

Jordi Bonet Pérez
Rosa Ana Alija Fernández

Impunidad, derechos humanos y justicia transicional

Universidad de
Deusto

• • • • • • • •

**Instituto de
Derechos Humanos**

Derechos Humanos

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Núm. 53

Impunidad, derechos humanos y
justicia transicional

Jordi Bonet Pérez

Rosa Ana Alija Fernández

Bilbao
Universidad de Deusto
2009

CONSEJO DE REDACCIÓN

Felipe Gómez Isa, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto
Marta Zubía, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto
Susana Ardanaz, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto
Trinidad L. Vicente, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto
Xaber Etxeberria, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto

CONSEJO EDITORIAL

Anja Mihr, investigadora del Human Rights Center de la Universidad de Utrecht, Holanda
Antoni Blanc Altemir, Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Lleida
Bartolomé Clavero, Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla y miembro del Foro de las Naciones Unidas para Asuntos Indígenas
Carlos Villán Durán, Presidente de la Asociación Española para la Promoción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Carmen Márquez, Profesora Titular de Derecho Internacional Público, Universidad de Sevilla
Cristina Churruga, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto
Eduardo J. Ruiz Vieytes, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto
Fernando Fantova, consultor en temas relacionados con los servicios sociales, Bilbao
Francisco López Bárcenas, Academia Mexicana de Derechos Humanos, México
Gaby Oré Aguilar, consultora internacional en el campo de los derechos humanos y el género y miembro de Human Rights Ahead, Madrid
Gloria Ramírez, Catedrática de Ciencia Política de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México
Gorka Urrutia, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto
Jaume Saura, Presidente del Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona
Joana Abrisketa, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto
Jordi Bonet, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona
José Aylwin, Director del Observatorio de derechos ciudadanos, Temuco, Chile
José Luis Gómez del Prado, miembro del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de Mercenarios, Ginebra, Suiza
José Manuel Pureza, Centro de Estudios Sociales, Universidad de Coimbra, Portugal
Judith Salgado, Programa Andino de Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador
Koen de Feyter, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Amberes, Bélgica
Mónica Goded, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto
Manuela Mesa, Directora del Centro de Educación e Investigación para la Paz, CEIPAZ, Madrid
Noé Cornago, Profesor Titular de Relaciones Internacionales de la Universidad del País Vasco, Leioa
Pablo de Greiff, International Center on Transitional Justice, Nueva York
Víctor Toledo Llancaqueo, Centro de Políticas Públicas, Universidad ARCIS, Santiago de Chile
Vidal Martín, investigador de la Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, FRI-DE, Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org <<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es
ISBN: 978-84-9830-763-4

Impreso en España/Printed in Spain

Índice

| | |
|--|----|
| Introducción | 9 |
| La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional | 15 |
| 1. La impunidad y las normas jurídicas internacionales en materia de derechos humanos | 19 |
| 1.1. El derecho a la justicia y la lucha contra la impunidad | 24 |
| 1.2. La represión de ciertas prácticas especialmente aberrantes | 32 |
| 1.3. El derecho a saber y el derecho a la verdad | 44 |
| 2. La impunidad y la persecución de los crímenes de Derecho internacional | 51 |
| 2.1. La relación entre la tipificación de los crímenes de Derecho internacional y los derechos humanos. | 53 |
| 2.2. La aplicabilidad del principio de legalidad penal | 59 |
| 2.3. La especificidad del tratamiento jurídico de los crímenes contra la humanidad. | 66 |
| 3. La impunidad como práctica a combatir desde el prisma del Derecho internacional público: los condicionantes jurídico-políticos | 73 |
| 3.1. La incidencia de la centralidad de los intereses estatales en el ordenamiento jurídico internacional sobre la concreción de las políticas de justicia transicional. | 77 |
| 3.2. Los parámetros de flexibilidad para la asunción de la diversidad en materia de justicia transicional. | 83 |

| | |
|--|-----|
| La multidimensionalidad de la justicia transicional: un balance entre los límites jurídicos internacionales y los límites de lo jurídico | 93 |
| 1. La justicia transicional: noción y principios. | 96 |
| 1.1. Aproximación a la noción de <i>justicia transicional</i> . . . | 97 |
| 1.2. Los principios informadores de la justicia transicional. | 103 |
| 2. El contexto de la justicia transicional: los períodos de transición e inestabilidad política y la recuperación de la memoria histórica. | 110 |
| 2.1. La justicia transicional como paradigma resolutivo de períodos de transición e inestabilidad política. | 111 |
| 2.2. La justicia transicional como paradigma evocador de la memoria histórica. | 119 |
| 3. La finalidad: la realización de un modelo complejo de justicia. | 124 |
| 3.1. Justicia retributiva. | 127 |
| 3.2. Justicia restaurativa o reparativa. | 131 |
| 3.3. Justicia transaccional. | 135 |
| 3.4. Función preventiva. | 141 |
| 4. Mecanismos de justicia transicional. | 143 |
| 4.1. Procesos judiciales. | 146 |
| 4.2. Mecanismos de búsqueda de la verdad. | 155 |
| 4.3. Reparaciones. | 158 |
| 4.4. Reforma institucional. | 162 |
| Consideraciones finales | 167 |

Introducción

Should – must? – societies attempt to bring to justice those who bear key responsibility for past atrocities? Does justice inevitably entail prosecutions or does its meaning instead turn upon each society's historically and culturally specific experience? Besides trials, what roles can truth commissions, reparations programmes and other measures of transitional justice play in transforming a society that has been shattered by unspeakable crimes? Should – does? – international law constrain or shape States' responses to crimes of the past? How do the answers to these questions turn upon the political constraints that define a nation's transition?

(Orentlicher, D. F., “‘Settling Accounts’ Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency”, *International Journal of Transitional Justice*, 1, 2007, pp. 10-11)

Las vicisitudes históricas acaecidas desde el final de la II Guerra Mundial hasta nuestros días, repletas de experiencias traumáticas y conflictivas pero también de acontecimientos que han pretendido alumbrar un nuevo orden mundial más humano –por ejemplo: la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948–, revelan la presencia en la Sociedad internacional contemporánea de numerosos *escenarios estatales de transición* destinados a modificar en mayor o menor medida las bases políticas, institucionales y jurídicas en que se sustenta la autoridad del Estado, con el cuádruple objetivo –no siempre asumible, en la práctica, de modo pleno y conjunto–

de terminar con las situaciones de tensión, enfrentamiento o conflicto existentes, erradicar las manifestaciones de violencia y de represión políticas, propiciar una reconciliación lo más duradera posible entre los sectores y fuerzas sociales antagónicas, y, finalmente, posibilitar el advenimiento de un régimen político democrático y pluralista, fundado en el principio de legalidad y respetuoso con los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La implementación de un cambio socio-político en el que se intenten combinar decisiones y medidas que hagan efectivos todos o algunos de los cuatro objetivos anteriormente apuntados, resulte fallida o bien total o parcialmente exitosa, responde a la *pretensión de poner fin a una situación no aceptable socialmente o insostenible en términos fácticos*; balance de situación que, más allá de que sea factible que encuentre su sustento en parámetros políticos y jurídicos internacionales, puede tener su origen en percepciones externas ajenas a la propia sociedad estatal y, asimismo, es en ocasiones susceptible de generar un movimiento de presión internacional suficientemente intenso para promover, forzar y apoyar la apertura del proceso transitorio –sin por ello descartar y minimizar, en tales supuestos, el protagonismo de los sectores y fuerzas sociales representativas a nivel estatal que, en definitiva, por la naturaleza de las cosas, deben llevar a cabo en la práctica su ejecución–. Las transformaciones proyectadas, por consiguiente, perfilan la necesidad de dar salida socio-política a una realidad marcada por el enfrentamiento y la violencia –en cada supuesto de hecho, con distintos niveles de intensidad en función de la coyuntura particular que se haya dado–.

Asimismo, el arranque de un período transitorio puede tener un origen diverso desde el prisma de las realidades socio-políticas subyacentes: la apertura de un *proceso de paz*, por lo general vinculado a la finalización acordada de un conflicto armado de carácter interno tras la visualización de la dificultad de la victoria final de cualquiera de las partes o de la derrota de una de ellas –sin perjuicio, empero, de que el fin de un conflicto armado de carácter internacional pueda generar también escenarios estatales de transición–; la oportunidad de llevar a cabo un *proceso de transformación del régimen político* –que, esencialmente, contemple la instauración o restablecimiento de una forma de gobierno democrática–, tanto si éste es fruto de un acuerdo político como del desalojo de los anteriores gobernantes por la vía de hecho, pacífica o no; o bien, la necesidad de articular un *proceso de retorno a la normalidad institucional y social de los Estados democráticos*, tras haberse visto éstos sometidos a períodos de graves e intensas tensiones políticas y sociales, incluidas aquellas en que se han manifestado divisio-

nes políticas y sociales acompañadas de un nivel significativo de violencia o de actividad terrorista. No está de más recordar, entonces, que el origen y circunstancias del proceso transitorio, así como la especificidad de cada supuesto, condicionan y particularizan los parámetros, contenido y ejecución del mismo.

Vistos en su conjunto, los períodos de transición se presentan como una realidad poliédrica además de compleja: presentan diversas caras o facetas cuyo análisis es preciso para comprender mejor su desarrollo y obtener las oportunas conclusiones para, primero, delimitar el modelo específico que representa cada transición y cuál es su aportación diferencial, y, segundo, contribuir con su análisis al entendimiento general de este tipo de procesos. El estudio de los procesos de transición se antoja, en estos términos, como un campo de estudio propicio a la interdisciplinariedad, ya que su examen riguroso presenta, entre otras, dimensiones políticas, sociológicas, psicológicas, éticas, culturales o jurídicas. Esta pretensión es la que subyace en el proyecto de investigación emprendido por la Universidad de Deusto, y en concreto por el Instituto de Derechos Humanos *Padre Arrupe*, dirigido al estudio de, probablemente, uno de los vectores esenciales a tener presentes en todo proceso de transición: las necesidades de reparación y de la construcción y preservación de la memoria histórica; de su ejecución, se deriva la publicación de una extensa monografía (Gómez Isa, F. (director), *El derecho a la memoria*, Universidad de Deusto Bilbao, 2006), en la que la variedad de enfoques y una reflexión sobre el objeto planteado a la luz de la experiencia española son aportaciones más que destacables.

La presente obra, publicada también bajo los auspicios de la Universidad de Deusto, quiere ser una modesta contribución a la línea de investigación anteriormente señalada, desde uno de los ámbitos de conocimiento necesarios para la comprensión global del fenómeno de los procesos de transición, el ámbito jurídico, y, dentro de éste, específicamente, desde la perspectiva del Derecho internacional público. Su objeto, en consonancia con lo expuesto y el área de conocimiento señalada, es el análisis de uno de los aspectos más sensibles que en la actualidad plantea un proceso de transición cuando se piensa en su concordancia con las obligaciones jurídicas internacionales del Estado: la administración de la justicia en periodos transitorios o *justicia transicional*—cuestión perfectamente identificada tanto en la investigación dirigida por el Dr. Gómez Isa como en las preguntas que se formulan en la cita doctrinal que precede a esta introducción—; el interrogante respecto al que se quieren ofrecer algunas luces, que no soluciones definitivas, es el que lleva a preguntarse en qué medida existen normas jurídicas internacionales que puedan constreñir o limitar el diseño de las decisiones de

justicia transicional que se quieren acordar o ya se han acordado dentro de un proceso de transición, en paralelo a las demás decisiones que articulan el tránsito político.

Ciertamente, esta propuesta merece unas breves precisiones que delimiten el ámbito de estudio.

En primer lugar, atendiendo a que la *justicia transicional* puede anticipadamente definirse en términos muy simples como el conjunto de decisiones y mecanismos destinados a impartir justicia en asociación con un proceso de cambio político, se ha de advertir que su desarrollo tiene como objetivo prioritario ofrecer soluciones adecuadas a la realidad social en tránsito para exigir responsabilidades y ofrecer una reparación justa a las víctimas, respecto a los abusos a gran escala perpetrados durante un previo conflicto armado –incluido el contexto socio-político en el que el mismo se produjo–, como consecuencia de la represión ejercida por el régimen cuya extinción y sustitución se pretenden o ya se ha efectuado, o bien, fruto de la dinámica de acción/represión presente en un Estado democrático en el cual las tensiones internas o la presencia de grupos terroristas comportaron en el pasado la presencia de un nivel intenso de violencia y de inestabilidad política e institucional. La justicia transicional, vistas sus implicaciones, no sólo ha de ser un modelo de aplicación de la justicia condicionado por las particulares circunstancias de hecho existentes, sino una contribución a la solución de los problemas de una sociedad en transición y a los objetivos del proceso de transición; no es extraño, pues, que en su análisis y ponderación se empleen conceptos no siempre estrictamente jurídicos, entre ellos, por ejemplo, las referencias a las *necesidades políticas*, la *justicia* –en un sentido ético del término–, la *reparación* y el *reconocimiento de las víctimas*, el *perdón* y la *reconciliación*, el *derecho a saber o a la verdad*, o la *memoria histórica*.

En segundo lugar, la justicia transicional es, en sí misma, un proceso que se desarrolla a lo largo de un período de tiempo más o menos prolongado: es, pues, un *proceso dentro de otro proceso* –el de transición política–; de este modo, las exigencias políticas condicionan tanto las decisiones y mecanismos de justicia transicional que se adoptan como su funcionamiento real y efectivo, pero, lógicamente, la política de justicia transicional seguida es un factor que influye también en el propio desarrollo del proceso de cambio político. La justicia transicional es, por todo ello, un proceso delicado, al que tanto el cúmulo de condicionantes políticos y sociales en presencia, las legítimas exigencias de las víctimas de los abusos previamente cometidos o incluso la necesidad de promover la reconciliación someten a la presión de lograr que las medidas adoptadas garanticen un equilibrio de intereses aceptable para

la sociedad en su conjunto. Asumiendo que la justicia transicional se articula a través de medidas jurídicas, hay que tener muy en cuenta que, precisamente, éstas son fruto de una decisión política que han de adoptar las autoridades que dirigen el proceso transitorio y que han de afrontar, tal es su responsabilidad, ponderando todos los componentes descritos.

Y, en tercer lugar, que el Derecho internacional público ha desarrollado, en especial a partir de la II Guerra Mundial, un abanico de normas jurídicas cuyo cumplimiento por el Estado podría, en hipótesis, llegar a cuestionar su política de justicia transicional: si los abusos que se han de afrontar son, principalmente, relativos a la vulneración de los derechos humanos, sea en tiempo de paz o de conflicto armado, el ordenamiento jurídico internacional plantea exigencias jurídicas relativas a la necesidad de evitar la impunidad de sus presuntos autores y de garantizar los derechos de las víctimas de tales actos que han de sopesarse para calibrar la idoneidad jurídica de las decisiones de justicia transicional. Igualmente, en este contexto, hay que recordar que el Derecho internacional público ha tendido en las últimas décadas, de *lege data* y de *lege ferenda*, a reforzar la posición jurídica de las víctimas de dichos abusos.

Para intentar encuadrar el análisis que se propone, la investigación se ha dividido en dos partes, de cuyo desarrollo se ha encargado por separado cada uno de los autores: en la primera parte, bajo el título *La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional*, se intentan establecer los parámetros jurídicos internacionales bajo los cuales el Derecho internacional público parece condicionar las políticas de justicia transicional –incluido el análisis de las hipotéticas bases jurídicas para su flexibilización–; mientras, en la segunda parte, bajo el título *La multidimensionalidad de la justicia transicional: entre los límites jurídico-internacionales y los límites de lo jurídico*, se pretende interconectar tales parámetros jurídicos internacionales con los diversos mecanismos que integran en la práctica las políticas de justicia transicional, a fin y efecto de ofrecer una panorámica particular y de conjunto de su adecuación a los mismos. El hecho de que cada uno de los autores asuma de manera individual cada una de las dos partes no implica que no exista un previo y posterior trabajo compartido dirigido a lograr la máxima coherencia posible de la obra, de lo que dan fe las conclusiones comunes –los únicos límites de esta puesta en común son, a priori, la libertad intelectual individual así como las hipotéticas discrepancias puntuales entre los autores sobre algunos de los aspectos jurídicos analizados–. Igualmente, se quiere precisar que, al proceder a redactar esta obra, se ha intentado rehuir el tratamiento erudito de la jurisprudencia internacional existente, prefirién-

dose, a la sistemática citación de las decisiones jurisdiccionales y/o cuasijurisdiccionales que pudieran ilustrar cada extremo analizado, la identificación de las tendencias interpretativas en presencia y su ejemplificación a partir de referencias jurisprudenciales muy representativas de las directrices jurídicas expuestas.

Jordi Bonet Pérez
Rosa Ana Alija Fernández

La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional

Jordi Bonet Pérez

A tenor de su origen etimológico, aunque en sentido negativo, el término *impunidad* manifiesta de modo directo la cualidad retributiva que, entre otras, caracteriza al derecho¹: la *falta de castigo*; si se proyecta tal percepción sobre el Derecho penal, podría afirmarse que, genéricamente, la impunidad viene constituida por la ausencia de persecución y sanción penales respecto a conductas delictivas tipificadas. La especificidad contextual del análisis propuesto prescribe, empero, la utilización de una noción de impunidad mucho más restringida. Y ello, porque, dejando de lado aquellas conductas previas al proceso transitorio respecto a las cuales la Sociedad internacional contemporánea haya venido alentado progresivamente la cooperación internacional para su

¹ Del latín *impunitas*, *-atis*: falta de castigo (de *poena*: castigo); constituyendo una teórica anomalía funcional del orden jurídico ya que *lex omnis aut punit aut iubet* (Quintiliano, 7, 5,5).

La utilización del término *impunidad* en esferas no jurídicas, dentro de las cuales su cualidad retributiva parece ausente o cuando menos se antoja figurada, no parece apropiada ni siquiera si su aplicación se proyecta como un ejercicio de analogía dirigido a la comprensión de los problemas que plantean otras vertientes del proceso transitorio; por ejemplo, en este sentido, la mención a la *impunidad histórica* -pervivencia de la mentira oficial como verdad histórica y olvido de los abusos perpetrados- (CARRETÓN, R., "Justicia Transaccional y Justicia Transicional en Procesos de Paz", Ponencia para el Seminario Internacional sobre Experiencias de Alternatividad Penal en Procesos de Paz (Barcelona, España, 27 y 28 de febrero de 2004), en: <http://www.escolapau.org/img/programas/procesos/seminario/semi020.pdf>, p. 4, consultado el 28 de octubre de 2008).

represión penal por los Estados², el ejercicio de la justicia transicional implica abordar muy particularmente prácticas pretéritas atentatorias contra derechos fundamentales cuyo respeto, como indica Carrillo Salcedo, es “una de las normas imperativas de Derecho internacional de las que se derivan obligaciones jurídicas para todos los Estados incluso al margen de su consentimiento”³. De ahí, que la impunidad haya de entenderse como la “renuncia del Estado a ejercer cualquier acción penal por los delitos de violación de los Derechos Humanos (...); así como impedir la investigación y enjuiciamiento de tales hechos delictivos”⁴.

Aun aceptando que, probablemente, ninguna definición que se pueda ofrecer de impunidad esté exenta de importantes problemas conceptuales⁵, y en la línea de la anteriormente ofertada, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) aporta una aproximación más apegada a la dimensión jurídico internacional al interpretar la *Convención Americana de Derechos Humanos* (CADH):

“la impunidad es la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de los derechos [internacionalmente] protegidos”⁶.

Una identificación más precisa de los elementos constitutivos de la impunidad parece desprenderse del *Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha*

² Por ejemplo, frente a conductas económicas llevadas a término desde o al amparo del ejercicio del poder; una de las últimas aportaciones en el ámbito jurídico universal a este tipo de acción cooperativa internacional es la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, de 31 de octubre de 2003 (BOE, 171, de 19 de julio de 2006).

³ CARRILLO SALCEDO, J. A., “Influencia de los derechos humanos en la consolidación de los principios generales del Derecho internacional”, en: *El derecho internacional: normas, hechos y valores: liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005, p. 82.

⁴ ABELLÁN HONRUBIA, V., “La aportación de las NU a la internacionalización del derecho a la justicia”, en: *Los Derechos Humanos en un mundo dividido*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, p. 220.

⁵ La dificultad estriba en que se trata de uno de esos términos tan “ubiquitous that their respective meanings are deemed obvious” (PENROSE, M. M., “Impunity – Inertia, Inaction and Invalidity: A Literature Review”, *Boston University International Law Journal*, 17, 1999, p. 273).

⁶ CORTE IDH, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C, nº 37, § 173; la Corte IDH se refiere, expresamente, claro está, a los derechos y libertades reconocidos en la CADH –es decir, el tratado internacional que crea y delimita su competencia jurisdiccional (art. 33(b) y concordantes de la misma)–.

contra la Impunidad (*Conjunto de Principios*), de 1997, actualizados, de acuerdo con la Resolución 2004/72 de la extinta Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en 2005:

“inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones [*de actos constitutivos de crímenes de Derecho internacional así como de otras violaciones de derechos humanos internacionalmente reconocidos “respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas por delitos”*], así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en su caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”⁷.

