



Universidad
Zaragoza

FACULTAD DE DERECHO

GRADO EN DERECHO

AÑO 2016

LA MEMORIA HISTÓRICA: UNA TEORÍA UNIVERSAL

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Isabel Villar Poza

Director: José Ignacio Lacasta Zabalza

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN *Página 1*

1. LA CUESTIÓN TRATADA
2. OBJETIVO
3. JUSTIFICACIÓN
4. METODOLOGÍA

II. ¿QUÉ ES LA MEMORIA HISTÓRICA HOY EN ESPAÑA? *Página 4*

III. ¿ES LA MEMORIA HISTÓRICA UN CONCEPTO UNIVERSAL? *Página 9*

1. JUSTICIA TRANSICIONAL
2. VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS
3. CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD
4. CONCLUSIÓN

IV. ¿CÓMO SON LAS EXPERIENCIAS REALES? *Página 21*

1. TIPOS DE MEDIDAS
2. EXPERIENCIAS REALES
3. EL CASO DE ESPAÑA

V. CONCLUSIÓN *Página 35*

VI. BIBLIOGRAFÍA *Página 38*

I. INTRODUCCIÓN

1. LA CUESTIÓN TRATADA

En el siguiente trabajo se plantea la figura de la Memoria Histórica como un concepto de ámbito universal, presente en mayor o menor medida en las distintas experiencias de transición democrática desde el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días.

El trabajo se estructura en forma de interrogantes, y es que antes de poder hablar de Memoria Histórica como concepto universal tenemos que dar respuesta a una serie de cuestiones, empezando por la más básica de todas: ¿Qué es la Memoria Histórica?

Lo cierto es que, aunque lo ideal sería responder a la anterior pregunta tal y como se plantea, la amplitud del tema y la cantidad de literatura que existe al respecto exigiría un estudio mucho más amplio, que se queda fuera del marco de este trabajo y de su extensión. Para sortear este obstáculo acotaremos la pregunta de manera que en su lugar responderemos a la siguiente: ¿Qué es la Memoria Histórica hoy en España?

Una vez respondido el primer interrogante y situados en el punto de partida podremos plantearnos si existe la Memoria Histórica como concepto universal y, en caso afirmativo, cómo se ha tratado esta figura a lo largo de la historia. Para ello revisaremos varios conceptos de Derecho Internacional como son la Justicia Transicional, las violaciones de Derechos Humanos y los Crímenes contra la Humanidad. Tras situar estos conceptos en su contexto procederemos a realizar un breve repaso por las experiencias reales de algunos países que se han destacado en el ámbito internacional. De nuevo la extensión de este trabajo no nos permite ahondar en las distintas experiencias internacionales como sería lo deseable, nos limitaremos, por tanto, a dar unas pinceladas sobre cada caso para después finalizar retomando el caso de España, en el que sí nos detendremos un poco más pero esta vez a la luz de una visión más crítica y comparativa.

Como conclusión tomaremos las ideas que se extraen del análisis de la Memoria Histórica como concepto de ámbito internacional para conectarlas con la Memoria Histórica hoy en España, cerrando así el círculo y revisando a la luz de una nueva perspectiva el concepto de partida de este trabajo

2. OBJETIVO

Hablar de Memoria Histórica en España sigue despertando hostilidades, a pesar de haber pasado ya 41 años desde que nuestro país iniciara su andadura democrática. Las razones que explican esta reacción por parte de algunos sectores de la sociedad pueden ser varias, empezando por cuestionarnos si es que el régimen franquista nunca llegó a desaparecer del todo en nuestro país. Numerosos trabajos se han dedicado a analizar estas cuestiones por lo que no será nuestro objetivo aquí dar respuesta a estos interrogantes.

El objetivo de este trabajo es analizar la existencia de la Memoria Histórica en el Derecho Internacional, para demostrar con ello que las exigencias que se hacen desde las asociaciones de víctimas y grupos para la recuperación de la memoria histórica no son ningún capricho, ni fruto del deseo revanchista, ni pretenden desestabilizar la democracia o reabrir viejas heridas. Las demandas de la Memoria Histórica obedecen a un deber para con el Derecho, como en este trabajo veremos, un deber que el Estado tiene que afrontar independientemente de si resulta del agrado de nuestras autoridades o de si las circunstancias políticas son propicias.

3. JUSTIFICACIÓN

Pertenezco a una generación que no ha vivido ni la Guerra Civil, ni la Dictadura, ni tan siquiera la Transición. Pertenezco a una generación que nació y creció en una democracia y que siempre ha dado por obvios unos valores y unos principios propios del Estado Social y Democrático de Derecho. También pertenezco a una generación que cuando piensa en atrocidades y crímenes terribles invoca inmediatamente a los nazis, pues todos conocemos a la perfección su historia y los sucesos que tuvieron lugar en Alemania durante la Segunda Guerra Mundial. El cine, la literatura y los libros de texto nos han enseñado bien los horrores que allí sucedieron, la cifra de muertos y de víctimas de abusos que aquella ideología totalitaria y aquel conflicto dejaron a su paso. Pertenezco a una generación que sabe mucho sobre los campos de concentración nazis, sobre las detenciones violentas y desapariciones forzadas de la población judía, sobre la represión ejercida por las fuerzas de Hitler, pero no sabe nada sobre los mismos crímenes que ocurrieron aquí, en España, durante una dictadura que duró muchos más años que los que estuvo el nazismo en el poder. Una Dictadura que mis abuelos conocieron de lleno, y en la que nacieron mis padres, una Dictadura que aún hoy ni siquiera ha abandonado España del todo.

Considero esencial que las generaciones como la mía, las de aquellos que nacimos y crecimos en democracia, mantengamos vivo el debate sobre el franquismo y la Memoria Histórica. Pues, lamentablemente, mi impresión es la de que avanzamos hacia convertirnos en una sociedad que conoce bien la historia de las dictaduras, guerras, atrocidades y crímenes cometidos en el resto del mundo, pero ha olvidado por completo por culpa del silencio lo que ocurrió aquí mismo.

En España habitualmente volvemos la vista hacia Europa, hacia esos Estados a los que tomamos como referente para tantas cosas, pues a fin de cuentas somos un Estado Europeo y queremos actuar como tal. Veamos pues si en materia de Memoria Histórica somos también un Estado Europeo, si estamos a la altura de nuestros vecinos o, por el contrario, debemos considerarnos en esta materia todavía un Estado en vías de desarrollo.

4. METODOLOGÍA

En un primer momento me topé con la dificultad del idioma, “Memoria Histórica” es el nombre que le damos a un concepto aquí en España, pero ¿cómo se le llama a esta idea en otras partes del mundo?

Para responder a esta pregunta tuve que retroceder en el hilo del trabajo y comenzar por desentrañar el contenido que hay detrás del concepto de la Memoria Histórica. Para ello consulté las obras que trataban de la definición y el desarrollo de la Memoria Histórica. De esta tarea extraje dos conclusiones:

- La primera de ellas es que dar una definición sencilla de Memoria Histórica iba a resultar una tarea compleja que requeriría de extensas explicaciones. Decidí por ello que sería mejor iniciar este trabajo directamente con la Ley 52/2007, la conocida como Ley de Memoria Histórica, la medida más reciente adoptada en materia de Memoria Histórica en nuestro país.
- La segunda conclusión que extraje fue la de que en el origen de este concepto, en su motivación y su razón de ser, se encontraba el reconocimiento de los Derechos Humanos como valor universal.

A partir de este descubrimiento, enseguida aparecieron relacionados con el concepto de la defensa de los Derechos Humanos otros como los Crímenes contra la Humanidad, el Deber de

Reparación y la Justicia Transicional. Una vez situados en este punto solo tuve que consultar la amplísima literatura que se ha publicado al respecto de estos temas para descubrir que, efectivamente, todos estos conceptos se encuentran conectados y se puede establecer entre ellos una relación de interdependencia. Insisto sobre el hecho de que existe una enorme cantidad de trabajos acerca de estos conceptos que acabo de nombrar, aquí solo nos centraremos en los rasgos más básicos, con el fin de simplificar la lectura y no alejarnos demasiado de nuestro objetivo de delimitar el concepto universal de la Memoria Histórica, pues sería fácil perderse entre la cantidad de matices y planteamientos diferentes que podemos encontrar.

II. ¿QUÉ ES LA MEMORIA HISTÓRICA HOY EN ESPAÑA?

En España tuvieron que pasar treinta y dos años desde la muerte de Franco hasta que en el año 2007 se aprobara una ley comúnmente conocida como Ley de Memoria Histórica, aunque su nombre oficial no es ese sino *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 adelante la denominaremos Ley 52/2007 a efectos de facilitar la lectura). A continuación realizaremos un análisis de la Exposición de Motivos de esta Norma para así responder a la primera de las cuestiones que se plantean en este trabajo; ¿Qué es la Memoria Histórica hoy en España?

La Exposición de Motivos de esta Ley abre su discurso recordando los principios que rigieron el proceso de Transición en España, principios que a su vez quedaron plasmados en nuestra Constitución de 1978, norma suprema como bien sabemos de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho. No invoca, por tanto, unos principios cualesquiera, nuestra Constitución y nuestra Democracia, en base a los espíritus de reconciliación, concordia, respeto a la pluralidad y defensa pacífica de las ideas, asumen el deber de atender lo que la propia Exposición de Motivos denomina «legítimas y justas peticiones» de los ciudadanos que de un modo u otro sufrieron a consecuencia de la guerra civil y posterior dictadura.

Esta Norma se proclama a sí misma el reflejo de este deber, aunque también reconoce que con ella no será suficiente para poder dar por satisfecha esta demanda social. Así pues debemos considerar esta Ley como el punto de partida y no como la expresión plena de este deber de justicia y reparación en España. Deberemos esperar, por tanto, que los poderes públicos adopten nuevas

iniciativas para así poder dar por satisfecho el objetivo que se marca la Ley 52/2007, un objetivo que en su propia Exposición sintetiza en lograr el mayor conocimiento de nuestra historia y el fomento de nuestra memoria democrática honrando a aquellas personas que sufrieron toda clase de injusticias durante el periodo de la guerra civil y el régimen dictatorial que siguió.

