En cambio, la comisión de la verdad no tiene competencia en materia judicial, excepto en el ya comentado caso de Sudáfrica, en que la TRC contó con competencia para otorgar amnistía a los responsables de los crímenes después de que se realizara su confesión.

Las comisiones de la verdad «se centran en la descripción de un patrón general de hechos a lo largo del tiempo y de las políticas y prácticas específicas que los generaron».⁴¹⁹ Esto es posible debido al carácter de los miembros que forman la comisión. Estos necesitan contar con otro tipo de formación, aparte de jurídica, lo que hace que se enfrenten a la investigación de los crímenes desde otro punto de vista.

⁴¹⁸P. HAYNER, *op. cit.*, p. 54.

⁴¹⁹*Ibid.*, p. 130.

En este sentido, el **Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad de Bogotá** incluyó en una de sus publicaciones de 2005, un estudio donde se establecían las principales diferencias entre una investigación llevada a cabo en sede judicial y una investigación iniciada en el seno de una comisión de la verdad.

En primer lugar, la verdad alcanzada a través de las comisiones de la verdad puede excluir el punto de vista del victimario, y puede ser laxa en términos de las pruebas que le sirven de sustento. En cambio, al darse en el interior de un proceso judicial que cuenta con plenas garantías de independencia, imparcialidad e igualdad de armas, la verdad judicial puede resultar mucho menos digna de cuestionamientos o dudas.

En segundo lugar, al no funcionar con base en la lógica de la contradicción propia de un proceso judicial, es posible que la búsqueda de la verdad por parte de las comisiones de la verdad impida la controversia entre los diferentes puntos de vista existentes sobre unos mismos hechos. La verdad judicial, en cambio, puede surgir como la solución motivada y fundada en pruebas de un enfrentamiento entre diferentes puntos de vista.

En tercer lugar, la verdad obtenida a través de comisiones de verdad no tiene el valor de cosa juzgada, propio de una sentencia judicial, que exige que la versión allí contenida ponga un punto final definitivo a las discusiones sobre lo acontecido.

En cuarto lugar, parece problemático atribuir a una comisión de la verdad poderes coercitivos (propios de un proceso judicial) como el allanamiento, pues tales comisiones no cuentan con las garantías procesales suficientes para asumir esas competencias. En caso de ejercerlas, perderían la naturaleza de comisiones de la verdad y se convertirían en instancias judiciales, algo innecesario cuando funcionan normalmente los tribunales de justicia.

En quinto lugar, la potencialidad de los mecanismos extrajudiciales consistente en que a través de estas instituciones puede lograrse una visión más completa y orgánica de la verdad, se encuentra también presente en la verdad judicial. De hecho, dada la naturaleza sistemática y masiva de los delitos atroces y de lesa humanidad, resulta plenamente compatible con las finalidades y los mecanismos empleados por los procesos judiciales llevados a cabo en transiciones, emplear estrategias para una búsqueda más exhaustiva de la verdad que impliquen (entre otros) relacionar los hallazgos de unos procesos judiciales con otros. Esta puede ser, en efecto, la única manera eficiente de investigar este tipo de delitos, que no se producen en un momento dado, sino que se prolongan en el tiempo y que, como tal, son susceptibles de causar múltiples víctimas, cada una de las cuales podría iniciar un proceso judicial distinto, pero estrechamente relacionado con los

demás. Así funcionaron, por ejemplo, los juicios de Núremberg contra los nazis y los juicios llevados a cabo en Italia contra la mafia.⁴²⁰

De esta forma, entendemos que si bien es cierto que el proceso judicial conlleva una serie de garantías procesales formales que aseguran una investigación más justa, reconocemos también la importancia de las comisiones de la verdad como instrumento que complementa la labor de los tribunales mediante una primera investigación de los hechos.

3.3 El derecho a la reparación

3.3.1 MEDIDAS DE REPARACIÓN

Bajo la clara idea de que «dejar el pasado en paz» era la mejor opción para poder dar un paso eficaz y pacífico hacia la consolidación de la democracia, en España se fueron dictando una serie de medidas de reparación que distaron mucho de las aprobadas en Argentina o Chile, ante la imposibilidad de juzgar a los responsables. Entre ellas destacan, por ejemplo, la *Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad*, así como del *Archivo Nacional de la Memoria* en Argentina; y un *Programa de Reparación y Atención Integral en Salud y Derechos Humanos* o la creación de la *Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación* en Chile.⁴²¹

Tal y como ha explicado el profesor Gómez Isa:

Un programa de reparaciones no se puede concebir sin, al mismo tiempo, avanzar en el ejercicio del derecho a la verdad y del derecho a la justicia. La reparación no puede convertirse en un mero sustituto de la verdad y la justicia, como en ocasiones se pretende, ya que ello equivaldría a querer comprar el silencio y la injusticia.⁴²²

⁴²⁰M. P. SAFFON SANÍN y R. UPRIMNY YEPES: «Derecho a la verdad: alcance y límites de la verdad judicial», en R. UPRIMNY YEPES *et al.*: *¿Justicia Transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, p. 159.

⁴²¹J. CHINCHÓN ÁLVAREZ: «*El viaje a ninguna parte...*», *op. cit.*, p. 137.

⁴²²F. GÓMEZ ISA: «Justicia y reparación para las víctimas de violaciones graves y sistemáticas de los Derechos Humanos», *Crítica*, LVIII, núm. 954 (junio 2008), p. 54.

A su vez, el mismo autor afirma que otro de los elementos esenciales que debe estar presente en todo proceso de reparación son las víctimas:

El participar en el diseño del programa de reparaciones otorga a las víctimas la sensación de que se les reconoce, de que se les tiene en cuenta, lo que contribuye a generar un sentimiento de apropiación (de *ownership*) del proceso.⁴²³

La OACNUDH ha descrito de forma muy precisa las carencias que suelen tener los programas de reparación de las víctimas de crímenes internacionales:

En la práctica, es poco probable que quienes se encargan de diseñar programas de reparaciones se encarguen también de diseñar políticas sobre, por ejemplo, búsqueda de la verdad o reforma. Se concentran en el diseño de programas organizados principalmente en torno a la distinción entre medidas materiales y simbólicas y su distribución individual o colectiva. **Más que entender las «reparaciones» como una amplia gama de medidas para lograr la reparación jurídica de las violaciones, parecen entender el concepto de una forma más estrecha,** en el sentido de cualquier conjunto de medidas que puedan aplicarse para beneficiar a las víctimas directamente. Implícita en la diferencia está una útil distinción entre medidas que pueden tener *efectos reparadores* y pueden ser tanto obligatorias como importantes (como el castigo de los responsables o las reformas institucionales), pero no distribuyen beneficios directos a las propias víctimas, y medidas que, en sentido estricto, «reparan».⁴²⁴

Desde el final de la dictadura en España, todos los Gobiernos democráticos han dictado una serie de normas encaminadas a la reparación de las víctimas de la Guerra Civil y posterior represión franquista, pasando así el español a ser un «modelo de olvido del pasado “absoluto” con rehabilitación».⁴²⁵

A su vez, el Comité DH ha establecido el alcance y el sentido del derecho a un recurso efectivo enunciado en el artículo 2 del PIDCP en su observación general n.º 31,

⁴²³ *Ibid.*, pp. 54-55.

⁴²⁴ OACNUDH: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2008, p. 9. Sin negrita en el original.

⁴²⁵ J. CHINCHÓN ÁLVAREZ: «*El viaje a ninguna parte...*», *op. cit.*, p. 136.

en la que delimita el contenido de ese derecho en términos de reparación a las víctimas, a saber:

El párrafo 3 del artículo 2 (del PIDCP) requiere que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados. Si no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del Pacto han sido violados, la obligación de proporcionar un recurso efectivo, que es fundamental para la eficacia del párrafo 3 del artículo 2, no se cumple.

Además de la reparación explícita [...] el Comité considera que el Pacto entraña por lo general una indemnización adecuada. El Comité señala que, cuando procede, la reparación puede entrañar la restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como apologías públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y las prácticas pertinentes, así como al sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos.⁴²⁶

Por ello entendemos:

... la reparación como concepto jurídico es ciertamente polivalente en la medida en que produce eficacia dispar o desigual en ámbitos distintos, todos ellos de enorme importancia para las víctimas de la guerra civil y la posterior dictadura militar. Dichos ámbitos rebasan en mucho el reconocimiento de una simple indemnización a las víctimas, insuficiente por sí sola para brindar un recurso y reparación a las víctimas de las violaciones.⁴²⁷

Para la profesora López Barrero, un factor importante para una correcta aplicación del derecho a la reparación es la identificación de las víctimas, la participación de las propias víctimas en el proceso de reparación y la valoración de la reparación.⁴²⁸

⁴²⁶COMITÉ DH: *observación general n.º 31, «La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto»*, doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 29 de marzo de 2004, párr. 16.

⁴²⁷AEDIDH: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la guerra civil y la dictadura*, cit., p. 15.

⁴²⁸E. LÓPEZ BARRERO: «La obligación del Estado de reparar las violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las formas de reparación», en S. RIPOL CARULLA y C. VILLÁN DURÁN (dirs.): *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona: ICIP, 2012, p. 142.

La identificación de las víctimas es un factor decisivo en lo que al derecho a la reparación se refiere, «al remitirse directamente a la relación que mantiene el derecho a la reparación con el deber de investigación y el derecho a la verdad».⁴²⁹

Siguiendo al profesor Gómez Isa, dentro de las víctimas es necesario distinguir entre víctimas directas e indirectas y víctimas individuales y colectivas. Se consideran *víctimas indirectas* «las que no ha sufrido directamente las violaciones, pero están vinculadas a las víctimas directas».⁴³⁰ Se habla de *víctimas colectivas* «cuando el daño no lo sufre un sujeto, sino un grupo que se haya unido por razón de la raza, el idioma, la religión, etc».⁴³¹

Igualmente importante a la identificación de las víctimas es su implicación en el proceso de reparación:

Este aspecto adquiere especial relevancia sobre todo en los casos en que la reparación se orienta a los daños morales, como suele ocurrir en los casos de violaciones masivas de derechos humanos, en especial en los periodos de transición. En estos supuestos resulta crucial que las víctimas intervengan en el proceso de definición del programa de reparación.⁴³²

Por último, en lo que respecta a la cuestión de la valoración de la reparación, en términos generales se establece que debe ser adecuada y justa.⁴³³ No obstante,

... la determinación de estos criterios es compleja. Como norma, en el DIDH la valoración se hará atendiendo a las circunstancias especiales del caso concreto, y ello, porque la noción de violación de derechos humanos, así como la reparación que lleva aparejada, se asientan sobre la presunción de que se trata de comportamientos excepcionales. En los casos de violaciones masivas de derechos

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ F. GÓMEZ ISA: «El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos», *cit.*, p. 54.

⁴³¹ E. LÓPEZ BARRERO, *loc. cit.*, p. 143.

⁴³² *Ibid.*, p. 144.

⁴³³ Sobre la necesidad de que la reparación sea adecuada y justa resulta especialmente ilustrativa la sentencia de la CIDH en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. *Vid. supra*, 1.4.4 «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos».

humanos la posibilidad de analizar las circunstancias de cada caso concreto se complica extremadamente, haciéndose igualmente compleja la concreción real de una reparación adecuada y justa.⁴³⁴

Entre las distintas medidas tomadas en España, cabe destacar la aprobación el 1 de junio de 2004 en el Pleno del Congreso de los Diputados de una proposición no de ley sobre el reconocimiento de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo, por la que se crea en septiembre de 2004 la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo.⁴³⁵

Según el artículo 2 del **Real Decreto 1891/2004**, dicha Comisión tuvo las siguientes funciones:

- a) El estudio de carácter general de los derechos reconocidos a las víctimas de la guerra civil y a los perseguidos y represaliados por el régimen franquista, así como elaborar un informe sobre el estado de la cuestión.
- b) Elaborar un informe sobre las condiciones que permitan el acceso a los archivos públicos y privados que resulten necesarios para llevar a cabo la finalidad perseguida.
- c) Elaborar, para su elevación al Gobierno, un anteproyecto de ley en el que se regulen las medidas necesarias para ofrecer un adecuado reconocimiento y satisfacción moral a las víctimas.
- d) Cualesquiera otras que la Comisión considere necesarias para lograr sus fines, siempre dentro del ámbito de sus competencias.

La Comisión elaboró un **informe** en el que se recogían todas las medidas de reparación a las víctimas de la Guerra Civil y los posteriores años de la dictadura que se habían aprobado hasta la fecha y advirtiendo las lagunas que era necesario colmar.

De esta forma, la Comisión al final de su estudio recogió una serie de propuestas que posteriormente fueron volcadas en la *Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*.

⁴³⁴E. LÓPEZ BARRERO, *loc. cit.*, p. 144.

⁴³⁵Real Decreto 1891/2004, de 10 de septiembre. BOE núm. 227, de 20 de septiembre de 2004, pp. 31523 a 31524.

3.3.2 LA LEY 52/2007 Y SUS INSUFICIENCIAS A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La ley de 2007 conocida como *ley de memoria histórica* no cuestiona la decisión política de mantener la impunidad y no investigación de los crímenes cometidos durante ese período histórico, derivada de la aplicación de la *ley de amnistía de 1977*.

En efecto, la ley de 2007 contempla únicamente medidas de indemnización y reparación a las víctimas. Se consideró como una oportunidad para dar solución a problemas tan sensibles para las víctimas como la colaboración de las Administraciones Públicas en materia de búsqueda de personas desaparecidas, exhumación en fosas comunes, conocimiento de las circunstancias de la desaparición o la anulación de las condenas penales dictadas por los consejos de guerra y tribunales franquistas, pretensiones todas ellas reivindicadas por las víctimas desde hacía tiempo.

Sin embargo, tales problemas no fueron ni han sido resueltos a la fecha por la ley de 2007, conocida como *ley de memoria histórica*, sobre todo si la comparamos con lo establecido en instrumentos internacionales como la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* o la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. Ambos instrumentos consagran, como ya hemos visto en este trabajo, el derecho de todas las víctimas a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, los progresos y resultados de la investigación.⁴³⁶

El artículo 24 de la *Convención Internacional* establece:

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por «víctima» la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada.
2. Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto.
3. Cada Estado Parte adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos.

⁴³⁶ *Vid. supra*, 1.2.1 c. «Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas».

4. Los Estados Partes velarán por que su sistema legal garantice a la víctima de una desaparición forzada el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada.

[...]

6. Sin perjuicio de la obligación de continuar con la investigación hasta establecer la suerte de la persona desaparecida, cada Estado Parte adoptará las disposiciones apropiadas en relación con la situación legal de las personas desaparecidas cuya suerte no haya sido esclarecida y de sus allegados, en ámbitos tales como la protección social, las cuestiones económicas, el derecho de familia y los derechos de propiedad...

Como vemos, la **Convención Internacional** establece una serie de obligaciones que los Estados deben cumplir, entre otras, la de búsqueda de la persona desaparecida hasta que esta haya sido hallada, el derecho de la víctima a conocer la verdad sobre las circunstancias en que se produjo la desaparición o el conocimiento de los progresos y resultados de la investigación.

Sin embargo, en los artículos 13 y 15 de la **ley de memoria histórica** se establece cuál será la actuación del Estado español en lo que a búsqueda de las personas desaparecidas se refiere. En palabras de la profesora Coral Arangüena, la Ley 52/2007 «se compadece sólo de manera parcial con lo que se recoge en instrumentos internacionales de fecha relativamente reciente».⁴³⁷

Conviene recordar que España ratificó la Convención Internacional el 27 de septiembre de 2007 (en vigor el 24 de septiembre de 2009) y a su vez aprobó la **ley de memoria histórica** el 26 de diciembre de 2007, que entró en vigor un día después.