Lo expuesto hasta el momento explicita algunos rasgos característicos de la impunidad en el marco de los parámetros de definición estipulados:

- La impunidad puede ser tanto de *hecho* –funcionamiento inadecuado de la administración de justicia, sea por causas internas (por ejemplo: la falta de imparcialidad de los jueces) o por causas externas (por ejemplo: la obstrucción de su acción por otros poderes públicos o amenazas de terceros)–, como de *derecho* –normas jurídicas que impiden o limitan la investigación, la persecución penal, o la ejecución de las decisiones judiciales–⁸.
- La impunidad se entronca con un comportamiento activo y pasivo de los poderes públicos estatales dirigido, de una parte, a no desempeñar de oficio las actividades de investigación y persecución

⁷ ONU, *Documento E/CN.4/2005/102/Add.1*, p. 6, Puntos A y B; la actualización fue elaborada por la Experta independiente encargada de esta actualización, la Sra. Diane Orentlicher, mientras que la redacción original es fruto del trabajo del Relator especial sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos), Sr. Louis Joinet. Aludiendo a la imperfección general de las *definiciones de impunidad*, en esta última definición, por ejemplo, no parece de recibo referir subjetivamente la falta de castigo a los *autores*, ya que individuos cuya conducta incurra en otras formas de participación delictivas distintas a la autoría son susceptibles también de ser reputados como responsables (véase, por ejemplo, el art. 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

⁸ ONU, *Documento E/CN.4/Sub.2/1992/18*, p. 4, § 10; véase una extensa descripción de los mecanismos de impunidad de hecho y de derecho, en: ONU, *Documento E/CN.4/Sub.2/1993/6*.

necesarias para evitarla, y, de otra parte, a impedir, obstaculizar o hacer fracasar las actuaciones promovidas a instancia de partes interesadas con la misma finalidad.

- La impunidad, aunque comporte un determinado resultado, puede verse inducida en cualquier instante: desde que se dan las condiciones para abrir una investigación de los hechos hasta la efectiva ejecución de la sentencia definitiva pueden existir disposiciones vigentes que coadyuven a la impunidad de derecho y es factible que se den las condiciones necesarias para la impunidad de hecho.
- La impunidad puede afectar no sólo a la falta de sanción penal –incluidas las penas accesorias como, por ejemplo, la inhabilitación para cargo público–, sino que podría abarcar también a otras sanciones administrativas o disciplinarias, alternativas o complementarias, que, conforme a las exigencias jurídicas internacionales, pudieran completar el alcance retributivo de la acción pública por tales delitos –por ejemplo, la remoción como funcionario público–, en el supuesto de la incompetencia legal de la justicia penal para adoptar esas medidas, de modo general o en un supuesto particular. La impunidad, asimismo, se puede vincular a la falta de satisfacción de las indemnizaciones por los daños causados a las víctimas.
- Aun cuando la impunidad proyecte una carencia retributiva, su presencia o ausencia planea sobre el resto de objetivos que orientan la justicia transicional: la prevención de la repetición de abusos semejantes (*efecto preventivo*) o la restitución integral de las víctimas (*efecto restitutivo*)⁹; más problemática, en la práctica, es su apreciación como factor que favorece o dificulta la reconciliación.
- La impunidad se predica materialmente de conductas que son consideradas como delictivas, de manera concurrente o en algunos supuestos de forma particular, desde la óptica de tres sectores del ordenamiento jurídico internacional: el *Derecho internacional de los derechos humanos*, el *Derecho internacional humanitario* y el *Derecho internacional penal*.

⁹ Considerando lo expresado en este punto y en el anterior, Orentlicher advierte que la lucha contra la impunidad implica “una gama de medidas”, por lo que procesar a los presuntos autores de los abusos no exime al Estado “de sus obligaciones independientes, incluidas las que tienen que ver con la reparación de los perjuicios sufridos, el derecho a saber y, en términos más generales, la forma de evitar la repetición de dichas violaciones” (ONU, *Documento E/CN.4/2005/102*, p. 10, § 16).

Esta mínima introducción a la significación jurídica de la impunidad permite situar el punto de partida de su análisis desde el prisma de la aplicación del ordenamiento jurídico internacional a supuestos de implementación de la justicia transicional; en este sentido, hay que advertir cómo desde finales de los años 70 y con mayor intensidad a partir de los años 80, la lucha contra la impunidad contra este tipo de prácticas ha constituido un objetivo presente en el seno de la Sociedad internacional contemporánea –nítidamente identificable en el marco institucional de Organizaciones internacionales con competencias en materia de derechos humanos y en la acción exterior de algunos Estados–.

Para ello, se intentará, en primer término, y por separado, situar la *lucha contra la impunidad*, y las obligaciones jurídicas internacionales que de la misma se infieren, dentro del marco jurídico de las *normas jurídicas en materia de derechos humanos* y de la *persecución de los crímenes de Derecho internacional*; se considera que este enfoque permite afrontar sin mayores problemas la concurrencia de tales sectores normativos con el Derecho internacional humanitario. Y, en segundo término, se pretende completar este panorama general con una referencia a los *condicionantes jurídico-políticos que inciden en la aplicación de las obligaciones jurídicas internacionales relativas a la lucha contra la impunidad*, a fin y efecto de advertir posibles elementos jurídicos de flexibilización del régimen jurídico internacional aplicable.

1. La impunidad y las normas jurídicas internacionales en materia de derechos humanos

La constatación en estadios situacionales previos a la apertura de un proceso de transición de violaciones graves¹⁰ de los derechos fundamentales no sólo presupone fundadamente la más que plausible existencia de un *crimen de Derecho internacional* –de la que, conforme al

¹⁰ Una posible orientación sobre la noción de *gravedad* la ofrece la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en el art. 40, 2 del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (2001), en el que se entiende como violación grave de una obligación contraída en virtud de normas imperativas aquella que comporta el incumplimiento flagrante (intensidad del ataque a los valores que protege la norma) o sistemático (violación llevada a cabo de manera deliberada y organizada) de la obligación jurídica; ello sugiere que, entre “los factores que permiten establecer la gravedad de una violación estarán la intención de violar la norma”, “el alcance y el número de violaciones individuales” y “la gravedad de sus consecuencias para las víctimas” (CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53º período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de junio a 10 de agosto de 2001)*, Documento A/56/10, Suplemento 10, p. 308, § 8).

ordenamiento jurídico internacional, se derivaría la responsabilidad penal del individuo con independencia de que las conductas constitutivas de tales actos estén tipificados en el Derecho interno¹¹-. Situados frente a las normas jurídicas cuyo objeto es la protección internacional de los derechos humanos, y a la exigencias, por un lado, del Derecho internacional general en el sentido de que se repriman tales conductas y, por otro lado, del Derecho internacional de los derechos humanos de que el Estado respete y garantice efectivamente los derechos fundamentales, se proyecta también sobre el Estado la obligación jurídica internacional de castigar los cuadros persistentes de violaciones graves de los mismos así como de hacer lo mismo, en ciertos supuestos, respecto a determinadas prácticas que atentan contra uno de esos derechos fundamentales¹².

Los derechos fundamentales cuya violación grave es susceptible de generar los efectos jurídicos enunciados parecen, a tenor de la configuración jurídica internacional del reconocimiento y garantías de los derechos humanos, encontrarse en el ámbito de los *derechos civiles y políticos*¹³. Existen, no obstante, voces que propugnan que la lucha contra la impunidad por violaciones graves de los derechos económicos, sociales y culturales genera obligaciones jurídicas internacionales similares¹⁴: por ejemplo, Orentlicher opina que la *jurisprudencia internacional* permite *esclarecer* la existencia de un deber estatal de investigar y de castigar a los presuntos responsables¹⁵; tesis que sustenta ante decisiones que dirimen la responsabilidad de las autoridades estatales por la destrucción de las viviendas y otros bienes de las víctimas, o por contribuir al sometimiento de los miembros de una minoría étnica a unas condiciones de

¹¹ En consonancia con el esquema propuesto, la especificidad del tratamiento jurídico de la impunidad en este ámbito normativo internacional será objeto de posterior examen (véase Parte Segunda, Apartado 2).

¹² Así, por ejemplo, el art. 4 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, de 23 de diciembre de 2006, estipula que el Estado Parte “tomará las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal”, diferenciándose en el Preámbulo entre el hecho de que esta práctica constituya un delito que los Estados deben perseguir y de que, “en determinadas circunstancias definidas por el derecho internacional”, constituya un crimen contra la Humanidad –es decir, un crimen de Derecho internacional–.

¹³ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Parthenon, Madrid, 2007, p. 223.

¹⁴ Véase, por ejemplo, la Declaración de Santiago de Chile, de 14 de diciembre de 1996, adoptada por los participantes en el *Seminario Internacional sobre Impunidad y sus Efectos en los Procesos Democráticos*.

¹⁵ ONU, *Documento E/CN.4/2004/88*, p. 18, § 35.

vida y de salud inhumanas como consecuencia de los métodos de explotación petrolífera seguidos bajo su jurisdicción por un consorcio empresarial. Más allá de las dificultades técnico-jurídicas de extraer tal conclusión en el actual estadio de evolución del Derecho internacional público¹⁶ o de la ausencia de un claro consenso general interestatal, las decisiones jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales aportadas no se antojan tan rotundas e inequívocas:

- Respecto al supuesto de la destrucción de viviendas y otros bienes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) afirmó, a tenor del artículo 13 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH) –*derecho a un recurso efectivo*–, el deber del Estado de realizar una investigación efectiva conducente a la identificación y el castigo de los responsables de los hechos; no lo hizo, empero, por considerar ésta la respuesta adecuada a la violación de ciertos derechos económicos y sociales de los demandantes que son reconocidos internacionalmente –por ejemplo, de su derecho a una vivienda digna–, por cuanto respecto a su aplicación e interpretación el TEDH no tiene competencia al no ser reconocidos derechos como el mencionado ni por el CEDH ni por ninguno de sus Protocolos¹⁷, sino porque la conducta estatal atentaba a derechos y libertades reconocidos en el CEDH:

“the nature and gravity of the violations complained of in the instant case under Articles 3 [*prohibición de la tortura y de los tratos y penas inhumanos o degradantes*] and 8 [*derecho a la vida privada y familiar*] of the Convention and Article 1 of the Protocol No. 1 [*derecho a la propiedad*] have implications for Article 13”¹⁸.

¹⁶ Sin perjuicio de observar una tendencia jurídica favorable a ampliar la *justiciabilidad* de estos derechos (véanse Notas 23 y 29).

¹⁷ La redacción del CEDH, a tenor de sus propios trabajos preparatorios, no responde exactamente a la dicotomía derechos civiles y políticos/derechos económicos y sociales sino a la percepción de que ciertos derechos y libertades son *esenciales* en una sociedad democrática, entre los que se encontraría el derecho a la propiedad debido a su trascendencia “for the independence of the individual and of the family” (COUNCIL OF EUROPE, *Collected edition of the ‘travaux préparatoires’ of the European Convention on Human Rights*, Vol. I, Nijhoff, The Hague, 1975, p.220, § 10); una óptica semejante se desprendería de la lectura conjunta de los arts. 21 y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Asimismo, hay que recordar que el derecho a la propiedad no se encuentra reconocido, con carácter universal, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966.

¹⁸ ECHR, *Selçuk and Asker v. Turkey*, judgment of 24 April 1998, *Reports of Judgments and Decisions 1998-II*, § 96.

Argumento que debe, además, conectarse con la previa aseveración del TEDH en el sentido de que la *gravedad* de la situación viene dada, esencialmente, porque los hechos vulneran el artículo 3 del CEDH, a lo que la violación de los artículos 8 del CEDH y 1 del Protocolo Adicional al CEDH le añaden un plus especial de gravedad¹⁹; de lo que se infiere que el establecimiento de una obligación jurídica como la descrita la prescribe el TEDH en orden a garantizar el respeto a un derecho humano tan esencial como el reconocido en el artículo 3 del CEDH. Lo cual tampoco resta importancia a que, conforme a la doctrina de la *protección indirecta* que aplica el TEDH, pueda llegarse a la conclusión de que, de modo indirecto, al garantizar los derechos y libertades reconocidos en el CEDH, se hace lo mismo respecto a aquellos derechos no reconocidos pero afectados por la acción estatal enjuiciada²⁰.

- Respecto al supuesto del trato recibido por los miembros de la etnia *ogoni*, la Comisión Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos se enfrentó a la hipotética vulneración de una pluralidad de derechos reconocidos en la *Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos* (CADHyP)²¹. Es cierto que entre sus solicitudes de conjunto finales se le pedía al Estado que realizase una investigación tendente a depurar responsabilidades, y que, entre sus razonamientos, además, se incluía la apreciación de que, tanto los derechos económicos y sociales como los derechos colectivos, constituyen elementos esenciales de los derechos humanos en África²²; pero también lo es que la solicitud al Estado se reali-

¹⁹ *Ibid.*, § 86.

²⁰ Un comentario semejante merece la mención a la sentencia de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en el asunto *Kupreskic y otros*, en la que se considera como un crimen de persecución, y por tanto un crimen contra la humanidad, la destrucción de hogares y de bienes, por apreciarse que esta conducta constituye un acto inhumano discriminatorio "with a recklessness towards the lives" de las víctimas (ICTY, *Prosecutor v. Kupre?kic & Others, Judgement, Case No. IT-95-16-T*, Tr. Ch. II, 14 January 2000, § 631).

²¹ Se examinó, en concreto, la violación o no de los siguientes derechos: derecho a la garantía de los derechos reconocidos (art. 2 CADHyP), derecho a la vida e integridad física y psíquica (art. 4 CADHyP), derecho a la propiedad (art. 14 CADHyP), derecho a la salud (art. 16 CADHyP), derecho a la protección de la familia (art. 18,1 CADHyP), derecho de los pueblos a la libre disposición de sus riquezas y recursos naturales (art. 21 CADHyP), y del derecho de los pueblos al medio ambiente (art. 24 CADHyP).

²² AFRICAN COMMISSION ON HUMAN & PEOPLES' RIGHTS, *Communication 155/96, The Social and Economic Rights Action Center and The Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Decision, 30th Ordinary Session (from 13th to 27th 2001), *Ref. ACHPR/COMM/A044/1*, p. 14, § 67, y p. 15.

za tras reconocer que el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica era el más importante de los derechos humanos, y que éste se veía comprometido por los actos que vulneraban los otros derechos económicos y sociales reconocidos individualmente y los derechos colectivos²³. Aunque la perspectiva sea cualitativamente diferente a la del TEDH, tampoco queda claro que se reconozca que los derechos económicos y sociales *per se*, sin apreciar su interacción con los derechos civiles y políticos, generen una obligación jurídica equivalente.

Es preciso mencionar, asimismo, que existen mecanismos de garantía internacionales dirigidos a supervisar el cumplimiento estatal de sus obligaciones jurídicas internacionales en materia de derechos humanos, ante los cuales, si procede, es factible plantear asuntos que lleven al Estado a responder por sus comportamientos respecto a la lucha contra la impunidad: *mecanismos convencionales*, cuya base jurídica está prevista en un tratado internacional a fin y efecto de controlar el efectivo cumplimiento estatal del régimen jurídico particular incluido en el instrumento convencional –por ejemplo, los procedimientos ante el Comité de Derechos Humanos del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP)²⁴–; y, *mecanismos extraconvencionales*, cuya base jurídica se encuentra en la implementación de medidas de control institucionalizado a través del ejercicio de las competencias en materia de

²³ *Ibid.*, p. 14, § 68. Este órgano regional parece tener bien presentes, en todo caso, las diferencias existentes entre las obligaciones jurídicas de una tipología y otra de derechos humanos para precisar el alcance jurídico de las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados: tras referirse al art. 2,1 del *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC), asume que, dependiendo del derecho considerado, el énfasis en el tipo de obligaciones jurídicas estatales varía (*ibid.*, p. 9, § 48; véase, asimismo, Nota 29); por ello, es significativo que, respecto al derecho a la salud y al derecho de los pueblos al medio ambiente, apreciase que era obligación jurídica del Estado de ordenar o al menos permitir un estudio científico independiente de impacto ambiental –y no una investigación en el sentido arriba mencionado– (*ibid.*, p. 10, § 53).

²⁴ Ante el Comité contra la Tortura, previsto en la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, se ha considerado que España ha violado los arts., 2, 4 y 14 de dicha Convención, y en particular las obligaciones jurídicas de tomar las medidas eficaces para prevenir la tortura, evitar la impunidad de las personas que hayan cometido actos de tortura e imponer las penas adecuadas a los responsables (COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Comunicación 212/2002, Kepa Urria Guridi c. España*, Decisión adoptada durante el 34º período de sesiones (2 al 20 de mayo de 2005), en: ONU, *Documento CAT/C/34/D/212/2002*, §§ 6.6, 6.7 y 7). En el caso analizado, entre otras cosas, los tres guardias civiles condenados vieron en segunda instancia rebajada su pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión, a una pena de un año de prisión, siendo posteriormente indultados por decisión del Consejo de Ministros (*ibid.*, §§ 2.3 y 2.6).

derechos humanos de que dispone una Organización internacional y, en concreto, algunos de sus órganos –por ejemplo, los procedimientos públicos especiales desarrollados en el seno de la ONU²⁵–.

La profundización en los fundamentos jurídicos y el alcance de las obligaciones jurídicas de los Estados conforme a las normas jurídicas internacionales en materia de derechos humanos, a tenor de los parámetros generales que se acaban de plantear, se realizará tomando en consideración tres aspectos de la cuestión: primero, realizando una introspección en la significación y contenido jurídicos del *derecho a la justicia* como presupuesto de la lucha contra la impunidad; segundo, completando la referencia anterior con el examen de las obligaciones jurídicas internacionales derivadas de la *represión de ciertas prácticas especialmente aberrantes*; y, finalmente, la interacción jurídica de las medidas de lucha contra impunidad con el *derecho a saber y el derecho a la verdad*.

1.1. *El derecho a la justicia y la lucha contra la impunidad*

En la medida en que, incluso intuitivamente, la lucha contra la impunidad se apoya de manera ineludible en la actuación de los órganos jurisdiccionales estatales, el reconocimiento jurídico internacional del *derecho a la justicia* constituye la base jurídica esencial para delimitar el alcance de las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados a este respecto; es menester, en consecuencia, intentar profundizar, bien que de modo sucinto, en su formulación jurídica internacional.

La obligación jurídica internacional de *garantizar* los derechos humanos está presente en los principales instrumentos convencionales que, sea con carácter universal o regional, desarrollan el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales; por ejemplo, lo está en la redacción del artículo 2,1 del PIDCP: los Estados Partes del mismo se comprometen “a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos

²⁵ Respecto a España, igualmente, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias ha recibido algunos casos de desapariciones producto de la persecución de presuntos miembros de la resistencia armada contra el régimen franquista entre 1947 y 1950, respecto a los cuales se ha recopilado información proporcionada por el Gobierno y otras fuentes (ONU, *Documentos E/CN.4/2003/70*, §§ 246 y 247, *E/CN.4/2004/58*, §§ 259 a 267, *E/CN.4/2005/65*, párrafos 293-297, *E/CN.4/2006/56*, §§ 480-483, y *A/HRC/4/41*, §§ 378-381); hay que remarcar la importancia del comentario del Grupo de Trabajo en el sentido de recordar que: “No se admiten casos de características análogas que presuntamente sucedieron en España antes de la creación de las Naciones Unidas” (ONU, *Documentos E/CN.4/2003/70*, § 247).

reconocidos en el presente Pacto”²⁶. De manera que, como expresivamente ha señalado la Corte IDH dentro de su ámbito material de competencia, el Estado asume el deber “de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”²⁷. En definitiva, de esta obligación jurídica internacional se infiere la necesidad de organizar el sistema judicial estatal con miras a proveer a las personas, a través de un funcionamiento adecuado y de unos mecanismos reales y efectivos, de las debidas garantías de los derechos humanos que le son reconocidos²⁸; se está, por consiguiente, perfilando a la justicia como una garantía indispensable de los derechos humanos.

La formulación jurídica del derecho a la justicia –atendiendo a lo expuesto– se realiza en esos mismos tratados internacionales²⁹ a través

²⁶ Véanse: art. 1 del CEDH; art. 1 de la CADH; y art. 1 de la CADHyP.

²⁷ CORTE IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1998, Serie C, n° 4, § 166.

²⁸ La Corte IDH infiere de esta obligación jurídica el deber de “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (*ibid.*); advirtiendo que este deber no es debido sólo respecto a actos “del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial”, sino que en supuestos en que los actos sean “obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión”, el Estado puede ser internacionalmente responsable “no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención” (*ibid.*, § 172).

²⁹ Sin entrar en el debate doctrinal sobre la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, hay que advertir el distinto punto de partida del PIDESC respecto al PIDCP en cuanto al diseño de sus obligaciones jurídicas: su art. 2,1 estipula el compromiso estatal de “adoptar medidas, (...) para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados” la efectividad de los derechos reconocidos. Aun cuando las obligaciones jurídicas dimanadas de este tratado internacional “difieran” de las establecidas por el PIDCP (COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES (CDESC), *Observación general n° 3*, de 1990, en: ONU, *Documento HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I)*, p. 19, § 9), no por ello se descarta que entre los *medios apropiados* esté “ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables” (*ibid.*, p. 18, § 5); tampoco que no haya “ningún derecho reconocido en el Pacto [PIDESC] que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad” –advirtiendo que, entre las disposiciones del PIDESC, hay también obligaciones jurídicas de aplicación inmediata-, y que, aun cuando en el PIDESC no se reconozca el derecho a un recurso efectivo, ello no implica que no deban existir recursos, judiciales o administrativos, y que, asimismo, los Estados “que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún

del reconocimiento de una serie de derechos y facultades jurídicas: el derecho a un recurso efectivo ante violaciones de los derechos y libertades reconocidos; el derecho a ser oído ante un tribunal independiente e imparcial; el derecho a un juicio en el que se respeten todas las garantías de defensa; o bien, el derecho a la presunción de inocencia. Todo ello, junto a una práctica internacional que lo reafirma, autoriza a mantener que el reconocimiento jurídico internacional del *derecho a la justicia* no se circunscribe al ámbito convencional definido por estos tratados internacionales, sino que “ha pasado a formar parte del Derecho internacional general en tanto que integrante de los principios generales del Derecho reconocidos in foro doméstico y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”³⁰.

