

Justicia transicional: “Memoria Histórica”, y responsabilidad internacional del Estado: Un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas del inicio formal de la transición política española

D. JAVIER CHINCHÓN ÁLVAREZ*

Profesor de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales
de la Universidad Europea de Madrid

“El ataque pluma en ristre contra los molinos de viento de una supuesta verdad protegida por la ley del silencio castiga al investigador temerario”.

Juan Goytisolo.
Apología del saber no rentable

SUMARIO: I. ALGUNAS CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE LA “JUSTICIA TRANSICIONAL”. II. EL (TEÓRICO) PAPEL DEL DERECHO INTERNACIONAL EN UN PROCESO DE TRANSICIÓN Y/O EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL. III. BREVE REPASO DE LAS MEDIDAS TOMADAS EN ESPAÑA RESPECTO A LOS CRÍMENES PASADOS HASTA EL COMIENZO DE 2008. IV. EPÍLOGO: LA SITUACIÓN EN LA ACTUALIDAD.

* Doctor (Premio Extraordinario) y licenciado en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Autónoma de Madrid, y ha iniciado estudios en Historia en la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Ha sido miembro del Sector Jurídico de la Unidad

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE LA “JUSTICIA TRANSICIONAL”

Aunque autores como Elster han advertido que lo que hoy conocemos con el neologismo de “justicia transicional”, el *just post belum*¹, o la “justicia de/en transición”², podría reputarse como un ámbito de análisis y discusión tan viejo como la misma democracia³, no cabe duda de que ha sido en el último cuarto de siglo cuando los estudios dedicados a esta temática han adquirido un protagonismo y autonomía inéditos en la historia. En este sentido, cualquier interesado habrá podido comprobar cómo en los últimos decenios los trabajos sobre esta problemática se han multiplicado exponencialmente, concurriendo a su estudio las más diversas disciplinas del saber humano e incluso divino; y quizá, uno podría sentirse

tentado de pensar, que tanto éxito ha terminado por implicar también que cada día sea más común encontrar voces que, precisamente, discuten la propia singularidad de la justicia transicional como ámbito analítico autónomo⁴. Lo que dicho en otros términos, llevaría a plantear la misma singularidad y/o especificidad de las que, a mi juicio, podrían entenderse como cuatro preguntas básicas de la justicia transicional; a saber: 1) Si hay que recordar, procesar y enfrentar los crímenes cometidos en el pasado o es mejor intentar olvidar y pensar sólo en el futuro; si se aborda ese pasado, 2) cuándo conviene hacerlo; 3) quién debe hacerlo; y 4) cómo hacerlo.

Con todo, entrar ahora en este interesante debate nos alejaría del objeto y fin del presente artículo⁵, aunque la mención hecha va a ser de interés en relación a lo que esbozaremos en el siguiente apartado. Ahora bien, antes de ello, entiendo conveniente

Territorial de Madrid de Amnistía Internacional España, profesor de la Universidad Rafael Landívar de Guatemala, investigador FPI del Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid, becario de Cooperación Interuniversitaria de la AECI en Argentina y Guatemala, conferenciante invitado en diversos Seminarios y Congresos, e investigador-visitante del Instituto y la Corte Interamericana de derechos Humanos, del *Center for Human Rights and Global Justice*, del *International Center For Transitional Justice*, e investigador en la *The Hague Academy of International Law*. Es autor de más de una treintena de trabajos académicos en su ámbito de especialización, destacando sus publicaciones sobre Procesos de Transición a la democracia y/o la paz en Iberoamérica y España, así como sobre “Justicia Transicional”. En la actualidad es Director del Centro Iberoamericano de Estudios Jurídicos y Políticos, profesor en diversas universidades españolas, y miembro/consultor de distintos organismos españoles e iberoamericanos.

¹ Este es el rótulo que se utiliza en WALZER, M.: *Reflexiones sobre la guerra*, Paidós, Barcelona, 2004.

² Cfr. SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Documento de las Naciones Unidas: S/2004/616, 3 de agosto de 2004, en especial párr. 8.

³ ELSTER, J.: *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Nueva York, 2004, págs. 3-23.

⁴ Véanse, a modo de ejemplo, discutiendo algunas posiciones de Teitel, GROSS, A. M.: “The Constitution, Reconciliation, and Transitional Justice. Lessons from South Africa and Israel”, en *Stanford Journal of International Law*, vol. 40, núm. 1, 2004, en especial págs. 50-52; POSNER, E. y VERMEULE, A.: “Transitional justice as ordinary justice”, en *Harvard Law Review*, núm. 761, 2004, en especial págs. 764-766.

⁵ En todo caso, sobre este particular puede acudirse al reciente trabajo de AMBOS, K.: *El marco jurídico de la Justicia de Transición*, Editorial Temis, Bogotá, 2008, en especial págs. 7-26; cuyas consideraciones comparto en este punto.

ofrecer al menos una primera definición básica del mismo concepto de justicia transicional, y para ello, nada mejor que llamar a escena al documento que ya se considera como referencia ineludible en este ámbito, esto es, el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos". A tenor de su contenido: "La noción de "justicia de transición" (...) abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos"⁶.

El lector atento habrá advertido que pese a estar hablando de justicia transicional/justicia de transición, el concepto (proceso de) "transición" no aparece expresamente en la formulación recogida⁷; resultando que la pauta esencial que daría entrada a la misma justicia transicional no sería otra que la necesidad de "resolver los problemas deriva-

dos" de la comisión masiva y generalizada de abusos en el pasado, esto es, lo que nosotros llamaremos aquí "crímenes pasados". Y es que en este punto, también cada día se tiende a dudar más sobre la aparente vinculación indispensable entre "justicia transicional" y "proceso de transición" en sentido clásico; dilema que ilustra paradigmáticamente el título de un interesante trabajo sobre la experiencia colombiana: "¿Justicia transicional sin transición?"⁸. A este respecto, resultará oportuno señalar con brevedad que en un comienzo generalmente se vino sosteniendo que los procesos de transición (exitosos) presentaban varias modalidades que, en lo que aquí interesa, pueden resumirse en: a) transiciones simples, de régimen no democrático a régimen democrático, o de una situación de conflicto armado a la paz, y b) transiciones dobles, cuando se dan ambos procesos simultáneamente; pero ya desde hace años, varios especialistas han apuntado, por no decir denunciado, que estas alternativas constituirían lo que denominan como "*the paradigmatic transition*", siendo que, para ellos, en todo caso una transición debería incluir no sólo un proceso de cambio completo sino también, por ejemplo, un paso hacia una paz concebida como algo más que la ausencia de un conflicto armado⁹.

De cualquier modo, lo cierto es que, bien sea sirviéndose de un concepto de transición muy amplio, bien sea poniendo el acento

⁶ Vid. SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: *El Estado de derecho y la justicia de transición...*, doc. cit., párr. 8.

⁷ Para las menciones que este Informe realiza a lo que denomina como "contexto político", véase *ibid.*, párrs. 19-22.

⁸ Cfr. UPRIMNY YEPES, R. (coord): *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006.

⁹ Consúltese, a modo de ejemplo, NÍ AOLÁIN, F y CAMPBELL, C.: "The Paradox of Transition in Conflicted Democracies", en *Human Rights Quarterly*, vol. 27, núm. 1, 2005, págs. 172-185.

exclusivamente en la necesidad de resolver o en la propia pervivencia de la problemática que se deriva de la comisión de crímenes pasados, lo que se ha conocido como justicia transicional gozaría de un papel propio en este tipo de situaciones; más allá de que, bajo una perspectiva u otra, pudiera sostenerse que el “proceso de transición” en sentido clásico ha finalizado, no se ha dado, o no se dará nunca. Y en este punto, podemos ya señalar una primera (pretendida) particularidad de la experiencia española, perfectamente ejemplarizada en algunas palabras de la Vicepresidenta del Gobierno de España, y cuya efectividad podemos descartar desde este momento tras lo que hemos comentado. Así, durante el turno de réplica del debate acerca del entonces Proyecto de la “Ley por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura”¹⁰ (Ley por la que se reconocen y amplían derechos, en adelante), sostuvo la Vicepresidenta:

“Tampoco quiero entrar en la discusión, que nos llevaría muy largo, de no perder de vista (...) lo que se ha venido en llamar la justicia transicional, es decir, un conjunto normativo de carácter internacional que pretende asegurar, por supuesto, el respeto a los derechos humanos, bien en la resolución de los conflictos, bien en los procesos de transición de regímenes que han usado de manera sistemática y arbitraria la violencia a regímenes democráticos, para fortalecer de este modo

las bases del nuevo Estado de derecho; a eso se refieren estas normas. Desde ese punto de vista, no hay paralelismo con una situación como la de nuestro país, que ha hecho ejemplarmente y con éxito su transición hace 30 años, una transición que ha merecido el más amplio respeto y reconocimiento internacional y que nos ha permitido gozar del mayor periodo de libertad, prosperidad”¹¹.