La ley de 2007 contiene únicamente una serie de recomendaciones y parámetros de actuación dirigidas a las Administraciones Públicas, sin imponer a las mismas verdaderas obligaciones de hacer, tal y como se establece en la Convención Internacional. A modo de ejemplo, el artículo 11 de la mencionada **ley** afirma que:

Las Administraciones públicas, en el marco de sus competencias, **facilitarán a los descendientes directos de las víctimas** que así lo soliciten las actividades

⁴³⁷ C. ARANGÜENA FANEGO: «La Ley de Memoria histórica y sus limitaciones: una visión desde la óptica del Derecho procesal», en J. TAMARIT SUMALLA (coord.): *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, op. cit., p. 140.

de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas violentamente durante la Guerra Civil o la represión política posterior y cuyo paradero se ignore.⁴³⁸

Como vemos, el Estado no es el que actúa de oficio en la búsqueda de las personas desaparecidas, sino que han de ser las mismas víctimas las que «lo soliciten» al Estado, que únicamente facilitará las actividades de indagación, localización e identificación.

Esto dista mucho de lo establecido en el artículo 24.3 de la **Convención Internacional**, porque establece que los Estados son los que deben adoptar «todas las medidas apropiadas para la búsqueda...» y no las víctimas las que tengan que solicitar la colaboración del Estado.

Así mismo, en todo el texto de la ley únicamente se habla en términos de «colaboración» y «autorización», sin que en ningún momento se haga alusión a verdaderas obligaciones impuestas a los Estados por los instrumentos internacionales pertinentes.

Tampoco encontramos ninguna disposición en la ley de 2007 referente al derecho de las víctimas a la verdad o a saber, como dispone el artículo 24.2 de la Convención Internacional. En el artículo 1.1 de la ley se establece:

La presente Ley tiene por objeto **reconocer y ampliar derechos** a favor de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura, promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal y familiar, y adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre los ciudadanos.⁴³⁹

El artículo 2.1 de la ley dice:

Como expresión **del derecho de todos los ciudadanos a la reparación moral y a la recuperación de su memoria personal y familiar**, 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.⁴⁴⁰

⁴³⁸ Sin negrita en el original.

⁴³⁹ Sin negrita en el original.

⁴⁴⁰ Sin negrita en el original.

En este mismo sentido, como efectivamente establece el profesor Gómez Isa, «en la Ley no hay nada que se parezca a alguno de los mecanismos que se han utilizado para hacer efectivo el derecho a la verdad, como pueden ser las comisiones de la verdad creadas en varios de los procesos de justicia transicional»,⁴⁴¹ que dé respuesta a lo pedido por el Comité DH, en el marco del ya comentado *examen del quinto informe periódico de España*. En efecto, el Comité DH recomendó al Estado en 2008 que creara «una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura»,⁴⁴² recomendación que no ha sido tenida en cuenta, hasta ahora, por el Estado.

En palabras del profesor Gómez Isa:

Lo único que establece la *Ley de Memoria Histórica*, en su exposición de motivos, es que dicha ley «sienta las bases para que los poderes públicos lleven a cabo políticas públicas dirigidas al conocimiento de nuestra historia y al fomento de la memoria democrática». Esta disposición se concreta en la creación del *Centro Documental de la Memoria Histórica*, con sede en Salamanca. Algunas de las funciones que va a tener este Centro se pueden asociar, aunque de manera muy tenue, a la realización del derecho a la verdad tanto en su dimensión individual como colectiva.⁴⁴³

Sin embargo, ninguna de estas disposiciones referidas a los derechos que deben ser reconocidos a las víctimas contienen referencia alguna a la categoría de *víctima* en el sentido apuntado por el artículo 24.1 de la *Convención Internacional*:

⁴⁴¹ F. GÓMEZ ISA: «Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales. El caso español», en S. RIPOL CARULLA y C. VILLÁN DURÁN (dirs.): *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona: ICIP, 2012, p. 179.

⁴⁴² COMITÉ DH: *observaciones finales al quinto informe periódico de España (2008)*, doc. CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, párr. 9.

⁴⁴³ *Vid.* Real Decreto 697/2007, de 1 de junio, por el que se crea el Centro Documental de la Memoria Histórica. Algunas de las funciones que corresponden al Centro son: «a) Mantener y desarrollar el Archivo General de la Guerra Civil Española. b) Recuperar, reunir, organizar, conservar y poner a disposición [...] de los interesados los fondos documentales y las fuentes secundarias [...] de interés para el estudio de la Guerra Civil, la Dictadura franquista, la resistencia guerrillera contra ella, el exilio... c) Fomentar la investigación histórica [...] y contribuir a la difusión de sus resultados» (art. 2). *Vid.* también F. GÓMEZ ISA: «Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales...», *loc. cit.*, p. 179.

«toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada»; ni a su derecho a la verdad, es decir, a conocer las circunstancias en que tuvieron lugar las desapariciones, entre otras.

La ley de 2007 solo hace referencia al «derecho de los ciudadanos a la recuperación de la memoria familiar». Es decir, acoge únicamente un derecho individual, alejado de la vertiente del derecho colectivo, ya señalada en este trabajo.⁴⁴⁴ Y, según apunta Amnistía Internacional, este reconocimiento únicamente individual «no tiene por objeto una investigación sistemática de los hechos».⁴⁴⁵

Otra de las legítimas aspiraciones de las víctimas, no atendida por la ley en comento, es la derogación de las condenas penales dictadas por los consejos de guerra y tribunales franquistas con vulneración de las más elementales garantías procesales, y la obtención de una indemnización del Estado por error judicial y/o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

La Comisión Interministerial, desarrollando la posibilidad de anulación de las condenas dictadas por los tribunales franquistas, llegó a la conclusión de que:

Puesto que la anulación que se demanda no puede ser acogida en sus propios términos, por así impedirlo la Constitución, ni tampoco resulta factible alcanzar ese objetivo a través de los recursos actualmente existentes en nuestro ordenamiento jurídico, sólo cabría pensar en el establecimiento por ley de un cauce judicial *ad hoc*, de carácter excepcional y extraordinario que permitiese la revisión de las condenas dictadas durante la Guerra Civil y la posterior dictadura.⁴⁴⁶

Sin embargo, posteriormente apunta que «una eventual revisión judicial de las condenas se enfrentaría a grandes dificultades de orden técnico y práctico, muchas veces insalvables y que comprometerían gravemente la consecución de los fines propuestos».

La opción que finalmente pareció más adecuada para la Comisión Interministerial fue la adopción de una ley que declarase con carácter general y solemne la

⁴⁴⁴ *Vid. supra* 1.1 «Introducción», donde se analiza la vertiente colectiva del derecho a la verdad.

⁴⁴⁵ AMNISTÍA INTERNACIONAL SECCIÓN ESPAÑOLA: *Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España. Resumen ejecutivo*, índice AI: EUR 4110212, Madrid, 9 de mayo de 2012, p. 15, referencia 18.

⁴⁴⁶ COMISIÓN INTERMINISTERIAL PARA EL ESTUDIO DE LA SITUACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA GUERRA CIVIL Y DEL FRANQUISMO: *Informe general*, 26 de julio de 2006, pp. 34-35.

injusticia de las persecuciones, sanciones y condenas sufridas en el curso de la contienda y durante la dictadura.

Sin embargo, según la profesora Coral Arangüena:

... la declaración del carácter ilegítimo de las condenas y de los Tribunales que las pronunciaron y la habilitación de un procedimiento específico para obtener una declaración de reparación y reconocimiento personal con efectos meramente simbólicos del Ministerio de Justicia,⁴⁴⁷ están muy lejos de colmar las aspiraciones de las víctimas en este punto.⁴⁴⁸

3.4 *Reconciliación nacional y paz social*

3.4.1 CONCEPTO DE RECONCILIACIÓN NACIONAL

El concepto *reconciliación nacional* fue utilizado por primera vez para referirse al caso español por el Partido Comunista de España (PCE) en su declaración «por la reconciliación nacional, por una solución democrática y pacífica del problema español» en junio de 1956, con ocasión del vigésimo aniversario del inicio de la Guerra Civil.

En dicha declaración, el PCE (partido declarado ilegal por el régimen franquista) apelaba a un cambio de estrategia en su forma de hacer oposición al régimen dictatorial, basada hasta ese momento en la lucha armada. Concretamente:

En la presente situación, y al acercarse el XX aniversario del comienzo de la guerra civil, el Partido Comunista de España declara solemnemente estar dispuesto a contribuir sin reservas a la reconciliación nacional de los españoles, a terminar con la división abierta por la guerra civil y mantenida por el general Franco.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ Arts. 2, 3 y 4 Ley 52/2007.

⁴⁴⁸ C. ARANGÜENA FANEGO, *loc. cit.*, p. 141.

⁴⁴⁹ PCE: *Por la reconciliación nacional, por una solución democrática y pacífica del problema español*, Declaración del Partido Comunista de España, junio 1956, Archivo Histórico del PCE. Serie Documentos PCE, carpeta 37.

El PCE defendió un entendimiento pacífico y común de todas las fuerzas políticas contrarias a la dictadura como único medio posible para realizar una fuerte oposición al régimen franquista:

Si las fuerzas sociales que retiran su apoyo a Franco se pronunciasen por la reconciliación nacional, el entendimiento que no pudo lograrse entre los españoles durante la guerra civil podría hacerse hoy, tendiendo un puente entre el pasado y el presente, de cara al porvenir, en el camino de la continuidad española.

El Partido Comunista de España, al aproximarse el aniversario del 18 de julio, llama a todos los españoles, desde los monárquicos, democristianos y liberales, hasta los republicanos, nacionalistas vascos, catalanes y gallegos, cenetistas y socialistas, a proclamar como un objetivo común a todos, la reconciliación nacional.⁴⁵⁰

Cuando hablamos de *reconciliación* debemos distinguir dos tipos: *reconciliación nacional o política* y *reconciliación individual*. Priscilla Hayner define la *reconciliación nacional* de este modo:

... aquella que es capaz de promover una comisión de la verdad, al hablar abierta y públicamente de hechos del pasado silenciados o muy conflictivos y permitir que un ente autónomo esclarezca los casos destacados. El relato y la conclusión oficiales de los hechos pueden permitir el debate entre partidos opuestos y que estos gobiernen conjuntamente sin conflictos y resentimientos.⁴⁵¹

Sin embargo, hemos de tener en cuenta que la reconciliación y el perdón «son procesos profundamente personales y las necesidades y reacciones de cada persona a la consecución de la paz y la expresión de la verdad pueden ser diferentes».⁴⁵²

Otra definición de *reconciliación* bastante acertada fue acuñada por Louis Kriesberg: «elaboración de un acuerdo conciliador mutuo entre personas o grupos antagónicos o que lo fueron».⁴⁵³

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ P. HAYNER, *op. cit.*, p. 211.

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ L. KRIESBERG: «Paths to Varieties of Inter Communal Reconciliation», ponencia presentada a la VII Conferencia General de la Organización Internacional para la Investigación sobre la Paz, Durban, 22-26 de junio de 1998.

3.4.2 LEY DE AMNISTÍA Y RECONCILIACIÓN NACIONAL

Etimológicamente la palabra *amnistía* procede del griego *ἀμνηστία* ‘olvido’. Amnistía es el beneficio penal consistente en suprimir, por razones políticas o humanitarias, el carácter ilícito del delito y con él la consiguiente responsabilidad del acusado, procesado o condenado. Proviene de la *lex oblivionis* ‘ley de olvido’ del derecho romano y debe distinguirse del *indulto*, que es el olvido de la pena o sanción como tal. La amnistía suele ser empleada por los Estados y Gobiernos para superar crisis políticas, concluir conflictos armados o dictaduras, e impulsar procesos de reconciliación o de transición a la democracia.⁴⁵⁴

Para el jurista canadiense Mark Freeman:

... la amnistía es una medida legal extraordinaria cuya función primaria es eliminar la posibilidad y las consecuencias de la responsabilidad penal para individuos o grupos determinados con respecto a ciertos tipos de infracciones, con prescindencia de si las personas afectadas han sido juzgadas por tales ofensas ante un tribunal.⁴⁵⁵

Se trata pues de:

... la expresión jurídica de un acto político porque la supresión de la ilicitud del delito es una decisión que procede de la razón de Estado, es decir, de la voluntad política del gobierno de renunciar a su pretensión punitiva del crimen por motivos de conveniencia u oportunidad y no por exigencia del Derecho internacional o del Derecho constitucional.⁴⁵⁶

Los objetivos a los que se pretende llegar mediante la reconciliación nacional son dos: el entendimiento y la búsqueda de un objetivo común para todos.

La búsqueda de ese entendimiento entre españoles era el único camino posible tras la muerte del dictador Francisco Franco en noviembre de 1975 para poder alcanzar el objetivo común: la democracia. Y como medio a primera vista necesario para llegar a ese objetivo, se dictó la *ley de amnistía* en 1977.

⁴⁵⁴H. VALENCIA VILLA: *Diccionario de derechos humanos*, Madrid: Espasa Calpe, 2003, p. 9.

⁴⁵⁵M. FREEMAN: *Necessary evils: Amnesties and the Search for Justice*, Nueva York: Cambridge University Press, 2009, p. 13, citado por H. VALENCIA VILLA: «La ley española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional», *loc. cit.*, p. 186.

⁴⁵⁶H. VALENCIA VILLA, *loc. cit.*, p. 186.

En palabras de Emilio Silva:

... la ingeniería política de aquellos años permitió una serie de acuerdos que tenían por objeto tratar de presentar la amnistía como un logro de los partidos que habían sido clandestinos durante la dictadura y no como una conquista que perpetuaba la impunidad de los delitos cometidos por agentes y dirigentes del régimen.⁴⁵⁷

Muchos autores sostienen que, a pesar de la imagen de la transición que se proyectó hacia fuera como un proceso pactado por todas las fuerzas políticas, la amnistía «en realidad no fue pactada desde una igualdad real de las fuerzas políticas y de los actores, sino que fue dirigida desde el reformismo franquista».⁴⁵⁸ Esto se desprende de la ausencia total de perdón por parte de las fuerzas que apoyaron el golpe de Estado del 17 de julio de 1936. «No hubo solicitud de perdón y ello dificulta en gran manera la reconciliación, la cual se desea alcanzar no a través del perdón, sino del olvido».⁴⁵⁹

No podemos entender la «búsqueda de ese objetivo común», y por lo tanto de una verdadera reconciliación, sin una igualdad real entre las fuerzas políticas que negociaron los acuerdos que pretendían implementar medidas encaminadas a la consecución de ese objetivo común.

Una cuestión interesante y que ha pasado desapercibida en el debate aún abierto sobre la Transición española es el papel que desempeñó o, mejor dicho, que no desempeñó, el republicanismo durante el llamado *período de transición española*. Emilio Silva afirma que el republicanismo «no sólo se consideraba “peligroso” porque se trató de evitar cualquier debate sobre la jefatura de Estado, sino por la existencia de una relación directa entre los partidos políticos republicanos y las víctimas del franquismo».⁴⁶⁰

Estos partidos fueron los únicos nacidos tras la dictadura franquista que pretendían afrontar el período de transición bajo los principios de reparación a las víctimas y revisión del pasado. Esa fue, según el mencionado autor:

⁴⁵⁷ E. SILVA BARRERA: «El despertar de la memoria histórica en España: El papel de la sociedad civil», en F. GÓMEZ ISA (dir.), *op. cit.*, p. 572.