En un contexto en el que el Estado deba aplicar medidas de justicia transicional, hay dos elementos vinculados al derecho a la justicia que se infieren más sensibles a las disfunciones generadoras de impunidad: el *funcionamiento adecuado del sistema judicial* y la existencia de *recursos realmente efectivos ante los tribunales* en relación con los actos lesivos de derechos fundamentales previamente acontecidos.

El *funcionamiento adecuado del sistema judicial* debería eliminar todo impedimento relevante para que, primero, se garantice la independencia e imparcialidad de los órganos judiciales –esta última tanto en su vertiente objetiva como la subjetiva–, y, segundo, que los recursos judiciales de que dispongan las víctimas se ajusten en sus condiciones de acceso y procedimiento a las exigencias del debido proceso³¹. No ha de ocultarse que la imparcialidad subjetiva plantea una de las cuestiones más sensibles desde el prisma de la adecuación del sistema judicial a los cambios socio-políticos operados y de las exigencias políticas vinculadas al proceso de transición: la dialéctica entre mantener o depurar, conforme a derecho, a los jueces en función de sus responsabilidades individuales y/o su actitud y/o afinidad con las autoridades precedentes, optándose en el segundo supuesto –la depuración– por una política de *lustración* de la justicia.

Respecto a la existencia de *recursos realmente efectivos ante los tribunales*, podría resultar paradójico que, mientras los instrumentos jurí-

recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son ‘medios apropiados’ o bien que son innecesarios (CDESC, *Observación general n° 9*, 1998, en: ONU, *Documento HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I)*, pp. 61 y 63, § 3, 9 y 10).

³⁰ ABELLÁN HONRUBIA, V., *op. cit.*, p. 214.

³¹ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C, n° 124, § 142.

dicos americano y africano mencionados –artículo 25 CADH y artículo 7, 1,a) CADHyP– se inclinen por exigir a los Estados Partes que los recursos efectivos sean de naturaleza jurisdiccional, el art. 2,3 del PIDCP y el art. 13 del CEDH opten por autorizar la vía de recurso ante otras autoridades, siempre que tales cauces resulten efectivos. No puede considerarse, bajo ningún concepto, que *per se* esta regulación jurídica del derecho a un recurso efectivo origine una brecha que favorezca la impunidad: la necesidad de *efectividad*, vinculada a cuáles son los objetivos perseguidos así como a la especificidad de la naturaleza y contenido de cada derecho o libertad reconocidos³², garantizan que en última instancia las violaciones graves de derechos fundamentales tengan, como parece a priori razonable, a los tribunales de justicia como ámbito natural de recurso adecuado. Así, por ejemplo, parece entenderlo el Comité de Derechos Humanos del PIDCP, el cual ha indicado que, cuando las investigaciones emprendidas revelen la violación de determinados derechos humanos reconocidos en el PIDCP, “los Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia”³³. El TEDH, por su parte, en su jurisprudencia ya constante frente a prácticas que afectan principalmente a los artículos 2 y 3 del CEDH³⁴, afirma de manera contundente que no basta en tales casos un recurso efectivo que proporcione una compensación económica para cumplir las exigencias del artículo 13 del CEDH, sino que es precisa una investigación efectiva emprendida de oficio susceptible de identificar a los responsables y proceder a su castigo –en el entendimiento de ese *castigo* como una acción generalmente sometida a la actuación de la justicia penal³⁵–.

³² El TEDH, por ejemplo, se ha encargado reiteradamente de manifestar que el alcance del art. 13 del CEDH varía dependiendo de la naturaleza de las quejas del demandante y, en consecuencia, de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH cuya presunta contravención por parte de las autoridades estatales es puesta de manifiesto (ECHR, *Bazorkina v. Russia*, nº 69481/01, § 139, judgement of 27 July 2006).

³³ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (CDH), *Observación general nº 31*, 2004, en: ONU, *Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I)*, p. 294, § 18; en concreto, se señalan expresamente prácticas como “la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares (art. 7), la ejecución sumaria y arbitraria (art. 6) y la desaparición forzosa (arts. 7 y 9 y, frecuentemente, 6)” (*ibid.*).

³⁴ Véase, por ejemplo, de nuevo: ECHR, *Bazorkina v. Russia*, nº 69481/01, § 161, judgement of 27 July 2006.

³⁵ CASADEVALL, J., *El Conveni europeu de drets humans, el Tribunal d’Estraburg i la seva jurisprudència*, IDHC/Bosch Internacional, Barcelona, 2007, p. 354. El TEDH ha admitido, empero, que cuando la muerte causada por los agentes públicos no es intencional o por uso de una fuerza desproporcionada –provocando la ausencia de un tipo penal aplicable– puede bastar con una acción efectiva de responsabilidad del Estado ante la que obtener una reparación (ECHR, *Case Slimani c. France*, nº 57671/00, §§ 39-41, *Reports of Judgements and Decisions 2004-II*).

Asimismo, de las anteriores consideraciones puede extraerse otra consecuencia relevante: la *idoneidad teleológica* de la investigación, es decir, la adecuación de su configuración y desarrollo a los objetivos últimos que justifican su realización desde la perspectiva de las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados en materia de derechos humanos; de forma que la exigibilidad jurídica de abrir “sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva”³⁶ requiera no sólo que en efecto haya un proceso indagatorio sino que el mismo se adecue a unos mínimos indispensables:

- En lo que concierne a la *metodología de acción*, hay que subrayar que, si la necesaria efectividad de la investigación comporta exigencias inherentes –por ejemplo, su no dilación temporal–, no hay que olvidar que desde su inicio es preciso respetar el conjunto de garantías vinculadas al propio derecho a la justicia –incluidos los derechos de las personas sometidas a investigación como presuntos responsables–. Igualmente, en este contexto jurídico, se ha tendido a subrayar la necesidad de garantizar a las víctimas y a sus allegados el acceso al procedimiento de investigación³⁷.
- En lo que concierne al *contenido de la acción*, atendiendo a cuáles son los objetivos de la investigación y la tipología de hechos investigados, tanto el TEDH como la Corte IDH tienden a perfilar, bien que a nivel de mínimos, aquellas diligencias esenciales que deben practicarse así como la información básica que ha de recopilarse³⁸.

³⁶ CORTE IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez*, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C, nº 99, § 127, o bien, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C, nº 124, § 145; en el citado *Conjunto de Principios* se entienden que tales investigaciones deberán ser “rápidas, minuciosas, independientes e imparciales” (Principio 19).

³⁷ El TEDH señala, por ejemplo, que la víctima debería disponer de recursos efectivos para promover la identificación y castigo de los responsables (ECHR, *Bazorkina v. Russia*, nº 69481/01, § 162, judgement of 27 July 2006).

A este respecto el *Conjunto de Principios* ofrece, a priori, un planteamiento moderado: los Estados deberán adoptar normas procesales “para que las propias víctimas, sus familiares o herederos puedan tomar esta iniciativa [del enjuiciamiento de los responsables], en particular como partes civiles o como personas que inician un juicio en los Estados cuyo derecho procesal penal contemple esos procedimientos”, debiendo asimismo garantizar una “amplia participación en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas” (Principio 19); eso sí, contempla que también debe darse la máxima participación a toda persona u Organización no gubernamental que ostente un *interés legítimo* -lo cual, es evidente, no implica necesariamente que se les deba otorgar legitimación activa-.

³⁸ Por ejemplo qué diligencias y qué datos deben recopilarse en caso de una presunta ejecución extrajudicial (CORTE IDH, *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C, nº 152, § 120).

- En lo que concierne a la *actitud de las autoridades*, sean éstas administrativas y/o judiciales, es preciso admitir que el derecho a la justicia les impone obligaciones jurídicas concretas como la imparcialidad y la objetividad –incluso la *celeridad* en la investigación podría reputarse como tal–, pero que, también, comporta obligaciones jurídicas tan genéricas como la de observar en la conducción y ejecución de la investigación la debida diligencia; y ello, porque se está ante una obligación jurídica de comportamiento, que “no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio” –siempre que se emprenda “con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”³⁹–. Asimismo, los objetivos de toda investigación emprendida para hacer efectivo el derecho a la justicia perfilan otra obligación jurídica correlativa⁴⁰: “velar [si es que una investigación realizada de manera idónea permite esclarecer los hechos e identificar a los presuntos implicados] por que los responsables sean sometidos a la justicia”; de modo que las autoridades estatales adquieren el compromiso de que, si existen los indispensables indicios de convicción, se produzca el procesamiento, enjuiciamiento y eventual condena de las personas implicadas en los hechos investigados –evitando y, en su caso, removiendo los impedimentos que pudieran dificultar o impedir llegar a ese estadio⁴¹–.

La percepción esencialmente retributiva que pudiera desprenderse de este planteamiento jurídico debe ser enfrentada de nuevo con los presupuestos teleológicos del derecho a la justicia para entender que si “no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos (...) han sido violados, la obligación de proporcionar un recurso efectivo, (...), no se cumple”⁴²; es decir, se predica también la necesidad de la *reparación* como elemento indispensable para que los recursos disponibles cumplan con sus fines. Aun cuando la lógica del acto de reparación pueda

³⁹ CORTE IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1998, Serie C, n° 4, § 177.

⁴⁰ Puesto que, igual “que sucede con la insuficiencia a la investigación, la falta de sometimiento a la justicia de los autores de esas violaciones” puede constituir una violación del PIDCP (CDH, *Observación general n° 31*, 2004, en: ONU, *Documento HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I)*, p. 294, § 18).

⁴¹ *Ibid.*; además, tal como se formulase anteriormente de modo genérico, asegurando a las personas sometidas a la justicia las debidas garantías procesales así como facilitando a las víctimas y a sus allegados la participación en el procedimiento penal.

⁴² *Ibid.*, párrafo 16; refiriéndose a la aplicabilidad del art. 2,3 del PIDCP.

hacer considerar como prioridades “el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”⁴³, ello no descarta que la reparación pueda contener otras modalidades de restitución, como “la rehabilitación y medidas de satisfacción, como apologías públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y las prácticas pertinentes”⁴⁴; en este sentido, el Principio 18 de los *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Principios y Directrices sobre las Víctimas)*, aprobados por Resolución 2005/35, de la Asamblea General de la ONU, de 16 de diciembre de 2005, señala como formas de reparación: “restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición”. Esta afirmación lleva a concluir que el derecho a la justicia entiende la *retribución y la reparación como elementos indisociables* de su efectivo respeto y garantía, de modo que la vertiente retributiva resulta incompleta sin el corolario de una reparación adecuada, y viceversa; asimismo, se puede colegir que, implícitamente, resulta fundamental para la efectividad del derecho a la justicia el conocimiento cierto y suficiente de lo sucedido en la medida en que delimita el ámbito de las exigencias jurídicas de carácter retributivo y de carácter reparativo.

Por último, a la vista de las consideraciones que se han ido desgranando, se plantean al menos dos grandes cuestiones sobre la efectividad del derecho a la justicia frente a los retos que plantea la lucha contra la impunidad, en particular si se piensa en las especiales dificultades que suscitan los procesos de transición:

- En primer término, si la retribución y la reparación son dos vertientes indisociables y complementarias para hacer efectivo el derecho a la justicia, el interrogante a resolver es en qué medida resulta jurídicamente aceptable –y, en caso de respuesta afirmativa, hasta qué punto– que la complementariedad de los efectos retributivos y de los efectos reparativos pueda derivar en un cierto nivel de alternatividad; se trata de dilucidar si es factible aceptar la atenuación de la persecución penal por los acontecimientos históricos anteriores a la transición a partir del reforzamiento alternativo de

⁴³ CORTE IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1998, Serie C, nº 4, § 177.

⁴⁴ CDH, *Observación general nº 31*, 2004, en: ONU, *Documento HRI/GEN/11 Rev.9(Vol.I)*, p. 294, § 16.

las modalidades de reparación y del compromiso con la consecución de un nivel significativo de conocimiento de las circunstancias fácticas y de las dimensiones de la violación de los derechos humanos acaecida. Ciertamente, tal planteamiento parte del análisis de la observación de numerosos procesos transitorios contemporáneos, en los que se tiende a coincidir en la aminoración de la vertiente retributiva de las medidas de justicia transicional en favor de otras modalidades de acción alternativas, respondiendo, junto a las voluntades políticas que impulsan la reconciliación o priorizan la consolidación de los cambios políticos e institucionales sobre otras necesidades y expectativas, a que “la experiencia nos indica que la justicia es uno de los eslabones más débiles en dichos procesos”⁴⁵.

- En segundo término, y en consonancia con la precedente consideración, es preciso preguntarse si existen argumentos jurídicos para legitimar las especiales necesidades de un proceso de transición en materia de administración de justicia, advirtiendo cómo la interpretación de las normas jurídicas internacionales en materia de derechos humanos no parece *prima facie* ofrecer un margen excesivo para acomodar la especificidad contextual ante la gravedad de los hechos: “las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado de sus obligaciones convencionales”⁴⁶.

Aun cuando estas cuestiones serán analizadas más adelante con mayor detenimiento⁴⁷, no está de más indicar cómo la denegación generalizada de justicia, que en hipótesis pudiera vincularse a la adopción de medidas que atemperasen la acción de la justicia en un período transitorio y propiciasen un cierto grado de impunidad, podría ser considerada a su vez como una violación grave del derecho a la justicia; aspecto jurídico éste que, lógicamente, hay que tener presente para analizar todas las cuestiones fácticas y jurídicas que implica la definición de una política de justicia transicional específica.

⁴⁵ GÓMEZ ISA, F., “El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”, en: GÓMEZ ISA, F. (director), *El derecho a la memoria*, Universidad de Deusto Bilbao, 2006, p. 51.

⁴⁶ CORTE IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C, n° 153, § 89; argumento que le lleva a explicitar una opinión jurídica negativa sobre la admisibilidad, por ejemplo, de las “disposiciones de amnistía” (CORTE IDH, *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, n° 75, § 41).

⁴⁷ Véase Primera Parte, Apartado 3.

1.2. *La represión de ciertas prácticas especialmente aberrantes*

El desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos, enraizado en su origen a la bárbara experiencia que supusiera la II Guerra Mundial, y precisamente como consecuencia de ella, perfila una clara tendencia a articular, más allá de la evidencia de que cualquier conducta que conculca los derechos humanos internacionalmente reconocidos es a priori contraria a Derecho, un particular reproche jurídico hacia determinados comportamientos atentatorios a las más elementales exigencias del respeto a la dignidad humana. Esta especial preocupación, todavía hoy, impregna tanto la actividad normativa como la acción institucional de las Organizaciones internacionales competentes en materia de derechos humanos: sirva como ejemplo la posición de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa frente a la presunta cooperación de los Estados Miembros en detenciones secretas y entregas ilegales de detenidos justificadas al amparo de la, por algunos, mal llamada *guerra contra el terrorismo*⁴⁸. No en vano, este tipo de prácticas, desgraciadamente no ajenas a la conducta humana y social de nuestros días, aproximan al ser humano a un estado de cosas cuyo rechazo parecería ser objeto de un consenso fundamental: la barbarie.

La entidad del bien jurídico protegido, así como las consecuencias individuales y colectivas de la permanencia de ese tipo de prácticas, hace que no resulte extraño, pues, que desde el Derecho internacional de los derechos humanos se comprometa a los Estados a su prevención y represión, y, que se considere que los Estados han de contribuir significativamente a evitar la impunidad ante el atropello que su comisión supone para la dignidad humana. De ahí que resulte coherente que se plantee como una obligación jurídica de los Estados la persecución penal de tales conductas –en cierto sentido, como instrumento de garantía particular y complementario respecto a la genérica garantía derivada del derecho a la justicia–; asimismo, lo es que se sitúe dentro del concepto de *víctima del delito* a quien, “individual o colectivamente,

⁴⁸ Ante la constatación de la cooperación de Estados Miembros en la creación de una red clandestina incompatible con los principios fundamentales del Consejo de Europa –entre los que se hallan los derechos humanos–, se solicita a los Estados que garanticen tanto una investigación independiente, imparcial y efectiva de los hechos ocurridos en su territorio, como que los responsables de las violaciones de derechos humanos derivadas de tales prácticas sean llevados ante la justicia (PARLIAMENTARY ASSEMBLY, *Resolution 1507 (1996), Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states*, 27 June 2005, §§ 19.8 y 19.9).

En cuanto a la actividad normativa reciente, la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, de 23 de diciembre de 2006, es un claro exponente de la persistencia de esta preocupación universal.

han sufrido un perjuicio, especialmente un ataque a su integridad psíquica o mental, (...), o un ataque grave a sus derechos fundamentales, en razón de acciones y omisiones que infringen las leyes penales en vigor en un Estado miembro [de la ONU]" –*Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder* (Resolución 40/34 de la Asamblea General de la ONU, de 29 de noviembre de 1985)–.

Esta tendencia jurídico-política es perceptible a escala universal en el desarrollo convencional de la protección internacional de los derechos humanos⁴⁹, y, por lo general, en el marco de regímenes convencionales de carácter específico:

- Si con anterioridad a la creación de la ONU, la *Convención sobre la Esclavitud*, de 5 de septiembre de 1926, obligaba a los Estados a "prevenir y reprimir" la trata de esclavos (artículo 2) y, más concretamente, a "adoptar las medidas necesarias" para que las infracciones de las normas jurídicas estatales dictadas para hacer efectivos los fines de la Convención se castigasen con "penas severas" (artículo 6), más adelante la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*, de 7 de septiembre de 1956, ha dispuesto que constituirán delito en el ordenamiento jurídico de los Estados Partes: el "acto de transportar o de intentar transportar esclavos de un país a otro por cualquier medio de transporte, o la complicidad en dicho acto" (artículo 3), así como la reducción de "una persona a esclavitud, o de inducirla a enajenar su libertad o la de una persona dependiente de ella para quedar reducida a esclavitud, la tentativa de cometer estos actos o la complicidad en ellos o la participación en un acuerdo para ejecutarlos" (artículo 6).
- La *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, de 21 de diciembre de 1965, por su parte, obliga a los Estados a declarar "como acto punible"⁵⁰ la

⁴⁹ En el ámbito regional americano, por ejemplo, hay que citar el art. IV de la *Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas*, de 9 de junio de 1994, en el que se afirma que la desaparición será considerada delito en todo Estado Parte.

Respecto a la cuestión del distinto alcance jurídico de la responsabilidad estatal frente a estas prácticas, en función de si los presuntos responsables son personas en el ejercicio de prerrogativas públicas o particulares, véase Nota 28.

⁵⁰ La significación del término *acto punible* es inequívoca, pues, como indicara el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su *Recomendación general N° XXXI sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal* (2005) se exige a los Estados Partes "enjuiciar por la vía penal todos los actos de racismo contemplados en ese artículo [el 4 a) de la Convención]" (ONU, *Documento HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.II)*, p. 52, § 4 a).

difusión de todas las ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación (artículo 4 a), al tiempo que les exige que garanticen a toda víctima de actos de discriminación racial el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales para solicitar una satisfacción o reparación justas y adecuadas por los daños sufridos (artículo 6).

- La *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (CAT), de 10 de diciembre de 1984, plantea años después con mayor precisión y amplitud respecto a la *tortura* estas directrices jurídico-políticas, de manera que los Estados Partes no sólo asumirán la obligación jurídica de proceder a una investigación “pronta e imparcial” ante indicios racionales de la comisión dentro de su jurisdicción de actos de tortura (artículo 12), sino que en sus disposiciones se concretan otro tipo de compromisos jurídicos de mayor alcance, y entre ellos: velar para que “todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal” (artículo 4); disponer lo necesario para instituir su jurisdicción sobre el delito de tortura, tanto si existe un punto de conexión personal o territorial con el hecho delictivo como si no, de manera que venga a darse aplicación a la máxima *aut dedere aut iudicare* –propiciándose además la asunción de una jurisdicción de carácter universal (artículos 5 a 9)–; velar para asegurar la educación e información sobre esta prohibición en la formación profesional de las personas encargadas de aplicar la ley (artículo 10); mantener sistemáticamente un examen de “las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión” (artículo 11); velar por la disponibilidad del derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronto e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes (artículo 13); velar por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible (artículo 14); y, finalmente, asegurarse de no proceder a “la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura” (artículo 3), así como de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado

de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración (artículo 15)⁵¹.