A continuación nos encontramos con una de las afirmaciones más relevantes de todo el texto, como seguidamente explicaremos, y es que la Exposición de Motivos enuncia que esta Ley parte de la consideración de que todo el conjunto de aspectos relacionados con la memoria personal y familiar forma parte del estatuto jurídico de la ciudadanía democrática, especialmente cuando esta memoria se haya visto influida por conflictos de carácter público, como lo fueron tanto la guerra civil como la represión del régimen franquista. Seguidamente la Exposición reconoce que de esta afirmación se deriva la existencia de un derecho individual a la memoria personal y familiar de cada ciudadano.

Nos detendremos a analizar brevemente esta afirmación pues lo que aquí se enuncia no es ni más ni menos que el derecho a la memoria histórica como un derecho de carácter tanto individual como colectivo. Y es que ¿qué significa exactamente eso de «memoria personal y familiar»?

Para responder a esta pregunta me remitiré a la reflexión de José María Sauca Cano, quien aborda este tema en su contribución en la obra *Conceptos contra el Olvido*, una guía para no perder la memoria.

Tal y como él expone, la identidad de la persona se configura en relación con un contexto político-social determinado. Las singularidades de cada persona surgen a partir de la interacción del individuo con su entorno, un entorno que se ve determinado por toda clase de factores sociológicos, entre ellos el régimen social imperante, el conjunto de creencias y valores dominantes, la cultura y las tradiciones. En definitiva la identidad de la persona se configura a partir de su entorno histórico y de la interacción con él. Tiene sentido, por tanto, que la mejor vía para acceder a la memoria personal del individuo sea a través del estudio de su entorno, o lo que es lo mismo, su entorno histórico.

El derecho a la propia memoria personal y familiar supone por tanto proclamar el derecho a la recuperación y acceso a todo el conjunto de hechos, eventos y experiencias que han servido como base para la configuración de la identidad del individuo. Dicho de manera más simple, hablamos del derecho a la recuperación y acceso a la memoria histórica, una memoria que nace a partir de las experiencias vividas por unos individuos determinados en un tiempo igualmente determinado.

La Ley 52/2007 parece avalar este razonamiento cuando la Exposición de Motivos matiza así: «Los diversos aspectos relacionados con la memoria personal y familiar, especialmente cuando se han visto afectados por conflictos de carácter público, forman parte del estatuto jurídico de la ciudadanía democrática».

La Norma comulga con la idea de que el contexto histórico configura una parte esencial de la memoria de la persona, especialmente en aquellos casos en que éste es convulso; como fue el caso de los periodos de la guerra civil y del régimen franquista.

Sobre la base de la memoria histórica se construye la memoria de cada sujeto individualmente considerado, la memoria de sus familiares y todas aquellas personas que aún sin parentesco se vieron afectadas por los primeros, y la de todo el conjunto de la ciudadanía pues compartimos un pasado y una historia comunes.

Esta Ley enuncia el derecho a la memoria personal y familiar, proclamando así el derecho a la memoria histórica de cada ciudadano y del conjunto de la sociedad.

Tras esta reflexión – a mi juicio necesaria para poder comprender el sentido de la Norma – volvemos a centrarnos en el discurso que nos presenta la Exposición de Motivos, el cual procede a continuación a explicar brevemente el sentido de cada uno de los derechos y políticas recogidos en el articulado. No creo, sin embargo, que proceda al inicio de este trabajo analizar cada uno de los artículos de esta Ley. Considero que tiene más sentido y resultará más claro no entrar ahora en este análisis, centrándonos en este momento solo en el espíritu de la Norma, de manera que, a continuación, nos limitaremos a enunciar brevemente los derechos y medidas que esta ley plantea.

Los derechos que se reconocen son de naturaleza variada, empezando por la proclamación del carácter injusto de toda condena, sanción y/o violencia sufrida por motivos políticos o ideológicos durante el periodo de la guerra civil y la Dictadura, declaraciones que incluyen tanto las de carácter general como personal dado el carácter injusto de las experiencias sufridas; declaración de ilegitimidad de los tribunales creados durante estos periodos y de todas las sanciones y condenas por ellos impuestas. Al hilo de lo anterior se prevén algunas indemnizaciones para las personas que fueron objeto de estos pronunciamientos así como una serie de mejoras en derechos de naturaleza económica para quienes por motivos políticos o ideológicos sufrieron su privación o perjuicio. Se reconoce el derecho a localizar e identificar a las víctimas de desapariciones forzadas, así como el deber de suprimir y/o modificar todo monumento de exaltación de la sublevación militar y del franquismo y la derogación de todas las leyes dictadas durante este periodo. Por último se recogen una serie de reconocimientos particularizados a agrupaciones de relevancia, una serie de facilidades

para la obtención de la nacionalidad española a combatientes y exiliados y la proclamación de un derecho de acceso a las fuentes de información y documentación en relación con todo el periodo histórico de la guerra civil y Dictadura Franquista.

Finalmente la Exposición de Motivos cierra su discurso con el siguiente párrafo:

«En definitiva, la presente Ley quiere contribuir a cerrar heridas todavía abiertas en los españoles y a dar satisfacción a los ciudadanos que sufrieron, directa o en la persona de sus familiares, las consecuencias de la tragedia de la Guerra Civil o de la represión de la Dictadura. Quiere contribuir a ello desde el pleno convencimiento de que, profundizando de este modo en el espíritu del reencuentro y de la concordia de la Transición, no son sólo esos ciudadanos los que resultan reconocidos y honrados, sino también la Democracia española en su conjunto. No es tarea del legislador implantar una determinada memoria colectiva. Pero sí es deber del legislador, y cometido de la ley, reparar a las víctimas, consagrar y proteger, con el máximo rigor normativo, el derecho a la memoria personal y familiar como expresión plena de la ciudadanía democrática, fomentar los valores constitucionales y promover el conocimiento y la reflexión sobre nuestro pasado, para evitar que se repitan situaciones de intolerancia y violación de derechos humanos como las entonces vividas».

Esta conclusión podría dividirse en dos partes, la primera nos vuelve a recordar cuales son los objetivos de la Ley: cerrar heridas y dar satisfacción a las víctimas; la segunda parte enuncia los deberes que la Norma impone al Estado, los cuales pivotan, sobretodo, en torno a garantizar el derecho a la memoria histórica y la debida reparación de las víctimas.

Quiero destacar dos ideas que pueden extraerse de este fragmento, y es que en este párrafo la Exposición de Motivos hace referencia a dos tesis ampliamente aceptadas tanto en el círculo nacional del movimiento para la recuperación de la memoria histórica como en el ámbito internacional, en el mismo sentido.

La primera de estas tesis se refiere a la idea de que la reparación de las víctimas no solo tiene efectos positivos en las personas objeto de reparación, es todo el conjunto de la sociedad el que se ve beneficiado. En la Exposición de Motivos podemos ver esta idea claramente cuando dice: «[...] no son sólo esos ciudadanos los que resultan reconocidos y honrados, sino también la Democracia española en su conjunto». Y es que una Democracia firme no puede asentarse sobre una justicia negada, crímenes impunes y memorias silenciadas. La Memoria Histórica no debe

plantearse como un acto de disputa o de enfrentamiento, como tantas veces se oye en los medios, sino como la reparación de las bases en que se asienta la Democracia para así poder hablar de un Estado sano, fuerte y con perspectivas de futuro.

La segunda tesis la extraemos del siguiente fragmento: «[...] promover el conocimiento y la reflexión sobre nuestro pasado, para evitar que se repitan situaciones de intolerancia y violación de derechos humanos como las entonces vividas». Desde el final de la Segunda Guerra Mundial fueron muchas las voces que clamaron por mantener viva la memoria del pasado, pues de otro modo no se podría garantizar que la sociedad no volviese a repetir los mismos horrores. Así pues la recuperación de la Memoria Histórica no sólo mira al pasado, también es necesaria para el futuro, pues sólo podremos evitar caer en los errores anteriores recuperando y manteniendo viva la memoria de los hechos acaecidos.

Una vez finalizado nuestro análisis de la Exposición de Motivos de la Ley 52/2007 podemos responder a la pregunta que nos planteábamos al inicio, ¿qué es la Memoria Histórica hoy en España?

Ciertamente la Memoria Histórica en España tiene un mayor alcance que el contenido de esta Ley, y es que la propia Exposición de Motivos nos pone sobre aviso como hemos visto, pues los preceptos que contiene sientan las bases pero será necesario un mayor desarrollo futuro para poder hablar con plenitud de Ley de Memoria Histórica.

A pesar de ello ya contamos con algunos datos que nos permitan responder, al menos por el momento, a nuestra cuestión. Hoy en día en España la Memoria Histórica es un derecho reconocido expresamente por la Ley (otra historia es si ese derecho finalmente se materializa en algo o está vacío de contenido), un derecho de carácter tanto individual como colectivo, que puede y debe tener implicaciones a nivel personal y a nivel de toda la sociedad española, es un deber que asume el Estado de garantizar el acceso a ese derecho y de recuperar y mantener viva la memoria de nuestro pasado. Es un derecho, un deber, un objetivo y un elemento esencial de la democracia.

Por ahora no ahondaremos más, reservo el final del trabajo al estudio de las implicaciones materiales que el reconocimiento de este derecho ha tenido en España, o la falta de ellas. De momento nos quedaremos con esta idea, la de la Memoria Histórica en España como un derecho de contenido no del todo definido, y pasaremos a ver si un análisis desde la perspectiva del derecho internacional nos ayuda a delimitar su verdadero alcance.

III. ¿ES LA MEMORIA HISTÓRICA UN CONCEPTO UNIVERSAL?

Una vez hecha una aproximación a la Memoria Histórica en España podríamos preguntarnos si existe este mismo concepto fuera de nuestro país; ¿Es la Memoria Histórica un concepto universal?

Para responder a esta pregunta tendremos que hacer un breve recorrido por tres conceptos distintos aunque muy relacionados que, como veremos al final de este apartado, se conectan para resolver nuestro interrogante.

1. JUSTICIA TRANSICIONAL

El Secretario General de Naciones Unidas, en su informe “El Estado de Derecho y la justicia transicional en sociedades en conflicto o posconflicto”, define así la justicia transicional:

« [...] el conjunto de procesos y mecanismos asociados a las tentativas de la sociedad de llegar a un acuerdo sobre el gran legado de abusos cometidos en el pasado, a fin de asegurar que los responsables presten cuentas de sus actos, que sea hecha la justicia y que se conquiste la reconciliación».