⁴⁵⁸ M. GARCÍA YEREGUI: *La ley de amnistía de octubre de 1977: lucha por la libertad, reconciliación nacional e impunidad*, Universidad de Zaragoza, p. 5.

⁴⁵⁹ V. NAVARRO: «Ideología en el estudio del pasado», *Claves de Razón Práctica*, 120 (2002), p. 81.

⁴⁶⁰ E. SILVA BARRERA, *loc. cit.*, p. 573.

... una de las principales causas por las que en las elecciones generales convocadas para el 15 de junio de 1977 los partidos que en su identidad política llevaban por delante el término republicano-a, no pudieron presentarse a los comicios, formándose un Parlamento en el que no estaba presente ni el debate republicano, ni las víctimas.⁴⁶¹

Como vemos, en el debate político no solo había fuerzas en minoría con respecto al sector más «representado» que eran los reformistas del franquismo, sino que había algunas fuerzas políticas que ni siquiera contaban con representación, por lo que llegar a acuerdos que fomentaran la reconciliación nacional del Estado en su conjunto era casi imposible. Por todo ello, la *ley de amnistía de 1977*, que pretendió alcanzar la ansiada reconciliación nacional a costa de dejar impunes los crímenes cometidos en el pasado, no lo consiguió por dos motivos. Primero, por dejar de lado el enjuiciamiento de los crímenes contra los derechos humanos cometidos durante el franquismo. Segundo, porque no participaron en su elaboración todas las fuerzas políticas con legitimidad para hacerlo, por no tener representación parlamentaria.

Que la *ley de amnistía 46/1977* no cumplió con sus pretensiones de reconciliación nacional y de intento de fomentar una transición pacífica, lo demuestran las cuatrocientas ochenta y cuatro víctimas mortales causadas por las acciones de grupos terroristas del extremismo de derecha e izquierda y las setenta y seis muertes violentas como resultado de la intervención de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado que se produjeron entre la fecha de la muerte del dictador Franco (noviembre de 1975) y la victoria del PSOE en las elecciones generales (octubre de 1982).⁴⁶² A lo que se añade el clima de inestabilidad que, según Elena Yeste:

... generaba el temor ante la posibilidad de un nuevo golpe de Estado, una amenaza más que real y fundamentada, tal y como demostró ejemplarmente el golpe del teniente coronel de la Guardia Civil Tejero en aquel fatídico 23 de febrero del año 1981, donde los cimientos de una recién estrenada democracia volvieron a tambalear. Sin lugar a dudas, aquellos hechos justificarían, todavía más, la necesidad de promover un modelo consensual de transición.⁴⁶³

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² A. MAYAYO ARTAL: «La violencia política a la Transición», en R. ARACIL MARTÍ, A. MAYAYO ARTAL y A. SEGURA I MAS (eds.): *Memòria de la Transició a Espanya i a Catalunya*, vols. VI y VII, Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2006.

⁴⁶³ E. YESTE PIQUER: «La transición española. Reconciliación nacional a cambio de desmemoria: el olvido público de la guerra civil», *HAOL*, 21 (invierno 2010), pp. 7-12.

Sin embargo, el hecho más irrefutable de que a día de hoy no se ha conseguido una verdadera reconciliación nacional es que, treinta y cinco años después de la muerte del dictador Franco, el debate sobre cómo se gestionó la Transición española sigue abierto tanto a nivel parlamentario como en el ámbito de la sociedad civil. Además, España no cuenta a día de hoy con un relato objetivo y completo que represente una «verdad oficial» de los acontecimientos que tuvieron lugar durante la Guerra Civil y el período de represión franquista, más allá de los esfuerzos individuales de un número reducido de historiadores, españoles y extranjeros.

3.4.3 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN NACIONAL

Las políticas de reparación han aumentado desde la aprobación de la *Ley 52/2007*. Sin embargo, consideramos que únicamente mediante políticas que favorezcan la consecución del derecho a la verdad de las víctimas y/o la justicia es posible una verdadera reconciliación.

Según el periodista Fintan O'Toole, entre las funciones que cumplen los tribunales creados para el enjuiciamiento de crímenes de guerra, se encuentra la de «proporcionar reconocimiento a las víctimas, inscribiendo su sufrimiento en la **memoria colectiva** de la humanidad». ⁴⁶⁴

La *memoria colectiva* ha sido definida como «la acumulación de relatos históricos que la sociedad conserva y que le permiten extraer lecciones comúnmente aceptadas para el futuro». ⁴⁶⁵ Lo que se relaciona con lo establecido en el último inciso del principio 2 del *Conjunto de principios*, a saber: «El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones». ⁴⁶⁶

Es decir, que simplemente mediante el conocimiento de la verdad, una sociedad puede contar con las herramientas necesarias para evitar los errores del pasado.

Las comisiones de la verdad son instituciones que pueden fomentar la reconciliación nacional pero no pueden garantizarla, ya que cada caso es distinto y depende mucho del tipo de conflicto que se quiera investigar y del lugar donde los crímenes se cometieron.

⁴⁶⁴F. O'TOOLE: «Not Easy to Draw a Line Under Political Violence», *The Irish Times* (Dublín) (11-11-1994), p. 14. Sin negrita en el original.

⁴⁶⁵M. OSIEL: *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, Transaction Publishers, 1999, pp. 18-19.

⁴⁶⁶*Vid. supra*, 1.2.2 b. «Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad».

Para la creación de una futura comisión de la verdad en España debemos seguir los aspectos ya desarrollados en el capítulo segundo y adaptarlos a la realidad española.

En España contamos hasta la fecha con tres iniciativas de creación de comisiones de la verdad: una de las Corts Valencianes (Parlamento de la Comunidad Valenciana), otra del Eusko Legebiltzarra – Parlamento Vasco (Parlamento del País Vasco), y la tercera, y más reciente, promovida por la propia sociedad civil española.

El Manifiesto de las Víctimas creado por la Plataforma por la Comisión de la Verdad sobre los crímenes del franquismo, de 9 de marzo de 2013, establece:

La reclamación de una «Comisión de la Verdad sobre los crímenes del franquismo» se sustenta en el derecho internacional, en las comisiones de Argentina, Chile o Sudáfrica, entre otros países; y en las resoluciones y recomendaciones de Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos, Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas, Comité contra la tortura) y del Consejo de Europa sobre nuestro país. Unas recomendaciones que han sido desoídas e incumplidas sistemáticamente por la justicia y las autoridades españolas.

En esta nueva etapa creemos que la Comisión de la Verdad es la principal respuesta de las Asociaciones a la legítima aspiración a saber lo que sucedió, cómo y por qué, y para seguir exigiendo verdad, justicia y reparación...⁴⁶⁷

Esta Plataforma aúna a gran número de asociaciones memorialistas, entre ellas la AEDIDH, la cual realizó una intervención en el acto de presentación de la mencionada Plataforma, el 26 de mayo de 2013, estableciendo:

Sin duda será determinante para el éxito de la comisión la participación tanto de la sociedad civil como de las víctimas en el proceso de investigación que realicen las personas expertas. Es necesario que ambas estén representadas en todo momento tanto en los trabajos previos a la constitución de la comisión de la verdad, como en la fase de investigación en sí y en la elaboración de sus conclusiones y recomendaciones.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ PLATAFORMA POR LA COMISIÓN DE LA VERDAD SOBRE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO: *Manifiesto de las Víctimas*, Madrid, 9 de marzo de 2013.

⁴⁶⁸ AEDIDH y OIDHP (J. RODRÍGUEZ): «Las comisiones de la verdad en el derecho comparado», comunicación presentada en el acto de presentación de la Plataforma por la Comisión de la Verdad sobre los crímenes del franquismo, Madrid, 26 de mayo de 2013, p. 5.

El principal problema técnico con el que contaría la comisión de la verdad española sería el largo período de tiempo que ha transcurrido entre la comisión de los hechos que deberían ser investigados y la fecha de inicio de los trabajos de la comisión, lo que implicaría que mucha información recogida (por ejemplo, en archivos) haya podido ser extraviada o destruida y muchas de las víctimas y testigos que vivieron en primera persona los acontecimientos ya hayan fallecido.

En cuanto al período objeto de investigación, contamos con dos opciones. En la primera, el mandato podría centrarse únicamente en la franja temporal establecida por el exmagistrado Baltasar Garzón en su *auto* de 16 de octubre de 2008, que se refiere a 114 266 casos de desapariciones ocurridas en España entre 17 de julio de 1936 y diciembre de 1951.

Aunque esta opción parece razonable, no debemos olvidar que la represión franquista se prolongó a lo largo de cuarenta años, y si nos limitamos únicamente al período de tiempo propuesto por el exmagistrado, corremos el riesgo de dejar fuera un número importante de casos. Por lo que la segunda opción sería que el mandato de la comisión de la verdad abarcara desde el inicio de la Guerra Civil hasta el fin de la dictadura franquista en 1975.

En todo caso, la experiencia ha demostrado que es preferible no establecer un período de investigación abierto, por lo que sería preferible centrarse en el período en el que se cometieron las infracciones más graves de derechos humanos.

Las infracciones de las que conocerá la comisión de la verdad serán los crímenes internacionales perpetrados en el período objeto de investigación (ya sea entre 1936 y 1951, o hasta 1975). Entre tales crímenes se deben considerar ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas, torturas sistemáticas, trabajos forzados, exilio masivo, detenciones arbitrarias y penas de muerte impuestas como resultado de procesos militares sumarísimos. También se deberán revisar los juicios llevados a cabo por los tribunales del régimen llevados a cabo sin las debidas garantías procesales.

En cuanto a los miembros que compondrían la comisión, según el profesor Jon Mirena Landa, antiguo responsable de la Dirección de Derechos Humanos del Gobierno Vasco, al encontrarnos con la investigación de un período histórico tan lejano en el tiempo, a la hora de la elección de los comisionados «se necesita conjugar la experiencia en investigación histórica con la experiencia de investigación de violaciones de derechos humanos».⁴⁶⁹

⁴⁶⁹J.-M. LANDA GOROSTIZA, *loc. cit.*, p. 38.

Como en las demás comisiones de la verdad, es necesario que las víctimas colaboren estrechamente con la que se constituya en España, ya que la principal labor que tendrá por delante la comisión será «romper y superar el muro de silencio y olvido, erigido en torno a las víctimas, familiares y su entorno social inmediato, desvelando los crímenes de lesa humanidad cometidos con los ciudadanos vascos». ⁴⁷⁰ El éxito de la comisión dependerá de que su enfoque esté centrado en las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Además, entre las acciones que han sido recomendadas hasta la fecha por las comisiones de la verdad para facilitar la reconciliación, se encuentran la reforma de las Fuerzas Armadas, la Policía, el sistema judicial y el sistema político, con la esperanza de frenar los abusos y fortalecer los mecanismos para responder a ellos cuando se produzcan. La reforma de instituciones públicas es una tarea fundamental en los países en proceso de transición desde un régimen autoritario o un conflicto a la democracia, ya que «las instituciones que vulneraron los derechos humanos y defendieron los intereses partidistas de unos pocos han de convertirse en instituciones que protejan los derechos humanos, prevengan los abusos y sirvan a los ciudadanos de forma imparcial». ⁴⁷¹

Concretamente, el seguimiento del funcionamiento del sistema judicial de un Estado sumergido en un proceso de transición contribuiría a un mejor cumplimiento de la legislación internacional por parte del Estado, así como un reforzamiento de los principios de no discriminación, no impunidad, acceso al sistema judicial por parte de las víctimas de crímenes contra los derechos humanos, e independencia e imparcialidad de los tribunales. ⁴⁷²

La OACNUDH ha establecido que la reforma institucional contribuye a la justicia de transición sobre todo en dos aspectos fundamentales, a saber:

En primer lugar, para prevenir futuros abusos, debido a que

... una administración pública equitativa y eficiente desempeña un papel decisivo en la prevención de futuros abusos. Tras un período de violaciones generalizadas de

⁴⁷⁰Plataforma Lau Haizetara Gogoan, citado por J.-M. LANDA GOROSTIZA, *loc. cit.*, p. 38.

⁴⁷¹OACNUDH: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Procesos de depuración: marco operacional*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2006, p. 3.

⁴⁷²OACNUDH: *Instrumentos del régimen de derecho para Estados que han sufrido un conflicto. Supervisión del sistema de justicia*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2006, p. 5.

los derechos humanos, impedir que éstas vuelvan a repetirse es uno de los objetivos fundamentales de una estrategia de justicia de transición legítima y efectiva.⁴⁷³

En segundo lugar, la reforma institucional contribuye a la justicia de transición porque permite a las instituciones públicas, en particular a los sectores encargados de la seguridad y la justicia,

... favorecer que los responsables de abusos cometidos en el pasado rindan cuentas ante la justicia. Un servicio de policía reformado, por ejemplo, puede investigar con profesionalidad los abusos cometidos durante el conflicto o el régimen autoritario; una fiscalía reformada puede formular acusaciones efectivas, y un tribunal reformado puede dictar sentencias imparciales acerca de esos abusos pasados. La reforma institucional puede, por consiguiente, ser la condición previa para que en el país puedan pedirse cuentas y aplicarse penas por las violaciones de los derechos humanos cometidas durante el conflicto o el período de régimen autoritario.⁴⁷⁴

Este tipo de recomendaciones llegan hoy en parte tarde para España. Las recomendaciones que pudiera realizar la comisión de la verdad española irían encaminadas sobre todo a elaborar una versión objetiva e imparcial de los acontecimientos acaecidos durante la represión franquista, estableciendo las circunstancias en que se produjeron las violaciones de derechos humanos y quienes fueron sus perpetradores (independientemente de que estén fallecidos o no). También serviría la investigación al Poder Judicial para incoar posibles investigaciones penales en caso de encontrar indicios de haberse cometido delitos. Recordemos que tanto la amnistía como la prescripción extinguen la responsabilidad penal conforme al derecho interno, pero no tienen por qué impedir el inicio de una investigación.

A su vez, las recomendaciones de la comisión de la verdad deberán tener una finalidad educativa, debiendo incorporarse los resultados más importantes del informe de la comisión de la verdad a los planes de estudio de todos los centros de enseñanza del país (públicos y privados), y a nivel tanto primario, como secundario y superior.

⁴⁷³ OACNUDH: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Procesos de depuración: marco operacional*, cit., p. 3.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, pp. 3-4.

Entre las medidas de reforma institucional recomendadas por la OACNUDH figuran, entre otras: la elaboración de procedimientos de supervisión, denuncia y disciplina; la reforma o el establecimiento de marcos jurídicos; la elaboración o la revisión de directrices éticas y códigos de conducta; el cambio de símbolos asociados a prácticas abusivas, y la dotación de sueldos, equipo e infraestructura apropiados. *Ibid.*, p. 4.

3.4.4 CONDICIONANTES POLÍTICOS DE LA RECONCILIACIÓN

Es muy difícil llegar a una reconciliación total si los perpetradores de los crímenes, o sus encubridores, siguen ocupando puestos de importancia dentro de la Administración Estatal. El intento de golpe de Estado el 23 de febrero de 1981 es una muestra de la necesidad de proceder a la depuración de instituciones como las Fuerzas Armadas y la Policía después de un período dictatorial.

En el caso español se ha afirmado en multitud de ocasiones que no es posible llegar a una verdadera reconciliación nacional mientras haya todavía centenares de fosas clandestinas en todo el territorio nacional, donde se pudieran encontrar miles de cadáveres de personas ejecutadas extrajudicialmente durante la represión franquista, de los que se desconozca todavía hoy su paradero.