- Tras la adopción de la CAT, otros instrumentos internacionales han seguido, dentro de su especificidad, unas directrices político-jurídicas semejantes respecto a otras prácticas aberrantes:
 - El *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, de 20 de mayo de 2000, en particular en sus artículos 3 a 10, mantiene idéntica dirección –incluida la voluntad de consolidar la jurisdicción universal– cuando menos ante ciertas prácticas relacionadas con la venta de niños⁵², a la “oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución”, así como a la “producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil”.
 - La *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Convención sobre Desapariciones Forzadas)*, de 23 de diciembre de 2006, cuyos artículos 3 a 16 y 25 a 26 explicitan de manera bastante deta-

⁵¹ El art. 16 de la citada Convención, en cambio, aunque sin perjuicio de disposiciones estatales o internacionales más favorables que obliguen al Estado Parte a ofrecer un tratamiento jurídico distinto, compromete a “prohibir” el resto de prácticas incluidas dentro del ámbito de aplicación material de su articulado, aunque resultarán aplicables “las obligaciones enunciadas en los arts. 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

⁵² En concreto, el hecho de “ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño” con fines de explotación sexual del niño, de transferencia con fines de lucro de órganos del niño, o bien, de explotar el trabajo forzoso del niño; así como, adicionalmente, la conducta consistente en inducir “indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción”. No hay duda que puede dudarse del lineamiento de estas prácticas con el resto de supuestos precedentes; sin embargo, la aplicación *sui generis* de tales principios jurídico-políticos se explica por la especial vulnerabilidad de los niños ante prácticas que, de manera directa o indirecta, repercuten en su integridad física y psíquica, así como en su libertad -conductas que, desde finales de siglo, han suscitado el interés de la Sociedad internacional-. Eso sí, el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*, de 20 de mayo de 2000 (art. 4,2) y el *Convenio 182 sobre la eliminación de las peores formas de trabajo infantil* (1999), de la Organización Internacional del Trabajo se limitan a instar a los Estados a emplear la vía penal (art. 7,1).

llada las exigencias retributivas y reparativas dirigidas a las víctimas de esta práctica.

Aun cuando no sean prácticas objeto de un tratado internacional de carácter específico, parece claro que a las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, por atentar al más elemental de los derechos humanos, el derecho a la vida –artículo 6 PIDCP–, les correspondería a tenor del Derecho internacional de los derechos humanos vigente un tratamiento jurídico-político similar; tal percepción se explicita, por ejemplo, en el Punto 1 de *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* –Resolución 1989/65 del Consejo Económico y Social de la ONU, de 24 de mayo de 1989–, o bien, en las opiniones vertidas por el Comité de Derechos Humanos del PIDCP⁵³.

⁵³ CDH, *Observación general n° 31*, 2004, en: ONU, *Documento HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I)*, p. 294, § 18.

De los instrumentos jurídicos convencionales, en cambio, no parece tan evidente que *per se* las *detenciones arbitrarias* reciban a priori este mismo tratamiento jurídico (*ibid.*), ya que por lo general de ellos se infiere la existencia del derecho al recurso respecto a la legalidad de la detención –art. 9,4 PIDCP; art. 5,4; art. 7,6 CADH (en el caso de la CADHyP podría inferirse de la conjunción de los arts. 6 y 26)–, y, en su caso, de manera expresa en los arts. 9,5 PIDCP y 5,5 CEDH, el derecho a obtener reparación en el supuesto de detención ilegal. Es cierto que el art. 147 de la IV Convención de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, prevé como infracción grave susceptible de persecución penal cualquier acto de *detención ilegal*, pero esta disposición, no hay que olvidarlo, contiene una norma jurídica de Derecho internacional humanitario aplicable sólo a situaciones de conflicto armado internacional en orden a proteger a la población civil –el art. 3, aplicable a los conflictos armados internos, no hace mención a la detención ilegal expresa como práctica prohibida (a mayor abundamiento: art. 8, 2 c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional)–.

Tampoco parece evidente que el consenso entre los Estados permita considerar que ese tratamiento jurídico se infiere del Derecho internacional general, a pesar de que, en el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión* –Resolución 43/173, de la Asamblea General de la ONU, de 9 de diciembre de 1988–, se exprese que todo acto contrario a los derechos y deberes incluidos en ellos deben estar prohibidos y comportar la investigación y sanción procedentes –Principio 7,1–; asimismo, tampoco el CDH cierra del todo la puerta a ello, ya que al referirse a esas prácticas que deben dar lugar a investigación y persecución penal añade la expresión *en particular*.

A la vista, empero, de que no todas las formas o situaciones de detención arbitraria son equiparables (ONU, *Documento E/CN.4/1992/20*, pp. 11-14, Anexo), parece compartida la idea de que hay situaciones de detención arbitraria muy graves en cuanto que, vulnerando los deberes de custodia, se ponga al individuo en riesgo de ser sometido a prácticas prohibidas como las ejecuciones extralegales, sumarias o arbitrarias o la tortura, y que podrían exigir del Estado garantizar el trato jurídico descrito. Se trata, por ejemplo, de las detenciones arbitrarias que no son reconocidas (CDH, *Observación general n° 29*, 2001, en: ONU, *Documento HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I)*, p. 285, § 13 b); también, ECHR,

Es perceptible, asimismo, cómo, al plantearse el contenido jurídico del derecho a la vida y de la prohibición de la tortura y otras prácticas análogas –atendiendo a la obligación jurídica general de *garantizar* al individuo el goce y disfrute de esos derechos (artículos 1 CEDH y 1 CADH)–, tanto el TEDH⁵⁴ como la Corte IDH⁵⁵ han señalado que forma parte de ambos derechos humanos la obligación jurídica de investigar y, en su caso, proceder a la identificación y castigo de los responsables⁵⁶; es decir, que un Estado Parte puede violar cualquiera de ambos derechos humanos en razón de la comisión bajo su jurisdicción de alguna de las prácticas prohibidas, pero asimismo hacerlo como consecuencia de la ausencia de una investigación que no cumpla las debidas exigencias de idoneidad y redunde en la ausencia de una acción para depurar responsabilidades. Esta apreciación implica, de otra parte, que la ausencia

Lulayev and others v. Russia, nº 69480/01, § 122, judgement of 2 November 2006, o bien: *Case Kurt v. Turkey*, judgment of 25 May 1998, *Reports of Judgements and Decisions 1998-III*, § 124); o bien, en un sentido más amplio, las detenciones arbitrarias sin control judicial alguno, que entiende la Corte IDH forman parte del *patrón imperante* propio de prácticas como las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias –sin descartar también su vinculación a la tortura– (CORTE IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez*, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C, nº 99, §§ 85, 100, y 108 a 112; véase también: *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros)*, Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C, nº 37, § 165). En este contexto, el TEDH subraya el carácter inderogable del inmediato control judicial sobre las detenciones (ECHR, *Aksoy v. Turkey*, judgment of 18 december 1996, *Reports of Judgements and Decisions 1996-VI*, § 76).

⁵⁴ Respecto al derecho a la vida (art. 2 CEDH), debe existir una investigación siempre que haya una muerte causada por el uso de la fuerza (ECHR, *McCann and others v. United Kingdom*, judgement of 27 September 1995, serie A nº 324, § 161), con la finalidad de asegurar la efectiva implementación del derecho interno que protege el derecho a la vida y, si los responsables son personas al servicio del Estado, exigirles su responsabilidad (ECHR, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, nº 57947/00, 57948/00 and 57949/00, § 210, judgement of 24 February 2005); en lo que respecta a la prohibición de la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes, el TEDH ha señalado que su prohibición –es decir, no sólo de la tortura– sería ineficaz en la práctica sin esa garantía (ECHR, *Martínez Sala and others v. Spain*, nº 58438/00, judgement of 2 November 2004, § 156); véase Nota 35.

⁵⁵ Sirva de ilustración la afirmación de la Corte IDH en el sentido de que una de las “condiciones para garantizar efectivamente los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personales es el cumplimiento del deber de investigar las afectaciones a los mismos” (*Caso Servellón García y Otros vs. Honduras*, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C, nº 152, § 119).

⁵⁶ El CDH, indica que la insuficiencia de investigación constituye una “violación separada del Pacto [PIDCP]” respecto a la de instruir una investigación efectiva, aunque más bien parece derivarla del art. 2,3 PIDCP que de las disposiciones específicas relativas a esos derechos humanos (CDH, *Observación general nº 31*, 2004, en: ONU, *Documento HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I)*, p. 294, § 18).

o insuficiencia de investigación puede constituir la vulneración, respecto a los familiares de las personas cuyo paradero se desconoce de la prohibición establecida en los artículos 3 CEDH y 4 CADH⁵⁷.

La aplicabilidad del marco jurídico-político inserto en los tratados internacionales mencionados demanda hacer referencia a dos cuestiones jurídicas complementarias: la *prescripción* y la *retroactividad*.

En primer término, hay que preguntarse si, al desarrollar su propia política criminal conforme a las exigencias jurídicas internacionales, los Estados Partes han de asumir la *imprescriptibilidad* de los delitos que tipifiquen los comportamientos constitutivos de tales prácticas –entendiendo que la prescripción de las infracciones penales puede constituirse en un instrumento de impunidad de derecho⁵⁸–. Se debe partir, como indican los *Principios y Directrices sobre las Víctimas*, de que la imprescriptibilidad es aplicable cuando “así se disponga en un tratado internacional o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales” –Principio 6–. De ahí que, partiendo de la base de que ninguno de los tratados internacionales antes mencionados prohíbe expresamente la extensión de la prescripción a la represión penal de tales prácticas, cabría inferir que los Estados Partes no estarían obligados a reputar los tipos penales correspondientes como imprescriptibles⁵⁹; a ello, hay que añadirle las siguientes consideraciones: de un lado, que la *Convención sobre Desapariciones Forzadas* reconoce expresamente la posibilidad de que los Estados Partes apliquen un régimen de prescripción a ese delito siempre que los actos de desaparición forzosa no integren un crimen contra la humanidad –art. 8,1 en relación con el art. 5–, aun cuando

⁵⁷ ECHR, *Case Kurt v. Turkey*, judgment of 25 May 1998, *Reports of Judgements and Decisions 1998-III*, § 133 o CORTE IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C, nº 120, § 112; especial significación puede tener tal situación respecto a grupos indígenas, ya que la Corte IDH ha llegado a afirmar que el incumplimiento de la obligación jurídica del Estado “ha impedido a los miembros de la comunidad Moiwana honrar adecuadamente a sus seres queridos fallecidos y ha implicado la separación forzosa de éstos de sus tierras tradicionales” (CORTE IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C, nº 124, § 93).

⁵⁸ Se hace aquí referencia sólo a uno de los dos supuestos de prescripción, la que afecta a la persecución de los delitos, y no a la prescripción de la pena que incide sobre la ejecución de la decisión judicial (ONU, *Documento E/CN.4/Sub.2/1993/6*, p. 14, § 41).

⁵⁹ El vigente Código Penal español sólo considera imprescriptibles los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado –arts. 607 a 612–; la tortura y otros delitos contra la integridad moral, por ejemplo, se encuentran regulados en los arts. 173 a 177 del mismo.

establece ciertas condiciones⁶⁰; y de otro lado, que, atendiendo a los tratados internacionales específicos existentes en la materia⁶¹, la imprescriptibilidad es aplicable a los *crímenes de Derecho internacional*, en los cuales prácticas aberrantes como las descritas se producen necesariamente en un contexto situacional concreto. No obstante, se plantea una nueva apelación de Orentlicher a las decisiones de órganos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales internacionales para inferir de sus actividades una “tendencia general” a reconocer la importancia de la doctrina de la imprescriptibilidad “para violaciones graves de los derechos humanos como la tortura”⁶². Sin perjuicio de observar positivamente los pronunciamientos en este sentido, es difícil a partir de la práctica alegada llegar a la conclusión de que, en el ámbito universal, tal tendencia se ha consolidado sobre la base de las normas jurídicas convencionales: primero, porque no siempre las opiniones mencionadas del Comité de Derechos Humanos del PIDCP y del Comité contra la Tortura mencionadas por Orentlicher, que son meras recomendaciones, reflejan la certeza de que la imprescriptibilidad constituya una obligación jurídica en estos supuestos –se le recomienda, por ejemplo, a un Estado Parte de la CAT, Chile, que “*considere la posibilidad de eliminar la prescripción o ampliar el actual plazo de 10 años previsto para el delito de tortura, habida cuenta de su gravedad*”–⁶³; y, de otro lado, porque el CDH, al referirse a las medidas para impedir la impunidad respecto a tales prác-

⁶⁰ En concreto, primero, que el plazo de prescripción sea prolongado y proporcional a la extrema gravedad del delito y, segundo, que se compute a partir del cese de la situación de desaparición forzada –art. 8,1–.

En el ámbito regional americano, la *Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas* no impide totalmente a los Estados Partes consagrarla (art. VII): si el principio de base es la imprescriptibilidad, se afirma a continuación que “cuando existiera una norma de carácter fundamental [constitucional] que impidiera la aplicación [de lo anterior] (...), el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave”.

⁶¹ En el marco de la ONU, el art. I de la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, de 26 de noviembre de 1968 –que incluye asimismo prácticas como el genocidio y el *apartheid*–; en el marco del Consejo de Europa, el art. 1 de la *Convención sobre la no aplicación de la prescripción a los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra*, de 25 de enero de 1974 permite, empero, que los Estados Partes incorporen otras violaciones de textos convencionales o del derecho consuetudinario de naturaleza semejante –sólo uno de los tres Estados Partes, Países Bajos, ha efectuado una declaración de voluntad en ese sentido, tal y como exigen sus arts. 1,3 y 6, pero para incluir las infracciones incluidas en el art. 85 del Protocolo I a las Convenciones de Ginebra, de 12 de diciembre de 1977 (COUNCIL OF EUROPE, *Treaty Office*, disponible en: <http://conventions.coe.int>, consultado el 13/10/2008)–.

⁶² ONU, *Documento E/CN.4/2005/102/Add.1*, p. 22, § 47.

⁶³ ONU, *Documento CAT/CR/32/5*, § 7; el resaltado es propio.

ticas, entre otras cosas indicó que otros “impedimentos para el establecimiento de la responsabilidad jurídica deben igualmente eliminarse, como (...) los períodos *excesivamente breves* de prescripción”⁶⁴. Ello no obsta, empero, para que, sobre las fuentes convencionales aplicables, la jurisprudencia de la Corte IDH no considere admisibles las disposiciones de prescripción en el ámbito jurídico de su competencia –aun cuando parta para ello de la inderogabilidad de esos derechos humanos a tenor del Derecho internacional de los derechos humanos⁶⁵ o a los principios de Derecho internacional⁶⁶–; al igual que sucede en el ámbito europeo con la posición que mantiene al respecto el TEDH: si una persona al servicio del Estado es acusada de actos contrarios a los artículos 2 y 3 CEDH susceptibles de ser llevados ante la justicia penal ni el procedimiento ni la pena pueden prescribir⁶⁷.

Y, en segundo término, se plantea el asunto de si las obligaciones jurídicas convencionales relativas a estas prácticas aberrantes pueden aplicarse *de manera retroactiva* a situaciones anteriores a la entrada en vigor para el Estado del tratado internacional en que se establezcan; hay que partir a tal efecto de que, por un lado, la regla general es que la aplicación de los tratados internacionales no es retroactiva “salvo que una intención diferente se desprende del tratado o conste de otro

⁶⁴ CDH, *Observación general n° 31*, 2004, en: ONU, *Documento HRI/GEN/11 Rev.9(Vol.I)*, p. 294, § 18; el resaltado es propio. Hay que añadir que este comentario se realiza tras constatar previamente que cuando “se cometen como parte de un ataque generalizado sistemático contra la población civil, esas violaciones del Pacto [las prácticas a las que se está haciendo referencia] son crímenes de lesa humanidad” (*ibid.*)

⁶⁵ “La Corte [IDH] reitera su jurisprudencia constante en el sentido de que ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos. En particular, son inaceptables las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, como las del presente caso” (CORTE IDH, *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C, n° 148, § 93); con anterioridad, la Corte IDH había reputado como *violaciones graves de los derechos humanos* prácticas como puedan ser “la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas” (CORTE IDH, *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, n° 75, § 41).

⁶⁶ En concreto, al principio *pacta sunt servanda* relativo a los tratados internacionales del que inferiría el requerimiento de que se asegure un efecto útil de las disposiciones de un tratado en el plano del derecho interno estatal (CORTE IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C, n° 124, § 167).

⁶⁷ ECHR, *Teren Aksakal v. Turkey*, n° 51967/99, § 88, judgement of 11 September 2007; o *Abdülşamet Yaman v. Turkey*, n° 32446/96, § 55, judgement of 2 November 2004; recuérdese lo expresado en la Nota 35.

modo” –Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 (art. 28)–, y, de que, por otro lado, ese es el criterio jurídico que se infiere de los tratados internacionales a los que se ha ido haciendo referencia constante⁶⁸. Aun siendo éste el punto jurídico de partida, tanto el TEDH como la Corte IDH han tendido a separar los *actos instantáneos*, perpetrados de una sola vez en un momento temporal perfectamente identificable –aunque sus efectos puedan perdurar⁶⁹–, y las *situaciones continuadas de violación de derechos humanos*, en que la lesión de derechos en que consiste la propia violación se prolonga en el tiempo, de manera que si la situación continuada persiste en el momento de la entrada en vigor del tratado internacional para el Estado –o bien, en su caso, desde la declaración por la que se otorga competencia a un órgano de carácter internacional, si de lo que se trata es de dilucidar la competencia *ratione materiae*–, éste debe responder por tales hechos; el caso paradigmático, probablemente, sea el de las desapariciones forzadas –aunque la jurisprudencia internacional también revele su aplicabilidad a algunos otros supuestos, entre ellos, el del derecho a la justicia⁷⁰–.

⁶⁸ Por ejemplo, la *Convención sobre Desapariciones Forzadas* dispone: “Si un Estado pasa a ser Parte de la presente Convención después de su entrada en vigor, sus obligaciones respecto al Comité sólo se extenderán a las desapariciones forzadas que hayan comenzado con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención para dicho Estado” –art. 35,2–; en cambio, el TEDH ha afirmado que el CEDH, que no incluye disposición alguna al respecto, conforme a los principios de Derecho internacional generalmente admitidos, no produce efectos retroactivos (EUROPEAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *De Becker v. Belgium*, nº 216/1954, Commission decision of 9 June 1958, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, Vol. 2 (1958-1959), pp. 230-231; ECHR, *Loizidou v. Turkey* (preliminary exceptions), judgement of 23 March 1995, Serie A, nº 310, § 99).

Hay que distinguir, sin embargo, esta cuestión de la que en ocasiones se le ha planteado al TEDH respecto a la persecución penal de hechos cometidos durante la II Guerra Mundial o en la época de la Guerra Fría en territorios de Europa Central y del Este: si ello vulnera el principio *nulla poena sine lege* del art. 7 CEDH –derecho inderogable a tenor del art. 15,2 CEDH–.

⁶⁹ Por ejemplo, el TEDH consideró inadmisibile *ratione temporis* respecto al art. 2 del Protocolo 4 al CEDH –prohibición de expulsiones colectivas– una demanda presentada en 2000 por cuanto el desplazamiento forzoso se había producido en 1944 y el CEDH entró en vigor para el *Länder* alemán correspondiente el 3 de octubre de 1990 (ECHR, *Weber v. Germany* (dec.), nº 55878/00, p. 17, decision of 23 October 2006).

⁷⁰ La desaparición forzada, además de comportar una violación múltiple de diversos derechos humanos, “los efectos de estas infracciones, aún cuando algunas, como en este caso, se hubiesen consumado, pueden prolongarse de manera continua o permanente hasta el momento en que se establezca el destino o paradero de la víctima” (CORTE IDH, *Caso Blake. Excepciones Preliminares*, Sentencia de 2 de julio de 1996, Serie C, nº 27, § 39); de otra parte, la Corte IDH ha considerado también como violación continuada la denegación persistente del derecho a la justicia, así como, a causa de las impli-

Tras analizar estas cuestiones desde el prisma convencional, cabe realizar un breve análisis de las mismas a tenor del Derecho internacional general, pues se ha de partir del presupuesto que la prohibición de prácticas como las expuestas⁷¹, como manifestación del principio de respeto de la dignidad humana, constituye una norma imperativa de Derecho internacional público (*ius cogens*), y, que, en consecuencia, su naturaleza jurídica comporta, tanto la existencia de unas obligaciones jurídicas *erga omnes*, como la no admisión de pacto en contrario que pueda contradecirlas.

Esta percepción lleva, en primer término, a perfilar la tesis de que del principio del respeto de la dignidad humana se infiere la necesidad general de evitar la impunidad ante prácticas que, como las descritas, atentan contra el núcleo de derechos inherentes a la misma; visión que revierte en obligaciones jurídicas como la de investigar adecuadamente los hechos, de procesar, enjuiciar y sancionar a los responsables, así como de reparar de manera efectiva la lesión producida.

En segundo término, no puede afirmarse de manera rotunda que el Derecho internacional general niegue a los Estados toda posibilidad de aplicar la prescripción, vista la práctica estatal, aunque sea evidente que, en aras de conciliar su empleo con la máxima eficacia en la lucha contra la impunidad, se considere exigible un uso restringido de la misma ante tales prácticas y que, además, exista una perceptible tendencia a prohibirla en cualquier circunstancia para favorecer el *efecto útil* de la garantía de los derechos humanos. A modo de orientación, el Principio 23 del *Conjunto de Principios* afirma que la prescripción “no se aplicará a los delitos graves conforme el derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles”, de lo que se infiere que se está, en principio, haciendo referencia a los crímenes de Derecho internacional⁷² –dentro de cuya tipificación se incluyen las prácticas a las que se hace mención, pero siempre dentro de un contexto jurídico definido y no en cualquier circunstancia–; esta aproximación vendría, además, avalada por:

caciones de esa situación, del derecho a la integridad personal –arts. 5, 8, 25 y 1,1 CADH– (CORTE IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C, nº 124, §§ 43 y 90 a 103).