En la misma línea el Centro Internacional para la Justicia Transicional, también conocido por sus siglas en inglés ICTJ, considera la justicia transicional como una rama especial de la justicia aplicable a sociedades inmersas en un proceso de transición hacia un sistema democrático y de Derecho; esta rama de la justicia ofrece los mecanismos necesarios para afrontar las graves violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado, restableciendo así la confianza de la ciudadanía, sanando sus heridas y facilitando la reconciliación necesaria para dar comienzo a una nueva etapa de paz.

Se considera que el origen de la Justicia Transicional se encuentra en los procesos de Nuremberg y Tokio, aunque algunos autores señalan que podemos encontrar claros ejemplos de justicia de transición a lo largo de toda la historia, como por ejemplo en la Atenas del siglo V o en los procesos de las restauraciones francesas del siglo XIX. Lo cierto es que la Justicia Transicional

no es un concepto nuevo, pero tal y como hoy la conocemos se configuró a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Tras este conflicto bélico a gran escala surge la necesidad de resolver los crímenes del pasado desde la perspectiva de unos valores y conceptos renovados, dado el fracaso que supusieron las ineficaces medidas tomadas tras la Primera Guerra Mundial. El nacimiento de Naciones Unidas y los sistemas de protección de los derechos humanos dieron inicio a la construcción del necesario marco legal, con la firma de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los posteriores Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Tras su firma la protección de los Derechos Humanos y las medidas de reacción ante las violaciones de éstos dejaron de considerarse materias de exclusiva jurisdicción nacional para pasar a convertirse en asuntos de ámbito internacional.

Durante la década de los noventa la justicia para con las víctimas de crímenes y violaciones de derechos humanos pasó a convertirse en aspecto clave de los procesos de transición hacia la democracia, ampliando el concepto y permitiendo la aplicación de nuevos instrumentos como las Comisiones de la Verdad.

En 1998 se creó la Corte Penal Internacional (CPI) con potestad para enjuiciar crímenes internacionales y violaciones graves de los derechos humanos, convirtiéndose en un símbolo de la materialización de la justicia transicional.

La Justicia Transicional pretende dar respuesta a la siguiente cuestión; en el seno de un proceso de transición política hacia un régimen democrático ¿qué debe hacerse con respecto a los crímenes cometidos en el pasado? Resolver esta cuestión no resulta sencillo pues enseguida surgen nuevos interrogantes, ¿deben enjuiciarse estos crímenes o adoptarse otras medidas? ¿qué momento es el adecuado para enfrentar el pasado? ¿quién tiene la potestad suficiente para ello? ¿qué procedimiento ha de seguirse?

Como vemos la cuestión que se plantea no es sencilla y es que, con razón, algunos autores han llegado a afirmar que hacer frente a estos interrogantes puede convertirse en una de las pruebas más difíciles, y también de la mayor importancia, para las sociedades inmersas en un proceso de transición.

En el proceso de reflexión acerca de la justicia de transición se requiere una revisión de conceptos como los Derechos Humanos, la Justicia, la Memoria, el Olvido, el Castigo, la Reparación, la Reconciliación o la Verdad.

A esto se suma la dificultad añadida de que cada experiencia es diferente, con matices y circunstancias únicos, que imposibilitan el dar con respuestas absolutas. Aún con estos problemas,

los organismos internacionales han tratado de definir unos requisitos mínimos y unas líneas de actuación que deben cumplirse para poder hablar de transición exitosa a una plena democracia.

De acuerdo con Naciones Unidas: «La 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 [...] 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»

Como vemos para poder hablar de justicia de transición Naciones Unidas exige que se lleve a cabo, como mínimo, alguna medida de las anteriormente enunciadas, de no ser así no se podría hablar de efectiva reconciliación en la sociedad y realización de la justicia. También es digno de mención el hecho de que Naciones Unidas no parece contemplar como opción la no realización de ninguna medida de Justicia Transicional, sean cuales sean las circunstancias del país inmerso en tal proceso; y es que Naciones Unidas ya ha dejado clara su postura al respecto en varias ocasiones, para este organismo no se puede hablar de implantación de un Estado Democrático y de Derecho sin que este proceso vaya de la mano de la Justicia Transicional.

La efectiva realización de la Justicia Transicional no es un asunto discrecional que pueda resolverse de manera interna en el Estado de acuerdo con sus propios parámetros, la sociedad internacional exige la realización de unos mínimos para que se reconozca el proceso de transición como plenamente válido.

Los Estados no podrán establecer unilateralmente qué se entiende por delitos graves o crímenes y en consecuencia tampoco tendrán la potestad de determinar lo que se puede considerar justa reparación ni establecer cuándo la sociedad se ha reconciliado u olvidado el pasado.

La justificación para todo esto es simple, en un proceso de transición donde aún no se han derrocado del todo los sistemas de poder del régimen anterior, los perpetradores de esos delitos que se encontraban amparados por los antiguos poderes utilizarían su última influencia en el gobierno para asegurarse de que las medidas de justicia transicional que el Estado se proponga aplicar garanticen su impunidad y el no enjuiciamiento de sus crímenes. La experiencia nos lo ha enseñado en repetidas ocasiones, tal y como podremos comprobar más adelante en este trabajo, cuando hagamos un repaso por los principales procesos de transición del siglo XX.

Remarcamos que la Justicia Transicional tiene por fin la identificación de las obligaciones básicas que, de acuerdo con el Derecho Internacional, debe cumplir el Estado, un deber que no puede eludirse de manera unilateral y que debe cumplirse conforme a unas exigencias mínimas que marca la sociedad internacional y no el Estado.

Durante el proceso transicional han de observarse los llamados “principios de justicia transicional”, que constan del deber de reprimir y perseguir (como manifestación del derecho de las víctimas a la justicia), del deber de investigar e informar (como manifestación del derecho de las víctimas y de la sociedad a saber), del deber de reparar (manifestación del derecho de las víctimas a la justa reparación) y del deber de prevenir para asegurar al conjunto de la sociedad la no repetición de los crímenes del pasado.

En caso de que el Estado fuese incapaz de hacer frente a estas obligaciones en el contexto del proceso de transición o incluso ya en democracia, existen mecanismos a su disposición como la figura de la Jurisdicción Universal, que ofrece la posibilidad de que un tribunal nacional de otro Estado enjuicie casos de graves violaciones de los derechos humanos, con independencia de que los hechos se hayan cometido en un Estado diferente o de la nacionalidad de las partes implicadas. Este principio apenas era conocido hasta que fue invocado en el caso del dictador Augusto Pinochet en el año 1998, desde entonces se ha desarrollado notablemente en el ámbito europeo. Hay que señalar que este tipo de jurisdicción solo puede invocarse en casos excepcionales y únicamente cuando se trate de enjuiciar delitos muy graves de los que no puede hacerse cargo la jurisdicción ordinaria del lugar en que se cometieron. A pesar de ello, en los últimos años se han servido de la figura de la jurisdicción universal Dinamarca, Francia, Alemania, Reino Unido, Bélgica, Holanda, Suiza y nuestro propio país, España.

La aplicación de principios de Justicia Transicional tiene efectos que se han venido a calificar como «democratizadores» de acuerdo con las tesis de algunos autores; se pueden describir de la siguiente manera:

- 1.- Poner fin a la venganza privada
- 2.- Evitar la interpretación tendenciosa de la historia y el revisionismo histórico por parte de los vencedores sobre las víctimas que han sido acalladas.
- 3.- Deslegitimar los actos injustos del pasado y a sus perpetradores.
- 4.- El fomento de la cohesión social a través de los actos de justicia, verdad y reparación, que permiten sanar viejas heridas en las víctimas y reconciliarse con la sociedad.

5.- El refuerzo de la identidad nacional a través de la recuperación de la memoria colectiva.

6.- El fortalecimiento del Estado de Derecho a través del juego de la Justicia.

Tal y como afirmó el Secretario General de las Naciones Unidas: «La paz y la estabilidad sólo pueden prevalecer si la población percibe que las cuestiones con carga política, tales como la discriminación étnica, la distribución desigual de la riqueza y los servicios sociales, el abuso de poder, la negación del derecho a la propiedad o a la ciudadanía y las disputas territoriales entre los Estados, pueden abordarse en una forma justa y legítima».

Resulta incuestionable la necesidad de dotar de reparación a aquellas personas que han sido víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. Y es a través de los instrumentos que ofrece la justicia transicional como se puede restaurar la dignidad de estos individuos y su reinserción como ciudadanos en el seno de un Estado democrático y de Derecho.

El caso de España es bastante particular, y aunque todavía no vamos a entrar a analizar lo que se ha hecho o dejado de hacer en nuestro país, me gustaría hacer ahora una breve anotación que conecta con el siguiente apartado.

En España se ha recurrido durante largos años a invocar circunstancias político-sociales especiales para eludir la aplicación de medidas de justicia de transición, algo que como hemos visto no es admisible por la comunidad internacional. La clave en el caso de nuestro país se encuentra en que desde los poderes públicos se ha hecho llegar a la sociedad una y otra vez la idea de que nuestra transición fue modélica y ejemplar y con ella se cerraron todas las heridas del pasado y la sociedad española quedó reconciliada. Esta afirmación resulta inadmisibles pues no tiene el Estado potestad alguna para afirmar que la sociedad se ha reconciliado o ha olvidado, el Estado tiene el deber de poner a disposición de la sociedad todas las medidas de reconciliación y perdón de que disponga, y deberá ser la sociedad la que juzgue cuando se produce esa reconciliación.

Pero es que, además, no son solo los deberes para con la sociedad española o la comunidad internacional los que imponen a España la aplicación de medidas, la legislación penal internacional y la normativa de protección de los derechos humanos, que España ha incorporado a su derecho interno a través de su adhesión regulan ampliamente las políticas que los Estados deben observar obligatoriamente cuando se producen los crímenes tipificados.

¿Puede España ignorar las obligaciones que su propio ordenamiento le impone escudándose en el transcurso de una (supuesta) modélica transición?

A continuación veremos cuáles son estos delitos y las medidas que la legislación internacional, – e interna, insisto – exige que se apliquen en consecuencia.

2. VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Naciones Unidas define los Derechos Humanos como: «Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos sin distinción alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles. Los derechos humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.»