De ahí lo establecido en el preámbulo del **Conjunto de principios**: «*Consciente de que no existe reconciliación justa y duradera si no se satisface efectivamente la necesidad de justicia*».

No obstante, ha habido una ocasión en la que el pueblo ha conseguido reconciliarse consigo mismo sin ejercer responsabilidades penales sobre aquellos que sembraron el terror. Es el caso de Sudáfrica que, a pesar de otorgar amnistía a los que estuvieron dispuestos a confesar sus crímenes ante la **TRC**, se llegó a un entendimiento consensuado sobre la historia del país y sus errores. De esa forma, hoy en día nadie trataría de negar lo sucedido en Sudáfrica durante el período del *apartheid*, ni trataría de justificarlo. Se intercambió la justicia por la verdad y la confesión pública de los victimarios, ya que para llegar a perdonar «es necesario saber a quién se ha de perdonar y de qué se le perdona».⁴⁷⁵

El caso de España es más complejo y está alejado de todo lo desarrollado hasta ahora para lograr una verdadera reconciliación. Se negó totalmente la posibilidad de enjuiciar a los responsables de los crímenes cometidos durante la dictadura, opción que hoy en día es totalmente descartable al haber fallecido la mayoría de ellos y seguir vigente la **ley de amnistía**.

Tampoco se produjo una depuración de la Policía y de las Fuerzas Armadas (con las consecuencias ya comentadas del golpe militar en 1981), ni de la clase política,

⁴⁷⁵H. VAN DER MERWE: *The South African Truth and Reconciliation Commission and Community Resolution*, Johannesburgo: The Centre for the Study of Violence and Reconciliation, 1998.

lo que dio lugar a que políticos afines al régimen dictatorial continuaran su carrera política defendiendo los valores de la democracia, favoreciendo que permaneciera legalmente activa la «verdad» franquista sobre la Guerra Civil y la represión durante la dictadura.

Ha sido paradigmático el caso de Manuel Fraga Iribarne,⁴⁷⁶ quien en el otoño de 2001, tras su cuarta victoria electoral en Galicia, declaró en una entrevista concedida a TVE que «el siglo XIX en España termina realmente en el año 1936»,⁴⁷⁷ explicando de esa manera, según Emilio Silva, que «el golpe de Estado franquista, la Guerra Civil y la llegada de la dictadura habían sido los acontecimientos que habían traído la modernización a nuestro país».⁴⁷⁸

Siguiendo a Emilio Silva, estas declaraciones supondrían un delito de apología del terrorismo en países como Alemania o Sudáfrica. Sin embargo, en España son simplemente consideradas como una mera opinión política respaldada por el derecho a la libertad de expresión. En realidad, son una muestra de la falta de cultura democrática que la Transición española ha generado.

Respaldar un acontecimiento como un golpe de Estado y a un Gobierno como el del dictador Franco es alimentar la equivocada idea de que la llegada al poder con violencia y la implantación de un régimen no democrático es un modelo posible en casos de «necesidad» o de inestabilidad política. Lo que nos conduce a reafirmar que, cuando una sociedad no investiga su pasado, se abre la posibilidad de que este vuelva a repetirse, o por lo menos de que sea visto como un acontecimiento que simplemente hay que superar para poder seguir hacia delante.

Otro motivo también importante por el cual no se ha producido una verdadera reconciliación nacional ha sido la falta de perdón oficial por parte del Estado a las víctimas del franquismo.

Hubo que esperar al 20 de noviembre de 2002 para que el Estado impulsara una moción de condena al franquismo, y al 1 de diciembre de 2003 (con ocasión del 25.º aniversario de la aprobación de la Constitución española) para que se produjese un homenaje público a las víctimas de la dictadura. Ambos actos

⁴⁷⁶ Ministro de Información y Turismo —entre otros altos cargos— bajo la dictadura franquista. Fundador de Alianza Popular (hoy Partido Popular), uno de los «padres» de la Constitución de 1978 y presidente de la Xunta de Galicia entre 1990 y 2005.

⁴⁷⁷ *Vid.* E. DE ROMÁN-MANUEL GUERRA: «Fraga, la política como vocación», *Informe Semanal*, TVE, 27 de octubre de 2001, 12 min 53 s, *at* min 5 y ss.

⁴⁷⁸ *Vid.* E. SILVA BARRERA, *op. cit.*, p. 573.

deberían haber tenido lugar durante el período de transición, junto con una declaración de disculpas dirigida a las víctimas por parte de aquellos miembros del Gobierno franquista que participaron de la represión impuesta por el régimen, y que posteriormente formaron parte del Estado democrático.

El estudio de Michael Murphy sobre la importancia del perdón en un proceso de reconciliación nacional, ha establecido que «el perdón para que sea significativo debe al menos reconocer que se ha producido una injusticia y transmitir una expresión de remordimiento y aceptación de responsabilidad por el sufrimiento y el daño resultante».⁴⁷⁹

A su vez, «una promesa de no repetición o una promesa de romper con las políticas pasadas se identifica también con una disculpa y como un paso importante hacia la reconciliación»,⁴⁸⁰ siendo su principal labor la del reconocimiento y pago de una «deuda» a los supervivientes que puedan continuar sufriendo las heridas abiertas por el pasado conflictivo.⁴⁸¹

El mencionado estudio realiza también un amplio repaso sobre una serie de requisitos formales que son necesarios para que el perdón sea efectivo, como puede ser que la disculpa sea ofrecida por la persona adecuada y en el lugar idóneo, ya que en caso de que no sea así puede dar lugar a que el mensaje no sea tomado del modo correcto, o dar la impresión de que el Gobierno no es sincero en su intención de buscar la reconciliación.⁴⁸²

En caso de que ese perdón no llegase a producirse (como es el caso español), transmite a la sociedad un mensaje de indiferencia respecto del pasado injusto y del sufrimiento de las víctimas. También supone una falta de reconocimiento a la humanidad de las víctimas, a su angustia y al daño sufrido por estas y sus parientes.⁴⁸³

⁴⁷⁹P. DE GREIFF: «The role of apologies in national reconciliation processes: On making trustworthy institutions trusted», en M. GIBNEY *et al.* (eds.): *The Age of Apology. Facing up to the Past*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2008, pp. 120-136, citado por M. MURPHY: «Apology, Recognition, and Reconciliation», *Human Rights Review*, vol. 12, núm. 1 (marzo 2011), p. 50.

⁴⁸⁰M. JAMES: «Wrestling with the past: apologies, quasi-apologies, and non-apologies in Canada», en M. GIBNEY *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 137-153, citado por M. MURPHY, *loc. cit.*, p. 50.

⁴⁸¹M. MURPHY, *loc. cit.*, 54.

⁴⁸²*Ibid.*, p. 51.

⁴⁸³C. KUKATHAS: «Responsibility for past injustice: how to shift the burden», *Politics, Philosophy & Economics*, vol. 2, núm. 2 (2003), pp. 165-190, citado por M. MURPHY, *loc. cit.*, p. 54.

Por todo ello creemos que, si bien las declaraciones públicas producidas hasta ahora de condena al franquismo y homenaje a las víctimas, aunque tardías son necesarias. Sostenemos también que la necesidad de un perdón público y sincero fue una obligación incumplida por el Estado español durante los primeros años de la transición política una vez fallecido el dictador en 1975 y, por ello, el informe final de una hipotética comisión de la verdad española debería contener entre sus recomendaciones una solicitud de declaración oficial, pública y sincera, de perdón a las víctimas del franquismo.

3.4.5 LAS VÍCTIMAS Y LA RECONCILIACIÓN NACIONAL

En todo proceso de reconciliación es importante el papel que juegan los colectivos de víctimas y familiares. En España, una de las principales asociaciones de víctimas del franquismo es la **Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica** (en adelante, ARMH). Nació a raíz de la exhumación, por su propia iniciativa, de una fosa común en la que se encontraban restos de trece republicanos asesinados por un grupo de pistoleros falangistas el 16 de octubre de 1936 en la localidad leonesa de Priaranza del Bierzo. Numerosas personas acudieron al lugar de la excavación para pedir ayuda en la búsqueda de los desaparecidos, y de un grupo de esas personas nació la ARMH.

La labor de la ARMH ha sido muy activa desde su creación. Se centró, sobre todo, en la ayuda a familiares de las víctimas que sabían donde se encontraban los restos de sus seres queridos pero que no contaban con medios para poder exhumarlos. Aunque esta tarea corresponde asumirla al Estado como obligación jurídica internacional, dada su pasividad de hecho en esta materia, ha tenido que ser realizada en lo posible por la sociedad civil y las víctimas o sus familiares en solitario.

Entre sus actividades, a nivel estatal recuperó la cuestión de la memoria histórica para la agenda política para que, entre otros efectos, el 20 de noviembre de 2002 la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados condenara unánimemente el golpe de Estado franquista.

A su vez, la ARMH ha realizado actividades a nivel internacional, informando en 2002 a la **OACNUDH** sobre la falta de medidas estatales para proceder a la búsqueda de las víctimas de desapariciones forzadas ocurridas durante la Guerra Civil y posterior represión franquista. Como consecuencia, en 2003 España es citada por primera vez en el **informe anual del GTDFI sobre personas desaparecidas**.

Además, los familiares de las víctimas se han organizado en agrupaciones a nivel local o autonómico. Una de las más activas es la *Associació per a la Recuperació de la memòria històrica de Catalunya* (ARMHC). Entre otras actividades, recibe peticiones de ayuda de familiares de desaparecidos, que elabora y dirige a la Generalitat de Catalunya para su inscripción en el Censo de Desaparecidos de esa comunidad autónoma, a fin de que se inicie una investigación administrativa con vistas a determinar las circunstancias de la desaparición y de localización de sus restos. También ayuda en las gestiones de las peticiones que llegan desde América Latina por parte de descendientes de españoles que, en cumplimiento de la *Ley 52/2007*, piden ayuda para poder recuperar la nacionalidad española.

A nivel internacional, la ARMHC envía regularmente casos individuales de personas desaparecidas durante la Guerra Civil y posterior represión franquista al *Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas* (GTDFI), solicitándole que los registre y pida a España que realice las investigaciones oportunas.

Sin embargo, el GTDFI solamente ha retenido cuatro casos de desapariciones en España como pendientes de esclarecimiento en sus últimos informes anuales.⁴⁸⁴ Esta situación se explica por el hecho de que en 2002 el GTDFI decidió no aceptar casos individuales que se hubieran producido antes de la fecha de la constitución de la ONU (1945). Concretamente el GTDFI estableció:

Dos de las desapariciones últimamente denunciadas se refieren a miembros de la Agrupación Guerrillera de Levante y Aragón, presuntamente perseguidos por la Guardia Civil y desaparecidos en 1947 y 1949. No se admiten casos de características análogas que presuntamente sucedieron en España antes de la creación de las Naciones Unidas.⁴⁸⁵

Por lo que las alegaciones relativas a casos de desapariciones que se habrían producido en España entre 1936 y 1945 (fecha crítica en la que ocurrieron el mayor número de desapariciones en el marco de la Guerra Civil y los primeros años de represión franquista) no fueron consideradas *admisibles* por el GTDFI para ser tramitadas como casos individuales ante el Estado.

⁴⁸⁴ Cf. GTDFI: doc. A/HRC/13/31, 21 de diciembre de 2009; doc. A/HRC/16/48, 26 enero de 2011; doc. A/HRC/19/58/Rev.1, 2 de marzo de 2012.

⁴⁸⁵ GTDFI: doc. E/CN.4/2003/70, 21 de enero de 2003, párr. 247.

No obstante, el GTDFI tuvo en cuenta esas informaciones para elaborar observaciones generales sobre la situación de las desapariciones en países en concreto, como así ha sucedido en el caso español.

En efecto, el 27 de noviembre de 2008 comparecieron conjuntamente ante el GTDFI en Ginebra representantes de la AEDIDH, Amnistía Internacional (Sección Española) y la ARMHC. En esa ocasión la ARMHC depositó ante el GTDFI un importante *dossier* documental ilustrando numerosos casos de personas desaparecidas durante la Guerra Civil y posterior represión franquista.

Por su parte, la AEDIDH, actuando en nombre de la Federación Española de Asociaciones de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (que agrupaba entonces a catorce asociaciones de derechos humanos, incluida la AEDIDH), y de la Plataforma por las Víctimas de las Desapariciones Forzadas del Franquismo, formuló una declaración ante el GTDFI solicitándole que instara al Estado español a honrar sus obligaciones internacional en relación con las víctimas de desapariciones forzadas.

En la mencionada declaración, la AEDIDH recordó la práctica del GTDFI según la cual los crímenes de lesa humanidad imponen obligaciones especiales a los Estados, a saber:

... el deber de investigar en su totalidad los presuntos casos de desaparición, en particular los casos relativos a los niños desaparecidos que aún pueden estar vivos; el deber de juzgar a los presuntos autores de los actos de desaparición; y la imprescriptibilidad de los crímenes de desaparición forzada, que tampoco pueden ser objeto de leyes especiales de amnistía y medidas similares que dan lugar a la impunidad.⁴⁸⁶

⁴⁸⁶ AEDIDH: *Declaración oral ante el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, formulada por Carlos Villán, Ginebra, 27 de noviembre de 2008, p. 4. Esta declaración fue posteriormente resumida por el GTDFI en su informe correspondiente a 2009 (doc. A/HRC/13/31, 21 de diciembre de 2009, párrs. 482-483) de este modo: «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.

En sus observaciones sobre España, en 2009, el GTDFI hizo suyo el pedido de la **AEDIDH** al recordar al Estado su obligación de dar cumplimiento a la Declaración de 1992. En particular, recordó a España:

... 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).⁴⁸⁷

En el informe del año siguiente, 2011, el GTDFI recordó a España el contenido de su *comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado* aprobado en 2010, en particular los párrafos 1 y 6.⁴⁸⁸

También en el informe correspondiente a 2010 el GTDFI dedicó las siguientes observaciones a España:

El Grupo de Trabajo recuerda su comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado, según el cual «las desapariciones forzadas son prototípicos actos continuos». El acto comienza en el momento del secuestro y se extiende por todo el período de tiempo en que el delito tiene lugar, es decir, hasta que el Estado reconoce la detención o proporciona información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida. En el comentario general también se señala que: «En la medida de lo posible, los tribunales y otras instituciones deberían mantener la desaparición forzada como delito continuado o violación de los derechos humanos mientras no se hayan completado todos los elementos del delito o de la violación».⁴⁸⁹

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».

⁴⁸⁷ GTDFI: *doc. A/HRC/13/31, cit.*, párr. 502.

⁴⁸⁸ GTDFI: *Información relativa a desapariciones forzadas o involuntarias en diversos países y territorios examinados por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, doc. A/HRC/16/48*, 26 de enero de 2011, párr. 439, p. 94.

⁴⁸⁹ *Ibid.*

De igual modo, en su *comentario general sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, de 26 de enero de 2011, el GTDFI hizo hincapié en que «la obligación de seguir investigando mientras no se hayan esclarecido la suerte y el paradero de la persona desaparecida es una consecuencia del carácter continuado de las desapariciones forzadas...».⁴⁹⁰

En consecuencia, España tiene la obligación de llevar a cabo plenamente las investigaciones sobre la suerte y el paradero de las personas desaparecidas como resultado de la guerra civil española y los primeros años de la dictadura franquista y cuyo paradero todavía se desconoce.