⁷¹ Se recuerdan aquí y ahora las salvedades y especificaciones hechas anteriormente respecto a las prácticas cuya persecución penal está prevista en los Protocolos Facultativos a la Convención de los Derechos del Niño y a la *detención arbitraria* (véanse Notas 52 y 53).

⁷² Véase el comentario de Orentlicher al que se refiere la Nota 62; por naturaleza, y no por reconocimiento, son los crímenes de Derecho internacional los únicos imprescriptibles –como ella misma viene a asumir–.

- La extinta Comisión de Derechos Humanos, que, al pronunciarse sobre la impunidad, “insta a los Estados a que, de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional aplicable, supriman cualquier ley de prescripción que todavía exista de esos delitos” –genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra que son “imprescriptibles” (Punto 4)–, sin que la misma referencia se efectúe respecto a otras prácticas –Resolución 2005/81, de 21 de abril de 2005–.
- En la medida en que el PIDCP es un tratado general y de carácter universal que reconoce derechos humanos respecto a los cuales existen obligaciones *erga omnes*, la opinión ya comentada del CDH⁷³ en el sentido de no negar la posibilidad de que se aplique la prescripción respecto a la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares, la ejecución sumaria y arbitraria y la desaparición forzosa⁷⁴.
- La prudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, pues, pese a que señala que la prohibición de la tortura es una norma imperativa, solamente se atreve a afirmar que *it would seem (il semblerait)* que la tortura resulta imprescriptible⁷⁵.

La práctica de los tribunales internacionales de carácter regional antes reseñada, con ser importante por cuanto marca una favorable tendencia evolutiva basada en la efectividad de los derechos humanos, no permite asegurar con toda certeza la prohibición de la prescripción respecto a las prácticas de referencia en cualquier circunstancia y contexto en el marco del Derecho internacional general, o cuando menos, su percepción no es totalmente compartida desde otras instancias internacionales.

Y, en tercer término, en torno a la cuestión de la *retroactividad*, cabe afirmar que no hay razones objetivas que permitan alumbrar una solución diferente a la argumentada respecto al Derecho internacional convencional. Sin embargo, y en contraposición a la seguridad jurídica que a este

⁷³ CDH, *Observación general n° 31*, 2004, en: ONU, *Documento HRI/GEN/1/ Rev.9(Vol.I)*, pp. 290 y 294, §§ 2 y 18.

⁷⁴ De hecho, este es el caso de España –véase Nota 59–, pero también de Estados como Francia –arts. 213-5 y 133-2 del Código Penal– o la R.F. de Alemania –art. 5 de la Ley de 26 de junio de 2002–; en Alemania, eso sí, su Código Penal no permite tampoco la prescripción del delito de asesinato –arts. 78, a) y 211 del Código Penal–.

⁷⁵ ICTY, *Prosecutor v. Furundžija “Lašva Valley”, Judgement, Case No. IT-95-17/1*, Tr. Ch. II, 10 December 1998, § 157; además, hay que tener presente que, conforme a su Estatuto, este órgano jurisdiccional sólo conoce de la tortura en cuanto práctica vinculada a la comisión de crímenes de guerra y/o los crímenes contra la humanidad, y, en consecuencia, en un contexto jurídico definido –o bien como práctica asociada a la comisión del crimen de genocidio–.

nivel aportan los tratados internacionales, no parece tan sencillo dilucidar a partir de qué momento puede considerarse no sólo que la prohibición de cada una de las prácticas aberrantes que se han contemplado constituye una norma de Derecho internacional general sino desde cuándo es jurídicamente exigible la persecución penal de su violación con independencia de su consideración como un *acto inhumano* vinculado a la comisión de los tipos penales constitutivos de crímenes de Derecho internacional.

1.3. *El derecho a saber y el derecho a la verdad*

En todo proceso de transición que venga marcado por un pasado de violaciones graves de los derechos fundamentales, se antoja casi ineludible la existencia de una tensión entre, por un lado, las pretensiones de las víctimas y de sectores sociales afines a las mismas de hacer presente socialmente la realidad de lo acontecido, y, por otro lado, las presiones de los sectores sociales que prefiguran su olvido como fundamento de la reconciliación; ambas posiciones condicionan las opciones político-jurídicas de quienes gobiernan el proceso transitorio, pudiendo alentar posiciones tan antagónicas como la decisión de vincular la construcción de la transición al esclarecimiento de los hechos precedentes o la decisión de auspiciar el olvido desde las instancias oficiales –pasando por decisiones que amparan un aplazamiento más o menos dilatado de su conocimiento–. Asumiendo las posibles razones psicológicas –implícitas en el concepto mismo de *reparación* a la víctima y a sus familiares– y sociológicas –interrelacionadas con la percepción *preventiva* de la justicia transicional– que aconsejarían siempre aclarar los hechos acaecidos, hay que preguntarse si el ordenamiento jurídico internacional limita la discrecionalidad estatal a este respecto.

Si se atiende, como referencia de partida, al *Conjunto de Principios* elaborados en el seno de la ONU, parece apuntarse a la existencia de un doble compromiso jurídico derivado de la lucha contra la impunidad:

- La *dimensión individual* (Principio 4): que se concreta en el *derecho a saber* de las víctimas y de sus familiares “acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió como víctima”⁷⁶.

⁷⁶ Por ejemplo, en España, el Preámbulo de la *Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura* (BOE, 310, de 27 de diciembre de 2007), menciona la existencia de “un derecho individual a la memoria personal y familiar de cada ciudadano”.

- La *dimensión colectiva* (Principios 2 y 3): que parte del *derecho inalienable de todo pueblo a conocer la verdad* sobre los acontecimientos, circunstancias y motivos que llevaron a la perpetración de los crímenes aberrantes sucedidos –como salvaguardia de la futura no repetición de tales actos–, y que se complementa con el deber de recordar, el cual implica el compromiso estatal de adoptar aquellas medidas adecuadas para preservar del olvido la memoria colectiva; el derecho a saber es, por consiguiente, un “derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia”⁷⁷.

De nuevo, cabe contrastar el planteamiento jurídico-político que se predica del *Conjunto de Principios* con la realidad del Derecho internacional vigente.

El derecho a saber, como manifestación jurídica de la dimensión individual indicada, es reconocible en el Derecho internacional público vigente: de manera expresa en instrumentos jurídicos internacionales muy específicos como, por ejemplo, la *Convención sobre Desapariciones Forzadas* –cuyo artículo 24,2 estipula que toda víctima “tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida”–, o bien, en el ámbito del Derecho internacional humanitario, el artículo 32 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra, de 8 de junio de 1977 que solicita que la conducta de los Estados respecto a los desaparecidos y las personas fallecidas esté motivada “ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros”⁷⁸; de manera implícita, como elemento intrínseco al ejercicio efectivo del derecho a la justicia por parte de las víctimas y de sus familiares; y, finalmente, como se ha podido observar en la práctica de los órganos cuasi-jurisdiccionales y jurisdiccionales en materia de derechos humanos previamente analizada, a partir de la vinculación del derecho a saber de víctimas y de familiares a otros derechos fundamentales.

⁷⁷ ONU, *Documento E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1*, p. 6, § 17.

⁷⁸ Más allá de las disposiciones de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 al respecto –arts. 16 y 17 Convenio I, art. 19 Convenio II, art. 122 Convenio III y art. 136 Convenio IV–, parece consolidarse en el ámbito del Derecho internacional humanitario la percepción de que la obligación estatal de adoptar medidas factibles para conocer el paradero de las personas presuntamente desaparecidas a raíz de un conflicto armado, internacional o interno, y de comunicar a sus familiares todo dato de que dispusieran acerca de su suerte, es una norma jurídica de Derecho internacional consuetudinario (ICRC, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge Press University, Cambridge, 2005, pp. 421-427).

Más difícil resulta obtener una respuesta igualmente favorable al reconocimiento jurídico positivo de un derecho a la verdad de naturaleza colectiva, que supere la cauta opinión de Gómez Isa en el sentido de que “se ha convertido [el derecho a la verdad] en un principio emergente del Derecho Internacional que, aunque todavía no se encuentra reconocido explícitamente como tal por ningún tratado internacional de derechos humanos, se puede derivar claramente de los mismos y, además, ha sido acogido, (...), por los principales órganos que velan por los derechos humanos en la esfera internacional”⁷⁹.

La emergencia de este derecho a la verdad tendría un primer “asidero” jurídico internacional⁸⁰ en la práctica del sistema americano de derechos humanos. Se suele partir de la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: el derecho a conocer la verdad respecto a graves violaciones a los derechos humanos “constituye una obligación que el Estado tiene con los familiares de las víctimas y con la sociedad, como consecuencia de las obligaciones y deberes asumidos por dicho país en su calidad de Estado Parte” de la CADH –artículos 1,1 (obligación de respetar y garantizar los derechos), 8 (garantías judiciales), 25 (protección judicial) y 13 (libertad de pensamiento y de expresión)–, que tendría una dimensión individual y colectiva –en tanto que “derecho de carácter colectivo [del que sería titular la sociedad en general]”⁸¹ que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos” sobre tales sucesos⁸²–. Esta opinión parece ser asumida por la Corte IDH al advertir que “toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a la verdad”, por lo que “los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones”⁸³.

Sin embargo, hay elementos de juicio que relativizarían el reconocimiento jurídico de un derecho colectivo como tal: primero, la propia

⁷⁹ GÓMEZ ISA, F., *op. cit.*, p. 41.

⁸⁰ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 263.

⁸¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe N° 136/99*, Caso 10.488, Ignacio Ellacuría, S.J.; Segundo Montes, S.J.; Armando López, S.J.; Ignacio Martín Baró, S.J.; Joaquín López y López, S.J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos; y Celina Mariceth Ramos / EL SALVADOR, de 22 de diciembre de 1999, § 266.

⁸² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe N° 1/99*, Caso 10.480, Lucio Parada Cea, Héctor Joaquín Miranda Marroquín, Fausto García Funes, Andrés Hernández Carpio, José Catalino Meléndez y Carlos Antonio Martínez Romero / El Salvador, de 27 de enero de 1999, §§ 147 y 150.

⁸³ CORTE IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, n° 101, § 274.

Corte IDH ha señalado que ese derecho a la verdad es un “derecho no existente en la Convención Americana [de Derechos Humanos] aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial, lo cual en este caso se encuentra ya resuelto por la decisión de la Corte al establecer el deber que tiene el Perú de investigar los hechos que produjeron las violaciones”⁸⁴; segundo, por cuanto el cumplimiento de las expectativas derivadas de este derecho a la verdad implica que el “resultado del proceso [judicial] deberá ser públicamente divulgado”⁸⁵; tercero, en consecuencia, porque el “derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes” –a tenor de los artículos 8 y 25 de la CADH⁸⁶–; y, cuarto, que las hipotéticas “verdades históricas que a través de ese mecanismo [el de las comisiones de la verdad que puedan crearse en un Estado] se logren, no deben ser entendidas como un sustituto del deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales por los medios jurisdiccionales correspondientes”⁸⁷.

De todo ello se infiere que el derecho a la verdad –entendido desde esa aproximación colectiva– para la Corte IDH no es, por ahora, más que un *corolario* del derecho a la justicia, en la medida en que, si bien la investigación y depuración de responsabilidades por tales hechos se corresponde a un derecho subjetivo de las víctimas y de sus familiares, ha de entenderse que su efectividad debe comportar una dimensión social a través del conocimiento de las actuaciones judiciales y de sus resultados; lo cual, en puridad, no implica el reconocimiento jurídico de un derecho colectivo de carácter autónomo que pueda satisfacerse fuera del marco de su interrelación con la acción jurisdiccional emprendida.

En cuanto a la contribución de la ONU y de sus órganos, ésta se encuentra relacionada con la acción institucional derivada de la lucha contra la impunidad⁸⁸. De una parte, los trabajos previos que llevaron a

⁸⁴ CORTE IDH, *Caso Castillo Paez vs. Perú*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997 (Fondo), Serie C, n° 34, § 86.

⁸⁵ CORTE IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, n° 101, § 275, también § 209.

⁸⁶ CORTE IDH, *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, n° 75, § 48.

⁸⁷ CORTE IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, n° 166, § 128.

⁸⁸ Un buen resumen de las líneas de trabajo y resultados obtenidos, en: ONU, *Documento E/CN.4/2006/91*.

la adopción del *Conjunto de Principios* por la Comisión de Derechos Humanos no parecen alterar la hipótesis de partida sobre el alcance jurídico del derecho a la verdad: como afirma Orentlicher, “la evolución reciente de la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados ha reafirmado categóricamente las dimensiones individuales y colectivas del derecho a saber”⁸⁹ –lo que se complementa con la afirmación en el *Conjunto de Principios* de que la finalidad de una comisión de la verdad “no consistirá en reemplazar a la justicia” (Principio 8)–. De otra parte, en el estudio realizado en el seno de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el derecho a la verdad –encargado por la Comisión de Derechos Humanos mediante Resolución 2005/66, de 20 de abril de 2005, sobre el *Derecho a la verdad*–, se mantiene que, sin perjuicio de advertir la dimensión colectiva del mismo, el “concepto de un *derecho a la verdad que se debe a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos y a sus familiares* ha ido cobrando importancia en los últimos decenios”⁹⁰. Tal perspectiva se trasluce asimismo en la Resolución 2005/66, en cuyo Preámbulo se infiere de los previos trabajos de la ONU “el derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y a sus familiares de conocer la verdad”.

En consecuencia, más que prudente, hay que ser escéptico al ponderar si efectivamente o no se ha producido el reconocimiento jurídico internacional del derecho a la verdad como un *derecho inalienable* de titularidad colectiva en el actual estadio de evolución del Derecho internacional público. En ausencia de cualquier formalización convencional, los datos disponibles no permiten asegurar su reconocimiento jurídico internacional a través de otras vías generatrices del ordenamiento jurídico internacional. No se evidencia una convicción jurídica, fruto de la convergencia generalizada de los ordenamientos jurídicos estatales, que proyecte la existencia de un hipotético *principio general de derecho internacional*. Y, pese a la creciente tendencia estatal a garantizar jurídicamente medidas sobre la memoria histórica –lo que no permite borrar la ausencia en decenios precedentes de una sensibilidad unitaria sobre semejante asunto–, tampoco puede inferirse aún la formación de una costumbre internacional general: por la relatividad de la generalización

⁸⁹ ONU, *Documento E/CN.4/2005/102*, p. 10, § 17; quizá el adverbio utilizado por la relatora plantea un escenario en exceso rotundo para un planteamiento jurídico que, si bien es perceptible, no deja de ser una realidad emergente y todavía en consolidación a escala universal.

⁹⁰ ONU, *Documento E/CN.4/2006/91*, p. 4, § 5, y en relación con ello: pp. 22-23, § 58; el resaltado es propio.

de la práctica si se aprecia en dimensión histórica y temporal la divergencia de la praxis; por la constatación de que la asunción de deberes jurídicos al respecto no se sustenta de manera uniforme en el reconocimiento jurídico de un derecho colectivo; y por la falta de evidencia de una clara *opinio iuris* intergubernamental.

Alternativamente, no ha de colegirse el reconocimiento jurídico del *derecho a la verdad* del hecho de llegar a inferir del derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas –artículo 19 PIDCP– la existencia de un derecho de acceso a la información en poder de las Administraciones públicas, tal y como sugiere el *Relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión* de la ONU⁹¹ –del cual el acceso a la documentación relacionada con los acontecimientos pretéritos y el tratamiento de sus consecuencias dentro de un proceso transitorio sería una manifestación concreta⁹²–; dejando de lado el debate sobre si la opinión jurídica vertida por el Relator especial tiene suficiente consistencia y fundamento universales –él mismo señala que “las normas internacionales establecen sólo un derecho general a la libertad de información” (es decir, del derecho a recibir información a través de las fuentes informativas generalmente accesibles)⁹³–, lo que excede del objeto examinado, la asun-

⁹¹ ONU, *Documento E/CN.4/2005/64*, p. 11, § 41.

⁹² Su antecesor, por ejemplo, hizo “suya la opinión de que los gobiernos son responsables de facilitar el acceso a la información que ya es de dominio público, por ejemplo, los informes y las recomendaciones de las comisiones de la verdad y la reconciliación” (ONU, *Documento E/CN.4/1998/40*, p. 6, § 16).

⁹³ ONU, *Documento E/CN.4/2005/64*, p. 10, § 39; en los *Principios y Directrices sobre las Víctimas* se menciona que los Estados “han de arbitrar medios de informar al público en general” de los derechos y recursos disponibles para las víctimas, tras lo cual señala el derecho de las víctimas y sus representantes “a conocer la verdad acerca de esas violaciones” –Principio 24–.

Por lo general, el derecho a la información ha venido siendo concebido como corolario de la libertad de información –derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas– que se encuentra comprendida dentro del derecho a la libertad de expresión, en la medida en que éste comprende “el derecho de todos a conocer opiniones y noticias” –lo que implica la existencia de fuentes de información generalmente accesibles, de medios de comunicación social, abiertos y plurales (CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos), §§ 32 y 34)–; de modo que, si se asegura la libertad de expresión de los medios de comunicación social –dimensión individual del derecho a la libertad de expresión– se asegura el respeto a su corolario –dimensión social–. Esta reinterpretación inclusiva del acceso a la información en poder de las Administraciones Públicas no está claro si cuenta con suficiente sustento jurídico universal: primero, porque la tendencia legislativa no sea quizá del todo representativa, pues se ha apreciado su reconocimiento legislativo estatal en “más de 50

ción de la existencia de un derecho a la información administrativa no significaría *per se* reconocer jurídicamente el derecho a la verdad: primero, porque el derecho de acceso a la información administrativa tendría un carácter general sobre el conjunto de la información administrativa –siendo factible incluso que, respecto a los materiales a los que hace referencia ese hipotético derecho a la verdad, se considerasen razonables ciertas restricciones a tenor del artículo 19,3 del PIDCP–; segundo, porque en el plano teleológico ese derecho a la verdad podría apoyarse en el derecho de acceso a la información administrativa pero su plena efectividad excedería del mismo; y, tercero, conectando con lo anterior, porque no toda información o documentación susceptible de ser calificada como necesaria para hacer efectivo ese *derecho a la verdad* tendría forzosamente que formar parte del *acervo documental* en manos de las Administraciones Públicas.

El derecho a la verdad, en los términos indicados, no parece conformarse realmente como una exigencia jurídica autónoma derivada del reconocimiento jurídico internacional de un derecho. Asimismo, tampoco es que la hipotética exigibilidad jurídica del *derecho a la verdad* se encuentre afirmada por otros cauces en el ordenamiento jurídico internacional de manera tan diáfana y universal como podría desprenderse de las diversas opiniones e interpretaciones institucionales que a él se refieren: ni puede inferirse claramente de la actitud estatal que haya cristalizado a ese nivel en un principio jurídico emergente, ni parecen muy nítidas cuáles son efectivamente las obligaciones positivas derivadas de la *dimensión social* del derecho a saber de las víctimas y de sus familiares –en especial, si se aprecia su vinculación al ejercicio de la función judicial–. No obstante, con todas las dudas jurídicas que ello pueda generar, la presencia de una dimensión colectiva del derecho a saber de las víctimas y de sus familias, incluso aunque fuese en términos de *lege ferenda*⁹⁴, ha de considerarse como una contribución positiva a

[Estados] en todas las regiones del mundo” (ONU, *Documento E/CN.4/2004/62*, p. 12, § 48); y, segundo, porque igualmente puede interpretarse que el derecho a la información administrativa resulta de una obligación positiva respecto al acceso a la información (ONU, *Documento E/CN.4/1998/40*, p. 5, § 14), sin necesidad acaso de forzar una interpretación que implique el reconocimiento jurídico internacional de carácter universal que se pretende. De todos modos, recuérdese que el art. 13 CADH es también mencionado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como base jurídica de la existencia de un derecho a la verdad.

⁹⁴ De hecho, el Consejo de Derechos Humanos destaca en el Preámbulo de su Resolución 9/11, de 19 de septiembre de 2008, “la importancia de que la comunidad internacional reconozca el derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario, así como a sus familias y a la sociedad en su conjunto, de conocer la verdad sobre esas violacio-

que la justicia transicional comporte un conocimiento público y un debate significativos sobre el pasado –más aún si se tiende a reforzar con la generalización de la exigibilidad jurídica del derecho de acceso a la información administrativa–.

2. La impunidad y la persecución de los crímenes de Derecho internacional

La existencia de una serie de conductas jurídicamente calificadas como crímenes de Derecho internacional pone de manifiesto la voluntad de preservar algunos intereses que parecen ser percibidos por los Estados como esenciales para la Sociedad internacional en su conjunto y, concretamente, de ciertos bienes jurídicos que se perfilan como indispensables para la adecuada satisfacción de los mismos; entre estos bienes jurídicos, sin duda, se encuentra la salvaguardia de la Humanidad⁹⁵ –en su entendimiento como suma de todas las individualidades que pueden ver en peligro su supervivencia o su integridad física o psíquica por determinadas conductas tipificadas–, de manera que el objeto de la represión penal se orienta a prevenir y proteger a los seres humanos de prácticas inhumanas que atentan a los valores esenciales que impregnan la conciencia social común. Así, por ejemplo, en el Preámbulo de la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Convención sobre el Genocidio)*, de 9 de diciembre de 1948, se afirma la necesidad de la cooperación internacional para “liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso” como es el propio genocidio –práctica aberrante “que [según el citado Preámbulo] el mundo civilizado condena”–.