Actualmente existe un consenso mayoritario que entiende que el tipo de actos calificables como violaciones de Derechos Humanos, resultan imputables a los Estados donde se llevan a cabo, y las razones que justifican esta postura son varias:

La primera de ellas es que los propios Estados, al incorporar a su derecho interno los instrumentos de protección de los derechos humanos, se erigen como garantes de su cumplimiento y tienen el deber de velar por que en su territorio se respeten tales compromisos, tal y como Naciones Unidas nos recuerda. Además, no existe en el marco de una Nación autoridad con mayores recursos y capacidad para perseguir estos graves crímenes que el propio Estado, así pues sobre éste recae el deber de garantizar el acceso libre de todos sus ciudadanos a los derechos más elementales reconocidos al ser humano.

De todos modos, es cierto que no todos los crímenes que impliquen violación de Derechos Humanos resultarán imputables al Estado, pues cuando se cometen por sujetos particulares en el ámbito de delitos tipificados por la legislación nacional o internacional ordinaria no entrará en juego la responsabilidad directa del Estado. Para que se dé el tipo delictivo que nos interesa aquí a

nosotros, el que implica una responsabilidad del Estado, ha de existir una cierta cooperación o por lo menos una omisión activa por parte de las autoridades.

El periodo de mayor auge del movimiento para la protección de los Derechos Humanos no llegó hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, tras este conflicto y en vista de las graves secuelas provocadas por la guerra la preocupación por el tratamiento de las víctimas de abusos se incrementó considerablemente. Hasta entonces los perjudicados tenían que luchar por ver reconocida su condición de víctimas y por obtener una reparación por los daños sufridos y por su dignidad perdida. Afortunadamente en los últimos tiempos la codificación en esta materia ha crecido considerablemente y proteger y reparar a las víctimas de estos delitos se ha convertido en una de las prioridades en la agenda internacional.

En el año 2005 la comunidad internacional, en el seno de Naciones Unidas, aprobó una norma común que recopilaba los derechos reconocidos a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos e infracciones graves del Derecho internacional humanitario. Hablamos de la Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005. En esta resolución se contienen los conocidos como “principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”

Esta Resolución refleja el resultado de los anteriores los trabajos realizados por la antigua Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. La conforman un total de 20 artículos que, aunque no sean demasiados, sintetizan muchos años de experiencias de gobiernos, organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales, iniciativas individuales y movimientos sociales.

Papel destacado tuvieron las denuncias interpuestas contra los crímenes perpetrados en el seno de las dictaduras militares en América del Sur entre los años 60 y 90, especialmente en el caso de las amnistías generales que fueron objeto de amplio debate y dieron lugar a la publicación de los primeros informes sobre este tema.

Esta resolución se adoptó por unanimidad, tiene carácter de norma general y fundamental, por lo que puede catalogarse como *opinio juris communis*, lo que significa que estamos ante opinión jurídica internacional de carácter obligatorio y vinculante para todos los Estados.

En su artículo 8 nos da la definición de víctima, que dice así: «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»

También incluye dentro de esta categoría a la familia inmediata de estas personas, quienes se encontraran a su cargo directo y quienes sufrieran un perjuicio al intervenir para asistir a estas personas. Además matiza que la consideración como víctima no varía por el hecho de que el autor del delito no fuera identificado, aprehendido, juzgado o condenado.

En el artículo 11 se recogen los derechos que asisten a estas víctimas, el primero de ellos es el derecho al acceso a la justicia de manera efectiva y en condiciones de igualdad, el segundo de ellos se refiere al derecho a obtener una reparación adecuada, efectiva y sin demoras por el sufrimiento soportado, y por último el tercero de ellos se refiere al derecho a acceder a toda información relativa a las violaciones de derechos humanos así como al procedimiento de asistencia y reparación.

La Resolución regula ampliamente el derecho a la reparación, llegando a plantear cinco garantías distintas aunque complementarias para asegurar que la reparación sea siempre efectiva y plena. Estas garantías son las siguientes:

- Restitución: debe restablecerse la libertad, los derechos, la identidad personal y familiar y la ciudadanía, también deberá restituirse el lugar de residencia, empleo y bienes perdidos.
- Indemnización: se deberá resarcir el daño sufrido, tanto físico como mental, las oportunidades perdidas, daños de carácter material, ingresos perdidos, perjuicios de tipo moral y gastos médicos y legales.
- Rehabilitación: debe incluir servicio de atención médica, psicológica, además de jurídica y social.
- Satisfacción: incluye medidas variadas entre las que encontramos el cese de la violación continuada de derechos, obviamente, la indagación y revelación de la verdad, la búsqueda e identificación de personas desaparecidas, el restablecimiento de la dignidad de las víctimas públicamente así como la disculpa pública, la aplicación de sanciones penales y administrativas a los responsables de los crímenes, los homenajes a las víctimas y el registro

de los hechos en manuales didácticos.

- No repetición: Aquí también se contemplan medidas variadas como la sujeción de las fuerzas del Estado a control civil, el respeto estricto a las garantías procesales en los procedimientos judiciales y administrativos, el refuerzo de la figura de los defensores de los derechos humanos, activistas, personal sanitario, asistencial y de comunicación, así como el fomento de la educación en Derecho Humanos y Derecho Internacional Humanitario, también se contempla la sujeción estricta a códigos de conducta para funcionarios y profesionales vinculados con derechos humanos y derecho internacional y la reforma de las leyes que contemplan la violación de derechos humanos para mejorar su protección.

A pesar de todo, lo cierto es que la condición legal y el tratamiento que se da a las víctimas varía en gran manera de un país a otro, e incluso dentro de un mismo Estado, como es el caso de España donde podemos encontrar, por ejemplo, a las víctimas del terrorismo nacional vasco, que han recibido un reconocimiento y reparación muy amplios, mientras que las víctimas de la guerra civil y represión franquista se encuentran todavía en la más absoluta indefensión, pues los crímenes cometidos contra ellas continúan sin plantearse ante la justicia.

3. CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Los Crímenes contra la humanidad se definen como ataques graves cuyo objetivo es la población civil, y que dan lugar a actos inhumanos, crímenes y persecuciones sistemáticas o masivas.

Estos crímenes forman una categoría propia dentro de los Crímenes de Derecho Internacional, aunque después se pueden desglosar en distintas subcategorías. La mayoría de ellos se pueden identificar con delitos tipificados en los ordenamientos internos y el Derecho Internacional común; pero para que no se consideren delitos ordinarios y pasen a calificarse como crímenes de lesa humanidad, la conducta debe realizarse de forma masiva y/o sistemática y con un alto grado de gravedad.

Este matiz es el que permite que sean enjuiciados en la esfera del Derecho Internacional, entrando así en juego los principios y mecanismos propios de este ámbito, como por ejemplo el principio de imprescriptibilidad o el principio de no exoneración de responsabilidad a través de la obediencia debida a la figura del Jefe de Estado, también entran en aplicación los mecanismos de la jurisdicción universal de los que ya hemos hablado anteriormente.

El origen de estos crímenes es bastante antiguo, se remonta a los usos y leyes de la guerra donde, en mayor o menor medida, ya se regulaba una cierta protección de la población civil. De todos modos la realidad terminaba siendo muy diferente pues las víctimas no tenían a su disposición las vías para invocar estos crímenes contra la humanidad en el contexto de un conflicto bélico, por lo que en la práctica no eran aplicables.

En un informe con fecha 29 de marzo de 1919 se propuso en la Conferencia preliminar de paz de París crear un Alto tribunal que aplicara las leyes internacionales y que tuviera potestad para juzgar estos crímenes contra la humanidad. Entre los crímenes que correspondía conocer a este tribunal se encontraban los asesinatos y masacres, los actos de terrorismo, la tortura, violaciones, deportación de civiles, detención e internamiento de población civil sin respetar unas mínimas condiciones o el sometimiento de civiles a trabajo forzado.

Un rasgo relevante de estos crímenes es que se contemplaban únicamente contra población civil en territorio ocupado, no contra la población civil del propio Estado perpetrador. Como a continuación veremos, esto se revisará a la luz de la Segunda Guerra Mundial tras los crímenes cometidos por los nazis contra la población civil alemana, sus propios ciudadanos. Hasta este momento resultaba inimaginable que otros Estados u organismos internacionales intervinieran en delitos cometidos dentro del territorio de un Estado, donde prima la soberanía nacional.

Cuando llegó el turno del Tribunal Militar Internacional (TMI), con sede en Nuremberg, de enjuiciar los crímenes cometidos en Alemania por los nazis, el tribunal determinó que las normas relativas a la protección de civiles durante los conflictos armados se encuentran siempre vigentes, con independencia de que en el momento de cometerse los actos tales preceptos no hubieran sido incorporados al derecho interno del Estado en cuestión. Además, también determinó que la protección se extendía tanto a población civil de territorios ocupados como a la población del propio territorio del Estado, pues resultaría incoherente entenderlo de otra forma.

Posteriormente, la Asamblea General de Naciones Unidas confirmó por unanimidad la doctrina del Tribunal de Nuremberg y de este modo se consolidó y pasó a convertirse en Derecho vigente.

En la consolidación del actual tipo penal de crimen contra la humanidad han contribuido numerosos Convenios y Estatutos internacionales. El resultado aparece reflejado en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional que dice así:

«A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra

una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a. Asesinato
- b. Exterminio
- c. Esclavitud
- d. Deportación o traslado forzoso de la población
- e. Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional
- f. Tortura
- g. Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier forma de violencia sexual de gravedad comparable
- h. Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte.
- i. Desaparición forzada de personas
- j. El crimen de apartheid
- k. Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionadamente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física».

Volviendo la vista al caso de España nos damos cuenta de que los mismos argumentos que sirvieron como base para castigar los crímenes de guerra de los nazis en Alemania son también de aplicación en nuestro país. Aunque en el momento de cometerse estos crímenes no se encontraran tipificados como tales en nuestro ordenamiento. La comunidad Internacional está unánimemente de acuerdo acerca de que las normas de protección de la población civil se encontraban vigentes en este periodo y por tanto pueden imputarse a las personas correspondientes crímenes contra la humanidad por los actos realizados durante ese periodo.

La norma que prohíbe los crímenes contra la humanidad es de ámbito universal y general así pues no cabe discriminar por motivos de nacionalidad a víctimas de delitos de este tipo, como por ejemplo las víctimas de la desaparición forzada, crimen que con tanta frecuencia se dio en nuestro país, exigiendo justicia para unas víctimas en todo el mundo y silencio para otras en España.

4. CONCLUSIÓN: ¿ES LA MEMORIA HISTÓRICA UN CONCEPTO UNIVERSAL?

Si bien es cierto que Justicia Transicional y Memoria Histórica no son exactamente lo mismo, las semejanzas entre ambos conceptos son tales que salvando algunos matices – desde mi punto de vista más conceptuales que materiales – se podrían considerar coincidentes.