Es evidente que tras lo visto, que esto haya sido así, si se quiere, de ningún modo ha de obstar para que la justicia transicional siga reclamando su espacio respecto a, volvamos al documento antes citado, “los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación.” Es más, que tras treinta años del *ejemplar y exitoso* fin formal de nuestra transición, aún pervivan estos “problemas”, a mi juicio no habría de ser cosa de la que enorgullecemos; gocemos o no del más amplio “respetos y reconocimientos internacionales”.

II. EL (TEÓRICO) PAPEL DEL DERECHO INTERNACIONAL EN UN PROCESO DE TRANSICIÓN Y/O EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Como hemos deslizado en el apartado anterior, si escogemos al derecho internacional

¹⁰ BOCG Núm. A-99-1, de 8 de septiembre de 2006. En la actualidad, Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura, en B.O.E. núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.

¹¹ Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2006, VIII Legislatura, Número 222, Sesión plenaria núm. 206, celebrada el jueves, 14 de diciembre de 2006, pág. 11270. La negrita es mía.

como herramienta básica de trabajo, la verdad es que no habremos de quebrarnos mucho la cabeza acerca de complejos y endémicos interrogantes acerca del concepto, contenido y duración de los procesos de transición, o de la misma noción de la justicia transicional y/o de su relación con éstos. Sin duda, cierto es que entre el amplio catálogo de escenarios posibles, los procesos de transición a la democracia y/o la paz han sido uno de los contextos singularmente refractarios a la aplicación del derecho internacional, e incluso, a su mera invocación; pero al mismo tiempo, este ordenamiento jurídico, comúnmente caracterizado como muy imperfecto y primitivo, este sistema normativo que como han advertido destacados autores, está condenado "a justificar, del *Bing Bang* al Apocalipsis, su fundamentación y validez jurídica"¹², ha combinado siempre una incesante acusación de estado de crisis junto con una continuada demanda social para que resuelva, precisamente, las más acuciantes situaciones de crisis¹³. Y en lo que ahora nos ocupa, cuando giramos la vista al derecho internacional en situaciones tan críticas como las propias de la justicia transicional, el ordenamiento jurídico internacional responde al envite con el ya clásico "principio de la identidad o continuidad del Estado"; destilado fundamental de los principios de seguridad jurídica internacional, así como de la propia formulación de los defini-

dos como principios estructurales del derecho internacional¹⁴.

La esencia de este principio podemos condensarla refiriendo que 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 simple y llanamente irrelevante en lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones internacionales frente a terceros. De este modo, si debiéramos enfrentarnos a la pregunta general de cómo ha de aplicarse, debe funcionar, o qué papel está llamado a jugar el derecho internacional en un proceso de transición simple o doble, la respuesta formal es evidente: Exactamente el mismo que si este proceso no se hubiera iniciado, no se estuviera desarrollando, o no hubiera culminado con mayor o menor éxito. Dicho en otros términos, un Estado deberá atender a todas aquellas obligaciones internacionales pertinentes para, recordemos, "resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala", esté o no inmerso en un proceso de transición de la índole que se quiera; si bien, maticemos al menos, probablemente esas obligaciones hayan de interpretarse de un modo tal que, sin violentar los límites permitidos, no se

¹² Vid. REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R. M., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATA-YUD, E., y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.: *Derecho Internacional*, McGrawHill, Madrid, 1997, pág. 1.

¹³ Sobre esta interesante paradoja, no debe dejarse de consultar, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: *Derecho Internacional y Crisis Internacionales*, Iustel, Madrid, 2005; en especial véanse págs. 13-30.

¹⁴ Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: *Declaración sobre los principios de derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, Resolución 2625 (XXV), Documento de las Naciones Unidas: A/8082, 4 de octubre de 1970, El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta, párrs. 2 y 3.

conviertan en algo imposible, inviable, contra-productivo y/u odioso¹⁵.

A lo anterior cabrá agregar, de ser necesario, que en virtud de otro de los principios básicos que aquí nos interesan, un Estado no puede dejar de cumplir una obligación internacional, no puede justificar su incumplimiento, emitiendo una norma de derecho interno, de la naturaleza que sea, que, bien así lo disponga, bien que regule alguna materia de forma incompatible con esa norma u obligación de derecho internacional. Si queremos una transformación literal de este principio, baste acudir al célebre artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, esto es, que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. De hecho, si un Estado legisla de forma irreconciliable con una norma de derecho internacional sobre la que ha consentido, no sólo no podrá justificar tal acción (o, en su

caso, omisión) a través de esa norma interna, sino que la resultante que obtendrá será simplemente la comisión de un hecho ilícito internacional; es decir, estará realizando un comportamiento que, siendo atribuible al Estado según el derecho internacional¹⁶, constituiría una violación de una obligación internacional del Estado. Y de aquí, la consecuencia inmediata y principio también esencial del derecho internacional, que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional, y que tal hecho entraña la obligación de reparar de forma adecuada¹⁷; sin que olvidemos las más inmediatas obligaciones de cesación (poner fin al hecho ilícito) y no repetición (ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen)¹⁸.

Con todo, como ya he tenido ocasión de abordar esta serie de cuestiones en trabajos pasados¹⁹, y no quiero repetirme, no me detendré más en este particular; como

¹⁵ Para más datos sobre este asunto, desde la perspectiva del derecho internacional, puede acudirse a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz. Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Parthenon, Madrid, págs. 475-513.

¹⁶ A este respecto, recuérdese que el artículo 4 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos nos aclara, como principio general, que: “1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá qué órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado”. Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en segunda lectura, en su 53º período de sesiones (23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/L.602/Rev.1, 26 de julio de 2001.

¹⁷ De las muchas menciones sobre este particular, puede acudirse a la ya clásica sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de 1927 en el asunto de la *Fábrica de Chorzów, fondo, P.C.I.J., Series A, N° 17*.

¹⁸ Para más datos, véanse los comentarios de la Comisión de derecho Internacional al contenido del artículo 30 de su Proyecto definitivo. Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos...”, *doc. cit.*, págs. 226-234.

¹⁹ Así por ejemplo, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Transición española y Justicia Transicional: ¿Qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política española”, en GÁLVEZ BIESCA, S. (coord.): *La memoria como conflicto. Memoria e historia de la Guerra Civil y el Franquismo*, Número monográfico de *Entelequia, Revista Interdisciplinar*, núm. 7, septiembre de 2008.

tampoco lo haré sobre la posible invocación del "estado de necesidad" para atender los muchos retos que se concitan en ciertos escenarios transicionales, pues la configuración internacional de esta figura deja muy poco margen para su eficacia en el sentido muchas veces pretendido²⁰. Por ello, baste entonces señalar que si debiéramos evaluar las medidas tomadas para enfrentar los crímenes pasados en la experiencia española desde la perspectiva del derecho internacional, esto es, usando como patrón de análisis las obligaciones internacionales que España ha decidido aceptar, lo oportuno en este momento será esbozar algunas de las que, a mi juicio, serían más relevantes; sin perjuicio de remitir al interesado a algunos análisis más detallados que, con mayor o menor fortuna, he tenido la ocasión de redactar sobre estos extremos, así como a la amplia bibliografía que los acompaña²¹.

En este modesto empeño, por motivos de espacio dejaremos al margen ahora lo propio

de la conocida como responsabilidad internacional del individuo²², y con vistas a no complicar especialmente el escenario, nos restringiremos a recordar lo indicado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³; norma convencional que, en todo caso y como es bien conocido, codifica mucho del derecho internacional consuetudinario existente en la materia:

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

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

²⁰ A este respecto, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz...*, *op. cit.*, págs. 493-499.

²¹ Desde un enfoque general, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz...*, *op. cit.*, págs. 71-269. En relación a España, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: "El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la Guerra Civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional", en *Revista del Instituto Interamericano de derechos Humanos*, núm. 45, enero-junio de 2007, págs. 147-173. En cuanto a la interpretación específica de las obligaciones en juego tras la experiencia iberoamericana, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: "Modelos de persecución penal y Justicia Transicional en Iberoamérica. Algunas enseñanzas jurídico-internacionales tras los procesos de transición iberoamericanos: Impunidad fáctica, amnistías, e indultos", en CAPELLÀ I ROIG, M. y GINARD I FERÓN, D. (coords.): *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica*, Ediciones Documenta Balear, Palma de Mallorca, 2008. En relación con lo propio de la desaparición forzada de personas, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: "La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: Nunca es tarde si la dicha es ¿buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la 'Ley de Memoria Histórica'", en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Foro, Nueva Época*, núm. 7/2008.

²² Para una primera aproximación sobre este particular en relación a la experiencia española, puede consultarse CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: "El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la Guerra Civil...", *op. cit.*, en especial págs. 150-159.

²³ Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, en B.O.E., de 30 de abril de 1977.

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

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”²⁴.