Estas afirmaciones permiten subrayar, primero, que la exigencia de responsabilidad penal internacional al individuo se sustenta en buena medida en la voluntad de evitar la reiteración de los ataques especialmente graves a la dignidad humana⁹⁶, y, segundo, que entre las con-

nes, en la máxima medida posible, en particular la identidad de los autores, las causas y los hechos, y las circunstancias en que se produjeron esas violaciones”.

⁹⁵ ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité internationale de l’individu”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 280, 1999, pp. 199-201; ante “actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad” –Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948–.

⁹⁶ No en vano, la propia Carta de las Naciones Unidas, tratado constitutivo de la ONU, entiende que es misión del *nuevo orden mundial* al que pretende servir como referente institucional universal preservar “a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles”; quizá en esta frase se resumen los dos principales bienes jurídicos que, por ahora, pretenden tutelar los crímenes de Derecho internacional: el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y la salvaguardia de la Humanidad.

ductas tipificadas como crímenes de Derecho internacional se encuentran *actos inhumanos* que violan los derechos fundamentales de la persona humana aunque, eso sí, siempre que los mismos se realicen en un determinado contexto exigido jurídicamente para la apreciación de la responsabilidad penal –la existencia de un conflicto armado, internacional o interno, o bien la existencia de una política o voluntad deliberadas dirigidas contra toda o parte de la población de un territorio–. Hay que advertir, empero, que tanto la extensión de la aplicabilidad de la noción de *crimen de Derecho internacional* como el contenido de las conductas tipificadas han mostrado una variabilidad⁹⁷ en el tiempo que, desde el respeto a los presupuestos de base, subraya la dificultad para la construcción de un consenso generalizado entre los Estados para ampliar el alcance jurídico de la política criminal iniciada fundamentalmente tras la II Guerra Mundial.

No hay duda de que las situaciones que dan lugar a la aplicación de medidas de justicia transicional son proclives a ofrecer ejemplos de comportamientos que entran dentro de la calificación de crímenes de Derecho internacional: si los conflictos armados, internacionales o internos, no dejan de ser un contexto violento al que resulta ajeno convertirse en sustrato para acciones de pura barbarie, la represión social y política que suele acompañar a la existencia de regímenes autoritarios implica una voluntad destructiva de sectores de la población que da pie al empleo más o menos intensivo de prácticas aberrantes –por ejemplo, de la tortura o de las desapariciones forzadas–.

Dentro de estas coordenadas, cabe realizar una doble pero genérica reflexión sobre el alcance de las decisiones en materia de justicia transicional y las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados frente a la presunta comisión de crímenes de Derecho internacional. Por un lado, hay que apreciar cómo la vigencia en el marco de la exigencia de responsabilidad penal internacional del individuo del principio *aut dedere aut judicare* –juzgar o extraditar– resulta, en teoría, muy positivo para el planteamiento de las decisiones en materia de justicia transicional, por lo que implica de apertura a la complementariedad de jurisdicciones, ya que ofrece alternativas que permiten al Estado en situación transitoria, en colaboración con otros Estados u otras instancias institucionales internacionales, conjugar los riesgos internos derivados de la gestión de una transición con la lucha contra la impunidad; así, por ejemplo, facilita que otro Estado con conexión respecto a los hechos o que ejercite la jurisdicción universal pueda enjuiciar a presuntos responsables que el

⁹⁷ ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité...”, *op. cit.*, p. 298.

Estado donde se produjeron los hechos no ha podido o no se ha atrevido a juzgar, o bien, someter a esas mismas personas a un tribunal penal internacional o mixto. Y, de otro lado, es perceptible cómo las normas jurídicas internacionales en la materia influyen en la evolución legislativa de los Estados en transición, propiciando la paulatina incorporación de los crímenes de Derecho internacional a su ordenamiento jurídico –y, por tanto, a la evaluación jurídica de las leyes vigentes y de las prácticas propias del período anterior a la transición–.

Eludiendo cualquier intento de realizar una teorización general sobre las implicaciones para la justicia transicional de la existencia de normas jurídicas internacionales sobre la responsabilidad penal internacional del individuo, se pretenden ofrecer algunas orientaciones sobre las principales cuestiones jurídicas que suscita la interacción entre la lucha contra la impunidad, los derechos humanos y la toma de decisiones en materia de justicia transicional, que se examinarán de manera separada: la *relación entre la tipificación de los crímenes de Derecho internacional y los derechos humanos*; la *aplicabilidad del principio de legalidad penal*; y, finalmente, la *especificidad del tratamiento jurídico de los crímenes contra la humanidad*.

2.1. *La relación entre la tipificación de los crímenes de Derecho internacional y los derechos humanos.*

La conexión entre los tipos penales constitutivos de crímenes de Derecho internacional y la violación de los derechos humanos es perceptible ya en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (TMI o Tribunal de Nuremberg) anexo al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945: al definirse, respectivamente, en el artículo 6 (b) y (c), los *crímenes de guerra* y los *crímenes contra la humanidad* se aprecia la inserción en ambos supuestos de comportamientos constitutivos de atentados graves a la dignidad humana que, con posterioridad, serían objeto de prohibición a tenor del desarrollo paulatino tanto del Derecho internacional humanitario como del Derecho internacional de los derechos humanos; la experiencia del TMI tiene su reflejo en los *principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto y la sentencia del Tribunal de Nuremberg*, adoptados en 1950 por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en 1950, de modo que, en su Principio VI⁹⁸, se definen los crímenes de guerra como:

⁹⁸ CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 5º período de sesiones (5 de junio y 29 de julio de 1950)*, Documento A/1316, Suplemento 12, p. 14.

“b. (...) Las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra que comprenden, sin que esta eumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificada de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares”.

Y los crímenes contra la humanidad como:

“c. (...) El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él”.

Con posterioridad, se ha ido produciendo un desarrollo progresivo de la conceptualización de los crímenes de Derecho internacional –que, en suma, ha revertido en una percepción extensiva de la noción de crimen de Derecho internacional y de los supuestos calificados como tal–; proceso marcado por una triple tendencia⁹⁹: primera, la voluntad de colmar las lagunas observadas en el Estatuto del TMI; segunda, la extensión del ámbito de aplicación material de los tipos penales definidos; y, tercera, la calificación de nuevas conductas o políticas como crímenes de Derecho internacional. Hay que destacar, empero, que esta evolución no ha logrado por ahora el objetivo de alumbrar definitivamente un *Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* –del que la CDI ha aprobado dos proyectos en 1954 y en 1996–; esta carencia, entre otras cosas, muestra la complejidad de construir un consenso intergubernamental generalizado en este ámbito jurídico sobre la base de una política criminal a veces muy errática, y en otras muy extensiva respecto a los presupuestos originarios, en lo que concierne a la extensión de las conductas tipificadas¹⁰⁰.

En torno a este desarrollo progresivo puede subrayarse en el ámbito convencional:

⁹⁹ ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 182.

¹⁰⁰ Véanse las diferencias entre el proyecto de 1954 y de 1996.

- Tras la afirmación por el TMI de la existencia previa a la II Guerra Mundial del carácter delictivo de las conductas especificadas en el artículo 6 (b) de su Estatuto como crímenes de guerra, por estar “tales delitos comprendidos en disposiciones” vigentes de las leyes y usos de guerra –conforme al *Reglamento relativo a las leyes y usos de guerra de la guerra terrestre*, de 18 de octubre de 1907, anexo a la Convención de la misma fecha–, y del Derecho internacional humanitario –*Convención relativa a los prisioneros de guerra*, de 27 de julio de 1929¹⁰¹, el posterior desarrollo del Derecho internacional humanitario ha comportado la identificación de unas *infracciones graves* cometidas respecto a personas o bienes protegidos por los respectivos tratados internacionales adoptados¹⁰².
- La ya mencionada *Convención sobre el Genocidio* define ese tipo penal autónomo cuya consideración como crimen de Derecho internacional ya había sido perfilada por la Resolución 96 (I) de la Asamblea General de la ONU, de 11 de diciembre de 1945¹⁰³.
- La *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973, coincidiendo con la Resolución 2202 (XXI) de la Asamblea General, de 16 de noviembre de 1966, considera que esta práctica es un crimen contra la humanidad, aun a pesar de que de la redacción del artículo

¹⁰¹ CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 5º período de sesiones (5 de junio y 29 de julio de 1950), Documento A/1316*, Suplemento 12, p. 14, § 119; en concreto, el TMI señaló los arts. 46, 50, 52 y 56 del citado Reglamento y los arts. 2, 3, 4, 46 y 51 de la Convención (ITM, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946*), vol. I, IMT, Nuremberg, 1947, p. 64).

¹⁰² En concreto: arts. 49 y 50 Convenio I; arts. 50 y 51 Convenio II; arts. 129 y 130 Convenio III; arts. 146 y 147 Convenio IV; y arts. 85 a 89 Protocolo I.

¹⁰³ El art. II de la Convención establece que los actos constitutivos de genocidio se caracterizan por un *dolus specialis*: la intención de destruir, total o parcialmente, a un “grupo nacional, étnico, racial o religioso”, mientras que la Resolución 96 (I) alude a su posible comisión por “motivos religiosos, raciales o políticos”. En parte, lo prevenido en la Resolución 96 (I), así como el argumento de que la ausencia en el art. II de la Convención no debía interpretarse como exclusión, llevó a la Audiencia Nacional española, en su Auto de 5 de noviembre de 1998, a considerar como actos de genocidio la represión política desplegada en Chile por el régimen militar dirigido por el general Pinochet –contra un grupo diferenciado nacional: el conjunto de los opositores políticos–; tal interpretación no puede extrapolarse a escala universal si se atiende tanto a los trabajos preparatorios de la Convención como a la práctica posterior de los Estados al respecto, pese a que pueda encontrar su justificación en la dificultad de ese momento para imputar la comisión de un crimen contra la humanidad a tenor de la normativa española.

Il de la Convención se pudiera colegir la presencia de un contexto autónomo –como sucede, por ejemplo, con el genocidio–; el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto CPI) reproduce la fórmula (artículo 8,1,i) y 8,2,h)), sin perjuicio de que, dentro de los parámetros generales comunes, se manifieste expresamente la especificidad contextual de este tipo penal.

- De manera expresa en el supuesto del *Convención sobre Desapariciones Forzadas* y por la lógica de la política criminal seguida en el supuesto de la *CAT*, se aprecia cómo tanto la desaparición forzosa como la tortura, siendo siempre consideradas conductas delictivas graves objeto de persecución penal por los Estados, son prácticas tipificadas como crimen de Derecho internacional sólo en la medida en que constituyen un crimen contra la humanidad y no autónomamente –es decir, cuya comisión debe haberse producido en el contexto descrito para la existencia de un crimen contra la humanidad¹⁰⁴–.

Este desarrollo progresivo convencional no puede obviar que, asimismo, las últimas décadas han venido marcadas por la creación tanto de tribunales penales internacionales *ad hoc* –como son los creados por el Consejo de Seguridad de la ONU para la ex Yugoslavia y para Ruanda (Resolución 808 (1993), de 22 de febrero de 1993, y Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994, respectivamente)–, como de un tribunal penal internacional de carácter permanente como es la Corte Penal Internacional (CPI) –su Estatuto es un tratado internacional, adoptado el 17 de julio de 1998–; asimismo, es perceptible el recurso a la creación de tribunales híbridos, con elementos constitutivos internacionales e internos¹⁰⁵. Los estatutos de estos tribunales –en especial, los de los tres tribunales de naturaleza jurídica estrictamente internacional–, a pesar de que *prima facie* tienen como objeto delimitar la respectiva competencia *ratione materiae*, adquieren una relevancia instrumental al incorporar nuevos comportamientos delictivos no previstos por los ante-

¹⁰⁴ Semejante cuestión se plantea respecto a la *Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado*, de 9 de diciembre de 1994, y la percepción de que las conductas criminales descritas en la misma se subsumen, al ser abordadas desde el prisma del Derecho internacional penal, como crímenes de guerra –ejemplo: art. 8, párrafos 2,b)iii) y 2,e),iii) del Estatuto CPI–.

¹⁰⁵ Como, por ejemplo, los Paneles Especiales para Crímenes Graves del Tribunal de Distrito de Dili –Timor Oriental–, la Corte Especial para Sierra Leona, las Salas especiales para el enjuiciamiento del Khemer Rojo –Camboya–, o bien las Salas especiales internacionales del Tribunal de Distrito de Pristina –Kosovo– y del Tribunal Estatal de Bosnia-Herzegovina.

riores tratados internacionales –por ejemplo, añadiendo expresamente nuevos *actos inhumanos* al crimen contra la humanidad¹⁰⁶– y reflejar, por tanto, la evolución tanto de la conciencia social común subyacente como del Derecho internacional general en la materia. La jurisprudencia de estos tribunales, con sus aciertos y sus errores, ha permitido clarificar –acorde con la misión auxiliar que cumple la jurisprudencia internacional en el ordenamiento jurídico internacional– en un sentido evolutivo los elementos constitutivos de los tipos penales consagrados, contribuyendo correlativamente a precisar el sentido del Derecho internacional general.

Estas últimas consideraciones permiten indicar otra característica relevante de la persecución penal de los crímenes de Derecho internacional: con independencia de los tratados internacionales –vinculantes, por regla general, sólo para quienes adquieren la cualidad de parte–, las normas jurídicas esenciales en cuanto a la persecución penal, incluida la tipificación de las conductas criminales, son parte integrante del Derecho internacional general¹⁰⁷; lo cual viene a comportar una dificultad añadida, desde el prisma del ordenamiento jurídico estatal, para hacer efectivo el presupuesto jurídico de base: la exigencia de responsabilidad penal a quienes hayan participado en la comisión de tales crímenes.

Sobre la interrelación entre la responsabilidad penal internacional del individuo y las violaciones de derechos humanos pueden comentarse finalmente dos últimas cuestiones:

¹⁰⁶ A modo de ejemplo, en la dirección configurada años antes por el art. II, 1, (c) de la *Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado*, de 20 de diciembre de 1945 (véase Nota 146), vigente en la entonces Alemania ocupada, el Estatuto del Tribunal penal internacional para la Ex Yugoslavia añadió la *violación* como crimen contra la humanidad –art. 5,g)–, lo que se reprodujo en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda –art. 3,g)–, y fue finalmente asumido y precisado extensivamente por el Estatuto CPI –art. 7,g)–, al incluir la “violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”; en esta misma dirección el Proyecto de la CDI aprobado en 1996.

¹⁰⁷ Ya en 1951, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) indicó que los principios de base de la *Convención sobre el Genocidio* eran principios reconocidos como obligatorios *erga omnes* más allá de los vínculos jurídicos convencionales (ICJ, *Case of the Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Recueil 1951, p. 23); esta percepción ha sido reiterada respecto al genocidio y hecha extensiva a los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad en posteriores decisiones de la propia CIJ, así como de los tribunales penales internacionales reseñados e incluso por la práctica jurisdiccional estatal –la compilación de toda esta práctica, obviamente, excede del objeto de estudio–.

- Hay que mencionar de nuevo¹⁰⁸, aunque dentro de otros parámetros jurídicos, la cuestión de si es posible que la violación de los derechos económicos, sociales y culturales pueda constituir un crimen de Derecho internacional. Si este asunto se plantea sobre la base de la existencia de un tipo penal autónomo, la respuesta, obviamente, ha de ser negativa; esto no excluye, sin embargo, que la privación de alguno de estos derechos no pueda tener repercusiones jurídicas desde este ángulo: dentro de los crímenes de Derecho internacional se tipifican conductas criminales que, directamente o vinculadas al ejercicio de derechos civiles y políticos, implicarían una privación de derechos económicos, sociales y culturales¹⁰⁹; eso sí, su apreciación como conducta criminal se ha de formular, para resultar coherente, conforme a los requisitos contextuales diferenciados de cada uno de los crímenes de Derecho internacional tipificados. Quedaría por dirimir, y la respuesta a priori no puede ser negativa, la posibilidad de que la privación específica de ciertos derechos económicos, sociales y culturales pudiera encuadrarse en la cláusula de cierre que habilita a considerar como crímenes contra la humanidad, siempre que sea en el contexto general definido, “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atentan gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” –según la redacción del artículo 7,1,k) Estatuto de la CPI–.
- Aun cuando en el marco institucional de la ONU se haya trabajado en el tema de la hipotética consideración de las *violaciones masivas de derechos humanos como crimen internacional*¹¹⁰ –y extrayendo las oportunas consecuencias en torno a la responsabilidad penal internacional–, parece bastante evidente que tales situaciones pueden ser subsumidas dentro de los tipos penales propios de los crímenes de Derecho internacional –y, especialmen-

¹⁰⁸ Véase la Primera Parte, Apartado 1, y, particularmente, la Nota 20; en este sentido, la Resolución 2184 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU, de 12 de diciembre de 1966, en la que se califica como un crimen contra la humanidad la política portuguesa en sus colonias ya que “viola los derechos económicos y políticos” de la población “al asentar a inmigrantes extranjeros en los territorios y al exportar mano de obra” a Sudáfrica.

¹⁰⁹ Por ejemplo, entre los actos que pueden constituir genocidio, partiendo de la premisa de la existencia del *dolus specialis* que éste exige, se encuentra el sometimiento intencional del grupo “a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial” –art. II, c) Convención sobre el Genocidio o art. 6,c) Estatuto de la CPI–.

¹¹⁰ Véase, en particular: ONU, *Documento E/CN.4/Sub.2/1993/10*.

te, en ausencia de otras especificidades, dentro de los crímenes contra la humanidad–, sin necesidad de dar lugar a la aparición de un nuevo tipo penal autónomo respecto al cual, por otro lado, el consenso general no parece del todo diáfano.

2.2. *La aplicabilidad del principio de legalidad penal.*

No hay duda de que el principio de legalidad penal –evocado en términos generales por la locución latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*– se constituye, en primer lugar, en una obligación jurídica para los Estados de conformidad con el Derecho internacional de los derechos humanos respecto a la conformación de su ordenamiento jurídico penal interno –véanse, por ejemplo, en el ámbito convencional, los artículos 15 PIDCP, 7 CEDH, 9 CADH y 7,2 CADHyP–, y, en segundo lugar, como un principio jurídico aplicable a la persecución penal de los presuntos responsables de crímenes de Derecho internacional.

Llegados al momento de situar el análisis de la exigibilidad del principio de legalidad penal en la segunda de las esferas mencionadas –es decir, en el ámbito de la responsabilidad penal internacional del individuo–, es preciso señalar que la delimitación de su alcance jurídico presenta su propia especificidad y autonomía sistémica, afirmándose la virtual necesidad de reinterpretar “sus atributos [frente a los que pueda manifestar el principio de legalidad en la mayoría de ordenamientos jurídicos internos] en función de la peculiar formación del Derecho internacional, dado el carácter informal de algunas de sus fuentes –no existiendo una suerte de “reserva de tratado”– y la consiguiente falta de precisión del momento en que se ha positivizado un tipo y de su exacto contenido”¹¹¹. Esto significa que, pese a las incertidumbres jurídicas que puedan derivarse, nada impide que un crimen de Derecho internacional se tipifique también a través de la costumbre internacional o los principios generales del derecho. Esta adaptación a la particularidad de los procedimientos de creación normativa internacional es perceptible tanto en los orígenes programáticos del Derecho internacional de los derechos humanos –el artículo 11,2 DUDH estipula: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional”–, como en la sentencia del TMI, en la que se afirma que su estatuto no es un ejercicio arbitrario de poder por las potencias vencedoras sino la expresión del Dere-

¹¹¹ FERNÁNDEZ PONS, X., “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (www.reei.org), 5 (2002), p. 8.

cho internacional preexistente¹¹². Se evidencia así la *punibilidad autónoma de Derecho internacional*, fundada en la afirmación en el orden jurídico internacional del “principio de la responsabilidad penal directa del individuo”¹¹³.

Ahora bien, si se hace referencia al Estatuto del TMI y al momento inmediatamente posterior a la finalización de la II Guerra Mundial, resulta harto discutible no tanto que las conductas incriminadas pudieran estar prohibidas por el Derecho internacional, sino el hecho de que las mismas pudieran constituir unos tipos penales previa y válidamente formalizados (*lex praevia*) a través de la procedimientos de creación del Derecho internacional existentes y, por ello, generadores de responsabilidad penal internacional directa para el individuo. No parece tan evidente, como pretende el TMI, que los tipos penales que su Estatuto regula no lo hayan sido con carácter retroactivo; como indica Fernández Pons, desde el prisma técnico-jurídico, “parece indudable que los juicios de Nuremberg (...) tuvieron, efectivamente, un carácter retroactivo”¹¹⁴.

Esta percepción sería extensiva inclusive a los crímenes de guerra, conforme a los parámetros jurídicos anteriormente descritos, aun cuando el proceso de su criminalización pudiera considerarse más avanzado: tal y como manifestara Kelsen, pese a no ser posible soslayar la presencia de disposiciones convencionales que obligaban al Estado Parte a castigar a sus propios *criminales de guerra* –atendida la necesidad de asegurar en su foro interno el respeto de sus propios compromisos jurídicos internacionales–, lo que les autorizaba a poder juzgar a los criminales de guerra de los otros Estados Partes beligerantes, de ello sólo sería factible inferir la existencia *indirecta* de los crímenes de guerra en Derecho internacional¹¹⁵.