Tanto Memoria Histórica como Justicia Transicional parten del reconocimiento de la Justicia como valor universal y como principio esencial del Estado Democrático; un valor que ha de presidir los procesos de transición y la adopción de toda medida de carácter público. Así mismo asumen el reconocimiento de los Derechos Humanos y el deber del Estado de asegurar su protección ante cualquier abuso como parte del Derecho vigente, en consecuencia también asumen el deber de reparación que viene asociado a la comisión de estas violaciones.

Las normas de protección frente a las violaciones de Derechos Humanos y Crímenes contra la Humanidad son claras al respecto: cuando se cometen actos de este tipo los Estados tienen el deber de afrontar los hechos del pasado, llevar a los perpetradores ante la justicia y reparar a las víctimas en la medida de lo posible; o lo que es lo mismo “verdad, justicia y reparación” conocido lema que podemos encontrar continuamente en discursos tanto de Memoria Histórica como de Justicia Transicional.

Durante los periodos de la guerra civil y represión franquista se cometieron en España violaciones sistemáticas de los Derechos Humanos y Crímenes contra la Humanidad. De acuerdo con la legislación internacional y nacional estos delitos requieren la adopción de unas mínimas medidas que aseguren esa verdad, justicia y reparación, unas medidas que no son de adopción potestativa sino imperativa. Desde la perspectiva internacional llamaríamos Justicia Transicional al conjunto de políticas que pusieran en marcha estas medidas, desde la perspectiva interna lo llamaríamos Memoria Histórica, y es que en lo referente a lo material Memoria Histórica y Justicia Transicional se refieren a una misma idea aunque con orígenes diferentes.

¿Es la Memoria Histórica un concepto universal? Sí, lo es, manifestado en la figura de la Justicia Transicional.

IV. ¿CÓMO SON LAS EXPERIENCIAS REALES?

Una vez aclarada esta cuestión podríamos preguntarnos si todas estas disposiciones se han llevado efectivamente a la práctica y, en caso afirmativo, de qué forma; ¿Cómo son las experiencias reales?

Para poder responder a esta pregunta comenzaremos con una breve introducción a las clases de medidas que se consideran propias de la Justicia Transicional, seguidamente haremos un brevísimo repaso, pues la extensión de este trabajo no permite que entremos en detalle, por los principales casos reales de las últimas décadas. El objetivo de este apartado no es tanto analizar las experiencias de transición en otros países, como demostrar el carácter universal de la Memoria Histórica. Cerraremos con el caso de España, que se reserva para el final del apartado ya que lo estudiaremos más a fondo que el resto.

1. TIPOS DE MEDIDAS

Antes de nada tenemos que saber que la justicia transicional puede clasificarse según su dimensión temporal:

- En primer lugar tenemos la justicia transicional inmediata, se da cuando los mecanismos de justicia transicional se aplican en el comienzo del periodo de transición y en un periodo de cinco años ya han cumplido su labor y son suprimidas.
- En segundo lugar encontramos la justicia transicional prolongada, donde los instrumentos de justicia transicional se ponen en marcha al inicio de la transición, igual que en el caso anterior, pero el periodo de tiempo por el que continúan activos es superior a cinco años.
- En tercer lugar tenemos la justicia transicional llamada de segunda ola. En este caso las medidas no se inician con el periodo de transición sino más tarde dando lugar a un periodo de inactividad desde el inicio de la transición hasta que se toman las primeras medidas de justicia transicional.
- Por último podemos hablar de justicia transicional pospuesta cuando los mecanismos de la justicia de transición no se inician hasta pasados diez o más años desde que comenzó el periodo de transición.

Los mecanismos propios de la justicia transicional son muy variados, pues cada experiencia es diferente y puede plantear distintos desafíos, aún con todo muchos autores han tratado de sistematizar las más habituales, de manera que podemos encontrar las siguientes:

- Procesos judiciales tanto penales como civiles, en tribunales nacionales, internacionales o especiales.
- Comisiones de la Verdad.
- Reparaciones.
- Amnistía (medida polémica que algunos incluyen dentro de los mecanismos propios de la justicia transicional mientras otros la excluyen tajantemente)
- Disculpas públicas
- Investigación de los antecedentes en las instituciones públicas.
- Establecimiento de monumentos y conmemoraciones.

De estos los que se consideran más relevantes son los Procesos judiciales, las Comisiones de la Verdad y las Reparaciones. A continuación haremos una breve síntesis de cada una de ellas para explicar cuáles son sus objetivos y las dificultades a las que se enfrentan una vez llevadas a la práctica.

Procesos judiciales:

Estos procesos se enfocan en identificar a los perpetradores de los crímenes y castigarlos por los abusos cometidos. Son un instrumento esencial especialmente en el caso de graves violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad ya que éstos, de acuerdo con el Derecho Internacional vigente, no pueden quedar impunes. Se requiere, en todo caso, un juicio penal.

Como veremos más adelante, existen numerosos países que han acudido a los tribunales, sobretodo penales pero también civiles, para llevar ante la justicia a los perpetradores de estos crímenes. A pesar de todo siguen siendo muchos los casos que no han sido enjuiciados, principalmente a causa de las amnistías e indultos que en muchos países se promulgaron al comienzo del proceso de transición alegando que de no aplicar estas medidas se pondría en peligro la frágil paz de las nacientes democracias. La comunidad internacional lo tiene claro, la ley debe aplicarse siempre y sin excepción y las amnistías no son admisibles por vulnerar los principios del Derecho Internacional y los instrumentos de protección de los Derechos Humanos y de las víctimas de crímenes de lesa humanidad.

Para poder aplicar este instrumento de justicia transicional en condiciones óptimas se requiere que el sistema judicial sea independiente e imparcial, en algunos casos esto no se puede garantizar plenamente durante los primeros momentos de la transición, por lo que bien habrá que esperar a que el Estado pueda garantizar tal imparcialidad o bien habrá que recurrir a tribunales internacionales o hacer uso de la figura de la justicia universal.

Comisiones de la Verdad:

Los procesos judiciales pueden ser complementados por la actividad de las Comisiones de la Verdad, su objetivo es restablecer la verdad acerca del pasado, promoviendo así la reconciliación social y la reparación de las víctimas. Mientras en los tribunales se pueden esclarecer los hechos, siempre será de una forma limitada pues los procesos se centran en los actos que afectaron a las partes litigantes y no a la sociedad en conjunto, las comisiones de la verdad, por el contrario, son capaces de esclarecer el pasado de una manera general, reparando así al conjunto de la sociedad y no solo a individuos concretos.

Como veremos a continuación se han implantado Comisiones de la Verdad en numerosos países, sobretodo en el ámbito de América del Sur.

Reparación:

Con el término reparación nos referimos de una forma amplia a todas las medidas que pueden llevarse a cabo para tratar de compensar a las víctimas de crímenes por los daños y el sufrimiento soportados. La Justicia Transicional no puede entenderse sin la reparación. Los Estados tienen el deber de resarcir de manera directa a las víctimas de crímenes y violaciones de Derechos Humanos, no solo porque se comprometan a través de su ordenamiento interno, sino porque los Tratados y demás instrumentos de legislación internacional que las Naciones han suscrito se lo imponen.

El Derecho Internacional reconoce cinco categorías dentro del concepto de reparación:

- Restitución: consiste en lograr en la medida de lo posible que la víctima vuelva a la situación en que se encontraba antes de sufrir la violación de sus derechos, puede comprender medidas muy variadas como la recuperación de sus propiedades, empleo o libertad.
- Compensación: Indemnización económica por todos aquellos perjuicios sufridos susceptibles de evaluación económica como pueden ser el lucro cesante, los daños

materiales, la pérdida de oportunidades o los gastos soportados.

- Rehabilitación: consiste en procurar a la víctima asistencia médica y psicológica así como legal y social para lograr su reintegración social y familiar.
- Satisfacción: estas medidas se enfocan hacia la dignificación de las víctimas, a mantener vivo el recuerdo de los hechos que no deben olvidarse y a llevar a cabo una sanción moral de los perpetradores. Se incluyen medidas variadas como las disculpas públicas, la recuperación de los restos de los desaparecidos y su identificación, la aceptación de responsabilidades, las condenas oficiales o la realización de homenajes a las víctimas.
- Garantías de no repetición: se refiere a las medidas que deben adoptar los Estados en cumplimiento de su obligación de garantizar la no repetición de los abusos y errores del pasado.

Con respecto a los órganos responsables de aplicar estas medidas el reparto de competencias no está claramente definido, en Europa la competencia generalmente corresponde al Ministerio de Asuntos Exteriores y/o Cooperación y Desarrollo. En el caso de Holanda, Suecia, Noruega y Suiza, los asuntos de Justicia Transicional se integran dentro de los Ministerios de Asuntos Exteriores, mientras que Reino Unido ha creado un Agencia de Desarrollo formada por el Ministerio de Defensa y el de Exteriores con competencias en los procesos de reconstrucción y mantenimiento de la paz.

2. EXPERIENCIAS REALES

Para el desarrollo de este subapartado nos basaremos principalmente en el trabajo de Jon Elster: *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, el cual completaremos con algunos estudios más recientes de otros autores.

Jon Elster estructura su trabajo por grupos geográficos y periodos cronológicos, de manera que las experiencias de transición democrática durante el siglo XX se suceden de la siguiente manera: En primer lugar los casos de Europa Occidental y Japón; a partir de 1975 es el turno del sur de Europa; en 1980 América Latina; tras el año 1979 Europa del Este y por último África desde 1979 a 1994. Todas estas experiencias se catalogan ya dentro del moderno concepto de justicia de transición, concepto que comienza a desarrollarse tal y como ya hemos visto a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, con la caída de Japón, Italia y Alemania.

Alemania.-

En el caso de Alemania las medidas de Justicia Transicional se pusieron en práctica inmediatamente tras la derrota del régimen nazi y aún hoy estas políticas perduran.

En los primeros años las medidas fueron impulsadas principalmente por los aliados con el objetivo de “desnazificar” Alemania e impulsar la democratización del Estado. Se llevaron a cabo juicios penales en los famosos procesos del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, donde se juzgó a militares, altos cargos y figuras varias del régimen nazi, imponiéndoles penas de prisión e incluso condenas a muerte. También se iniciaron a partir de 1945 procesos varios en los Tribunales alemanes por delitos cometidos por alemanes contra sus conciudadanos o apátridas.