En relación a lo dispuesto en este articulado, el Comité de Derechos Humanos ha especificado, en su Observación General número 31, que debe ser leída conjuntamente con los números 18²⁵ y 28²⁶, que:

“Las obligaciones del Pacto en general y del artículo 2 en particular son vinculantes para todos los Estados Partes en conjunto. Todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local, están en

condiciones de asumir la responsabilidad del Estado Parte. El poder ejecutivo, que suele representar al Estado Parte internacionalmente, incluso ante el Comité, puede no señalar que un acto incompatible con las disposiciones del Pacto fue llevado a cabo por otra rama del Estado como medio de tratar de atenuar la responsabilidad del Estado Parte por el acto y la incompatibilidad consiguiente. Esta interpretación se deriva directamente del principio contenido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (...). Aunque el párrafo 2 del artículo 2 permite a los Estados Partes que hagan efectivos los derechos del Pacto de conformidad con los procedimientos constitucionales internos, el mismo principio se aplica con el fin de evitar que los Estados Partes invoquen disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones dimanantes del tratado...

(...)

13. El párrafo 2 del artículo 2 impone a los Estados Partes la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos del Pacto en la esfera interna. De ello se deduce que, a menos que los derechos del Pacto ya estén protegidos por sus leyes o prácticas internas, los Estados Partes están obligados a introducir en el momento de la ratificación, los cambios de los derechos y prácticas internas que sean necesarios para garantizar su conformidad con el Pacto. Cuando existan incompatibilidades

²⁴ La negrita es mía.

²⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observación General N° 18, No discriminación”, Documento de las Naciones Unidas: HRI/GEN/1/Rev.7, 1989.

²⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observación General N° 28, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, Documento de las Naciones Unidas: HRI/GEN/1/Rev.7, 2000.

entre el derecho interno y el Pacto, el artículo 2 exige que el derecho o la práctica interna se modifique para cumplir las normas impuestas por las garantías sustanciales del Pacto...

14. El requisito establecido en el párrafo 2 del artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto no está sometido a condiciones y es de efecto inmediato. La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificada alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado.

15. El párrafo 3 del artículo 2 exige que, además de dar una protección efectiva a los derechos del Pacto, los Estados Partes garanticen que toda persona disponga también de recursos accesibles y eficaces para justificar esos derechos. Esos recursos deben adaptarse de manera adecuada para que tengan en cuenta la particular vulnerabilidad de determinadas categorías de personas, con inclusión en particular de los niños. El Comité atribuye importancia al establecimiento por los Estados Partes de mecanismos judiciales y administrativos adecuados para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos con arreglo al derecho interno. El Comité advierte que el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto puede ser garantizado con eficacia por el poder judicial de muchas formas distintas, entre ellas la aplicabilidad directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales o legales de otra índole comparables, o el efecto interpretativo del Pacto en la aplicación del derecho nacional²⁷. Se requieren en particular mecanismos administrativos

para dar efecto a la obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez, a fondo y de manera efectiva mediante órganos independientes e imparciales. Las instituciones nacionales de derechos humanos, dotadas de facultades adecuadas, pueden contribuir a este fin. 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. El cese de una violación continua es un elemento esencial del derecho a un recurso eficaz.

16. El párrafo 3 del artículo 2 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 exigida por el párrafo 5 del artículo 9 y el párrafo 6 del artículo 14 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.

18. Cuando las investigaciones a que se ha hecho referencia en el párrafo 15 revelan violaciones de determinados derechos del Pacto, los Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la

²⁷ A este respecto, no debe olvidarse el mandato constitucional contenido en el artículo 10.2 de la Constitución española de 1978.

justicia. Al igual que sucede con la insuficiencia a la investigación, la falta de sometimiento a la justicia de los autores de esas violaciones podía de por sí constituir una violación separada del Pacto. Esas obligaciones surgen, en particular, con respecto a las violaciones reconocidas como delictivas con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares (art. 7), la ejecución sumaria y arbitraria (art. 6) y la **desaparición forzosa** (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, 6). En realidad, el problema de la impunidad con relación a esas violaciones, asunto que causa una constante preocupación al Comité, puede constituir un elemento importante que contribuye a la repetición de las violaciones. Cuando se cometen como parte de un ataque generalizado sistemático contra la población civil, esas violaciones del Pacto son crímenes de lesa humanidad (véase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7).

En consecuencia, cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto a que se hace referencia en el presente párrafo, los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal, como ha ocurrido con determinadas amnistías (véase la Observación general N° 20) y las inmunidades e indemnizaciones jurídicas anteriores. Además, ninguna posición oficial justifica que

personas que pueden ser acusadas de responsabilidad por esas violaciones queden inmunes de responsabilidad jurídica. Otros impedimentos para el establecimiento de la responsabilidad jurídica deben igualmente eliminarse, como la defensa de la obediencia a órdenes superiores o los períodos excesivamente breves de prescripción en los casos en que esas limitaciones son aplicables...²⁸.

Finalmente, apuntaremos que todo lo anterior ha encontrado también amplio desarrollo en uno de los documentos que se consideran clave en este ámbito, esto es, los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones²⁹; documento que codifica las prescripciones internacionales pertinentes en esta materia³⁰. A tenor de los mismos:

“La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de: a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones; b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables

²⁸ Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observación General N° 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta”, Documento de las Naciones Unidas: HRI/GEN/1/Rev.7, 2004, párrs. 4, 13-16, 18. La negrita es mía.

²⁹ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/L.10/Add.11, 19 de abril de 2005.

³⁰ Así se dice específicamente en el Preámbulo. Cfr. *Ibid.*

de conformidad con el derecho interno e internacional; c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación; y d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación, como se describe más adelante.

4. En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y 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...

(...)

8. A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o

una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa³¹ y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.

9. Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.

11. Entre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los siguientes derechos de la víctima, conforme a lo previsto en el derecho internacional: a) Acceso igual y efectivo a la justicia; b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

(...)

15. Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de

³¹ Sobre esta cuestión, es especialmente importante recordar que en atención a la regulación internacional de la figura de la desaparición forzada, son víctimas de este crimen tanto la persona desaparecida como "toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada" (véase, por ejemplo, artículo 24.1 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas). Junto a ello, debe tenerse en cuenta que como en varias ocasiones ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en determinadas circunstancias el familiar-víctima de una desaparición forzada es también víctima de un acto de tortura, trato inhumano, cruel o degradante (consúltense, entre otros, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: *Kurt c. Turquía*, sentencia de 25 de mayo de 1998, en *Reports 1998-III*, párrs. 130-134; *Çakici c. Turquía*, sentencia de 8 de julio de 1999, n.º. 23657/94, párrs. 88-99, en especial 98; *Orhan c. Turquía*, sentencia de 18 de junio de 2002, n.º. 25656/94, en especial párr. 358; *İpek c. Turquía*, sentencia de 17 de febrero de 2004, n.º. 25760/94, párrs. 178-183, en especial párrs. 181-183; *Osmano ğlu c. Turquía*, sentencia de 24 de enero de 2008, n.º. 48804/99, en especial párrs. 96-97).

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...

(...)

18. Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, **una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.**

19. La **restitución**, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

20. La **indemnización** ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios econó-

micamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes: *a)* El daño físico o mental; *b)* La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; *c)* Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; *d)* Los perjuicios morales; *e)* Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

21. La **rehabilitación** ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

22. La **satisfacción** ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes: *a)* Medidas eficaces para conseguir la cesación de las violaciones continuadas; *b)* 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; *c)* La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; *d)* 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; *e)* Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; *f)* La aplicación de

sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas; h) 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.

23. Las **garantías de no repetición** han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención: a) El ejercicio de un control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial; d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; f) La promoción de la observancia de los códigos de

conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, la salud, la psicología, los servicios sociales y las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir y vigilar los conflictos sociales; h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan³².

III. BREVE REPASO DE LAS MEDIDAS TOMADAS EN ESPAÑA RESPECTO A LOS CRÍMENES PASADOS HASTA EL COMIENZO DE 2008

Llegados a este punto, bastaría tener delante las breves referencias, del amplio catálogo disponible, que hemos recogido en el apartado anterior y confrontarlas con las medidas tomadas por España respecto a los crímenes pasados desde, al menos, los inicios formales del proceso de transición política. De este modo, podemos proponer como punto inicial el Decreto 2940/1975³³, y apuntar con la brevedad necesaria algunas de las medidas clave implementadas a partir de esta fecha³⁴.

³² Vid. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas..." *doc. cit.*, párrs. 3-4, 8-9, 11, 15, 18-23.

³³ Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre de 1975, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de su majestad don Juan Carlos de Borbón como rey de España, B.O.E. Número 284, de 26 de noviembre de 1975.

³⁴ Para una examen más detallado de las medidas en cuestión, puede acudir a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: "El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la Guerra Civil...", *op. cit.*, págs. 122 y ss., así como la abundante bibliografía que se refiere. Más próximos en el tiempo, pueden consultarse los completos trabajos de

Ahora bien, un punto especialmente espinoso y complejo para este análisis sería determinar con precisión matemática el momento temporal en que las obligaciones generales que hemos señalado eran vinculantes para España, más allá del derecho internacional convencional; pero lo cierto es que en lo que ahora nos ocupa, y por la vocación general de este artículo, es una cuestión que lamentablemente termina por ser más bien académica, en tanto que en realidad, como iremos viendo, tal ejercicio no se realizó nunca en nuestro país; optándose por aprobar, o descartar, una u otra medida sin atender a valoración jurídica-internacional percible. Y de aquí que, entre otras cosas, prestigiosas instituciones como el Instituto Max-Planck para el Derecho Extranjero e Internacional hayan caracterizado con acierto a la experiencia española durante largo

tiempo como paradigma del “Modelo de olvido del pasado absoluto”³⁵.