¹¹² ITM, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal (Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946)*, vol.I, IMT, Nuremberg, 1947, p 38.

¹¹³ AMBOS, K., “La construcción de una parte general del derecho penal internacional”, en: AMBOS, K./ MALARINO, E./WOISCHNIK, J. (eds.), *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2005, p. 13.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ PONS, X., *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁵ KELSEN, H., “Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals”, *California Law Review*, 31, 1942-1943, p. 554; en este sentido, por ejemplo, de los tratados internacionales mencionados por el propio TMI: la *Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre* (1907) o la *Convención de Ginebra sobre prisioneros de guerra* (1929) (ITM, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal (Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946)*, vol.I, IMT, Nuremberg, 1947, p. 64); e inclusive de la Tercera Parte del proyecto de leyes de la guerra terrestre preparado por el Instituto de Derecho Internacional –art. 84– (IDI, *Manuel des lois de la guerre sur terre, Session d’Oxford, Résolution du 9 septembre 1880*).

Desde este enfoque, el mismo autor indicó la imposibilidad subsiguiente de reconocer en el Derecho internacional general una exigencia jurídica directa de represión penal de tales conductas –es decir, de normas jurídicas que exigiesen internacionalmente la responsabilidad penal del individuo por su comisión–¹¹⁶. En idéntico sentido se ha de interpretar el artículo 228 del Tratado de Versalles¹¹⁷ –que, sin duda, merece ser apreciado como un antecedente muy significativo, pero que consagra esencialmente la posibilidad de juzgar a los presuntos criminales bajo la jurisdicción de los Estados enemigos (y vencedores), previo consentimiento del Estado “whose acts are concerned”¹¹⁸–; el debate previo en la Comisión creada por la Conferencia Preliminar de Paz vislumbró, primero, la voluntad de someter la sanción penal de los crímenes perpetrados a la jurisdicción de los Estados enemigos (y vencedores) –sin perjuicio de que se llegase a barajar la creación de una jurisdicción *ad hoc*–, y, segundo, la idea de que la previsión de sanciones penales conforme al Derecho internacional era una opción deseable de futuro¹¹⁹.

A tenor de lo expuesto, la formulación progresiva del principio de la responsabilidad penal del individuo por comisión de crímenes de Derecho internacional, y la consiguiente tipificación de los crímenes de Derecho internacional, ha de posponerse en el tiempo y contemplarse como un proceso abierto a partir del Acuerdo de Londres y del Estatuto del TMI, y rápidamente proseguido, tras la confirmación por la Asamblea

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 534; en el entendimiento de que se obliga al individuo a abstenerse de ciertos comportamientos prohibidos por el Derecho internacional y de cuya no producción respecto a terceros Estados se hace responsable el Estado Parte.

¹¹⁷ “The German Government recognises the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war. Such persons shall, if found guilty, be sentenced to punishments laid down by law. This provision will apply notwithstanding any proceedings or prosecution before a tribunal in Germany or in the territory of her allies.

The German Government shall hand over to the Allied and Associated Powers, or to such one of them as shall so request, all persons accused of having committed an act in violation of the laws and customs of war, who are specified either by name or by the rank, office or employment which they held under the German authorities” (PARRY, C. (ed.), *The Consolidated Treaty Series*, Volume 225 (1919), Ocean Publications Inc., Dobbs Ferry, New York, 1984-1986, pp. 285-286).

¹¹⁸ KELSEN, H., *op.cit.*, p. 561.

¹¹⁹ COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY OF THE AUTHORS OF THE WAR AND THE ENFORCEMENT OF PENALTIES, *Report presented to the Preliminary Peace Conference* (March 29, 1919), *American Journal of International Law*, 14, 1920, 1, pp. 117-120; en torno a la interpretación de esta apelación al futuro, véase: BORGWARDT, E., “Re-examining Nuremberg as a New Deal Institution: Politics, Culture and the Limits of Law in Generating Human Rights Norms”, *Berkeley Journal of International Law*, 23, 205, 2, p. 425.

General de la ONU de los principios de Derecho internacional “reconocidos” por el Estatuto del TMI y su sentencia –Resolución 95(I), de 11 de diciembre de 1946–, a través de la ya mencionada formulación de los mismos por la CDI¹²⁰.

Estas consideraciones plantean la cuestión de si la creación y funcionamiento del TMI se ajusta a los parámetros de legalidad del Derecho internacional en el momento en que se constituyó, más allá de ponderar ya de inicio su potencialidad como fundamento de un *nuevo derecho*¹²¹ –aunque, como se verá, es un argumento que termina por incidir en este previo debate–; entre las diversas hipótesis, se destacarán tres:

- La primera hipótesis es la negación de la vigencia del principio de irretroactividad de la legislación penal –*nulla poena sine lege*– en el ordenamiento jurídico internacional: si es un pronunciamiento clásico el de la Corte Suprema de Israel negando años después que estuviese en vigor una norma internacional de carácter consuetudinario en ese sentido –caso *Eichman*–¹²², tampoco parece tan evidente su afirmación como un principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas de la época –en el sentido del artículo 38,3 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) o, posteriormente, en el artículo 38,1,c) del Estatuto del CIJ–, aun considerando el pronunciamiento de la CPJI, en 1935, en el sentido de subrayar que la mayoría de textos constitucionales elaborados desde principios del siglo XIX contenían disposiciones sobre derechos fundamentales –entre los que se encontraría el principio *nulla poena sine lege*¹²³–; la constatación de este aserto no se antoja suficiente como para inferir tan rotundamente su vigencia conforme al ordenamiento jurídico interna-

¹²⁰ Ambos instrumentos jurídicos internacionales, como señala Abellán Honrubia, se sitúan por consiguiente en el origen de la formulación del principio de la responsabilidad penal del individuo (ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 176); no debe olvidarse, empero, que junto al TMI se constituyó también un Tribunal Militar Internacional para juzgar a los principales criminales de guerra en el Lejano Oriente.

¹²¹ KELSEN, H., “Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, *International Law Quarterly* 1, 1947, 2, p. 155.

¹²² *Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, Supreme Court (sitting as a Court of Criminal Appeal)*, May 29, 1962, *International Law Reports*, vol. 36, pp. 3 y ss. y p. 281.

¹²³ PCIJ, *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, Advisory Opinion of December 4th, 1935, Series A/B*, 65, pp. 54-55.

cional a la vista del *estado de la cuestión* a escala internacional¹²⁴. En cualquier caso, lo que sí es innegable es que la evolución del ordenamiento jurídico internacional permiten señalarlo en la actualidad como una norma jurídica internacional plenamente vigente¹²⁵.

- La segunda hipótesis parte de la negación de la anterior: la vigencia del principio de irretroactividad de la legislación penal, aun cuando aceptando que no se trata de un principio de carácter absoluto ya que su aplicabilidad está sometida a excepciones, frente a las exigencias derivadas de situaciones en las que la ponderación de los valores imperantes en el ordenamiento jurídico internacional desplazan el equilibrio de aquellos valores que el principio de irretroactividad representa –por ejemplo, la seguridad jurídica– hacia otros valores también relevantes como, por ejemplo, el de la *justicia* –en tanto que noción dotada de una acepción también material–¹²⁶; la gravedad de los hechos perpetrados o su previa prohibición por el propio Derecho internacional serían datos a considerar para admitir que la balanza axiológica acabase decantándose por una política retributiva basada en la represión penal. En palabras del juez Jackson, los actos perpetrados resultaban criminales a tenor de los estándares generalmente aceptados por las naciones civilizadas, por lo que el castigo de los responsables concordaba con “our own traditions of fairness and with standards of just conduct”¹²⁷.

¹²⁴ Tal y como hiciera Ehard, Ministro-Presidente de Baviera durante los primeros años de la postguerra (EHARD, H., “The Nuremberg Trial Against the Major War Criminals and International Law”, *American Journal of International Law*, 43, 1949, 2, p. 231); a este respecto, por ejemplo, la tibieza del Instituto de Derecho Internacional al estipular, genéricamente, el *deber* de los Estados de reconocer el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad de todo individuo (IDI, *Déclaration des droits internationaux de l’homme*, Sesión de New York, Résolution III, du 12 d’octobre 1929).

¹²⁵ En la línea del art. 11,2 DUDH, el art. 15,1 PIDCP señala que “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional” –disposición convencional que reflejaría una norma jurídica consuetudinaria (*Polyukhovich v. Commonwealth of Australia and another*, Australian High Court, 14 August 1991, *International Law Reports*, vol. 91, p. 43)-.

¹²⁶ El Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, según Kelsen, debería enmarcarse en este ámbito jurídico de excepción a la regla general de Derecho (KELSEN, H., “Will the Judgement in the Nuremberg...”, *op. cit.*, p. 165); Kelsen se centra en este artículo, concretamente, en el análisis del crimen contra la paz.

¹²⁷ *Report to the President from Justice Robert H. Jackson, Chief of Counsel for the United States in the Prosecution of Axis War Criminals*, en: *American Journal of International Law*, Vol. 39, 1945, 3, Supplement: Official Documents, p. 183.

- La tercera hipótesis vendría a ponderar la significación jurídico-política del Acuerdo de Londres y del Estatuto del TMI como fundamento de un *nuevo derecho*, en el entendimiento de las especiales connotaciones jurídicas del Derecho internacional y de la excepcionalidad de la situación de hecho, lo que permitiría relativizar la importancia de la anterior dicotomía respecto a la aplicabilidad del principio de irretroactividad penal. Para ello, se debería partir de un visión no estrictamente voluntarista del fundamento del Derecho internacional: en un primer estadio, la formación del Derecho internacional tiene como objeto trasladar al ámbito jurídico las más elementales aspiraciones y valores de la Sociedad internacional, de su conciencia pública transformada en convicción jurídica, a través de su proyección en unos principios jurídicos fundamentales; a partir de estos principios jurídicos se desarrollarían luego obligaciones jurídicas internacionales más específicas de conformidad con las exigencias de las normas secundarias que determinan las formas de producción normativa –en las cuales la voluntad del Estado es esencial para determinar si el mismo está o no obligado jurídicamente–. Esta percepción del Derecho internacional, dosificada y equilibrada, parece mucho más perceptible, precisamente, si se analiza el comportamiento de la Sociedad internacional en momentos críticos que han dado lugar a cambios estructurales en la propia formación social y en el propio ordenamiento jurídico internacional, y permite ofrecer *otra explicación* a lo sucedido a partir de 1945. En ocasiones como ésta, si bien persiste la necesidad del Derecho internacional, como derecho formalmente válido, surge la exigencia de adoptar medidas excepcionales que no se ajustan a la norma jurídica internacional preexistente y formalmente válida –razón por la cual, en apariencia, tales medidas no podrían ser abarcadas por la misma¹²⁸–.

Ante una crisis de excepcionales dimensiones como fue la provocada por la II Guerra Mundial, la respuesta social más plausible¹²⁹

¹²⁸ KOSKENNIEMI, M.; “Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations”, en: BYERS, M. (editor); *The role of law in international politics – Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 31-32.

¹²⁹ Por cuanto parece lógico que frente a situaciones excepcionales o expectativas novedosas de la realidad emergente de la formación social ni tan sólo el recurso a los principios generales del Derecho internacional pueda colmar las lagunas legales existentes; en este sentido, opera la más que racional lógica de la posible existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico internacional (WEIL, P., “Le droit international public en quête de son identité. Cours General de droit international public”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 237, 1992-VI, p. 212).

es la presencia de una *conciencia pública transformadora* –bajo la batuta de los Estados que asumen una posición preponderante en la gestión de los intereses generales tras el *shock*: en 1945, las principales potencias vencedoras del conflicto armado–, con la voluntad inequívoca de renovar las bases jurídicas que rigen las relaciones sociales y de desarrollar una nueva solución jurídico-positiva sustentada en realidades prepositivas que se infieren de la situación social. Esta conciencia pública susceptible de ser transformada en convicción jurídica tendría una dimensión *axiológica* –que identificaría unos parámetros de futuro para la formación social–, a partir de las necesidades, intereses y relaciones de poder existentes; transformada en convicción jurídica, proyectaría un acuerdo social general sobre cuáles han de ser las futuras reglas jurídicas expresado en unos principios jurídicos elementales que, insertos en un período de transición entre el antiguo y el nuevo orden, podrían resultar en parte contradictorios con normas jurídicas internacionales precedentes y aparentemente vigentes pero que en todo caso serían jurídicamente desarrollados debido a las necesidades sociales en presencia. En este contexto, dentro de los principios jurídicos emanados de esta nueva convicción jurídica, en un sentido rupturista con las normas jurídicas anteriores o como consolidación de tendencias subyacentes¹³⁰, se encontraría tanto la necesidad de responsabilizar internacionalmente al individuo por la comisión de ciertos actos considerados como crímenes de Derecho internacional como la más inmediata de responder bajo esa convicción jurídica a las atrocidades perpetradas durante la II Guerra Mundial –eso sí, ineludiblemente, bajo la égida de las potencias vencedoras de la contienda, constituidos en garantes del nuevo orden mundial alumbrado, aun a riesgo de que tal acción pudiera interpretarse como un mero ejercicio de la *justicia de los vencedores*–.

¹³⁰ Así, si se considerase vigente en el ordenamiento jurídico internacional el principio de no retroactividad penal, se estaría ante una excepción particular al mismo –en coincidencia con la segunda hipótesis previamente mencionada–; sin embargo, esta tercera hipótesis intenta perfilar la idea de que el balance axiológico que legitimaría la excepcionalidad no se enmarca en una mera situación en que las conductas *ex post facto* incriminadas son social y/o éticamente objeto de reprobación, sino que, en el contexto de la finalización de la II Guerra Mundial, la asunción de la excepcionalidad es parte de la construcción de un nuevo orden mundial, también en lo jurídico, y en un momento de tránsito constituyente en que el hasta entonces *derecho vigente* convive con la convicción jurídica emergente impulsada por aquellos Estados con poder para imponerla y también con los principios jurídicos transformadores del Derecho.

Sea como fuere, lo realmente sustantivo es apreciar cómo el Acuerdo de Londres, el Estatuto del TMI y la sentencia de éste, han constituido la base jurídica para el desarrollo progresivo de normas jurídicas internacionales que determinan la directa responsabilidad penal del individuo por la comisión de crímenes de Derecho internacional. En consonancia con esta afirmación, y más allá de las razonables dudas sobre su previa tipificación, este hecho implica que, desde entonces¹³¹, existen unos tipos penales básicos calificables de crímenes de Derecho internacional constituidos acorde con los procedimientos de producción normativa internacional a partir de los cuales, con posterioridad se ha tendido¹³²: primero, a desarrollar y precisar un régimen jurídico internacional que regule su persecución penal –dentro del que se encontraría el principio de legalidad penal–; segundo, a remodelar y extender el contenido de los tipos penales definidos *ab initio*; y, tercero, a tipificar como crímenes de Derecho internacional a nuevos comportamientos.

Sin perjuicio de que la represión penal dependa en gran medida de la incorporación al derecho penal estatal de los crímenes de Derecho internacional, esto significa que no pueda alegarse la inexistencia de *lex praevia* internacional generadora de responsabilidad penal del individuo, tal y como se desprende del artículo 15,2 PIDCP:

“Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”¹³³.

2.3. La especificidad del tratamiento jurídico de los crímenes contra la humanidad

Sin dejar de lado el planteamiento general sobre los crímenes de Derecho internacional recién perfilado, el tratamiento jurídico de los crímenes contra la humanidad merece una mención particular debido a la

¹³¹ Aun considerando que, atendiendo al ámbito temporal en que el TMI enmarcara su jurisdicción, podría entenderse que la aplicabilidad de los tipos penales se retrotrae al 1 de septiembre de 1939.

¹³² ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 182.

¹³³ Curiosamente, esta disposición suscitó recelos durante los trabajos preparatorios ya que, si su redacción pretendía confirmar los principios aplicados por los *war crimes tribunals* tras la II Guerra Mundial, existía el riesgo de que, por el contrario, esta disposición pudiera suscitar duda sobre la legalidad de los juicios y de las sentencias (ONU, *Document A/2929*, § 96).

importancia cualitativa que adquieren a tenor de su naturaleza respecto al análisis de las situaciones previas a muchos procesos transitorios así como a las tendencias que marcan su evolución jurídica.

En primer lugar, hay que decir que los crímenes contra la Humanidad, tal y como se desprende del Derecho internacional general vigente¹³⁴, constituyen una conducta criminal consistente en la comisión de actos inhumanos –pues comportan la vulneración de derechos fundamentales–, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, del que se tiene conocimiento y que se enmarca dentro de una línea de conducta caracterizada por la múltiple producción de tales actos criminales conforme a la política del Estado o de una organización, o bien con voluntad de promover ese tipo de política; como puede observarse, el tipo penal no criminaliza la mera violación de los derechos fundamentales de un conjunto de personas sino los atentados contra los mismos que se producen en un contexto definido.

En segundo lugar, sin dejar de admitir que la noción de *crímenes contra la humanidad* había sido ya utilizada en la práctica¹³⁵, es importante reseñar que su reconocimiento jurídico como un tipo penal constitutivo de crimen de Derecho internacional se vincula igualmente al *derecho de Nuremberg*:

- Aun cuando se entendiese como precedentes la invocación a las *leyes de humanidad* inserta en el Preámbulo de la *Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre* (1907) –la denominada *cláusula Martens*– y la toma en consideración de la posibilidad de perseguir penalmente a los responsables de violentarlas tras la I Guerra Mundial¹³⁶, se evidencia: por una parte, la ausencia de delimitación jurídica de lo que debía entenderse por

¹³⁴ Se ofrece una noción de *crimen contra la humanidad* fundamentada en el texto normativo que, en apariencia, refleja hoy la norma jurídica consuetudinaria que lo tipifica: el art. 7 Estatuto de la CPI; excede del objeto de análisis el examen tanto de los elementos del crimen como de sus deficiencias técnico-jurídicas –cuestiones sobre las que existe una nutrida bibliografía–.

¹³⁵ Tal y como indicara la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, se había mencionado “in a non-technical sense” y, por supuesto, sin que pudiera considerarse normativamente codificado (ICTY, *Prosecutor v. Tadic “Prijeedor”, Judgment, Case No.IT-94-2*, Tr. Ch. II, 14 July 1997, § 618); véase también: SCHWELB, E., “Crimes against the humanity”, *British Yearbook of International Law*, 23, 1946, p. 180).

¹³⁶ COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY OF THE AUTHORS OF THE WAR AND THE ENFORCEMENT OF PENALTIES, *op. cit.*, p. 117; en su memorándum, de 4 de abril de 1919, los EUA objetaron la inclusión en el informe de tal referencia ya que su variabilidad impedía su aplicación por los tribunales penales (*ibid.*, p. 134).

*leyes de humanidad*¹³⁷ y de aquellas conductas susceptibles de ser consideradas criminales en tal concepto; y, de otra parte, no hay referencia expresa a su persecución penal, finalmente, en el artículo 228 del Tratado de Versalles.

- Una mención mucho más explícita se encuentra en la Declaración de 28 de mayo de 1915, adoptada por Francia, Gran Bretaña y Rusia, respecto a las masacres en Turquía de miembros de la minoría armenia, en la que se calificó tales hechos como *crímenes contra la humanidad y la civilización* y en la que sus autores anunciaron la intención de considerar penalmente responsables de tales crímenes a los miembros del gobierno turco así como a los funcionarios y oficiales implicados –aun cuando, eso sí, no se prescribieron en ella los términos de cómo llevar a cabo esta exigencia–. En el Tratado de Sévres, de 10 de agosto de 1920, amén de contemplarse disposiciones respecto al enjuiciamiento de los responsables de la violación de las leyes y usos de guerra (artículos 226 a 228)¹³⁸, se planteó también la persecución penal de los responsables de aquellas *masacres* –pues no se emplea la calificación de *crimen contra la humanidad y la civilización*– cometidas durante la I Guerra Mundial en territorio del imperio otomano, comprometiéndose Turquía a entregar a los presuntos responsables y a reconocer al tribunal designado por decisión de los aliados vencedores –incluyendo, de ser creado, un tribunal vinculado a la Sociedad de Naciones (artículo 230)–. La relevancia de este antecedente debe relativizarse puesto que el Tratado de Sévres no llegó a entrar en vigor¹³⁹.
- El artículo 6 (c) del Estatuto del TMI vincula contextualmente los crímenes contra la humanidad a la comisión de los otros crímenes de Derecho internacional objeto de persecución penal –*crímenes*

¹³⁷ SADAT WEXLER, L., “The Interpretation of Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 32, 1993-1994, p. 297.

¹³⁸ Que, según SCHWELB, se corresponden con los arts. 228 a 230 del Tratado de Versalles (SCHWELB, E., *op. cit.*, p. 182); la declaración y el tratado internacional pueden consultarse en: ARMENIAN NATIONAL INSTITUTE, *International Affirmation of Armenian Genocide*, disponible en: <http://www.armenian-genocide.org/affirmation.htmls>, 21/11/08.