El 12 de marzo de 2012 la AEDIDH y RIS comparecieron de nuevo ante el GTDFI en Ginebra. Como ya hiciera en 2008, la AEDIDH solicitó al GTDFI que instara al Estado español a honrar sus obligaciones internacionales en relación con las víctimas de desapariciones forzadas.⁴⁹¹

Además, la AEDIDH pidió al GTDFI que se declarase competente para recibir casos de desapariciones ocurridas en España entre 1936 y 1945, lo que hasta entonces había sido rechazado por el GTDFI, de acuerdo a su decisión de 2002 de no declarar *admisibles* casos individuales que pudieron haber ocurrido antes de 1945 (fecha de la constitución de la ONU).

La AEDIDH rebatió esa decisión procesal del GTDFI en función de los siguientes fundamentos jurídicos:

En primer lugar, el GTDFI

... has been entrusted to monitor States' compliance with their obligations deriving from the 1992 Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance. Unlike the 2006 Convention, nothing in the Declaration opposes its **retroactive** application, in particular those principles that are based on **international customary law** and were codified in the Declaration, such as the consideration of systematic disappearances as **crimes against humanity**.⁴⁹²

⁴⁹⁰ GTDFI: *comentario general sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁹¹ AEDIDH: *Oral statement before the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, Ginebra, 12 de marzo de 2012, p. 4.

⁴⁹² *Ibid.* Este argumento ya había sido utilizado por la AEDIDH en su primera comparecencia ante el GTDFI de 27 de noviembre de 2008, *cit.*, p. 3.

En segundo lugar, «the Group's revised methods of work make no reference to **any restriction** *ratione temporis* on the admissibility criteria to accept allegations». ⁴⁹³

Por ello, la AEDIDH entendió que el GTDFI era inconsistente al afirmar que no tenía competencia para conocer de las desapariciones ocurridas en España desde 1936, ya que «si el GTDFI persistiera en su incompetencia *ratione temporis* para conocer de las desapariciones ocurridas en España a partir de 1936, incurriría en contradicción con sus comentarios generales de 2010 y 2011 y con la propia Declaración de 1992». ⁴⁹⁴

En tercer lugar, la AEDIDH recordó que el mandato del GTDFI:

... is humanitarian in nature, aimed at assisting families in determining the fate and the whereabouts of their missing relatives. Families of Spanish victims of systematic disappearances, having exhausted all legal and judicial domestic remedies during the last 76 years, **see your Group as the last chance** to re-establish a channel of communication with the Government. ⁴⁹⁵

De esta forma la AEDIDH solicitó al GTDFI que se declarase competente para conocer de los miles de casos de desapariciones acaecidas en España desde 1936 y que le habían sido oportunamente denunciados por las asociaciones de recuperación de la memoria histórica, en especial la catalana, y a su vez:

... pidió que el estado fuera instado a conceder a las víctimas y sus familias la justicia y la total reparación e invitó al GTDFI a realizar una visita oficial a España, toda vez que nuestro país mantiene una invitación abierta a todos los procedimientos especiales de carácter temático del Consejo de Derechos Humanos. ⁴⁹⁶

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 5. Argumento igualmente utilizado por la AEDIDH en su declaración oral ante el GTDFI de 27 de noviembre de 2008, *cit.*, p. 3.

⁴⁹⁴ C. VILLÁN DURÁN: «Contribución de la AEDIDH al desarrollo de la justicia de transición en España», en S. RIPOL CARULLA y C. VILLÁN DURÁN (dirs.): *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona: ICIP, 2012, p. 19.

⁴⁹⁵ AEDIDH: *Oral statement before the Working Group on Enforced or Involuntary Dissapearances*, Ginebra, 12 de marzo de 2012, *loc. cit.*, p. 3.

⁴⁹⁶ C. VILLÁN DURÁN, *op. cit.*, p. 19.

En conclusión, el profesor Villán Durán sostuvo:

Las autoridades españolas no pueden seguir desoyendo a su sociedad civil, a las asociaciones de víctimas y a los órganos internacionales de derechos humanos. Su actitud compromete seriamente la responsabilidad internacional de España, porque es jurídicamente contraria al DIDH.⁴⁹⁷

Dos miembros del GTDFI realizaron una visita oficial a España del 23 al 30 de septiembre de 2013. El propósito de la misma fue:

... examinar las principales iniciativas y políticas emprendidas por el Estado español sobre cuestiones relativas a las desapariciones forzadas o involuntarias de personas, y analizar en particular los aspectos concernientes a la justicia, la verdad, la reparación y la memoria para las víctimas de desapariciones forzadas [...] a la luz de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas...⁴⁹⁸

El Grupo realizó visitas a las principales ciudades españolas para que las asociaciones de víctimas y los particulares pudieran transmitir a los miembros del Grupo sus casos personales de primera mano. En la mayoría de los casos se trataba de la primera vez que las víctimas tuvieron la oportunidad de contar en público su propia experiencia.

Tanto la AEDIDH como el OIDHP, participaron en el encuentro que tuvo lugar en Madrid el 24 de septiembre de 2014 con los miembros del GTDFI, formulando sendas declaraciones que ayudaron al GTDFI a confeccionar sus observaciones preliminares.

En su declaración ante el GTDFI, la AEDIDH solicitó al Grupo:

... [que] formule recomendaciones precisas a España para que se investiguen sin más dilación las desapariciones sistemáticas que constituyen **crímenes de lesa humanidad** y que ocurrieron en España durante la Guerra Civil y posterior represión franquista (1936-1977). Además, para combatir la impunidad reinante, el Grupo debería declararse competente para tratar los **casos individuales** de desapariciones que se le denuncien, incluyendo las que hayan tenido lugar en el

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 25.

⁴⁹⁸ GTDFI: *observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España*, 30 de septiembre de 2013.

periodo crítico comprendido entre 1936 y 1945. Se trata de una reivindicación puramente humanitaria, ampliamente sentida por los familiares de las víctimas. Desde el punto de vista jurídico, dado el carácter continuado del delito de desaparición, dicha reivindicación es incompatible con la auto-restricción de la competencia del propio Grupo, que hasta ahora ha rechazado casos individuales anteriores a 1945, fecha de creación de las Naciones Unidas.⁴⁹⁹

En sus observaciones preliminares, el GTDFI hizo suyas la mayoría de los requerimientos planteados por la sociedad civil durante esta visita. Entre ellos, en primer lugar, el Estado español debe:

Fomentar la adopción de un plan nacional de búsqueda de personas desaparecidas, la coordinación de las actividades de exhumación e identificación y actualización de los mapas de fosas desarrollados de acuerdo a Ley de Memoria Histórica...⁵⁰⁰

En segundo lugar:

El Estado Español debería asumir el liderazgo y comprometerse de manera más activa y urgente para atender la demanda de miles de familiares que buscan conocer la suerte o el paradero de sus seres queridos desaparecidos durante la guerra civil y la dictadura. Todas las iniciativas relativas a la búsqueda de desaparecidos tienen que ser parte de una política de Estado comprensiva, coherente, permanente, cooperativa y colaborativa.⁵⁰¹

De igual modo, el GTDFI instó al Estado español a:

Juzgar las desapariciones forzadas a la luz de estas obligaciones internacionales y a establecer legislativamente la imprescriptibilidad de las desapariciones forzadas o la determinación de que la prescripción solo puede comenzar a computarse a partir del cese de la desaparición forzada [...]. El Grupo de Trabajo insta al Estado a adoptar todas las medidas necesarias legislativas y judiciales, para

⁴⁹⁹ AEDIDH: *Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias. Reunión del Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias con la sociedad civil con ocasión de su visita a España. Intervención de AEDIDH*. Madrid, 24 de septiembre de 2013, párr. 6.

⁵⁰⁰ GTDFI: *Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España, loc. cit.*

⁵⁰¹ *Ibid.*

asegurar que las desapariciones forzadas no sean crímenes sujetos a amnistía, en particular privando de todo efecto la Ley de Amnistía de 1977, como ya ha sido recomendado por distintos organismos internacionales.⁵⁰²

Finalmente, el GTDFI decidió en noviembre de 2013 declararse competente para recibir las quejas individuales de desapariciones que se le puedan denunciar, ocurridas en España a partir de 1936, acogiendo de esta manera una vieja reivindicación de las OSC.

Igual oportunidad tuvieron las víctimas de exponer sus casos ante el **Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición** Pablo de Greiff,⁵⁰³ que realizó su primera visita oficial a España entre los días 21 de enero y 3 de febrero de 2014. Durante la misma el Relator Especial visitó Madrid, Cataluña, Andalucía y Galicia y se reunió con representantes de varios sectores del Estado (entre otros, el ministro de Asuntos Exteriores, representantes del Ministerio Público y del Ministerio de Defensa, Defensores del Pueblo, tanto nacional como autonómicos, incluyendo un encuentro conjunto que reunió a la defensoría central con las ocho autonómicas) y asociaciones de víctimas y de defensores de derechos humanos, entre ellas la **AEDIDH**, con vistas a obtener una perspectiva amplia de las medidas que se han implementado en España en referencia a los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición, todas objeto de su mandato como hemos puesto anteriormente de manifiesto.

En su informe ante el Relator Especial, la **AEDIDH** hizo hincapié en el incumplimiento sistemático tanto de los sucesivos Gobiernos en el poder como de los demás poderes del Estado hacia las recomendaciones emanadas de los diferentes órganos de protección de derechos humanos en materia de justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición,⁵⁰⁴ estableciendo:

Constatamos con indignación que, cinco años después de formuladas, ninguna de las recomendaciones de los órganos de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas en materia de justicia de transición ha sido acatada por España.⁵⁰⁵

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ *Vid.* 1.2.2 e. «Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición».

⁵⁰⁴ Algunas de estas recomendaciones ya han sido puestas de manifiesto tanto en el presente como en anteriores capítulos.

⁵⁰⁵ **AEDIDH** y **OIDHP**: *Declaración de la AEDIDH y del OIDHP ante el relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Madrid, 22 de enero de 2014.

El Relator Especial, en unas ejemplares observaciones preliminares, hizo una referencia especial al contexto español, constatando que, a pesar de que España es «una democracia madura» es notorio que «existe una distancia inmensa entre las posiciones guardadas por la mayor parte de las instituciones del Estado por un lado y las víctimas y diferentes asociaciones memorialistas por el otro».⁵⁰⁶ Y reconociendo:

... la reconciliación en ausencia de intentos por dar plena vigencia a los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición es siempre sólo el nombre que se le da a un estado temporal en un proceso en el cual las demandas persisten.

A su vez recalcó lo reiterado en numerosas ocasiones por los defensores de derechos humanos, que «los temas relacionados con la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición [...], no son asunto de política partidista, de redimir programas políticos particulares, sino de principios y derechos generales que conciernen a todos».

En cuanto a las recomendaciones preliminares (pues su informe definitivo será publicado en septiembre de 2014), cabe destacar entre otras: la abolición de la *ley de amnistía*; la anulación de las sentencias de carácter ideológico de todos los tribunales creados durante la Guerra Civil y el franquismo; tomar medidas para proporcionar reparaciones que puedan atender los daños causados a las mujeres, incluso cuando no fueron víctimas directas; evaluar la implementación de la *ley de memoria histórica*⁵⁰⁷ o establecer una política estatal de archivos que garantice el acceso a todos los fondos, estableciendo criterios de acceso que se ajuste a los estándares internacionales aplicables.

⁵⁰⁶R. E.: *observaciones preliminares del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, al concluir su visita oficial a España*, Madrid, 3 de febrero de 2014.

⁵⁰⁷Dentro de lo extenso de las recomendaciones orientadas a una mejor aplicación de la *ley de memoria histórica*, es menester hacer una mención en lo concerniente a lo expresado por el Relator en relación con la existencia aún en nuestros días de simbología franquista en lugares públicos. Concretamente el Relator hizo hincapié en la persistencia del Valle de los Caídos como «símbolo de exaltación del franquismo». A pesar del modo en cual se hizo (mano de obra esclava de presos de la dictadura), el Relator expresa que este sitio «puede ser contextualizado y aprovechado, con técnicas pedagógicas adecuadas, en favor de la promoción de la verdad y la memoria, con función preventiva». *Vid. R. E.: observaciones preliminares del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, al concluir su visita oficial a España*, Madrid, 3 de febrero de 2014.

La efectiva adecuación de la legislación interna española a los estándares internacionales es otra de las reivindicaciones que siempre ha estado presente en la agenda de todas las sociedades memorialistas; y es que, concretamente, el 24 de marzo de 2013, la AEDIDH y el OIDHP formularon una declaración pública conjunta en conmemoración del Día Internacional del Derecho a la Verdad, titulada «Por una Comisión de la Verdad sobre los crímenes del franquismo». En el párrafo 28 las OSC firmantes se adhirieron al *Manifiesto de las Víctimas*, de 9 de marzo de 2013, por el que se estableció la Plataforma de OSC españolas a favor de la Comisión de la Verdad.⁵⁰⁸ De igual modo, el párrafo 32 reiteró al Gobierno la necesidad de:

... constituir una comisión de la verdad de expertos independientes, con el mandato de restablecer la verdad histórica de las violaciones de los derechos humanos ocurridas en España durante la Guerra Civil y posterior represión franquista, así como de formular recomendaciones que los poderes públicos se comprometan a cumplir.⁵⁰⁹

Otras asociaciones regionales de víctimas son:

- Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Valladolid.
- Asociación Granadina para la Recuperación de la Memoria Histórica.
- Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Jaén.
- Foro por la Memoria de Málaga.
- Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Aguilar de la Frontera.
- Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Extremadura.
- Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Palencia.
- Asociación Memoria Histórica de Cartagena.
- Asociación Memoria Histórica y Justicia de Andalucía.
- Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de la II República, Guerra y Posguerra Civil Española de Coria del Río.
- Asociación por la Recuperación e Investigación Contra el Olvido.
- Associació Memòria de Mallorca.
- Fòrum Per la Memòria del País Valencià.

⁵⁰⁸ Consultar 3.4.3 Comisión de la verdad y reconciliación nacional.

⁵⁰⁹ AEDIDH y OIDHP: *Por una Comisión de la Verdad sobre los crímenes del franquismo. Declaración de la AEDIDH y del OIDHP con ocasión del Día Internacional del Derecho a la Verdad*, Luarca y San Sebastián, 24 de marzo de 2013.

Las reivindicaciones comunes de las distintas asociaciones de víctimas del franquismo han sido resumidas de forma muy concreta por la *Asociación Memoria Histórica de Cartagena*: «evitar que se confunda a los que tenían la razón con los que no», siendo su último fin «dignificar y recuperar la memoria de las víctimas».

Del estudio de los diferentes métodos de trabajo utilizados por las distintas asociaciones se desprende una serie de líneas comunes de actuación:

- Trabajos de investigación en archivos estatales.
- Entrevistas personalizadas a las personas que vivieron durante la dictadura franquista.
- Localización, dignificación y exhumación de enterramientos clandestinos.

Como ha establecido la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Extremadura (en adelante, ARMHEX), «la exhumación de fosas de represaliados por el franquismo son un elemento fundamental en el origen y la conformación de la ARMHEX, pero no son el único motor de actuación».⁵¹⁰ Es decir, el trabajo de las asociaciones orientado a la exhumación de fosas cumple una misión muy importante dentro de lo que se ha dado a llamar la recuperación de la memoria histórica,⁵¹¹ y es, a su vez, su actividad más conocida. Pero no es la única, pues otro objetivo de las asociaciones (en nuestra opinión el más importante), se centra en instar a los poderes públicos a mejorar las políticas dirigidas al conocimiento de nuestra historia desde el triple prisma de verdad, justicia y reparación.