Desde las pautas referidas cabría entonces comenzar mencionando el Decreto de 1975, de revisión de oficio y anulación de las sanciones administrativas impuestas por la Ley de 10 de febrero de 1939³⁶, el Decreto de 1976 sobre Mutilados de Guerra³⁷, y otro sobre funcionarios de la Administración local³⁸, a los que acompañarían algunas tímidas medidas simbólicas —de satisfacción— desde mayo de 1975; si bien, será a partir de 1978 cuando fueron aprobándose un número cada vez mayor de iniciativas de esta naturaleza. Ahora bien, con anterioridad a ellas es posible identificar también algunas otras medidas, inicialmente de indulto³⁹, y el 30 de julio de 1976⁴⁰, ya de amnistía como tal⁴¹. Con todo, en lo

AGUILAR, P.: *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Alianza Editorial, Madrid, 2008, en especial págs. 233 y ss.; de manera condensada, resultan de gran interés y utilidad las tablas contenidas en las págs. 506-520; así como el libro de GIL GIL, A.: *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona (en prensa).

³⁵ Cfr. ARNOLD, J.: “Cambio de sistema político y criminalidad de Estado desde una visión del derecho penal”; “Esbozo del Proyecto: Elaboración jurídico-penal del pasado tras un cambio de sistema político en diversos países”, en SANCINETTI, M. A. y FERRANTE, M.: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina*, Ed. Hammurabi, Argentina, 1999.

³⁶ Decreto 3357/1975, de 5 de diciembre de 1975.

³⁷ Decreto 670/1976, de 5 de marzo de 1976.

³⁸ Real Decreto 393/1976, de 1 de octubre de 1976. Consúltese también, Orden del Ministerio del Interior de 6 de julio de 1977.

³⁹ Puede encontrarse un listado de estas medidas en VALLÈS MUÑO, D.: “Amnistía y responsabilidad civil”, *Indret*, N.º. 1 enero-marzo, 2004.

⁴⁰ B.O.E. Número 186, de 4 de agosto de 1976.

⁴¹ Debe tenerse en cuenta que durante el régimen del General Franco la posibilidad de emitir una amnistía fue tenazmente descartada, optándose por las medidas de indulto referidas. La explicación a este hecho debe buscarse, esencialmente, en las implicaciones de cada una de estas medidas; y es que al no estar orientados estos indultos a los responsables de crímenes del bando vencedor de la Guerra Civil, mientras que las amnistías comportan, explícita o implícitamente, el reconocimiento de que los crímenes cometidos estaban, de algún modo, justificados —cuando no que simplemente no fueron delictivos—, o cuanto menos, que no deberían considerarse ya como criminales en atención a otras consideraciones de mayor peso al momento de emitir la norma en cuestión, el indulto se configura solamente como una medida de gracia que no elimina el carácter criminal de un hecho, sino que acaba sólo con sus consecuencias penales.

que aquí nos interesa, esto es, posibles violaciones a los derechos humanos, la referencia ineludible es la Ley 46/1977 de Amnistía⁴², aprobada el 15 de octubre de 1977, es decir, ya con el primer Congreso democráticamente elegido tras casi cuarenta años de régimen autoritario⁴³. En virtud de esta norma, sin Exposición de Motivos o Preámbulo al uso, se estableció:

“Artículo Primero.

I. Quedan amnistiados: a) todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis. b) todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España. c) todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas.

II. A los meros efectos de subsunción en cada uno de los párrafos del apartado anterior, se entenderá por momento de realización del acto aquel en que se inició la actividad criminal. La amnistía también comprenderá los delitos y faltas conexos con los del apartado anterior.

Artículo Segundo.

En todo caso están comprendidos en la amnistía: a) los delitos de rebelión y sedición, así como los delitos y faltas cometidos con ocasión o motivo de ello, tipificados en el código de justicia militar. b) la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar, por motivos éticos o religiosos. c) los delitos de denegación de auxilio a la justicia por la negativa a revelar hechos de naturaleza política, conocidos en el ejercicio profesional. d) los actos de expresión de opinión, realizados a través de prensa, imprenta o cualquier otro medio de comunicación. e) los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta ley. f) los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas”⁴⁴.

⁴² B.O.E. Número 248, de 17 de octubre de 1977.

⁴³ La ley fue aprobada por doscientos noventa y seis votos a favor, dos en contra, dieciocho abstenciones y un voto nulo, en un debate parlamentario pleno de calurosos elogios y entregadas invocaciones a la “reconciliación nacional” y el “olvido”. Es importante hacer notar que ninguno de aquéllos que no votaron afirmativamente a esta ley justificó tal decisión en que a través de esta medida quedarían sin castigo los responsables de los crímenes pasados; siendo lo más cercano a ello ciertas alegaciones sobre la necesidad de una “reparación moral” para las víctimas, vertidas por representantes del Grupo Mixto. Por su parte, el partido Alianza Popular optó por la abstención basándose en consideraciones más que alejadas de las anteriores, esencialmente centradas en los “peligros” que podían derivarse, de un lado, del abuso de este tipo de medidas, y del otro, de “vaciar las cárceles” ante el más que desorden que, en la opinión de su representante, Carro Martínez, imperaba aquellos días. Para más datos, puede verse AGUILAR, P.: *Memoria y olvido de la Guerra Civil española*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, págs. 266-271; así como su más reciente trabajo, *Políticas de la memoria y...*, *op. cit.*, págs. 284-304.

⁴⁴ La negrita es mía.

Ya he señalado en otras ocasiones las similitudes entre el contenido de los artículos 2 e) y 2 f) de esta ley y las previsiones de algunas de las lamentablemente célebres leyes de amnistía de nuestras Repúblicas hermanas de Iberoamérica⁴⁵, mal que le pese a muchos. Por su singular significación, conviene subrayar que entre ellos al mismo Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, que en su escrito de apelación, de 20 de octubre de 2008, al Auto del Magistrado-juez Garzón⁴⁶, consideró ni más ni menos que: “No debe olvidarse, por último, para quienes cuestionan la vigencia de la ley de Amnistía —mediante su equiparación a las leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida” promulgadas en la República Argentina en 1986 y 1987 durante el Gobierno “Alfonsín”, o a otras normas de similar naturaleza adoptadas en otros países como Chile o Perú, claramente ilegales a juicio de la Corte Interamericana de derechos Humanos— que mientras estas últimas pueden ser calificadas abiertamente como “leyes de impunidad”, al haber sido dictadas —y en gran medida impuestas bajo la amenaza de golpe militar— con la finalidad de evitar la persecución penal por los gravísimos crímenes perpetrados por los aparatos del Estado durante la Dictadura militar del período 1976-1983 y eximir de responsabilidad a sus partícipes, la ley de Amnistía fue, en todo su proceso de gestación y aprobación, una

exigencia de las fuerzas políticas democráticas, ampliamente respaldada por la sociedad española, y aprobada por las Cortes nacidas de las primeras elecciones democráticas celebradas el 15 de junio de 1977, las mismas Cámaras parlamentarias que redactaron y aprobaron la Constitución de 1978. Resultaría, pues, un absoluto disparate jurídico cuestionar la legitimidad de origen de esa norma y, lo que es peor, atribuirle el estigma de “ley de impunidad”⁴⁷. En mi humilde opinión, y sin atreverme a usar calificativos tan gruesos como “disparate jurídico”, lo que resulta difícilmente sostenible a día de hoy, al menos desde una perspectiva jurídica-internacional, es la valoración de la norma interna que fuere en función de quién la ha aprobado, o en atención a sus pretendidos motivos, supuestas presiones, o respaldos, y no así sobre la base de su estricto contenido. Y a este respecto, bastará referirnos, por ejemplo, a la ley de amnistía uruguaya, Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, no sólo aprobada por el legislador al uso, sino incluso por referendo popular⁴⁸; hecho que, como es lógico, no obstó para que, entre otros, el Comité de Derechos Humanos nos compartiera “... su honda preocupación con respecto a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado y su profunda inquietud por las consecuencias que tiene esa ley para el cumplimiento del

⁴⁵ Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la Guerra Civil...”, *op. cit.*, págs. 127-129. Para más datos sobre todas estas leyes, puede acudir a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz...*, *op. cit.*, págs. 330-423, así como especialmente a toda la bibliografía que se recoge.

⁴⁶ Para más datos, véase apartado siguiente.

⁴⁷ Vid. Recurso de Apelación del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2008, pág. 34.

⁴⁸ Para más datos sobre esta medida y su proceso de aprobación, puede acudir a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz...*, *op. cit.*, págs. 396-399, así como especialmente a toda la bibliografía que se recoge.