Se trató de llevar a cabo un ambicioso proceso de purga en la administración que finalmente resultó impracticable dada la excesiva amplitud de la iniciativa. Esto tuvo como consecuencia que no se llegara a realizar una purga del sistema judicial.

Por otra parte se aprobó una amplia normativa reconociendo y regulando el derecho a la reparación de las víctimas del nazismo: la Ley Federal de Restitución del año 1956. Además se llevaron a cabo medidas de reparación al Estado de Israel y se promulgó una ley de abolición de todas las sentencias calificadas como injustas.

Italia.-

En Italia las medidas de justicia transicional comenzaron tras la caída del régimen fascista, pero a diferencia del caso alemán, no duraron mucho tiempo.

Durante el gobierno de Badoglio se aprobó una ley que permitió la realización de una purga institucional de los colaboradores del régimen fascista y además una norma por la que se concedieron amnistías.

A pesar de todo durante la transición se produjeron episodios violentos, con ejecuciones ilegales y venganzas salvajes.

Japón.-

Japón llevó ante la justicia penal a numerosos altos cargos militares que fueron condenados por Tribunales aliados y por el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente como criminales de guerra, a quienes se impuso penas de muerte, prisión perpetua o privación de libertad.

El Emperador no fue acusado ya que se benefició de la protección de sus subordinados, que de acuerdo con la tesis de los historiadores, modificaron sus relatos para defender la figura del

Emperador y evitar su procesamiento.

Japón ha realizado varias disculpas oficiales por el daño causado durante el conflicto aunque no ha llevado a cabo medidas de compensación para con las víctimas de esos daños, especialmente en el caso de las conocidas como “mujeres de consuelo” cuya única reparación ha consistido en la creación del Fondo para las Mujeres Asiáticas.

Otros países de Europa.-

También podemos encontrar ejemplos de justicia transicional en Noruega, Holanda, Francia, Dinamarca y Bélgica, países que durante la guerra estuvieron bajo la ocupación alemana. También tenemos el caso de Hungría y Austria que durante el conflicto colaboraron de algún modo con Alemania y tras el fin de la guerra tuvieron que adoptar medidas retributivas.

Entre estos países hubo diferentes aplicaciones de las políticas de justicia transicional, aunque en todos se adoptaron con mayor o menor alcance medidas retributivas.

Contra los miembros de agrupaciones nazis, a quienes se consideró culpables sin mediación de juicio, se ejecutaron sentencias de muerte, o se les impuso una pena nueva conocida como “indignidad nacional”, que suponía la pérdida de los derechos civiles y políticos, incluyendo entre ellos el derecho al voto, a ocupar cargos públicos y ejercer determinadas profesiones o el derecho de propiedad sobre inmuebles.

También se impusieron penas de trabajos forzados, supresión de la ciudadanía y embargo de bienes. Además se llevaron a cabo amplias purgas en la Administración pública.

Salta a la vista que en estas primeras experiencias transicionales primó más la venganza y el castigo de los culpables que la reparación de las víctimas. La explicación es que estos procesos se desarrollaron en un contexto posbélico donde primaba aún el ánimo de identificar y capturar al enemigo, muy por encima del de identificar y resarcir a la víctima.

A partir del año 1970 comienzan a sucederse los procesos de transición hacia la democracia en el sur de Europa con los casos de Portugal, Grecia y España.

Portugal.-

En Portugal, tras la caída del régimen dictatorial, se sucedieron amplias purgas institucionales a través de la “Comisión Interministerial de Depuración y Reclasificación”, que

afectó a todos los sectores de la Administración y el ejército, pero también a la sociedad civil.

Posteriormente, a partir del año 1976, se sometieron a revisión estas purgas y se llevaron a cabo medidas de rehabilitación.

Se impulsaron también medidas de compensación económica para las víctimas del exilio, así como amplias políticas de fomento de la memoria histórica portuguesa, a través de reconocimientos, monumentos y conmemoraciones a quienes lucharon contra el régimen de Salazar. La Constitución portuguesa recoge de manera expresa el carácter imprescriptible de los crímenes cometidos durante la dictadura de Salazar.

Grecia.-

En el caso de Grecia se abordó un proceso conocido como “desjuntificación” llevando ante los tribunales a los principales dirigentes de la junta militar golpista, dando lugar al conocido como “Juicio de los instigadores”.

Se realizaron amplias purgas en la Administración, el Gobierno y las fuerzas militares, llegando a afectar a 100.000 personas este proceso.

También se abrieron otros procesos por torturas y violación de derechos humanos.

En Grecia no se aplicaron medidas de compensación fuera de los casos que llegaron a los tribunales, únicamente algunas restituciones para algunos de los funcionarios objeto de la purga que mencionamos antes, a quienes se devolvió su empleo y pensiones cuando este proceso se sometió a revisión.

España.-

El propio Jon Elster cataloga la experiencia de España como un caso único en justicia transicional, ya que en nuestro país se decidió deliberadamente y de forma consensuada eludir los deberes de justicia transicional. Tras repasar todas las experiencias transicionales del siglo XX volveremos sobre España para ahondar un poco más en nuestro propio proceso de transición, de momento nos quedaremos con las ideas que destaca Elster de nuestra experiencia, que son la aprobación de la ley de amnistía, la liberación de los presos políticos, la legalización del partido comunista y la aprobación de la Constitución. No se llegó a enjuiciar a ningún alto cargo ni figura representativa del régimen dictatorial ni a aprobar medida alguna de reparación o compensación.

A partir de la década de los años 80 se inicia la oleada de transiciones en América Latina, que según Elster fueron en su mayoría procesos transicionales negociados con los altos cargos de las dictaduras militares salientes, quienes intentaron por todos los medios asegurar la impunidad de sus crímenes. De todos modos lo cierto es que antes o después todos estos Estados han ido suprimiendo las leyes de amnistía, de manera que los criminales podrían ser juzgados a pesar de sus intentos por evitarlo. Estas experiencias también destacan por incorporar con fuerza la figura de las Comisiones de la Verdad, convertida hoy en día en una de las medidas referentes de la Justicia Transicional.

Argentina.-

En Argentina, durante el gobierno de Alfonsín, se deroga la ley de amnistía y lleva a juicio a algunos de los dirigentes del régimen dictatorial. Así mismo se crea una comisión conocida como CONADEP (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas) con el fin de investigar los crímenes cometidos durante la dictadura, esta comisión emitirá el conocido informe titulado “Nunca Más” en base al cual se celebraron los “Juicios de las Juntas”. Esta Comisión de la Verdad alcanza una gran relevancia en todo el proceso transicional. Al no formar parte de la maquinaria judicial no enjuicia los crímenes, pero su labor reconstruyendo los hechos y haciendo pública la verdad tuvo tal efecto que posteriormente se tomaría como ejemplo en otros países.

Estas medidas, sin embargo, producen un cierto descontento en el ejército, el cual presiona para que se apruebe en 1986 la conocida como Ley de Punto Final, y un año después la Ley de Obediencia Debida. Estas normas continuaron vigentes hasta que en el año 2000 fueron revisadas y finalmente abolidas, para dar paso a una política coordinada de persecución y enjuiciamiento de los altos cargos del régimen dictatorial.

Bolivia.-

En Bolivia se juzgaron a algunos de los oficiales militares del régimen y, posteriormente, en el año 1984, algunos partidos políticos iniciaron un proceso para exigir una rendición de cuentas a los líderes de los regímenes militares. Por otro lado la Comisión de la Verdad que se había creado para investigar los hechos ocurridos durante estos años fue desmantelada y no intervino en el proceso.

Brasil.-

En Brasil los altos cargos del régimen saliente se aseguraron la impunidad a través de la promulgación de una ley de autoamnistía que, aunque no ha llegado a ser todavía anulada, ha sido objeto recientemente de un amplio debate acerca de su legitimidad, naturaleza y alcance.

La Arquidiócesis de San Pablo elaboró por su cuenta un informe acerca de las torturas realizadas durante el régimen e hizo pública la lista con los nombres de los torturadores. A raíz de este informe el Parlamento brasileño inició la adopción de medidas compensatorias para las víctimas y sus familiares.

Chile.-

En el caso de Chile también se partió de una ley de autoamnistía aprobada por la junta militar del régimen saliente que hasta hace poco tiempo continuó vigente. También hubo desde un primer momento otros obstáculos para la justicia transicional como el bloqueo administrativo para tratar de impedir que se llevaran a cabo reformas democráticas y medidas reparadoras o la promulgación de una Constitución que se orientaba hacia la creación de un régimen de corte autoritario. Finalmente se creó la Comisión de la Verdad, que presionó al Parlamento para que se aprobara una legislación compensatoria que ha sido seguida por los jueces del país y les ha animado a aplicar la doctrina de indagación sobre los crímenes del pasado y el esclarecimiento de la verdad. Aún con la ley de autoamnistía vigente, algunos jueces e instituciones privadas impulsaron iniciativas para enjuiciar a algunos de los criminales teóricamente amparados por la Ley de impunidad.

Se creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación con el objetivo de gestionar los casos de reparaciones a las víctimas de los crímenes de la dictadura y ampliar los trabajos de la Comisión de la Verdad.

México.-

En México no podemos hablar de que se haya producido una transición política propiamente dicha a causa de la ausencia de alternancia en el poder, pero sí podemos decir que se ha producido un cambio esencial dentro del régimen a raíz de la creación de una comisión investigadora que hizo públicas las violaciones de derechos humanos que se cometían por parte del gobierno y de sus oficiales. Se llegó incluso a designar un fiscal especial para enjuiciar los crímenes políticos del pasado aunque, por el momento, aún no se ha acometido ningún juicio.

Colombia.-

En el caso de Colombia las medidas de Justicia Transicional se adoptaron como herramienta para afrontar la violencia del pasado, que aunque no se diera en el contexto de un régimen dictatorial sino de un conflicto armado interno, dio lugar igualmente a casos de graves violaciones de derechos humanos.

Se promulgó en el año 2005 una Ley conocida como “Ley de Justicia y Paz”, con el objetivo de garantizar el derecho a la verdad, la justicia y la reparación, así como la no repetición de los crímenes cometidos por los grupos armados. Recientemente han tenido lugar en este país avances en cuanto a la firma de compromisos de paz y reconciliación de la sociedad colombiana.