Esta labor se vio parcialmente satisfecha durante las reuniones que el Gobierno mantuvo con las diferentes asociaciones de víctimas del franquismo con motivo de la instalación de la *Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo*. Las distintas asociaciones pudieron informar de primera mano al Gobierno sobre las pretensiones de los colectivos de víctimas. Sin embargo, como hemos visto en el *apartado dedicado a la Ley 52/2007* y el incumplimiento de las medidas de reparación conforme al derecho internacional de los derechos humanos, las pretensiones anheladas por este colectivo no han sido satisfechas hasta la fecha por los poderes públicos.

⁵¹⁰ Cf. Asociación para la recuperación de la memoria histórica de Extremadura.

⁵¹¹ Misión que, por otra parte, no correspondería a las asociaciones, sino al Estado español, en virtud del artículo 24.3 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*.

A modo de conclusión de todo lo expuesto en el presente capítulo, entendemos que España está obligada por el derecho internacional de los derechos humanos a constituir una comisión de la verdad por ley votada en el Congreso de los Diputados, dotada de un presupuesto suficiente y con las siguientes características aconsejadas por la práctica internacional:

El período de funcionamiento de la Comisión debería comprender entre un año y medio y dos años y medio, según ha recomendado la OACNUDH.⁵¹² Sin embargo, la propia comisión podrá solicitar la extensión de su mandato si así lo requiriera, no pudiendo exceder en todo caso de un año y medio más.

La competencia *ratione temporis* debería abarcar todo el período de la guerra civil española (de 1936 a 1939), así como la posterior represión de la dictadura franquista (1939-1977),⁵¹³ con la intención de dar a conocer a la sociedad la verdad objetiva de lo ocurrido en materia de violaciones a los derechos humanos durante todo el período represivo.

La competencia *ratione materiae* se debería centrar en el conjunto de violaciones de los derechos humanos que constituirían crímenes internacionales en el momento en el que fueron perpetrados (a partir de 1936) y que hasta la fecha no han sido objeto de investigación, ni por las instancias judiciales, ni por otros poderes públicos españoles.

De esta forma, la comisión de la verdad no se limitaría a investigar las desapariciones forzadas, sino que abarcaría otros crímenes de guerra y de lesa humanidad que ya tenían esa calificación en el momento en el que fueron perpetrados.

En cuanto a la composición de la comisión de la verdad, al tratarse de la investigación de un largo período histórico, es conveniente que esté compuesta de personas expertas no solo en investigación de crímenes internacionales, sino también en investigación histórica.

A su vez, es también recomendable que se conjuguen las personas expertas nacionales con las extranjeras, con vistas a obtener una visión lo más objetiva posible del conflicto.

⁵¹²OACNUDH: *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Comisiones de la verdad*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2006, p. 3.

⁵¹³Independientemente de que la muerte del dictador ocurriera el 20 de noviembre de 1975, la Administración franquista aún siguió en funcionamiento tras esa fecha, provocando claras violaciones de derechos humanos que deben ser también objeto de investigación.

Igualmente, es altamente aconsejable atender al equilibrio por razón de género y por representación de las distintas comunidades autónomas, a la hora de elegir a las personas expertas que compondrán la comisión.

Sin duda será determinante para el éxito de la comisión la participación tanto de la sociedad civil como de las víctimas en el proceso de investigación que realicen las personas expertas. Es necesario que ambas estén representadas en todo momento tanto en los trabajos previos a la constitución de la comisión de la verdad, como en la fase de investigación en sí y en la elaboración de sus conclusiones y recomendaciones.

Las diferentes asociaciones de recuperación de la memoria histórica existentes en el Estado, así como otras organizaciones de la sociedad civil que han mostrado un interés especial en la recuperación de la memoria histórica de los españoles (como es el caso de la AEDIDH y del OIDHP), deberán tener un papel muy relevante en el desarrollo de las actividades de la comisión, al poseer información privilegiada del desarrollo tanto de la contienda como del posterior período de represión en el territorio en el que cada asociación desarrolla su actividad, así como del derecho internacional de los derechos humanos, lo que constituirá una contribución esencial a los trabajos de la comisión.

Por último, siguiendo la experiencia sudafricana, sería interesante que la comisión habilitara audiencias públicas en las que los familiares de las víctimas, de los testigos de la represión franquista supervivientes y de los represores se encontraran para contar su versión de los hechos al conjunto de la sociedad, con el ánimo de crear un clima de reconciliación entre todas las partes y con la sociedad en general, asumiendo la verdad objetiva del pasado.

Todos los archivos históricos custodiados por las autoridades, incluidos los militares y eclesiásticos, deben ser preservados por las autoridades y puestos a disposición del personal investigador de la comisión de la verdad, así como de toda persona u organización interesada.

En materia de justicia restaurativa, España debe derogar urgentemente la *ley de amnistía de 1977* (recomendado por el Comité DH en 2008,⁵¹⁴ por el Comité CT en 2009 y por el GTDFI y el Comité DF en 2013); declarar imprescriptibles los crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad (tipificados en el artículo 607 y 607 bis del Código Penal); y ratificar urgentemente tanto la

⁵¹⁴Comité DH: *observaciones finales al quinto informe periódico de España (2008)*, doc. CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, párr. 9.

Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, como la Convención europea sobre la imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

Así mismo, España debe modificar la *Ley 52/2007* para hacerla compatible con las normas estudiadas de derecho internacional de los derechos humanos en materia de investigación de crímenes internacionales. En particular, la legislación ordinaria debe ser concordante tanto con la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, como con lo establecido en la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, que consagran la dimensión colectiva del derecho a la verdad, así como la obligación continuada del Estado de búsqueda e investigación de las personas desaparecidas hasta que se dé con su paradero.

Conclusiones finales

En el presente estudio se ha constatado la existencia del derecho a la verdad en el derecho internacional de los derechos humanos recurriendo a las diferentes normas internacionales (universales, europeas e interamericanas) adoptadas en el seno de las diferentes organizaciones internacionales, y aplicadas por los órganos de protección de los derechos humanos competentes. A la vista de la legislación y práctica internacionales, se concluye que España tiene la obligación internacional de establecer una comisión de la verdad para satisfacer las exigencias del derecho a la verdad.

Además, se han estudiado los informes de las distintas comisiones de la verdad que se han constituido en el derecho comparado. Sus experiencias son muy ilustradoras para establecer en España una comisión que restablezca la verdad histórica de los crímenes internacionales cometidos en nuestro país durante la Guerra Civil y la posterior dictadura franquista. Además, se deberán adoptar medidas de reparación a favor de las víctimas y sus familiares, pues tienen el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, más allá de las medidas de reparación moral o económica que ha previsto la *Ley 52/2007*, conocida como *ley de memoria histórica*.

Nuestro estudio nos permite arribar a las siguientes conclusiones particulares:

1. Teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional y la doctrina especializada, el derecho a la verdad en derecho internacional de los derechos humanos comprende tanto el crimen de desaparición forzada como otros crímenes internacionales, siendo un derecho de titularidad tanto individual como colectiva.
2. En el ámbito convencional internacional, el derecho a la verdad se reconoce de forma indirecta en los artículos 2, 23 y 24 del PIDCP relativos a la protección especial de la que son acreedores la familia y los niños. En relación con la infancia, son de aplicación también los artículos 8 y 9 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*.

3. Además, el derecho a la verdad se relaciona en derecho internacional de los derechos humanos con el derecho a no sufrir tortura, al considerarse que el desconocimiento del paradero de la víctima (en caso de desaparición forzada), genera un sufrimiento en los familiares de las víctimas de tal magnitud que puede ser equiparable a la tortura. Concretamente, el artículo 12 de la **CCT** establece la obligación del Estado de investigar siempre que haya motivos razonables para creer que se ha cometido tortura dentro del territorio bajo su jurisdicción. También se reconoce el deber de asistencia a toda persona que haya sufrido tortura (art. 13 **CCT**), así como el derecho de la víctima de la tortura a una indemnización justa y adecuada, incluyendo los medios para su temprana rehabilitación (art. 14 **CCT**).
4. En el ámbito convencional general, el derecho a la verdad se recoge de forma expresa en el artículo 24.2 de la **Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas**.
5. En el ámbito del derecho internacional general, el derecho a la verdad es reconocido en el artículo 13 de la **Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas** y en los principios 2 y 4 del Conjunto de principios. El primero de ellos trata de su dimensión colectiva, mientras que el segundo se centra en su dimensión individual.
6. El **GTDFI** precisó el contenido material del derecho a la verdad al afirmar en el párrafo 1 del *comentario general sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, que tal derecho conlleva el derecho a conocer los progresos y los resultados de toda investigación; conocer la suerte y el paradero de las personas desaparecidas; conocer las circunstancias de la desaparición y la identidad del autor o los autores de la desaparición.
7. El derecho a la verdad forma parte igualmente del derecho internacional humanitario, al estar recogido en el artículo 32 del **Protocolo I a los Convenios de Ginebra**, que se refiere al derecho de las familias a conocer la suerte de sus miembros en caso de que se hayan producido desapariciones dentro del núcleo familiar.
8. De la jurisprudencia de la **CiIDH** y de la práctica de la **CmIDH** se desprende que el derecho a la verdad está indirectamente recogido en los artículos 1.1, 8, 13 y 25 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**.

9. Para la **CmIDH**, el núcleo del derecho a la verdad lo compone el conocimiento tanto de las circunstancias específicas de los hechos, como de la identidad de los autores. A su vez, esto supone una medida necesaria para evitar futuras violaciones de derechos humanos.
10. Para la doctrina y jurisprudencia interamericanas, el derecho a la verdad fue considerado un principio emergente al no estar reconocido explícitamente en ningún tratado internacional. Situación que se modificó en 1999 con la aprobación de la **Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas**, seguida en 2009 por la **Convención equivalente de las Naciones Unidas**. Además, su vigencia es incuestionable, pues su desarrollo ha corrido a cargo de la *opinio iuris* y de la jurisprudencia de los órganos de protección de los derechos humanos, especialmente los regionales interamericanos.
11. Los artículos 2, 3, 5 y 13 del **CEDH** tipifican el derecho a la vida, a no sufrir torturas, a la libertad y la seguridad de las personas, así como el derecho a un recurso efectivo. Estos derechos han sido utilizados por el **TEDH** en su jurisprudencia para establecer la obligación de los Estados de iniciar una investigación exhaustiva y eficiente en caso de violaciones de derechos humanos, castigar a los culpables y reparar a las víctimas de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas.
12. Las comisiones de la verdad se han constituido en derecho comparado como instituciones oficiales, temporales y de determinación de hechos. Son instituciones de carácter extrajudicial, cuya labor se centra en la investigación de abusos de derechos humanos o de derecho internacional humanitario, perpetrados en un lugar y en un período de tiempo determinados. En ningún caso pueden sustituir la labor judicial, aunque pueden favorecerla en caso de que los tribunales tengan presente el informe final de la comisión a la hora de iniciar una investigación penal de determinados hechos.
13. La voluntad política es un elemento esencial tanto para constituir las comisiones de la verdad como para el desarrollo cabal de su trabajo, en especial para que las recomendaciones que figuren en el informe final sean efectivamente acatadas por los poderes públicos, tanto si son recomendaciones orientadas a la reparación moral y económica de las víctimas, como si van dirigidas a la persecución penal de los responsables.

14. Las medidas de reparación moral y económica son necesarias para una verdadera reparación a las víctimas. Sin embargo, el derecho a la reparación no se debe limitar a medidas típicas de la justicia restaurativa, sino que estas deben ser un complemento de las medidas de justicia penal que los Estados están internacionalmente obligados a tomar.
15. El enjuiciamiento de los responsables de las violaciones de los derechos humanos, en particular cuando constituyen crímenes internacionales, es una obligación internacional del Estado. También es una realidad avalada por la experiencia internacional.
16. Los crímenes internacionales (incluida la desaparición forzada de personas cuando se produce de manera sistemática) no pueden estar sujetos a medidas de prescripción o amnistía. Así lo han desarrollado tanto la doctrina como la jurisprudencia internacionales. Se ha aceptado comúnmente que las amnistías fomentan la impunidad de los violadores de derechos humanos.
17. El principio de jurisdicción universal ha de ser considerado como una opción real en caso de que un Estado, por la situación en la que se encuentra, no pueda o no quiera juzgar él mismo a los perpetradores de crímenes contra los derechos humanos. El que un Estado juzgue mediante sus propios tribunales este tipo de delitos ha de ser considerado siempre como la opción más deseable. Sin embargo, en caso de que no sea posible, se debe contemplar otras alternativas como los tribunales *ad hoc*, la CPI o la aplicación del principio de jurisdicción universal mediante el cual los tribunales de otros Estados podrán declararse competentes para investigar crímenes internacionales.
18. Las leyes de amnistía han sido utilizadas por numerosos países como supuestas medidas indispensables para conseguir una verdadera reconciliación nacional. Su objeto es evitar que las personas, o grupos de personas, que estuvieron directamente implicados en las violaciones de derechos humanos respondan ante los tribunales competentes para juzgarlos. Sin embargo, en el presente estudio hemos comprobado que las amnistías no solo no consiguen que la sociedad se reconcilie consigo misma, sino que fomentan la impunidad de los responsables y en muchos casos no evitan que la violencia continúe. Así ocurrió en España con el intento de golpe de Estado el 23 de febrero de 1981.

19. La creación de una comisión de la verdad supondría el inicio de la primera investigación oficial, objetiva y parcial, sobre los acontecimientos que tuvieron lugar durante la Guerra Civil y la posterior represión franquista, ya que se aportarían testimonios de, entre otros, testigos supervivientes y opiniones de especialistas en derechos humanos.
20. La futura comisión de la verdad española investigaría los crímenes cometidos tanto durante la Guerra Civil (1936-1939) como durante la dictadura franquista (1939-1977), teniendo un período máximo de funcionamiento de dos años y medio (pudiendo concederse una prórroga de un año y medio como máximo). La competencia *ratione materiae* se centraría en aquellas violaciones de derechos humanos que ya eran constitutivas de crimen internacional en el momento en el que fueron perpetradas y que no han sido objeto de investigación hasta la fecha. A su vez, la composición de la comisión de la verdad deberá mantener un equilibrio entre el personal experto tanto en derechos humanos como en asuntos históricos, así como mantener equilibrio entre el personal nacional y extranjero, un equilibrio de género y una representación equitativa de las diferentes comunidades autónomas. La participación de la sociedad civil será sumamente importante tanto en los trabajos previos a la constitución de la comisión, como en la fase de investigación y en la elaboración e implementación de las conclusiones y recomendaciones.
21. Será esencial que el personal investigador de la comisión de la verdad tenga acceso irrestricto a todos los archivos históricos custodiados por el Estado, incluidos los militares y los eclesiásticos. A su vez, sería altamente recomendable la habilitación de audiencias públicas, siguiendo la experiencia sudafricana, en las que los familiares de las víctimas, de los testigos de la represión franquista supervivientes y de los represores se encontraran para contar su versión de los hechos al conjunto de la sociedad.
22. Por último, España está obligada por el derecho internacional de los derechos humanos a derogar la *ley de amnistía de 1977* y declarar imprescriptibles los crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad. También se le ha recomendado ratificar tanto la *Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, como la Convención europea de imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. En el mismo sentido, España debe modificar la *Ley 52/2007* para hacerla compatible con las exigencias internacionales en materia de investigación de los crímenes internacionales.

Bibliografía

1. Doctrina

A. OBRAS GENERALES

ALBERONI, F.: *Las razones del bien y del mal*, México: Gedisa, 1988, 200 pp.