Pacto. A ese respecto, el Comité destaca la obligación que tienen los Estados partes en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados pueda interponer un recurso efectivo ante la autoridad competente judicial, administrativa, legislativa o de otro carácter. El Comité observa con honda preocupación que en algunos casos el hecho de mantener la Ley de Caducidad excluye de manera efectiva la posibilidad de investigar casos pasados de violaciones de derechos humanos y, por consiguiente, impide que el Estado parte asuma la responsabilidad de permitir que las víctimas de esas violaciones interpongan un recurso efectivo. Asimismo, el Comité considera que la Ley de Caducidad viola el artículo 16 del Pacto por lo que se refiere a las personas desaparecidas y el artículo 7 en relación con los familiares de esas personas⁴⁹.

En todo caso, en lo que ahora interesa, lo que resulta evidente es que más allá de otras consideraciones y/o potenciales interpretaciones, las dos disposiciones destacadas de la Ley de Amnistía de 1977 no parecen fácilmente acomodables con todo lo que hemos referido en el apartado anterior respecto a la figura de los recursos efectivos. Y en este sentido, conviene entonces recordar lo que muy recientemente ha afirmado el Comité de Derechos Humanos al examinar el quinto informe periódico de España, es decir que:

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

El Estado parte debe: 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

⁴⁹ Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de derechos Humanos: Uruguay”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.90, 8 de abril de 1998, C. Principales temas de preocupación y recomendaciones, párr. 1. Véase igualmente, la anterior decisión en el “Caso Hugo Rodríguez, (Uruguay)”, Comunicación N° 322/1988, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/51/D/322/1988, 9 de agosto de 1994. Para más detalles sobre todo este particular, además de los trabajos ya citados *supra*, en relación a España puede acudir a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Normas de amnistía y derecho internacional: Un re-examen de la Ley de Amnistía española de 1977 tras los últimos avances y retrocesos en la materia”, (en prensa).

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”⁵⁰.

Del otro lado, los artículos 7⁵¹ y 8⁵² de la Ley de Amnistía de 1977 contienen disposiciones que podrían reputarse como reparatorias, pero en realidad, lo hace en la misma línea, y siguiendo la misma lógica, de otras disposiciones posteriores, como el Real Decreto-Ley 6/1978, referido a los Oficiales, Suboficiales y Clases que hubieran consolidado su empleo o hubieran ingresado como alumnos de las Academias Militares, con anterioridad al 18 de julio de 1936, pertenecientes a las Fuerzas Armadas o Fuerzas de Orden Público y que tomaron parte en la Guerra Civil⁵³, o el Decreto-Ley 35/1978, por el que se

conceden pensiones a los familiares de los españoles fallecidos como consecuencia de la Guerra Civil⁵⁴; norma que sería anulada por la Disposición Derogatoria de la Ley 5/1979 “sobre reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social en favor de las viudas, hijos y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada Guerra Civil”⁵⁵, cuyo ámbito de aplicación personal se refería a:

“1. Los que hubieren fallecido durante la guerra: a) En acción bélica tuvieran o no la condición de combatientes. b) Por condena, acción violenta o en situación de privación de libertad. c) Por enfermedad o lesión originadas asimismo en acción bélica o situación de privación de libertad. 2. Los

⁵⁰ Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES CON ARREGLO AL ARTÍCULO 40 DEL PACTO. Observaciones Finales: España”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/ESP/CO/5, 27 de octubre de 2008, párr. 9.

⁵¹ “Los efectos y beneficios de la amnistía a que se refieren los cuatro primeros artículos serán en cada caso los siguientes: a) La reintegración en la plenitud de sus derechos activos y pasivos de los funcionarios civiles sancionados, así como la reincorporación de los mismos a sus respectivos cuerpos, si hubiesen sido separados. Los funcionarios repuestos no tendrán derecho al percibo de haberes por el tiempo en que no hubieren prestado servicios efectivos, pero se les reconocerá la antigüedad que les corresponda como si no hubiera habido interrupción en la prestación de los servicios. b) El reconocimiento a los herederos de las fallecidos del derecho a percibir las prestaciones debidas. c) La eliminación de los antecedentes penales y notas desfavorables en expedientes personales, aun cuando el sancionado hubiese fallecido. d) La percepción de haber pasivo que corresponda, en el caso de los militares profesionales, con arreglo al empleo que tuvieran en la fecha del acto amnistiado. e) La percepción del haber pasivo que corresponda a los miembros de las fuerzas de orden público, incluso los que hubiesen pertenecido a cuerpos extinguidos”.

⁵² “La amnistía deja sin efecto las resoluciones judiciales y actos administrativos o gubernativos que hayan producido despidos, sanciones, limitaciones o suspensiones de los derechos activos o pasivos de los trabajadores por cuenta ajena, derivados de los hechos contemplados en los artículos primero y quinto de la presente Ley, restituyendo a los afectados todos los derechos que tendrían en el momento de aplicación de la misma de no haberse producido aquellas medidas, incluidas las cotizaciones de la Seguridad Social y mutualismo laboral que, como situación de asimiladas al alta, serán de cargo del Estado”. Respecto a los militares integrados en la opositora al régimen Unión Democrática Militar, consúltese el art. 6, en donde se silencia toda posibilidad de reintegración a sus puestos. Para más datos, GÓMEZ ROSA, F.: *La Unión Militar Democrática en la Transición Política*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2007, en especial págs. 297-299.

⁵³ Real Decreto-Ley 6/1978, de 6 de marzo de 1978.

⁵⁴ B.O.E. Número 276, de 18 de noviembre de 1978.

⁵⁵ B.O.E. Número 233, de 28 de septiembre de 1979.

que hubieran fallecido después de la guerra: a) Como consecuencia de heridas, enfermedad o lesión accidental originadas en acción bélica, en el plazo de dos años. b) Por condena, acción violenta o en situación de privación de libertad, motivadas por su participación en la guerra. c) Como consecuencia de actuaciones u opiniones políticas y sindicales, cuando pueda establecerse asimismo una relación de causalidad personal y directa entre la Guerra Civil y el fallecimiento y éste no hubiera sido consecuencia de ejecución de sentencia, ni derivado de acción violenta del propio causante. 3. Los desaparecidos en el frente o en otro lugar, cuando pueda establecerse una presunción de fallecimiento por las causas enunciadas en los párrafos 1. b), y 2. b), de este artículo. 4. Quienes hubieran causado pensión con motivo de acontecimientos bélicos anteriores a 1936, cuando el disfrute o inicio de tramitación suficientemente acreditado de dicha pensión hubiera quedado interrumpido con motivo de la guerra de 1936-1939⁵⁶.

Esta medida general fue complementándose con otras, como el Real Decreto-Ley 44/1978,

por el que se reguló la situación del personal Auxiliar de los Juzgados y Tribunales separado del servicio por motivaciones políticas⁵⁷, la Ley 10/1980, que ampliaba lo previsto en el Real Decreto-Ley 6/1978 a aquéllos que con anterioridad al 18 de julio de 1936 se hubieran reenganchado en algún Cuerpo militar, pertenecieran en esta fecha a las Fuerzas de Orden Público o fueran miembros del Escuadrón de Escolta del Presidente de la República o alumnos de las Escuelas de Marinería de la Armada⁵⁸, la Ley 35/1980 sobre "pensiones a los mutilados excombatientes de la zona Republicana"⁵⁹, el Real Decreto-Ley 8/1980 sobre "fraccionamiento en el pago de atrasos de pensiones derivadas de la Guerra Civil"⁶⁰ y la Ley 42/1981 para igual finalidad⁶¹, la Ley 6/1982 sobre pensiones a los mutilados civiles de guerra⁶² —que completaba lo dispuesto en el referido Decreto 670/1976—, la Ley 18/1984, de 8 de junio, sobre "reconocimiento como años trabajados a efectos de la Seguridad Social de los periodos de prisión sufridos como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977"⁶³, la Ley 37/1984, "de

⁵⁶ Vid., art. 1 de la Ley 5/1979, de 18 de septiembre de 1979. Véase igualmente el Real Decreto 2635/1979, de 16 de noviembre de 1979. Este sistema se materializó en unas pensiones de viudedad, de orfandad a hijos incapacitados, y en favor de padres, que en el caso de profesionales de las Fuerzas Armadas y Orden Público eran el doscientos por ciento de la base reguladora que correspondería al causante, atendiendo a la graduación y años de servicio que tuviera acreditados en el momento de su fallecimiento; para aquéllos que no pertenecieron a las Fuerzas Armadas o de Orden Público, a partir de 1996 se fijó como importe de estas pensiones el mismo que la pensión mínima de viudedad de la Seguridad Social para titulares mayores de sesenta y cinco años, unos cuatrocientos noventa euros al mes a fecha de hoy. Las pensiones previstas en esta ley alcanzaron a alrededor de ciento diez mil personas.

⁵⁷ Real Decreto-Ley 44/1978, de 21 de diciembre de 1978.

⁵⁸ B.O.E. Número 76, de 28 de marzo de 1980.