Uruguay.-

En el caso de Uruguay, el acuerdo entre los miembros del régimen dictatorial saliente y el nuevo gobierno se produjo en secreto. El Presidente prometió a los altos cargos que no habría juicios por sus crímenes y que en caso de haber algún procesamiento los condenados serían finalmente indultados. Se promulgó una Ley de Amnistía para los crímenes cometidos por los militares durante el régimen, y esta ley estuvo vigente hasta el año 2011, cuando el gobierno de Mujica planteó su inconstitucionalidad.

Un activo papel de las organizaciones civiles y las presiones de la sociedad en su conjunto lograron que en el año 2013 se enjuiciara y condenara al General Efraín Ríos Montt por genocidio y crímenes contra la humanidad, aunque posteriormente la sentencia fue anulada por defectos procesales.

Se crearon Comisiones de la Verdad, oficiales y extraoficiales, que documentaron los abusos cometidos en el pasado y por los que el gobierno ya se ha comprometido a emprender acciones indemnizatorias. También se aprobó una ley de rehabilitación.

Europa del Este.-

A partir del año 1989 comienzan los procesos de transiciones hacia la democracia en Europa del Este en el siguiente orden: en primer lugar Polonia, seguido de Hungría, Alemania Oriental, Checoslovaquia, Rumanía y por último la Unión Soviética. Entre cada región varía mucho el alcance de las medidas de justicia transicional adoptadas.

En el caso de Checoslovaquia y de la República Checa, se llevaron a cabo purgas administrativas exhaustivas, y se aplicaron amplias medidas indemnizatorias, aunque de menor

consideración que en el caso de Rumanía.

En todos estos Estados se realizaron pocos procesos judiciales, aunque, por otro lado, en todos ellos se han iniciado procesos restitutivos. Éstos se han materializado, sobre todo, en la devolución de la propiedad de las tierras a sus antiguos dueños así como en compensaciones a todas las víctimas de abusos y violaciones de derechos durante los regímenes comunistas.

África.-

El último de los bloques de experiencias transicionales del siglo XX lo protagoniza África, donde podemos encontrar los casos de Ex-Rhodesia, Etiopía y Sudáfrica.

En el caso de Ex-Rhodesia Elster afirma que se llevó a cabo una consciente decisión de evitar la aplicación de la justicia transicional sobre todo de cara a atraer las inversiones extranjeras.

En Sudáfrica se creó una Comisión de la Verdad y la Reconciliación con el objetivo de identificar a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. Más allá de esta medida no se ha abordado el tema de la desposesión masiva de tierras ni la cuestión de las compensaciones debidas por el traslado forzoso de población durante el Apartheid.

En el caso de Etiopía las medidas de justicia transicional se iniciaron tras la caída del régimen en 1991, se arrestó a funcionarios dergues y se les enjuició, además se realizaron purgas institucionales, especialmente entre los miembros del poder judicial.

3. EL CASO DE ESPAÑA

El caso de España resulta bastante particular ya que se diferencia claramente del resto de experiencias en Justicia Transicional del mundo.

Las leyes de Amnistía aprobadas en 1976 y 1977 zanjaron desde el inicio de la transición el debate acerca de la pertinencia de enjuiciar penalmente los graves crímenes cometidos durante el régimen franquista y la Guerra Civil. Una parte de la sociedad española aceptó esta situación de buen grado: aquellos que defendían que nuestra transición fue pacífica y modélica, mientras que otros la recibieron con resignación, pues se transmitió la idea de que era necesario pagar este precio por instaurar la democracia.

El caso español presenta unos rasgos particulares que influyeron en el modo en que se desarrolló el proceso de transición.

El primero de ellos es que los crímenes y violaciones de derechos humanos más graves y masivos se produjeron durante la Guerra y la primera etapa del régimen de Franco, reduciendo paulatinamente su intensidad y visibilidad a medida que se afianzaba el régimen (aunque nunca dejaron de cometerse crímenes y violaciones de derechos pues la represión perduró hasta el final del régimen).

La segunda característica es que nuestra transición se vio motivada por la muerte del dictador a la edad de 82 años. En ese momento muchos otros altos cargos y dirigentes del régimen, responsables todos ellos de los graves crímenes y violaciones de derechos ya habían fallecido. El tercer y último rasgo destacable se puede conectar con el anterior, y es que el hecho de que la caída del régimen se debiera a la muerte de su dirigente y no a una ruptura o derrocamiento desde la sociedad supuso que la transición se realizara en un ambiente que no cuestionaba de manera mayoritaria el franquismo. Los altos cargos del régimen seguían conservando un amplio poder en el momento de la muerte del dictador, fruto de la larga dictadura implantada duramente a través de una sangrienta guerra y una feroz represión que, como mencionamos antes, se mantuvo en mayor o menor medida hasta los últimos momentos del régimen.

Partiendo de este contexto debemos valorar las leyes de amnistía, la primera de 1976 y la segunda y más amplia aprobada por el Parlamento tras las primeras elecciones democráticas de 1977.

La primera de las normas, la de 1976, amnistiaba a los presos políticos que hubieran sido encarcelados por lo que durante el franquismo se consideraban delitos (aunque en su gran mayoría no fueran más que manifestaciones ideológicas que hoy en día se consideran perfectamente lícitas, e incluso derechos constitucionalmente protegidos) con el matiz siguiente: «en tanto no hubieran puesto en peligro o lesionado la vida o la integridad de las personas». Esta norma fue interpretada de forma muy estricta por los tribunales, de manera que la demanda social de una amnistía política efectiva no se vio satisfecha con esta primera ley y hubo que aprobar una segunda.

En un primer momento, la Ley de 1977, no iba a contener ningún precepto referente a las autoridades franquistas por las violaciones de derechos humanos y crímenes cometidos por ellos, únicamente iba a prever la amnistía de los presos políticos que aún seguían en las cárceles. Sin embargo, UCD (Unión de Centro Democrático), logró que en el texto definitivo se incluyeran las siguientes cláusulas: «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» y «delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas» dando lugar así a un pacto de olvido generalizado de todos los crímenes, de cualquier carácter y gravedad, que pudieran haberse cometido durante el franquismo a cambio de amnistiar a los presos condenados por motivos políticos.

La experiencia española de transición se ha catalogado dentro del modelo de olvido absoluto con rehabilitación parcial puesto que no se ha llevado a cabo ninguna iniciativa de persecución penal y las únicas medidas de confrontación con el pasado que se han acometido han sido a través de la rehabilitación de las víctimas. Esta rehabilitación se ha manifestado en el reconocimiento del derecho a percibir prestaciones debidas a quienes le habían sido negadas y la restitución a funcionarios.

A partir de la promulgación de la Constitución en 1978 se inician algunas políticas reparadoras consistentes en equiparar los derechos de vencedores y perdedores de la Guerra Civil, sin entrar a valorar las desigualdades de derechos durante la larga Dictadura.

En 1990 se reconoce por fin un derecho indemnizatorio en favor de las personas que sufrieron privación de libertad durante un mínimo de 3 años, y en el año 2005 el derecho a percibir una prestación económica en favor de los conocidos como «niños de la guerra». La restitución de los bienes incautados durante la Guerra Civil y Dictadura sólo llegó a afectar a sindicatos y partidos políticos pero no a ciudadanos particulares.

Hubo que esperar hasta el año 2007 para que, con la Ley 52/2007, se condenara públicamente y de manera explícita la dictadura franquista y se declararan ilegítimas las leyes aprobadas durante este periodo y las condenas impuestas por los tribunales del régimen. Para muchos esta norma se sigue quedando corta en lo que se refiere al reconocimiento y reparación de las víctimas de los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y la Dictadura.

A finales del siglo pasado se abrió un cierto debate sobre pertinencia de enjuiciar los crímenes del franquismo cuando el Juez Baltasar Garzón, a raíz de la denuncia presentada por organizaciones chilenas, inicia un proceso contra el dictador Pinochet. Los tribunales españoles eran competentes para conocer el caso por aplicación de la figura de la jurisdicción universal, a la que ya hemos hecho referencia en este trabajo.

La opinión pública española comenzó a cuestionarse la impunidad de los crímenes cometidos en nuestro país, que se había asumido como un mal inevitable, cuando nuestros propios tribunales podían enjuiciar los delitos cometidos en una dictadura de otro Estado. Esto, sumado al hecho de que la Ley de Memoria Histórica apenas ha satisfecho las expectativas de víctimas y

asociaciones, condujo a que la justicia penal pasara a considerarse como única vía de hacer efectivos unos derechos ampliamente reconocidos por el Derecho internacional vigente.

En 2008, a través de acción popular, varias organizaciones civiles presentaron una querrela ante el Juez de Instrucción Baltasar Garzón, quien abrió un proceso penal por delitos contra la humanidad contra diversas figuras del régimen franquista, incluido el mismo Franco.

De acuerdo con el auto del Juez se habrían cometido delitos de detenciones ilegales, desapariciones forzadas y asesinatos con carácter masivo durante desde el 17 de julio de 1936 hasta el 31 de diciembre de 1951. Estos delitos, que de acuerdo con el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional se calificarían de Crímenes contra la Humanidad, se habrían ordenado y dirigido por los altos cargos del régimen franquista. El Juez conecta estos Crímenes de lesa Humanidad con un delito de rebelión que de acuerdo con nuestro ordenamiento correspondería enjuiciar a la Audiencia Nacional.

Como vimos en el subapartado referente a los Crímenes contra la Humanidad, en España, al igual que en Alemania, no estaban tipificados en el ordenamiento esta clase de delitos al tiempo de cometerse por lo que el principio de irretroactividad de las normas penales impediría en un primer momento enjuiciar a los perpetradores por estos crímenes. El Juez Garzón, sin embargo, entiende que, al igual que se hizo en Alemania, sería invocable la “cláusula Martens” así como el derecho de guerra vigente durante el periodo en que se cometieron los crímenes. Como ya vimos en el referido subapartado de los Crímenes contra la Humanidad, se considera que el derecho vigente durante este periodo incluía los deberes de protección de la población civil por parte del Estado y la posibilidad de castigar por Crímenes contra la Humanidad a los perpetradores de estos delitos.

Así mismo, tal y como indica el Juez Garzón, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en vigor para España desde el año 1977, obliga a los Estados a investigar los casos de desapariciones forzadas y de tortura.