AMBOS, K.: *Impunidad y Derecho penal internacional*, Buenos Aires: AD-HOC, 1999, 480 pp.

BARAHONA DE BRITO, A., C. GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ y P. AGUILAR FERNÁNDEZ (eds.): *The Politics of Memory. Transitional Justice in Democratizing Societies*, Oxford: Oxford University Press, 2001, 448 pp.

BOTTIGLIERO, I.: *Redress for Victims of Crimes Under International Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2004, 310 pp.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *La sanción de los crímenes de Derecho internacional y las violaciones a los Derechos Humanos en períodos de transición. Un análisis a la sombra de la última experiencia iberoamericana*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2006, 892 pp.

— *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, 630 pp.

CUYA, E.: *Las Comisiones de la Verdad en América Latina, Kóõga Roñeētã*, serie III, 1996, 57 pp.

GARCÍA YEREGUI, M.: *La ley de amnistía de octubre de 1977: lucha por la libertad, reconciliación nacional e impunidad*, Universidad de Zaragoza, 17 pp.

HAYNER, P.: *Verdades innombrables: El reto de las comisiones de la verdad*. México: FCE, 2008, 432 pp.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (Filosofía y Ley Penal), Buenos Aires: Losada, 1964, 1250 pp.

MARTÍN ACEÑA, P. y E. MARTÍNEZ RUIZ (coords.): *Las consecuencias demográficas de la Guerra Civil*, X Congreso de la AEHE, sesión A2: «La economía de la Guerra Civil», Galicia, mayo de 2005, 36 pp.

MAZZEI, J. M.: *Finding Shame in Truth: The Importance of Public Engagement in Truth Commissions*, Department of Political Science Kent State University. Estudio presentado en la 49.^a Convención Anual de ISA «Bridging Multiple Divides», San Francisco, 26 de marzo de 2008, 32 pp.

MORÁN SÚAREZ, G.: *El precio de la transición*, Barcelona: Planeta, 1991, 256 pp.

OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, Madrid: La Ley (Grupo Wolters Kluwer), 2008, 624 pp.

ORENTLICHER, D.: *Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones sobre las mejores prácticas, para ayudar a los Estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad*, 27 de febrero de 2004, doc. E/CN.4/2004/88, 32 pp.

OSIEL, M.: *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, New Jersey: Transaction Publishers, 1999, 318 pp.

PRESTON, P.: *La Guerra Civil española: reacción, revolución y venganza*, Barcelona: Historia, 2010, 392 pp.

QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Tomo I, Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, CSIC, 1955, 1082 pp.

REAÑO BALAREZO, C.: *El derecho a la verdad*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 24 pp.

RINCÓN COVELLI, T.: *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2010, 200 pp.

SERTILLANGES, A. G.: *Le problème du mal*, París: Aubier, 1949, 556 pp.

SCHABAS, W. A.: *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 712 pp.

VAN DER MERWE, H.: *The South African Truth and Reconciliation Commission and Community Resolution*, Johannesburgo: The Centre for the Study of Violence and Reconciliation, 1998, 604 pp.

YESTE PIQUER, E.: «La transición española. Reconciliación nacional a cambio de desmemoria: el olvido público de la guerra civil», *HAOL*, 21 (invierno 2010), pp. 7-12.

B. ARTÍCULOS Y OTRAS CONTRIBUCIONES A OBRAS COLECTIVAS

AGUILAR FERNÁNDEZ, P.: *La justicia transicional en los casos español, argentino y chileno*, Conferencia internacional Paz y Justicia - Elementos Conformadores del Futuro, Núremberg, 25 - 27 de junio de 2007, 34 pp.

ARANGÜENA FANEGO, C.: «La Ley de Memoria Histórica y sus limitaciones: una visión desde la óptica del Derecho procesal», en J. TAMARIT SUMALLA (coord.): *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona: Atelier, 2010, pp. 149-152.

BAINES, E. y JUSTICE AND RECONCILIATION PROJECT (JRP): *The Cooling of Hearts. Community Truth-Telling in Acholi-land*, Liu Institute for Global Issues, Gulu District NGO Forum, Special Report, julio de 2007, 23 pp.

BARAHONA DE BRITO, A.: «Introduction», en A. BARAHONA DE BRITO y D. CASSEL: «The Expanding Scope and Impact of Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights» en K. DE FEYTER *et al.* (eds.): *Out of the Ashes: Reparations for gross Violations of Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2005, pp. 191-225.

BASSIOUNI, M. C.: «Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice», *Virginia Journal of International Law*, 2001, 42, pp. 82-134. (Trad. esp.: «Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea», Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 21-23).

- BRONKHORST, D.: «Comisiones de la Verdad y la justicia de transición. Una guía corta para usuarios», *Futuros*, 10 (2005), vol. III. (Resumen en español de la guía publicada en inglés en agosto de 2003).
- CAPELLÀ I ROIG, M.: «La recuperación de la memoria histórica desde la perspectiva jurídica e internacional», *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, 7 (septiembre 2008), pp. 273-280.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: «*El viaje a ninguna parte*: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la guerra civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 45 (enero-junio 2007), pp. 119-233.
- «Transición española y justicia transicional: ¿qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política de España», *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, 7 (septiembre 2008), monográfico «La memoria como conflicto. Memoria e historia de la Guerra Civil y el Franquismo», pp. 331-354.
- «A propósito del proceso de reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: De los motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal», *Revista de Derecho de Extremadura*, mayo de 2009, pp. 13-31.
- «La obligación internacional del Estado de investigar las violaciones a los Derechos Humanos ocurridas en el pasado», en S. RIPOL CARULLA y C. VILLÁN DURÁN (dirs.): *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona: ICIP, 2012, pp. 26-50.
- y L. VICENTE MÁRQUEZ: «La investigación de los crímenes cometidos en la Guerra Civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del Derecho internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 19 (2010), 43 pp.
- ESPINOSA MAESTRE, F.: «Julio de 1936, Golpe Militar y Plan de exterminio», en J. CASANOVA RUIZ, J. et al.: (coords.): *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*, Barcelona: Crítica, 2002, pp. 56-80.
- FALEH PÉREZ, C.: «La obligación internacional del Estado de prevenir e investigar los casos de desaparición forzada o involuntaria de personas», en S. RIPOL CARULLA y C. VILLÁN DURÁN (dirs.): *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona: ICIP, 2012, pp. 75-134.

- GARCÍA ARÁN, M.: «Repercusiones penales de la ley de amnistía de 1977», en M. J. ESPUNY TOMÁS y O. PAZ TORRES (eds.): *30 años de la ley de amnistía (1977-2007)*, Madrid: Universidad Autónoma de Barcelona/Dykinson, 2009, pp. 187-192.
- GARIBIAN, S.: «Derecho a la verdad. El caso argentino», en S. RIPOL CARULLA y C. VILLÁN DURÁN (dirs.): *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona: ICIP, 2012, pp. 51-63.
- GIL GIL, Alicia: «Justicia transicional en España» en J. TAMARIT SUMALLA (coord.): *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona: Atelier, 2010, pp. 23-44.
- GÓMEZ ISA, F.: «El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos», en F. GÓMEZ ISA (dir.): *El derecho a la memoria*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 23-76.
- «Justicia y reparación para las víctimas de violaciones graves y sistemáticas de los Derechos Humanos», *Crítica*, LVIII, núm. 954 (junio 2008), pp. 51-55.
- «Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales. El caso español», en S. RIPOL CARULLA y C. VILLÁN DURÁN (dirs.): *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona: ICIP, 2012, pp. 172-184.
- GONZÁLEZ RUIZ, J. E.: «¿Por qué una comisión de la verdad con ciudadanos?», *Contralínea*, 274 (4 de marzo de 2012).
- GREIFF, P. DE: «The role of apologies in national reconciliation processes: On making trustworthy institutions trusted», en M. GIBNEY *et al.* (eds.): *The Age of Apology. Facing up to the Past*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2008, pp. 120-136.
- IGNATIEFF, M.: «Articles of faith», *Index on Censorship* 25, núm. 5 (1996), pp. 110-117.
- INTERNATIONAL COUNCIL OF HUMAN RIGHTS POLICY: *¿Negociar la Justicia? Derechos Humanos y Acuerdos de Paz*, Ginebra: ICHRP, 2006, 9 pp.
- JAMES, M.: «Wrestling with the past: apologies, quasi-apologies, and non-apologies in Canada», en M. GIBNEY *et al.* (eds.): *The Age of Apology. Facing up to the Past*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2008, pp. 137-153.

- KUKATHAS, C.: «Responsibility for past injustice: how to shift the burden», *Politics, Philosophy & Economics*, vol. 2, núm. 2 (2003), 15 pp.
- KRIESBERG, L.: «Paths to Varieties of Inter Communal Reconciliation», ponencia presentada a la VII Conferencia General de la Organización Internacional para la Investigación sobre la Paz, Durban, 22-26 de junio de 1998.
- LANDSMAN, S.: «Alternative Responses to Serious Human Rights Abuses: Of Prosecution and Truth Commissions», *Law and Contemporary Problems*, 59, núm. 4 (otoño 1996), pp. 81-92.
- LEEBAW: «Legitimation or judgment? South Africa's restorative approach to transitional justice», *Polity*, 36, núm. 1 (octubre de 2003), pp. 23-51.
- LÓPEZ BARRERO, E.: «La obligación del Estado de reparar las violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las formas de reparación», en S. RIPOL CARULLA y C. VILLÁN DURÁN (dirs.): *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona: ICIP, 2012, pp. 135-147.
- MAYAYO ARTAL, A.: «La violencia política a la Transición», en R. ARACIL MARTÍ, A. MAYAYO ARTAL y A. SEGURA I MAS (eds.): *Memòria de la Transició a Espanya i a Catalunya*, vols. VI y VII, Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2006, pp. 11-66.
- MÉNDEZ, J. E.: «Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos», en M. ABREGÚ y C. COURTIS (coords.): *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, pp. 520-538.
- MILLAR, G.: «Local Evaluations of Justice through Truth Telling in Sierra Leone: Postwar Needs and Transitional Justice», *Human Rights Review*, 12, núm. 4 (diciembre de 2011), pp. 515-535.
- MOLINERO RUIZ, C.: «La ley de amnistía de 1977: la reivindicación antifranquista y su lectura treinta años después», en M. J. ESPUNY TOMÁS y O. PAZ TORRES (eds.): *30 años de la ley de amnistía (1977-2007)*, Madrid: Universidad Autónoma de Barcelona/Dykinson, 2009, pp. 46- 51.

MURPHY, M.: «Apology, Recognition, and Reconciliation», *Human Rights Review*, vol. 12, núm. 1 (marzo 2011), pp. 47-69.

PICKER, R.: «Las sesiones ante la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica: Perspectiva desde las víctimas», en F. GÓMEZ ISA (dir.): *El derecho a la memoria*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 113-138.

SÁBATO, E.: «Prólogo», en CONADEP: *Nunca Más*, Buenos Aires: Eudeba, 1984.

SALINAS ALCEGA, S.: «Los Tribunales Penales Mixtos como instrumentos en la lucha contra la impunidad por la Comisión de Crímenes Internacionales», en J. SOROETA LICERAS (dir.): *Los Derechos Humanos frente a la impunidad. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Volumen X*, Leioa: Universidad del País Vasco, servicio editorial, 2009, pp. 185-239.

SÁNCHEZ PATRÓN, J. M.: «¿Réquiem por la justicia universal?», *Diario Levante* (Valencia) (23-10-2009).

SANTOS VARA, J. (coord.): «Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho internacional público en España (enero-junio 2012)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 23 (2012), 49 pp.

SCHABAS, W. A.: «Comisiones de la Verdad y Memoria», en F. GÓMEZ ISA (dir.): *El derecho a la memoria*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 101-114.

SEUBA HERNÁNDEZ, X.: «La naturaleza colectiva del derecho a la verdad y su impacto sobre la legitimación activa», en S. RIPOL CARULLA y C. VILLÁN DURÁN (dirs.): *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona: ICIP, 2012, pp. 64-74.

SILVA BARRERA, E.: «El despertar de la memoria histórica en España: El papel de la sociedad civil», en F. GÓMEZ ISA (dir.): *El derecho a la memoria*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 571-578.

SOOKA, Y.: «Dealing with the past and transitional justice: building peace through accountability», *International Review of the Red Cross*, 862 (2006), pp. 311-325

TAMARIT SUMALLA, J.: «Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1 (2010).

- TAPPATÁ DE VALDEZ, P.: «Comisiones de la Verdad: un instrumento de las transiciones a la democracia», *CPA Estudios/Working Papers*, 6/2003, de 25 de noviembre de 2004, 12 pp.
- TOMUSCHAT, C.: «El sistema de justicia penal internacional», en J. SOROETA LICERAS (dir.): *Los Derechos Humanos frente a la impunidad. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Volumen X*, Leioa: Universidad del País Vasco, servicio editorial, 2009, pp. 9-40.
- UPRIMNY YEPES, R. y M. P. SAFFON SANÍN: «Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades» en A. RETTBERG (comp.): *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, CESO, Ediciones Uniandes, IDRC, 2005, pp. 211-232.
- «Derecho a la verdad: alcance y límites de la verdad judicial», en R. UPRIMNY YEPES *et al.*: *¿Justicia Transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, pp. 139-171.
- VALENCIA VILLA, H.: «La ley española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional» en S. RIPOL CARULLA y C. VILLÁN DURÁN (dirs.): *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona: ICIP, 2012, pp. 185-198.
- VENTURA ROBLES, M.: *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad*, ponencia presentada en el Taller sobre Democracia, Derechos Humanos, y Estado de Derecho, San José (Costa Rica), 5-7 de septiembre de 2005, 25 pp.
- VILLÁN DURÁN, C.: «Contribución de la AEDIDH al desarrollo de la justicia de transición en España», en S. RIPOL CARULLA y C. VILLÁN DURÁN (dirs.): *Justicia de transición. El caso de España*, Barcelona: ICIP, 2012, pp. 9-25.
- y C. FALEH PÉREZ: «Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la Guerra Civil y la dictadura», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 16 (2008), 51 pp.
- YSÀS, P.: «La Transición española en la democracia: Historia y mitos», en M. J. ESPUNY TOMÁS y O. PAZ TORRES (coords.): *30 años de la ley de amnistía (1977-2007)*, Madrid: Universidad Autónoma de Barcelona/Dykinson, 2009, pp. 19-40.

ZACKLIN, R.: «The Failings of Ad Hoc International Tribunals», *Journal of International Criminal Justice*, 2, núm. 2 (junio 2004), pp. 353-597.

ZALAUQUETT, J.: «Procesos de Transición a la Democracia y Políticas de Derechos Humanos en América Latina», en L. GONZÁLEZ VOLIO (ed.): *Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, pp. 106-132.

2. *Jurisprudencia*

ESPAÑA

Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n.º 5, auto de 18 de noviembre de 2008.

— Juzgado Central de Instrucción n.º 5, auto de 16 de octubre de 2008.

— Juzgado Central de Instrucción n.º 2, auto de 17 de julio de 2008.

— Juzgado Central de Instrucción n.º 5, auto de 1 de septiembre de 2000.

— Sala de lo Penal, auto de 5 de noviembre de 1998.

— Sala de lo Penal, auto de 4 de noviembre de 1998.

— Juzgado Central de Instrucción n.º 6, auto de 15 de septiembre de 1998.

— Juzgado Central de Instrucción n.º 5, auto de 25 de marzo de 1998.

Audiencia Provincial de Madrid, auto de 19 de junio de 2013.