⁵⁹ B.O.E. Número 165, de 19 de julio de 1980.

⁶⁰ Real Decreto-Ley 8/1980, de 26 de septiembre de 1980.

⁶¹ Ley 42/1981, de 28 de octubre, de fraccionamiento en el pago de atrasos de pensiones derivadas de la Guerra Civil, en B.O.E. Número 217, de 12 de noviembre de 1981.

⁶² B.O.E. Número 80, de 3 de abril de 1982.

⁶³ B.O.E. Número 140, de 12 de junio de 1984.

reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la Guerra Civil formaron parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República”⁶⁴, la Ley 4/1986, de 8 de enero, de cesión de bienes del Patrimonio Sindical acumulado⁶⁵, o la Ley 24/1986, de rehabilitación de militares profesionales⁶⁶, etc.

En todo caso, sería en 1990 cuando se daría un paso destacado con la Disposición Adicional Decimotava de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990⁶⁷, y la posterior corrección incluida por la Disposición Adicional Decimotava de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992⁶⁸; y es que en virtud de los dos primeros incisos de la redacción dada por estas previsiones, se establecieron “indemnizaciones” a todos aquellos que hubieran sufrido privación de libertad en estableci-

mientos penitenciarios durante tres o más años, como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977 y tengan cumplida la edad de sesenta y cinco años en 31 de diciembre de 1990. Aproximadamente sesenta mil personas recibieron las cantidades dispuestas en esta ley⁶⁹.

A partir de aquí, existen otra serie de medidas, tanto estatales como autonómicas, que podrían referirse⁷⁰, también en el ámbito de la satisfacción, como la Declaración institucional del Congreso de los Diputados de 20 de noviembre del año 2002, sobre el reconocimiento de los derechos de las víctimas de la Guerra Civil y del régimen franquista⁷¹, la Ley 24/2006, de 7 de julio⁷², que declararía 2006 como “Año de la Memoria Histórica”, así como medidas respecto a los documentos y archivos relativos a la Guerra Civil (singularmente la creación del Archivo General de la Guerra Civil -futuro “Centro Documental de la Memoria Histórica”⁷³); siendo posible

⁶⁴ B.O.E. Número 262, de 1 de noviembre de 1984; corrección de erratas en B.O.E. Número 58, de 8 de marzo de 1985; anulada la corrección de erratas en B.O.E. Número 89, de 13 de abril de 1985.

⁶⁵ B.O.E. Número 12, de 14 de enero de 1986. Véase también, Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del Orden social.

⁶⁶ B.O.E. Número 312, de 30 de diciembre de 1986.

⁶⁷ B.O.E. Número 156, de 30 de junio de 1990.

⁶⁸ B.O.E. Número 313, de 31 de diciembre de 1991.

⁶⁹ En concreto, en atención a sus dos primeros artículos: “Uno. Quienes hubieran sufrido privación de libertad en establecimientos penitenciarios durante tres o más años, como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, 15 de octubre, y tengan cumplida la edad de sesenta y cinco años en 31 de diciembre de 1990, tendrán derecho a percibir por una sola vez una indemnización de acuerdo con la siguiente escala: Pesetas: Tres o más años de prisión: 1.000.000 (6.010,12 euros). Por cada tres años completos adicionales: 200.000 (1.202,02 euros). Dos. Si el causante del derecho a esta indemnización hubiese fallecido, y en 31 de diciembre de 1990 hubiera podido tener cumplidos sesenta y cinco años de edad tendrá derecho a la misma el cónyuge superviviente, que sea pensionista de viudedad por tal causa o que, aun no teniendo esta condición, acredite ser cónyuge viudo del causante”.

⁷⁰ Para más datos sobre ellas, véase nota 34.

⁷¹ Puede consultarse su texto en <http://www.congreso.es>.

⁷² B.O.E. Número 162, de 8 de julio de 2006.

⁷³ El Archivo fue creado por el Real Decreto 426/1999, de 12 de marzo, con la finalidad de reunir, conservar y disponer sus fondos documentales para investigación, cultura e información. Al mismo tiempo, en su seno se instituiría un

encontrar en varias de ellas lo que especialistas como Paloma Aguilar han definido como "cierto cambio de tono" en su enunciación⁷⁴. Con todo, realmente sería otra iniciativa la que concentraría la máxima atención: Sobre la base de la Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 1 de junio de 2004⁷⁵, en septiembre de 2004 se crearía la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo⁷⁶, cuyo fruto más conocido sería el texto de la que después fuera conocida popularmente como "Ley de Memoria Histórica"⁷⁷. A este respecto, conviene recordar entonces que si según la propia Ley 24/2006 su objeto era homenajear y reconocer a todos los hombres y mujeres que fueron víctimas de la Guerra Civil, o

posteriormente de la represión de la dictadura franquista, por su defensa de los principios y valores democráticos, así como a quienes, con su esfuerzo a favor de los derechos fundamentales, de la defensa de las libertades públicas y de la reconciliación entre los españoles, hicieron posible el régimen democrático instaurado con la Constitución de 1978⁷⁸, fue a través de su Disposición Adicional Primera que se dispuso que el Gobierno, en el plazo de un mes desde su aprobación, presentara ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados los informes elaborados por la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo. Este mandato se concretaría el 28 de julio de 2006, cuando la Comisión

Centro de Estudios y Documentación sobre la Guerra Civil Española, con el objetivo de facilitar el mejor conocimiento de la misma y estimular la investigación histórica. La Ley 21/2005, de 17 de noviembre, de restitución a la Generalidad de Cataluña de los documentos incautados con motivo de la Guerra Civil custodiados en el Archivo General de la Guerra Civil Española y de creación del Centro Documental de la Memoria Histórica, dispondrá en su Disposición adicional segunda la creación de este Centro en el plazo de un año; previsión que se materializará en el art. 22 de la Ley por el que se reconocen y amplían derechos.

⁷⁴ Cfr. AGUILAR, P.: *Políticas de la memoria y...*, *op. cit.*, págs. 423 y ss.

⁷⁵ Puede consultarse su texto en <http://www.congreso.es>.

⁷⁶ Real Decreto 1891/2004, de 10 de septiembre de 2004. Sus funciones se establecieron en los siguientes términos: "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". *Vid.*, art. 2 del Real Decreto 1891/2004, de 10 de septiembre.

⁷⁷ Véase nota 10. Como ya dijimos, nos referiremos a esta norma como "Ley por la que se reconocen y amplían derechos", ya que el enorme, y en demasiadas ocasiones tan interesado como artificioso, revuelo que el concepto de "memoria histórica" levantó —y aún levanta— en España, condujo al Ejecutivo a mencionar expresamente en el definitivo Proyecto Ley, que: "no es tarea de la ley, o de las normas jurídicas en general, fijarse el objetivo de implantar una determinada "memoria histórica", (...) no le corresponde al legislador construir o reconstruir una supuesta "memoria colectiva". Pero sí es deber del legislador, y cometido de la ley, consagrar y proteger, con el máximo vigor normativo, el derecho a la memoria personal y familiar como expresión de plena ciudadanía democrática. Éste es el compromiso al que el texto legal responde". *Vid.*, último párrafo de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley por la que se reconocen y amplían derechos, *doc. cit.*

⁷⁸ *Vid.*, art. 1 de la Ley 24/2006, de 7 de julio, sobre declaración del año 2006 como Año de la Memoria Histórica.

remitió los resultados de su trabajo al Consejo de Ministros; entre ellos, el texto del Proyecto de la Ley por la que se reconocen y amplían derechos.

Ahora bien, lo interesante es que tanto el mencionado Proyecto, como el texto definitivamente aprobado a finales de diciembre de 2007, así como la inmensa mayoría de las anteriores medidas que hemos ido apuntando, a mi juicio descansaban sobre una lógica común; que precisamente permite entender completamente el significado específico de la serie de denuncias presentadas por diversos particulares y asociaciones de familiares-víctimas ante la Audiencia Nacional a partir de mediados de diciembre

de 2006⁷⁹. Para ilustrarlo, baste recordar que el mismo Tribunal Constitucional ya señaló a inicios de la década de 1990 que, aun no sin cierta confusión, aunque legalmente algunas de estas medidas vengan denominadas como “indemnizaciones”, no pueden calificarse técnicamente de resarcimiento de daños por un funcionamiento anormal de la Administración Pública, de la Justicia o por un error judicial. Para el Tribunal eran, en realidad, prestaciones establecidas gracialmente por el legislador, de acuerdo a una decisión política que ha de relacionarse, en el caso concreto que analizó entonces, con la legislación sobre amnistía, pese al distinto sentido de una y otra normativa⁸⁰. A mi entender, pese a lo