En lo referente a las leyes de amnistía, el Juez se refiere a la doctrina defendida por los tribunales internacionales que considera que las amnistías resultan inadmisibles ante casos de graves violaciones de Derechos Humanos, pues la legislación internacional no permite pactos sobre la impunidad de estos delitos. Y no solo eso, en el caso de los delitos de desapariciones forzadas se entiende que el delito no deja de cometerse hasta que la víctima deja de encontrarse en paradero desconocido, son considerados por tanto delitos permanentes, y por ello delitos que se siguen cometiendo en la actualidad, en pleno año 2016.

El proceso resultó complejo y despertó la animadversión de ciertos sectores que consideraban que no era adecuado reabrir “viejas heridas”, hasta tal punto que el Magistrado se vio obligado a abandonar el caso tras ser acusado de prevaricación, delito del que finalmente resultó absuelto.

En la sentencia que absuelve al Juez Garzón, el Tribunal Supremo reconoce que los delitos que estaban siendo investigados son calificables como Delitos contra la Humanidad y que las víctimas de estos delitos se encuentran en una situación de desigualdad con respecto a víctimas de delitos similares. Además, la sentencia reconoce lo siguiente «no han concluido las actuaciones concretas en orden a la localización y recuperación de los cadáveres para su homenaje y procurar la efectiva reconciliación que la Ley de Amnistía persiguió».

A pesar de reconocer los puntos anteriores la sentencia del Tribunal Supremo insiste en la imposibilidad de enjuiciar estos crímenes dada la prohibición de aplicación retroactiva de las normas penales, la sujeción de los jueces a la ley penal vigente en el momento de cometerse los hechos, la prohibición de indagación judicial sin intervención del imputado y se apoya en que la Ley de Amnistía fue reflejo de la voluntad de la sociedad española por lo que desde el poder judicial no se puede cuestionar su legitimidad.

Paradójicamente mientras los tribunales españoles niegan el acceso a la justicia a las víctimas del franquismo, desde Argentina, invocando el principio de la justicia universal, se ha abierto una causa por Delitos contra la Humanidad a cargo de la Jueza María Servini donde se intentará alcanzar justicia para los delitos que aquí siguen impunes.

V. CONCLUSIÓN

De acuerdo con el Derecho Internacional vigente desde la Segunda Guerra Mundial, las graves violaciones de Derechos Humanos y los Delitos contra la Humanidad exigen una respuesta por parte de los Estados en que se cometen los hechos. Los Tratados y Convenios regulan las medidas mínimas que han de adoptarse ante la comisión de delitos tan graves como éstos. El cumplimiento de estos deberes no es potestativo o discrecional, los Estados han de poner en práctica políticas que den efectiva satisfacción a las víctimas y dotar de contenido real a los derechos que se reconocen a estas personas.

Así mismo, el Derecho Internacional entiende que durante un régimen de corte totalitario se dan con frecuencia Delitos contra la Humanidad y violaciones de los Derechos Humanos. En por ello que en el momento en que los Estados inician su transición hacia un sistema democrático, dejando atrás el totalitarismo o el régimen de violencia, deben hacer frente a la Justicia Transicional.

La Justicia Transicional conecta el proceso de transición hacia la democracia con el cumplimiento de los deberes Estatales en materia de Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional.

España sufrió durante 36 años los efectos de una represiva dictadura instaurada tras una sangrienta Guerra Civil. En el año 1975, a la muerte del dictador y con el fin del régimen, España inició su proceso de transición hacia la democracia, con el consiguiente deber de adoptar las correspondientes medidas de Justicia Transicional y así afrontar los graves crímenes cometidos en el pasado.

España, sin embargo, ha ignorado estos deberes, permitiendo no solo la impunidad de estos graves delitos (algo que el Derecho Internacional prohíbe expresamente), sino ni tan siquiera compensando a las víctimas de tales atrocidades o restaurando la verdad y la memoria de lo acontecido durante aquellos largos años.

La vigencia aún hoy de las leyes de amnistía, sumado a la falta de medidas de reparación o esclarecimiento de la verdad, implican que el modelo de transición español se califique como de olvido absoluto. Modelo que el Derecho Internacional vigente no considera tolerable en un Estado de Derecho pleno.

El modelo democrático ha ido implantándose con fuerza por el mundo, a medida que estas nuevas democracias se han fortalecido, los gobernantes han adoptado medidas de Justicia Transicional cada vez más contundentes para afrontar los hechos ocurridos en su pasado no-democrática.

España, sin embargo, es una excepción a esta regla, pues a pesar de las décadas que han pasado desde el fin del régimen dictatorial, y a pesar de que el relevo generacional ha ido haciendo que se desvaneciera el miedo a hablar de este tema, los poderes públicos continúan negándose de forma tajante a afrontar el pasado. Ni tan siquiera se plantea en España la creación de una Comisión de la Verdad, que, dado su carácter no jurisdiccional no entraría en contradicción con las leyes de amnistía.

La Ley 52/2007 de Memoria Histórica parece tener la intención de sentar las bases para lo que sería el inicio de España en la senda de la Justicia Transicional, pero no es suficiente sólo con esto. Será necesario un amplio desarrollo de esta norma, y un efectivo cumplimiento de los objetivos que se marca para poder hablar de realización de la Justicia Transicional. Hasta entonces España seguirá con los deberes pendientes.

El Derecho a la Memoria Histórica hoy en España no es más que un boceto de lo que debería ser, un derecho vacío de contenido, pues las víctimas siguen prácticamente en la misma situación que hace 41 años, en una situación de indefensión y de invisibilidad que el Derecho Internacional no tolera, y la sociedad española tampoco debería hacerlo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABUCHAIBE, H., «La Declaración del Milerio y la justicia transicional en Colombia» en *OASIS: observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales*, nº 15, 2010
- AGUILAR FERNÁNDEZ, P., «Jueces, represión y justicia transicional en España, Chile y Argentina» en *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, vol. 71, nº 2, 2013
- AGUILAR FERNÁNDEZ, P., *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Alianza, Madrid, 2008
- ALOISIO, C., «Justicia Transicional en Uruguay: ¿un caso negativo?» en *URVIO Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, nº 16, 2015
- AVELLO, M., *Esfuerzos europeos en Justicia Transicional*, FRIDE, Madrid, 2008
- BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.I., «Frente al genocidio: justicia transicional y movilización en Guatemala» en *URVIO Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, nº 16, 2015
- CAMINEIRO BAGGIO, R., «Justicia transicional como reconocimiento: límites y posibilidades del proceso brasileño» en *URVIO Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, nº 16, 2015
- CARNEIRO LEÃO, A.M., «La Comisión de la Verdad en la trayectoria de la justicia transicional en Brasil» en *Revista Derecho del Estado*, nº 30, 2013
- CASAS CASAS, A. y HERRERA TOLOZA, G., «El juego político de las reparaciones: un marco analítico de las reparaciones en procesos de justicia transicional» en *Pap. Polít. Bogotá*, Colombia, Vol. 13, nº 1, 2008
- CORTÉS RODAS, F., «¿Justicia o paz? El problema de las amnistías» en *Ra-Ximhai*, Vol. 9, nº 2, 2013
- ECHEVARRÍA RODRÍGUEZ, A.M., «Construcción social y política de los derechos a la justicia y la paz en el marco de la justicia transicional en Colombia, a partir del análisis de la experiencia en otros países» en *Saber, Ciencia y Libertad*, Vol. 8, nº 1
- ELSTER, J., *Rendición de cuentas: Justicia Transicional en perspectiva histórica*, Katz, Buenos Aires, 2006
- ESCUADERO ALDAY, R. (coord.), *Diccionario de memoria histórica. Conceptos contra el olvido*, Los libros de la catarata, 2011
- GARAPON, A., «Justicia transicional y justicia reconstitutiva» en *CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 29, 2014

- LACASTA ZABALZA, J.I., «La memoria arrinconada en la Filosofía del Derecho española» en *Anuario de filosofía del derecho*, nº 27, 2011
- LACASTA ZABALZA, J.I., *La memoria histórica*, Pamiela, Navarra, 2015
- LACASTA ZABALZA, J.I., *Memoria colectiva, pluralismo y participación democrática*, Tirant Humanidades, Valencia, 2013
- LACASTA ZABALZA, J.I., «Memoria y responsabilidad del franquismo» en *Página abierta*, nº 232, 2014
- NARANJO BARROSO, D.J., «Introducción a la Justicia Transicional» en *La Toga*, nº 182, 2011
- PEÑA HUERTAS, R.P. Y QUINCHE RAMÍREZ, M.F., «La dimensión normativa de la justicia transicional, el Sistema Interamericano y la negociación con los grupos armados en Colombia» en *ACDI*, Bogotá, Vol. 7, 2014
- RAUSCHENBERG, N., «Memoria política y justicia transicional en Argentina después de treinta años de democracia. Notas para un debate» en *Memoria Académica*, Vol. 3, nº 6, 2013
- RUBIO ESCOLAR, S., «Los programas de reparaciones como respuesta a la necesidad de resarcir violaciones graves de los derechos humanos» en *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 18, 2013
- SAID HUNG, E. (editor), *Diálogos y desafíos euro-latinoamericanos. Ensayos sobre cooperación, derecho, educación y comunicación*, Universidad del Norte, Colombia, 2012
- TAMARIT, J., «Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español» en *Polít. Crim.*, Vol. 7, nº 13, 2012
- Justicia transicional (I): Definición. El caso de la II Guerra Mundial, de DEBARBASYBOINAS [blog], [http: https://debarbasyboinas.wordpress.com/2016/03/18/justicia-transicional-i-definicion-el-caso-de-la-ii-guerra-mundial/](http://debarbasyboinas.wordpress.com/2016/03/18/justicia-transicional-i-definicion-el-caso-de-la-ii-guerra-mundial/) [consultado el día 22 de agosto de 2016 a las 12:35 horas]
- No es por la ley de la memoria, es por los derechos humanos, de EMILIO SILVA, en Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica, [http: http://memoriahistorica.org.es/s1-news/c1-ultimasnoticias/no-es-por-la-ley-de-la-memoria-es-por-los-derechos-humanos/](http://memoriahistorica.org.es/s1-news/c1-ultimasnoticias/no-es-por-la-ley-de-la-memoria-es-por-los-derechos-humanos/) [consultado el día 23 de agosto de 2016 a las 11:10 horas]
- ¿Qué son los derechos humanos?, de Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado, [http: http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx](http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx) [consultado el día 22 de agosto de 2016 a las 10:16 horas]
- 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, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 27 de diciembre de 2007