Tribunal Constitucional, *sentencia* 237/2005, 26 de septiembre de 2005.

— *sentencia* 95/2003, 22 de mayo de 2003.

— *sentencia* 99/1985, 30 de septiembre de 1985.

Tribunal Supremo, *sentencia* 101/2012, 27 de febrero de 2012.

ARGENTINA

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *sentencia n.º S. 1767. XXXVIII*, 14 de junio de 2005.

Exhorto de la jueza María Servini de Cubría, juez federal a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 1, de 18 de septiembre de 2013.

Exhorto de la jueza María Servini de Cubría, juez federal a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 1, 14 de diciembre de 2011

Exhorto de la jueza María Servini de Cubría, juez federal a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 1, 14 de octubre de 2010.

BOSNIA Y HERZEGOVINA

Cámara de Derechos Humanos de Bosnia y Herzegovina: caso *Srebrenica v Republika Srpska*, caso n.º CH/01/18365.

FRANCIA

Cour de cassation, Chambre criminelle, n.º de *pourvoir*: 02-85379, 23 de octubre de 2002, *Bulletin criminel*, 2002, n.º 195.

PERÚ

Tribunal Constitucional, *expediente 2488-2002-HC/TC*, 18 de marzo de 2004.

TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

TPI para la ex Yugoslavia, caso *Prosecutor v Furundzija*, *sentencia* de 10 de diciembre de 1998.

3. Informes de instituciones públicas españolas

ARARTEKO. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PAÍS VASCO: *Verdad, justicia y reparación para las víctimas de la dictadura franquista: significado y políticas públicas en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, Vitoria, enero de 2012, 34 pp.

COMISIÓN INTERMINISTERIAL PARA EL ESTUDIO DE LA SITUACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA GUERRA CIVIL Y DEL FRANQUISMO: *Informe general*, 26 de julio de 2006, 93 pp.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: respuesta al exhorto del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 1 del 14 de diciembre de 2011, 27 de marzo de 2012.

— respuesta al exhorto del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 1, del 14 de octubre de 2010, 7 de junio de 2011.

LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Bases para la puesta en marcha de una Comisión de la Verdad en Euskadi*, Vitoria: Dirección de Derechos Humanos, Viceconsejería de Justicia, Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social, Gobierno Vasco, 31 de marzo de 2009, 162 pp.

4. Documentos de organizaciones internacionales

A. DOCUMENTOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

AGNU: *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, doc. A/HRC/16/48, 26 de enero de 2011.

— *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, doc. A/RES/60/147, 16 de diciembre de 2005.

— *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, doc. A/RES/56/83, 12 de diciembre de 2001.

— *Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 53.º período de sesiones*, doc. A/56/589, 26 de noviembre de 2001.

— *Protección de los derechos humanos en Chile*, res. 35/188, 15 de diciembre de 1980.

— *Derechos humanos en Chile*, res. 34/179, 17 de diciembre de 1979.

— *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad*, res. 3074 (XXVIII), 3 de diciembre de 1973.

— res. 2005/66, *El derecho a la verdad*, doc. E/CN.4/1990/13, 20 de abril de 2005.

— *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

COMITÉ CT: *observaciones finales sobre el quinto informe periódico de España*, doc. CAT/C/ESP/CO/5, 9 de diciembre de 2009.

COMITÉ DF: *observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención*, 13 de noviembre de 2013.

— *Lista de cuestiones en relación con el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención. Respuestas del Gobierno de España*, doc. CED/C/ESP/Q/1/Add.1, 23 de octubre de 2013.

— *Lista de cuestiones en relación con el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención*, doc. CED/C/ESP/Q/1, 10 de julio de 2013.

— *Informes de los Estados partes en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención que debían presentarse en 2012, España*, doc. CED/C/ESP/1, 28 de enero de 2013.

COMITÉ DH: caso *Cifuentes Elgueta vs. Chile*, comunicación n.º 1536/2006, doc. CCPR/C/D/1536, 28 de julio de 2009.

— *observaciones finales al quinto informe periódico de España (2008)*, doc. CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009.

— *observación general n.º 31, «La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto»*, doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 29 de marzo de 2004.

— *observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Lesotho*, doc. CCPR/C/79/Add.106, de 8 de abril de 1999.

— *observaciones finales sobre Sri Lanka*, doc. CCPR/C/79/Add.56, 27 de julio de 1995.

— caso *Hugo Rodríguez vs. Uruguay*, comunicación n.º 322/1988, doc. CCPR/C/51/D/322/1988, 9 de agosto de 1994.

— caso *R.A.V.N. et al. vs. Argentina*, comunicaciones n.º 343, 344 y 345/1988, doc. CCPR/C/38/D/343/1988, 5 de abril de 1990.

— caso *Y.S.E. vs. Argentina*, comunicación n.º 275/1988, doc. CCPR/C/38/D/275/1988, 4 de abril de 1990.

— caso *Elena Quinteros Almeida y María del Carmen Almeida de Quinteros vs. Uruguay*, comunicación n.º 107/1981, doc. CCPR/C/OP/2 at 138 (1990), de 21 de julio de 1983.

CONSEJO DH: *Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, doc. A/HRC/RES/18/7, 13 de octubre de 2011.

— *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. España*, doc. A/HRC/WG.6/8/L.5, 12 de mayo de 2010.

— *El derecho a la verdad*, res. 12/12, 1 de octubre de 2009.

CONSEJO DE SEGURIDAD: *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, doc. S/2004/616, 3 de agosto de 2004.

— *Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad*, doc. S/PRST/2002/41, 20 de diciembre de 2002.

GTDFI: *observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España*, 30 de septiembre de 2013.

— doc. A/HRC/19/58/Rev.1, de 2 de marzo de 2012.

— *comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado*, doc. A/HRC/16/48, 26 de enero de 2011, pp. 11-13.

— *comentario general sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, doc. A/HRC/16/48, 26 de enero de 2011, pp. 13-18.

— doc. A/HRC/13/31, 21 de diciembre de 2009.

— *observación general sobre el artículo 18 de la Declaración*, doc. E/CN.4/2006/56, 27 de diciembre de 2005, párr. 49, pp. 14-17.

— doc. E/CN.4/2003/70, 21 de enero de 2003.

— doc. E/CN.4.1985/15, 23 de enero de 1985.

— doc. E/CN.4/1435, 22 de enero de 1981.

OACNUDH: *Desapariciones forzadas o involuntarias*, folleto informativo n.º 6/Rev. 3, Ginebra: OACNUDH, 2009.

— *El derecho a la verdad*, doc. A/HRC/12/19, 21 de agosto de 2009.

— *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2009.

— *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Aprovechamiento al máximo del legado de los tribunales mixtos*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2008.

— *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2008.

— *El derecho a la verdad*, doc. A/HRC/5/7, 7 de junio de 2007.

- *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Comisiones de la verdad*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2006.
- *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2006.
- *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Procesos de depuración: marco operacional*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2006.
- *Instrumentos del régimen de derecho para Estados que han sufrido un conflicto. Supervisión del sistema de justicia*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2006.
- *Estudio sobre el derecho a la verdad*, doc. E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006.

RELATOR ESPECIAL PARA LA PROMOCIÓN DE LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACIÓN Y LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN: *observaciones preliminares del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, al concluir su visita oficial a España*, Madrid, 3 de febrero de 2014.

- doc. A/HRC/21/46, 9 de agosto de 2012.

RELATOR ESPECIAL SOBRE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN: doc. E/CN.4/1998/40, 28 de enero de 1998.

B. DOCUMENTOS DEL CONSEJO DE EUROPA

Council of Europe, Parliamentary Assembly: *Resolution 828 (1984) on enforced disappearances*, adoptada por la Asamblea, 26 de septiembre de 1984, (9.º período de sesiones).

TEDH: caso *Papon v Francia*, sentencia de 15 de noviembre de 2001.

- caso *Ertak v Turkey*, sentencia de 9 de mayo de 2000.
- caso *Çakici v Turkey*, sentencia de 8 julio 1999.
- caso *Assenov v Bulgaria*, sentencia de 28 de octubre 1998.
- caso *Kurt v Turkey*, sentencia de 25 de mayo 1998.
- caso *McCann and others v the United Kingdom*, sentencia de 27 de septiembre de 1995.

C. DOCUMENTOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DD.HH.

CMIDH: Informe n.º 11385, caso *Kenneth Ney Anzualdo Castro vs. Perú*, 11 julio 2008.

- Informe n.º 37/00, caso 11.481, *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez* (El Salvador), 13 de abril de 2000.

- Informe n.º 136/99, caso 10.488, *Ignacio Ellacuría y otros* (El Salvador), 22 de diciembre de 1999.
- Informe n.º 1/99, caso 10.480 (El Salvador), 27 de enero de 1999.
- Informe n.º 25/98, casos 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705 (Chile), 7 de abril de 1998.
- Informe n.º 10/95, caso *Manuel Bolaños vs. Ecuador*, 12 de septiembre de 1995.
- *Informe anual 1985-1986*.

CTIDH: caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006.

- caso *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004.
- caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003.
- caso *Cantos vs. Argentina*, sentencia de 28 de noviembre de 2002.
- caso de los «Niños de la Calle» (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, sentencia de 26 de mayo de 2001.
- caso *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001.
- caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001.
- caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000.
- caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, sentencia de 16 de agosto de 2000.
- caso de la «Panel Blanca» (*Paniagua Morales y otros*) vs. *Guatemala*, sentencia del 8 de marzo de 1998.
- caso *Castillo Páez vs. Perú*, sentencia de 3 de noviembre de 1997.
- caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988.

5. Informes de organizaciones de la sociedad civil

AEDIDH y OIDHP: *Declaración de la AEDIDH y del OIDHP ante el relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Madrid, 22 de enero de 2014.

- y RIS: *España: addenda en atención a la lista de cuestiones formuladas por el Comité en relación con el informe presentado por España en virtud del artículo 29.1, septiembre de 2013*.
- *Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias. Reunión del Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias con la sociedad civil con ocasión de su visita a España. Intervención de la AEDIDH*, Madrid, 24 de septiembre de 2013.

- y ODHDP (J. RODRÍGUEZ): «Las comisiones de la verdad en el derecho comparado», comunicación presentada en el acto de presentación de la Plataforma por la Comisión de la Verdad sobre los crímenes del franquismo, Madrid, 26 de mayo de 2013, Madrid.
- , ODHDP y RIS: *Declaración oral ante el Comité DF en relación a la lista de cuestiones que el Comité DF deberá dirigir a España ante su informe sobre la implementación de la Convención Internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, formulada por Carlos Villán, Ginebra, 8 de abril de 2013.
- y ODHDP: *Por una Comisión de la Verdad sobre los crímenes del franquismo. Declaración de la AEDIDH y del ODHDP con ocasión del Día Internacional del Derecho a la Verdad, Luarca y San Sebastián, 24 de marzo de 2013.*
- (C. FALEH y C. VILLÁN): *Amicus curiae de la AEDIDH ante la querrela criminal presentada al Juzgado Nacional y Correccional Federal n.º 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (República Argentina), por los crímenes de genocidio y/o de lesa humanidad cometidos en España entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977, Las Palmas de Gran Canaria y Ginebra, 3 de septiembre de 2012.*
- *Declaración oral ante el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, Ginebra, 12 de marzo 2012.
- (J. CHINCHÓN y L. VICENTE): *Informe en derecho: Causa especial n.º 20048/2009: Querrela(s) interpuesta(s) contra el magistrado juez D. Baltasar Garzón Real, por el supuesto delito de prevaricación. Examen de los argumentos del auto de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del Derecho internacional*, Madrid y Dili, 16 de febrero de 2010.
- *Declaración oral ante el Comité contra la Tortura*, formulada por David Fernández, Ginebra, 11 de noviembre de 2009.
- *Declaración oral ante el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, formulada por Carlos Villán, Ginebra, 27 de noviembre de 2008.
- *Declaración oral ante el Comité de Derechos Humanos*, formulada por David Fernández, Ginebra 13 de octubre 2008.
- *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la guerra civil y la dictadura*, Ginebra y Las Palmas de Gran Canaria, 30 de abril de 2008.

AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Verdad, justicia y reparación. Creación de una comisión de la verdad efectiva*, índice AI: POL 30/009/2007, Londres, 11 de junio de 2007.

AMNISTÍA INTERNACIONAL SECCIÓN ESPAÑOLA: *Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España. Resumen ejecutivo*, índice AI: EUR 4110212, Madrid, 9 de mayo de 2012.

— *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*, índice SE: EUR410008-20809, Madrid, noviembre 2008.

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS: *Verdad, justicia y reparación. Algunas preguntas y respuestas*, Bogotá, 2006.

PARTIDO COMUNISTA DE ESPAÑA: *Por la reconciliación nacional, por una solución democrática y pacífica del problema español*, Declaración del Partido Comunista de España, junio 1956, Archivo Histórico del PCE. Serie Documentos PCE, carpeta 37.

PLATAFORMA POR LA COMISIÓN DE LA VERDAD SOBRE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO: *Manifiesto de las Víctimas*, Madrid, 9 de marzo de 2013.

XXIV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, Resolución II, Manila, 1981.

6. Informes de Comisiones de la Verdad

SIERRA LEONE TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION: *Witness to truth: Report of the Sierra Leone Truth & Reconciliation Commission*, Acra: Graphic Packaging Ltd., 2004.

COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN: *Informe Final*, Lima: CVR, 2003.

COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO: *Guatemala, memoria del silencio*, Guatemala: Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas, 1999.

SOUTH AFRICAN TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION: *Report*, Ciudad del Cabo: TRC, 1998.

COMISIÓN DE LA VERDAD PARA EL SALVADOR: *De la locura a la esperanza: La guerra de 12 años en El Salvador*, San Salvador-Nueva York: Naciones Unidas, 1992-1993.

COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN: *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Informe Rettig)*, Santiago de Chile: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, reed. 1996.

COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS (CONADEP): *Nunca Más*, Buenos Aires: Eudeba, 1984.

Se terminó de editar este libro el 17 de julio de 2014,
setenta y ocho años después del estallido en España de la Guerra Civil
origen de la dictadura franquista

El derecho a la verdad en la justicia de transición española pretende demostrar la existencia del derecho a la verdad dentro del organigrama del derecho internacional de los derechos humanos, así como la pertinencia de constituir una comisión de la verdad en situaciones de transición hacia la paz o la democracia, y concretamente en el sistema postransicional español.

En esta obra Jorge Rodríguez analiza, por un lado, distintas experiencias transicionales poniendo de relieve las ventajas y desventajas de crear una comisión de la verdad en este tipo de contextos; por otro, las características propias del proceso transicional español y la más que posible adecuación de un organismo extrajudicial que averigüe la verdad sobre lo sucedido durante la Guerra Civil y posterior represión franquista.

Esta publicación, además, examina el papel que han jugado las distintas organizaciones de la sociedad civil, entre ellas la AEDIDH, y los distintos órganos de protección de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en aras de que el derecho a la verdad de las víctimas del período represivo español sea efectivamente satisfecho por el Estado.

Jorge Rodríguez Rodríguez, licenciado en derecho por la Universidad de Granada (España), es abogado y máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá (España). Especializado en justicia de transición, ha participado en el proyecto de investigación *Impact of Transitional Justice Measures on Democratic Institutions-building* del Instituto Holandés de Derechos Humanos de la Universidad de Utrecht. Igualmente ha publicado artículos y ha dictado conferencias sobre la oportunidad de constituir una comisión de la verdad en determinados contextos de posconflicto. Actualmente es doctorando en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y colaborador de la AEDIDH.