⁷⁹ En el momento de redacción de este artículo, y tal y como y como se recoge al inicio del Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional, si bien con alguna errata en cuanto a su denominación oficial, los denunciadores ante la Audiencia Nacional son, en relación a la fecha de denuncia: “14 de diciembre de 2006, denuncia presentada por D. Marcial Muñoz Sánchez, en nombre propio y de la asociación “NUESTRA MEMORIA, Sierra de Gredos y Toledo”; 14 de diciembre de 2006, denuncia de la “Associació per a la recuperació de la Memòria Històrica de Catalunya”; 14 de diciembre de 2006, denuncia de la “Asociación por la Recuperación de la Memoria Histórica en Aragón”; 14 de diciembre de 2006, denuncia de la “Comisión pola Memoria Histórica do 36 en Pontearreas”; 14 de diciembre de 2006, denuncia de la “Asociación por la Recuperación de la Memoria Histórica de Arúcas”; 15 de diciembre de 2006, denuncia de la “Associació per a la recuperació de la Memòria Històrica de Mallorca”; 15 de diciembre de 2006, denuncia de D.ª Carmen Dorado Ortiz; 4 de junio de 2007, denuncia de D. Teófilo Goldaracena Rodríguez; 18 de julio de 2007, denuncia de la “Asociación Andaluza Memoria Histórica y Justicia”; 14 de septiembre de 2007, denuncia de “Politeia, asociación para la defensa y progreso de los intereses ciudadanos”; 24 de diciembre de 2007, denuncia de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Valladolid; 19 de mayo de 2008, denuncia de D. Francisco Javier Jiménez Corcho; denuncia de D. Juan Pérez Silva y de D.ª Francisca Maqueda Fernández; 28 de julio de 2008, denuncia de la Asociación “Fòrum per la Memòria del País Valencià”; 31 de julio de 2008, denuncia de la “Confederación General del Trabajo”; 12 de septiembre de 2008, denuncia de la “Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Granada” y de D.ª Nieves García Catalán; 12 de septiembre de 2008, denuncia de D. José Luis Cerdeira Villegas; 12 de septiembre de 2008, denuncia de D. Crispulo Nieto Cicuéndez; 22 de septiembre de 2008, denuncia de la “Asociación de Familiares de Fusilados y Desaparecidos de Navarra”, “Asociación de Héroes de la República y la Libertad”, “Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica en El Bierzo, León, Burgos y Zamora”, “Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Soria”; 26 de septiembre, denuncia de la “Asociación Todos los Nombres de Asturias”; 3 de octubre, denuncia de D.ª María Nieves Galindo Arroyo; 6 de octubre, denuncia de “Grup per la Recerca de la Memòria Històrica de Castelló”, de “Izquierda Republicana de Castilla y León”, de D.ª Julia Maroto Velasco y de D. Julián de la Morena López”.

⁸⁰ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional de España en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 2.645, 2.646, 2.647 y 2.648/92 y 12 y 420/93, promovidas, las cuatro primeras, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, y la quinta y la sexta por las Salas del mismo orden jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-La Mancha y de Madrid, respectivamente, en las

mucho que se ha dicho en múltiples foros, y aunque muchas de las medidas referidas han de ser (cuantitativamente) celebradas, artículos como el 11 al 14 de la actual Ley por la que se reconocen y amplían derechos⁸¹ son ejemplos palmarios de que se sigue actuando dentro de las cuatro paredes que impone esta misma lógica; es decir, son clara muestra de que estamos, seguimos, ante una situación que difícilmente se acomoda con el reconocimiento de la existencia de

responsabilidad (internacional) del Estado, en relación a una serie de víctimas que han visto violentados un conjunto de derechos, que el mismo Estado ha convenido en respetar y garantizar, y cuyo quebranto exige una reparación acorde con las detalladas pautas que ya hemos indicado en el apartado anterior. Nada de esto está presente ni en la letra, ni en el espíritu, ni por supuesto en el diseño de todo el conjunto de medidas tomadas hasta la fecha.

que se plantea la posible inconstitucionalidad de la Disposición adicional decimoctava de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, STC 361/1993, Fundamentos Jurídicos, párr. 2. Indico la existencia de confusión pues el mismo Tribunal Constitucional señala pocas líneas después del párrafo citado: "(el) reconocimiento de derechos económicos que responden a una voluntad de reparar en lo posible las consecuencias que para muchos ciudadanos tuvo la Guerra Civil y las situaciones de desventaja y los perjuicios ocasionados por esa tragedia, facilitando la plena reincorporación social de los que durante muchos años se mantuvieron fieles a unas ideas y a unos compromisos, que el nuevo orden constitucional ha podido acoger y garantizar". *Vid. Ibid.*

⁸¹ Extractando lo relevante en este punto: "Artículo 11. Colaboración de las Administraciones públicas con los particulares para la localización e identificación de víctimas. 1. Las Administraciones públicas, en el marco de sus competencias, **facilitarán** a los descendientes directos de las víctimas que así lo soliciten las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas violentamente durante la Guerra Civil o la represión política posterior y cuyo paradero se ignore... 2. La Administración General del Estado elaborará planes de trabajo y **establecerá subvenciones** para sufragar gastos derivados de las actividades contempladas en este artículo. Artículo 12. Medidas para la identificación y localización de víctimas. 1. El Gobierno, en colaboración con todas las Administraciones públicas, elaborará un protocolo de actuación científica y multidisciplinar que asegure la colaboración institucional y una adecuada intervención en las exhumaciones. Asimismo, celebrará los **oportunos convenios de colaboración para subvencionar a las entidades sociales que participen en los trabajos**.

(...) Artículo 13. Autorizaciones administrativas para actividades de localización e identificación. 1. Las Administraciones públicas competentes **autorizarán** las tareas de prospección encaminadas a la localización de restos de las víctimas referidas en el apartado 1 del artículo 11 (...). Los hallazgos se pondrán inmediatamente en conocimiento de las autoridades administrativas y judiciales competentes.

2. Las Administraciones públicas, en el ejercicio de sus competencias, establecerán el procedimiento y las condiciones en que los descendientes directos de las víctimas referidas en el apartado 1 del artículo 11, o las entidades que actúen en su nombre, **puedan recuperar** los restos enterrados en las fosas correspondientes, para su identificación y eventual traslado a otro lugar. (...) Artículo 14. Acceso a los terrenos afectados por trabajos de localización e identificación. 1. La realización de las actividades de localización y eventual identificación o traslado de los restos de las personas referidas en el apartado 1 del artículo 13 se constituye en fin de utilidad pública e interés social, a los efectos de **permitir**, en su caso y de acuerdo con los artículos 108 a 119 de la Ley de Expropiación Forzosa, la ocupación temporal de los terrenos donde deban realizarse. 2. Para las actividades determinadas en el apartado anterior, las autoridades competentes **autorizarán**, salvo causa justificada de interés público, la ocupación temporal de los terrenos de titularidad pública. 3. En el caso de terrenos de titularidad privada, los descendientes, o las organizaciones legitimadas de acuerdo con el apartado anterior, deberán **solicitar** el consentimiento de los titulares de derechos afectados sobre los terrenos en que se hallen los restos. Si no se obtuviere dicho consentimiento, las Administraciones públicas podrán **autorizar** la ocupación temporal, siempre tras audiencia de los titulares de derechos afectados, con consideración de sus alegaciones, y fijando la correspondiente **indemnización a cargo de los ocupantes**". La negra es mía.

2. Las Administraciones públicas, en el ejercicio de sus competencias, establecerán el procedimiento y las condiciones en que los descendientes directos de las víctimas referidas en el apartado 1 del artículo 11, o las entidades que actúen en su nombre, **puedan recuperar** los restos enterrados en las fosas correspondientes, para su identificación y eventual traslado a otro lugar. (...) Artículo 14. Acceso a los terrenos afectados por trabajos de localización e identificación. 1. La realización de las actividades de localización y eventual identificación o traslado de los restos de las personas referidas en el apartado 1 del artículo 13 se constituye en fin de utilidad pública e interés social, a los efectos de **permitir**, en su caso y de acuerdo con los artículos 108 a 119 de la Ley de Expropiación Forzosa, la ocupación temporal de los terrenos donde deban realizarse. 2. Para las actividades determinadas en el apartado anterior, las autoridades competentes **autorizarán**, salvo causa justificada de interés público, la ocupación temporal de los terrenos de titularidad pública. 3. En el caso de terrenos de titularidad privada, los descendientes, o las organizaciones legitimadas de acuerdo con el apartado anterior, deberán **solicitar** el consentimiento de los titulares de derechos afectados sobre los terrenos en que se hallen los restos. Si no se obtuviere dicho consentimiento, las Administraciones públicas podrán **autorizar** la ocupación temporal, siempre tras audiencia de los titulares de derechos afectados, con consideración de sus alegaciones, y fijando la correspondiente **indemnización a cargo de los ocupantes**". La negra es mía.

Desde esta perspectiva entonces, quizás pueda entenderse mejor las más recientes acciones ante la Audiencia Nacional que ya hemos señalado, pues los mismos representantes de los denunciantes han manifestado en varias ocasiones que no es su pretensión la búsqueda o el establecimiento de responsabilidades penales individuales por los crímenes que hubieran podido cometerse, sino el cumplimiento de una serie de deberes que ha de satisfacer el Estado hacia las víctimas. Y así, y a modo de ejemplo, en una de las primeras denuncias presentadas, la de la *Associació per a la Recuperació de la Memòria Històrica de Mallorca*, se subraya específicamente la que es la demanda básica de la gran mayoría de los denunciantes, esto es, que: “Por todo ello, pedimos el auxilio de la justicia en la localización del paradero o destino final de las personas enumeradas”⁸².

IV. EPÍLOGO: LA SITUACIÓN EN LA ACTUALIDAD

Aún ante un panorama tan poco edificante como el que acabamos de referir, tras el intenso debate que culminó a finales de 2007 con la aprobación de la Ley por la que se reconocen y amplían derechos, los primeros meses de 2008 trascurrieron con una aparente *calma* que terminaría tornándose en poco menos que frenética actividad a partir del fin del verano del año en curso. Así, y a grandes rasgos, en el momento de redacción de este trabajo podríamos consi-

derar la existencia de dos sendas principales en marcha que, aunque aparentemente autónomas, bien podría entenderse que presentan un notable grado de interconexión y/o influencias mutuas:

En primer lugar, siguiendo lo establecido en varias de las Disposiciones Adicionales de la Ley por la que se reconocen y amplían derechos, el Ejecutivo ha estado trabajando estos meses pasados, y ha anunciado recientemente la pronta aprobación de diversos Reales Decretos que darán desarrollo a lo dispuesto en el texto de la Ley. Aún no se conoce el literal de estas normas, pero lamentablemente, lo adelantado hasta la fecha hace suponer que su contenido se mantendrá dentro de la lógica que ya hemos criticado, por no acomodarse a las prescripciones pertinentes del derecho internacional en la materia.

En segundo lugar, la serie de denuncias ante la Audiencia Nacional han dado lugar al que sin duda será, en un sentido u otro, el célebre Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previa-Procédimento Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción Nº. 5 de la Audiencia Nacional⁸³, es decir, el que ya se conoce popularmente como “Auto de Garzón sobre la Memoria Histórica”; que casi inmediatamente ha sido respondido, con una dureza inusitada, por el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, en su ya referido Recurso de 20 de octubre de 2008. En otro lugar ya he tenido ocasión de comentar en detalle el contenido de este Auto⁸⁴, con lo que baste

⁸² Vid. Denuncia destinada al Juzgado de Instrucción Central de Guardia de la *Associació per a la Recuperació de la Memòria Històrica de Mallorca*, 14 de diciembre de 2006, pág. 31. Original en poder del autor.

⁸³ Al día siguiente, el Magistrado-juez Garzón transformaría las Diligencias Previa-Procédimento en el Sumario 53/2008.

⁸⁴ Véase CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Examen del Auto del Juzgado de Instrucción Nº. 5 de la Audiencia Nacional por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, año XXIX, núm. 7054, (en prensa).

ahora señalar que en virtud del mismo, y apoyándose singularmente en la, a mi juicio, no muy afortunada sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*⁸⁵, se declara la competencia de la Audiencia Nacional para entender de los crímenes denunciados de detención ilegal sin dar razón del paradero o desaparición forzosa en el contexto de crímenes contra la humanidad y en conexión con delitos contra la Constitución y los Altos Organismos de la Nación. A renglón seguido, se cursa oficio a los correspondientes Registros Civiles para que aporten certificado de defunción de los sujetos que, *a priori*, ha identificado como máximos responsables de los crímenes en cuestión; todo ello, se dice, con vistas a declarar la extinción de responsabilidad penal por fallecimiento. En concreto, nombra a: Francisco Franco Bahamonde, Miguel Cabanellas Ferrer, Andrés Saliquet Zumeta, Miguel Ponte Manso de Zúñiga, Emilio Mola Vidal, Fidel Dávila Arrondo, Federico Montaner Canet, Fernando Moreno Calderón, Francisco Moreno Fernández, Germán Gil y Yuste, Luis Orgaz Yoldi, Gonzalo Queipo de Llano y Sierra, Francisco

Gómez-Jordana y Souza, Francisco Feroso Blanco, Luis Valdés Cabanilla, Nicolás Franco Bahamonde, Francisco de Asís Serrat i Bonastre, José Cortés López, Ramón Serrano Sñer, Severiano Martínez Anido, Tomás Domínguez Arévalo, Raimundo Fernández Cuesta y Merelo, Valentín Galarza Morante, Esteban Bilbao y Eguía, Jose Luis Arrese y Magra, Juan Yagüe Blanco, Salvador Moreno Fernández, Agustín Muñoz Grandes, José Enrique Varela Iglesias, Juan Vigón Suerodíaz, Blas Pérez González, Carlos Asensio Cabanillas, Eduardo Aunós Pérez, Eduardo González Gallarza y Francisco Regalado Rodríguez. Para a continuación, reclamar al Ministerio del Interior los datos que identifiquen a los máximos dirigentes de la Falange Española, entre el 17 de julio de 1936 y 31 de diciembre de 1951, para una vez identificados, acordar lo necesario sobre la imputación y extinción, en caso de fallecimiento, de la responsabilidad penal. De este modo, el mismo contenido del Auto deja en el aire un interrogante clave, que sin duda afectará al resto de medidas previstas, algunas de enorme (potencial) trascendencia⁸⁶, en su Parte

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo N.º: 798/2007, de 1 de octubre de 2007. En lo que aquí interesa, sobre esta sentencia puede acudirse a OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 64-67, 161-183, cuya posición y conclusiones comparto en este extremo. Para una perspectiva parcialmente divergente, véase GIL GIL, A.: "Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo", en *Nuevos Desafíos del derecho penal internacional* (en prensa, original en poder del autor).

⁸⁶ Entre todas ellas, quizá la más relevante sea la creación de lo que se denomina como "Grupo de Expertos". Sobre él, indica el Auto: "El grupo de expertos, para cuya formación se solicitará a las partes que, de común acuerdo, designen el nombre de cinco personas, a las que se unirán otras dos que serán nombradas por este Juzgado, tendrá como misión en su pericia (...), estudiar, analizar y valorar y dictaminar sobre el número, lugar, situación e identificación de las víctimas en un solo informe que incluya el número total de víctimas en el período estudiado (17 de julio de 1936 hasta el 31 de diciembre de 1951), diferenciándolos, luego de estudiar todos los datos aportados y que se aporten a la causa, en tres grupos: 1) Personas detenidas y desaparecidas hasta el día de la fecha, con propuesta de localización y métodos de recuperación e identificación de restos. 2) Personas detenidas y desaparecidas cuyos cuerpos se recuperaron pero aún están sin identificar, con la misma propuesta del punto anterior sobre su identificación. 3) Personas detenidas desaparecidas y que han sido identificadas". Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Decimosexto. Pese al expreso carácter de órgano pericial, resulta evidente

Dispositiva; a saber: ¿Certificada oficialmente la defunción de todos los altos responsables se decidirá o no el sobreseimiento? Como ya he sostenido en el comentario mencionado, bien pudiéramos decir que el texto del Auto nos ofrece evidencias o argumentos para defender cualquiera de las dos respuestas⁸⁷; aunque mucho hace sospechar que ante la aparente poca receptividad del Pleno de la Audiencia Nacional a los argumentos defendidos en este Auto, será la primera posibilidad la que termine por imponerse.

Sea como fuere, esta primera decisión judicial sobre unos hechos que, como subraya el mismo Auto, “nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española, por lo que hasta el día de la fecha, la impunidad ha

sido la regla frente a unos acontecimientos que podrían revestir la calificación jurídica de crimen contra la humanidad (artículo 607 bis del Código Penal actual)”⁸⁸, ha reabierto el muy necesario debate sobre el, como hemos ido analizando, deficiente trato que a partir del inicio formal de nuestra transición política, y durante los más de tres decenios siguientes, se ha dado respecto a los crímenes pasados en España. Es de esperar entonces que los Poderes del Estado asuman, finalmente, como algo propio unas obligaciones que, hasta la fecha, y para sonrojo general, bien nunca se han considerado realmente pertinentes, bien se ha sostenido que se han esfumado una vez alguien decide que la transición ha terminado “ejemplarmente y con éxito”, sin perjuicio de que durante la misma se hubieran obviado igualmente.

que todo aquel habituado a la justicia transicional encontrará aquí ciertos ecos y/o consecuencias prácticas del denominado como “Derecho a la Verdad”, cuya concreción más conocida son las llamadas “Comisiones de la Verdad”. Jurídicamente no cabe duda de que no estamos ante un órgano de esta naturaleza, pero de hecho, todo parece llevarnos hacia ese ámbito fundamental; cubriéndose así, dicho sea de paso, uno de los más vergonzantes vacíos de España en lo que refiere a las medidas básicas a adoptar dentro del escenario de la justicia transicional. En todo caso, mucho dependerá de la composición final del Grupo que se acuerde, y del modo en que sus miembros enfoquen y desarrollen su mandato.

⁸⁷ Para más datos, cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Examen del Auto del Juzgado de Instrucción N.º 5...”, *op. cit.*

⁸⁸ *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Primero, párr. 1. En sentido similar, véase el Razonamiento Jurídico Decimocuarto.