¹³⁹ El Tratado de Lausana, de 24 de julio de 1923 (*The Treaties of Peace 1919-1923*, Vol. II, Carnegie Endowment for International Peace, New York, 1924), posterior al cambio de régimen político en Turquía, no incluyó disposiciones de esta naturaleza y llevaba, según SCHWELB, anexa una declaración de amnistía aplicable a los hechos mencionados (SCHWELB, E., *op. cit.*, p. 182).

de guerra o los crímenes contra la paz¹⁴⁰—, o en relación con ella, al definirla en estos términos:

“namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated”.¹⁴¹

En tercer lugar, tras la sentencia del TMI, la práctica internacional próxima en el tiempo al juicio del TMI es expresiva del deseo de contribuir a la persecución penal efectiva de quienes hubiesen cometido crímenes contra la humanidad —de ahí la inclusión en los tratados de paz posteriores al fin de la II Guerra Mundial de disposiciones convencionales en ese sentido¹⁴²—, como de consolidar y desarrollar jurídicamente su tipificación como crimen de Derecho internacional, tal y como muestra la actividad desarrollada por la CDI no sólo respecto a la confirmación de los principios de Nuremberg sino a su posterior tarea respecto a la elaboración de un proyecto de código de “delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad” —Resolución 177 (II) de la Asamblea General de la ONU, de 21 de noviembre de 1947—; de menos exitosa puede considerarse la contribución de la práctica estatal¹⁴³.

En cuarto lugar, muy pronto parece quedar claro que la tipificación de los crímenes contra la humanidad —que, debido a su propia configuración jurídica, ha experimentado una constante evolución— va a desvincularse o desconectarse de los crímenes contra la paz y de guerra, para constituir un tipo penal totalmente autónomo, de modo que el mismo

¹⁴⁰ ITM, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal (Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946)*, vol.I, IMT, Nuremberg, 1947, p 65).

¹⁴¹ Véase en la Primera Parte, Apartado 2.1 el texto traducido al castellano aprobado por la CDI.

¹⁴² Por ejemplo, en el art. 5,1,a) del Tratado de Paz con Bulgaria, de 10 de febrero de 1947 (*Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, Vol. 4, Washington D.C., 1969, N° 8484); lo curioso es que en el art. 6 del Acuerdo de Armisticio firmado con Bulgaria por los EUA, el Reino Unido y la URSS, de 28 de octubre de 1944, la obligación de detener y castigar se refiere sólo a quienes hubiesen cometido crímenes de guerra (YALE UNIVERSITY, *The Avalon Project*, disponible en: <http://avalon.law.yale.edu/wwii/bulgaria.asp>, 20/11/08).

¹⁴³ Como señala Schwelb, las conductas incriminadas por el crimen contra la humanidad se tendieron a subsumir en otros tipos delictivos preexistentes —incluidos los relacionados con la violación de las leyes y usos de guerra (SCHWELB, E., *op. cit.*, p. 222)—.

sea susceptible de ser perpetrado en cualquier tiempo, de paz o de guerra. La lógica de esta evolución debe buscarse, de una parte, en la conciencia de la gravedad de los acontecimientos acaecidos en Alemania antes de la II Guerra Mundial, así como por la interrelación de los mismos con las circunstancias desencadenantes de la II Guerra Mundial y las atrocidades cometidas durante la misma –de las que el propio TMI era, en definitiva, también consciente¹⁴⁴–; y, de otra parte, en la presencia de una convicción jurídica subsiguiente respecto a la necesidad de proteger internacionalmente la dignidad humana frente a la barbarie en todo lugar y momento, que fructificaría no sólo en normas jurídicas internacionales de carácter punitivo sino también en el nacimiento del Derecho internacional de los derechos humanos. Es relevante a este respecto el hecho de que, aun cuando el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia conectase la comisión de los crímenes contra la humanidad a situaciones de conflicto armado –artículo 5–, el propio tribunal dejó claro que el tipo penal general establecido conforme al Derecho internacional general no era tan restrictivo y no exigía esa conexión¹⁴⁵.

Entre los principales hitos de esta evolución jurídica, hay que apuntar:

- La *Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado*, de 20 de diciembre de 1945, con el objetivo de servir de base jurídica común para la persecución penal en todas las zonas de ocupación de Alemania, estableció una definición de crímenes contra la humanidad en la que estaba ausente toda conexión con los otros dos tipos delictivos –artículo II, 1, (c)¹⁴⁶–, lo que, en consecuencia, apuntaba nítidamente en la dirección indicada; de forma complementaria, se niegan los beneficios de la institución de la prescripción a los acusados por hechos cometidos entre el 30 de enero de 1933 y el

¹⁴⁴ Aunque, debido a no encontrar en buena medida conexión con los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra, manifestó el TMI que, por muy horribles que fueran esos crímenes, no podía calificar de manera general que todos ellos fuesen crímenes contra la humanidad en el sentido de su Estatuto (ITM, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal (Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946)*, vol. I, IMT, Nuremberg, 1947, p 65).

¹⁴⁵ ICTY, *Prosecutor v. Tadić “Prijedor”, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No.IT-94-2, Appeals Chamber, 2 October 1995, § 141*; hay que observar cómo tal restricción se ajusta a la voluntad del Consejo de Seguridad de la ONU de responder punitivamente a una crisis específica –de ahí, también, la restricción temporal de su art. 1–.

¹⁴⁶ “Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated”.

1 de julio de 1945 y de cualquier tipo de inmunidad, indulto o amnistía acordados durante el régimen nazi.

- Los trabajos de la CDI, respecto a los cuales hay que tener presente dos extremos relevantes:
 - Al confirmar los *principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto y la sentencia del Tribunal de Nuremberg*, se reitera la conexión con los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra –Principio VI, c.–, expresándose la idea de que no había que excluir su comisión antes de la guerra “en conexión con delitos contra la paz”¹⁴⁷.
 - Por el contrario, en el *Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, adoptado en 1954¹⁴⁸, en el artículo 2,11 desaparece este tipo de conexión –criterio mantenido en el proyecto aprobado en 1996, en segunda lectura (art. 18)–.
- La tipificación internacional de un nuevo crimen de Derecho internacional, a partir de la adopción de la ya mencionada *Convención sobre el Genocidio*, que entró en vigor el 12 de enero de 1951, cuya criminalización internacional desde un principio está carente de cualquier tipo de exigencia de conexión con otros crímenes de Derecho internacional.

La evidencia de la desconexión de los crímenes contra la humanidad, en quinto lugar, plantea una última cuestión a la luz precisamente de la profunda evolución conceptual que este hecho comporta y que tiene que ver con la aplicabilidad del principio de legalidad penal: la determinación del momento en que la tipificación penal de los crímenes contra la humanidad puede considerarse que explicita normativamente esta desvinculación –resultando aplicable el tipo penal bajo cualquier circunstancia–. En principio, no parece jurídicamente asumible admitir que el TMI considerase que, por su conexión, los crímenes contra la humanidad resultasen temporalmente de su competencia –1 de septiembre de 1939¹⁴⁹–, a pesar del cambio cualitativo que la desvincula-

¹⁴⁷ CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 5º período de sesiones (5 de junio y 29 de julio de 1950)*, Documento A/1316, Suplemento 12, p, 14, § 123.

¹⁴⁸ ILC, *Report of the International Law Commission covering the work of its sixth session (3 June-28 July 1954)*, Document A/2693, Supplement No. 9, p. 150.

¹⁴⁹ Fecha que, además, la CDI consideró mejor eliminar al formular los principios de Nuremberg con carácter general “porque esa expresión se refería a una guerra determinada [es decir, a sus particulares condiciones temporales que no podrían ser extrapolables a otra guerra posterior], la guerra de 1939” –CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 5º período de sesiones (5 de junio y 29 de julio de 1950)*, Documento A/1316, Suplemento 12, p, 14, § 123–.

ción comporta en la configuración del tipo penal, pero tampoco lo parecen fechas como la de la confirmación por la ONU de los principios del TMI y de su sentencia o la de la formulación de los mismos por la CDI, por cuanto ello afectaría a la esencia del principio de legalidad penal que se vincula al desarrollo normativo de la responsabilidad penal internacional del individuo. Ni tampoco parecen muy claros los argumentos por los que, según el Tribunal Supremo Penal Iraquí¹⁵⁰, la entrada en vigor de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, de 26 de noviembre de 1968 –en concreto, el 11 de noviembre de 1970– es el dato determinante para apreciar la cristalización de una costumbre internacional respecto a la posibilidad de extender la aplicación de los crímenes contra la humanidad en tiempos de paz, ya que ese tratado internacional no tiene entre sus objetivos la formulación o modificación de ningún tipo penal y se limita a constatar el hipotético derecho aplicable. Atendiendo, por otra parte, a la especificidad de la construcción del Derecho internacional general –incluido el peso específico de los principios generales del derecho en su construcción¹⁵¹–, y a los condicionantes que se explicitaron al hacer mención a la cuestión de la aplicabilidad del principio de legalidad, parecería más razonable para buscar un referente temporal en la necesidad de que en el seno de la Sociedad internacional existiesen datos expresivos de una voluntad de cambio en la tipificación penal de los crímenes de Derecho internacional; desde este prisma, la constancia del cambio operado en los trabajos de la CDI (reflejado en el proyecto de 1954), o bien el hecho desencadenante del cambio de tendencia –la Convención sobre el Genocidio y la proyección programática de la DUDH (1948)–, pueden ser elementos de aproximación significativos. Se está, por consiguiente, ante una cuestión delicada pero nada sencilla de solventar.

El TEDH, por ejemplo, ha debido pronunciarse en alguna de sus decisiones de admisibilidad sobre este asunto: principalmente, en relación con la aplicación del tipo penal de crímenes contra la humanidad a actos vinculados a la política de deportación masiva de población por las autoridades soviéticas tras la II Guerra Mundial, a los fines de decidir sobre la aplicabilidad del artículo 7 CEDH¹⁵² –el equivalente al artículo

¹⁵⁰ IST, *Case n° 1/9 First/2005 Al-Dujail Lawsuit (Case)*, en: CASE WESTERN RESERVE UNIVERSITY, *Grotian Moment*, disponible en: <http://law.case.edu/saddamtrial/dujail/opinion.asp>, 21/11/08, English Translation of Dujail Judgment – Part I, p. 43.

¹⁵¹ AMBOS, K., *op. cit.*, p. 15.

¹⁵² “1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

15 PIDCP-. Así, en un caso contra Estonia, donde los crímenes contra la humanidad se introdujeron en el Código Penal en 1992, se juzgó a los demandantes por hechos perpetrados en 1949, cuando el código penal vigente en 1946 no contemplaba los crímenes contra la humanidad. La inadmisibilidad de la demanda parece sustentarse en la apreciación de que la Resolución 95 (I) de la Asamblea General de la ONU, de 11 de diciembre de 1946, y su posterior tratamiento por la CDI, elevaban a *principios universales* los derivados del *derecho de Nuremberg* por lo que la restricción del Estatuto del TMI y de su sentencia no eran ya aplicables –resultando, entonces, factible juzgar a los demandantes por crímenes contra la humanidad cometidos en tiempos de paz y, concretamente, en 1949–¹⁵³. El interrogante es si la decisión jurisdiccional tuvo presente que la propia CDI, al confirmar los principios de Nuremberg, mantuvo la exigibilidad de la conexión.

En cualquier caso, como se infiere del supuesto de hecho planteado ante el TEDH, esta cuestión reviste mayor complejidad jurídica si se sitúan los hechos en las proximidades del final de la II Guerra Mundial y se plantea la posibilidad de juzgar a responsables de crímenes contra la humanidad en la época de la más inmediata posguerra, sobre la base de la aplicación por un Estado del principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

3. La impunidad como práctica a combatir desde el prisma del Derecho internacional público: los condicionantes jurídico-políticos

Si se analizan los procesos de transición emprendidos desde la II Guerra Mundial hasta nuestros días, se evidencia que la abundante y heterogénea práctica existente tiende a subrayar la dificultad de que las transiciones resulten modélicas y satisfactorias desde el prisma de la efectiva lucha contra la impunidad; no es un secreto que fines como la reconciliación o como la conservación de un precario *status quo* basado en el equilibrio de fuerzas en el marco de la búsqueda de la pacificación o de una evolución política sosegada mediatizan o pueden mediatizar, de facto o de derecho, los esfuerzos emprendidos en esta dirección.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

¹⁵³ ECHR, *Kolk and Kislyiy against Estonia* (dec.), no. 23052/04 and 24018/2004, pp. 7-10, 17 January 2006; en otro caso, los hechos sucedieron en 1954 (ECHR, *Penart against Estonia* (dec.), no. 14685/04, pp. 7-10, 24 January 2006).

Como bien ha señalado el propio Secretario General de la ONU:

“después de un conflicto la gran mayoría de los autores de infracciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario nunca son sometidos a juicio, ya sea en el país o en el exterior”¹⁵⁴.

Esta experiencia de carácter general no es óbice para que sea perceptible una tendencia creciente, impulsada desde entidades civiles de estricta dimensión nacional y desde Organizaciones no gubernamentales de carácter internacional –pero que, obviamente, va calando de modo progresivo en la práctica estatal y de las Organizaciones internacionales–, a erradicar o cuando menos a restringir el alcance cuantitativo y cualitativo de la impunidad vinculada a procesos transitorios y, en este sentido, a ofrecer respuestas adecuadas a la necesidad de hacer efectivo el derecho a la justicia. El final del siglo XX ha permitido, incluso, vislumbrar en lugares como por ejemplo Argentina la reversibilidad de políticas de impunidad previamente emprendidas y la puesta a disposición judicial de algunos de los presuntos responsables de conductas como las que se han venido describiendo en apartados anteriores¹⁵⁵.

Sin embargo, esto no significa que el conjunto de condicionantes socio-políticos que impregna todo proceso transitorio vaya a dejar de influir en la determinación de sus propias directrices de justicia transicional, y en la combinación de las herramientas retributivas y restaurativas. Es más, siempre resulta espinoso y jurídicamente complejo determinar en qué medida las alternativas retributivas o restaurativas al ejercicio de la represión penal –en esencia, el componente instrumental originario de toda política de erradicación de la impunidad– resultan asumibles en el actual estadio de evolución del Derecho internacional; y lo es, con independencia de si se trata de un proyecto transicional completamente autónomo de cualquier signo de tutela internacional o si por el contrario es tutelado desde instancias internacionales.

Un ejemplo de esta última afirmación se encuentra en el proceso de paz de Sierra Leona: mientras en el Acuerdo de Lomé, de 12 de julio de 1999, las partes firmantes acordaron que el Gobierno concedería un *perdón absoluto* a los combatientes y sus colaboradores respecto a los

¹⁵⁴ ONU, *Documento SI/2004/616*, p. 18, § 46.

¹⁵⁵ Véase un breve compendio de las actuaciones de los tribunales argentinos en: EQUIPO NIKZOR, *Argentina. Derechos Humanos*, disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/arg/ley>, 21/11/08.

actos realizados para lograr sus objetivos (artículo IX)¹⁵⁶, tal cláusula fue objeto de una reserva por parte del Representante Especial del Secretario General de la ONU considerando que la misma no debía ser aplicable a crímenes de Derecho internacional como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario –tal y como se refleja en el Preámbulo de la Resolución 1315 (2000), aprobada por el Consejo de Seguridad de la ONU, el 14 de agosto de 2000–. Por su lado, el artículo 1 del Estatuto del Tribunal Especial de Sierra Leona, creado por acuerdo entre la ONU y ese Estado¹⁵⁷, delimita su competencia respecto a “las personas sobre las cuales recaiga la mayor responsabilidad [el subrayado es propio] por las infracciones graves del derecho internacional humanitario y la legislación de Sierra Leona cometidas en el territorio de este país después del 30 de noviembre de 1996”. Más allá de las cuestiones *ratione temporis* que pudieran suscitarse, es interesante la resultante combinatoria: se rechaza desde la Organización internacional que tutela el proceso transitorio un perdón total a los implicados en actos de especial gravedad pero, al mismo tiempo, la propia ONU acuerda con el Estado que el tribunal mixto que se va a crear tenga una competencia *ratione personae* a priori restringida. Es cierto que tal planteamiento es lógico a la vista de la previa experiencia de otros tribunales internacionales o internacionalizados –tal y como se verá luego respecto al propio TMI–, y que, asimismo, resulta coherente con el diseño de un órgano jurisdiccional que se pretende complementario de la acción penal de los tribunales internos de ese Estado o de otros Estados que puedan juzgar a otros presuntos responsables. En la práctica, empero, a la vista de una experiencia histórica que manifiesta la dificultad de generalizar tanto la acción de la justicia interna en períodos transito-

¹⁵⁶ Sin perjuicio de que, en el mismo acuerdo, se encargase a una Comisión de la Verdad y de la Reconciliación la investigación sobre los hechos acontecidos desde el inicio del conflicto armado, en 1991 (art. XXVI).

¹⁵⁷ ONU, *Documento SI/2000/915*, Anexo; el Estatuto del Tribunal Especial de Sierra Leona consta en un apéndice a dicho anexo.

La Sala de Apelaciones del Tribunal Especial de Sierra Leona ha manifestado, por su parte, que el art. IX del Acuerdo de Lomé no impedía, vista tanto la naturaleza jurídica no internacional del citado acuerdo como de los crímenes objeto de persecución, ni el ejercicio de la jurisdicción universal por terceros Estados ni el ejercicio de la jurisdicción del propio Tribunal Especial (SCSL, *Prosecutor against Morris Kallon (Case N° SCSL-2004-15-AR72(E)) and Brima Bazzy Kamara (Case N° SCSL-2004-16-AR72(E))*, Appeals Chamber, *Decision on Challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty*, 13 March 2004, p. 35, §§ 86 y 88-89).

rios¹⁵⁸ como el ejercicio de la acción penal complementaria de otros Estados –visto el limitado número de ellos que optan por extender universalmente su jurisdicción penal–, la perpetuación de la orientación jurisdiccional hacia la *selectividad ejemplarizante*¹⁵⁹, sigue constituyendo un factor que puede y suele influir en la ausencia de una respuesta punitiva *ratione personae* más exhaustiva.

Esta interpretación del objeto y del alcance de una represión penal que, en teoría, pretende dar respuesta a la comisión de actos cuya persecución parece demandar el Derecho internacional es compartida por el propio Secretario General de la ONU –al que, como principal representante de una Organización internacional que puede tutelar procesos de paz en virtud de sus competencias, se le presume la voluntad de que éstos se lleven a cabo de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional–; de este modo, ha admitido, no sólo que sean operativas y congruentes con la lucha contra la impunidad otras medidas complementarias que no sean de naturaleza retributiva, sino que la represión penal pueda llegar a presentar precisamente una orientación restringida *ratione personae*¹⁶⁰:

“la política de enjuiciamiento debe ser estratégica, basarse en criterios claros y tener en cuenta el contexto social, por ejemplo, la necesidad de limitar la culpabilidad de los autores de delitos menos graves y apoyar su reforma y reinserción”.

Estas consideraciones abren el interrogante sobre si un planteamiento como el expuesto es compatible o no jurídicamente con las normas jurídicas internacionales cuyo contenido se ha explicitado en apartados anteriores, y, de serlo, que márgenes dejan estas mismas normas jurídicas internacionales al Estado para combinar las medidas oportunas para

¹⁵⁸ Incluso en situaciones en las que las autoridades, a priori, tienen una voluntad de utilizar al máximo la justicia penal pueden verse obligadas por causas sobrevenidas a combinarla con otras modalidades de acción retributiva o incluso de modalidades de acción más bien restaurativa, tengan o no implícitamente un cierto alcance retributivo: por ejemplo, en el caso ruandés, el recurso alternativo a formas de justicia tradicionales –la *gacaca*– para delitos que se consideraron menos graves que los sometidos a los tribunales penales ruandeses o al Tribunal Penal Internacional para Ruanda, pero igualmente vinculados a los crímenes para los que éstos eran competentes; de este modo, previa confesión ante miembros de la comunidad local, el acusado era declarado culpable y condenado a penas menos severas –incluido el trabajo en beneficio de la comunidad–.

¹⁵⁹ Se entiende como una orientación para la fiscalía del citado tribunal, en el sentido de que “la expresión ‘más responsables’ se refiere a una posición de liderazgo o de autoridad de los acusados y a cierto grado de gravedad del delito o a su comisión en masa” (ONU, *Documento S/2000/915*, p. 7, § 30).

¹⁶⁰ ONU, *Documento S/2004/616*, p. 18, § 46.

articular una política de justicia transicional que contribuya a disminuir la sensación de impunidad. En particular, ante la presencia de pronunciamientos tan categóricos como el de la Corte IDH, y su hipotética manifestación de una regla de derecho universalmente aplicable, en el sentido de que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹⁶¹.

Sobre estos presupuestos se quiere realizar una reflexión general sobre esta cuestión, sin ofertar una solución particular para cada uno de los distintos instrumentos de justicia transicional en presencia o sin evaluar propiamente modelos de justicia transicional: se desea, eso sí, facilitar orientaciones básicas que permitan plantear los límites de esta necesaria compatibilidad; para ello, se hará, primero, una mención a la *incidencia de la centralidad de los intereses estatales en el ordenamiento jurídico internacional sobre la determinación de las políticas de justicia transicional*, para luego entrar en el análisis de los *parámetros de flexibilidad para una asunción de la diversidad en materia de justicia transicional*.

3.1. *La incidencia de la centralidad de los intereses estatales en el ordenamiento jurídico internacional sobre la concreción de las políticas de justicia transicional*

La consideración de que la lucha contra la impunidad es un bien jurídico formulado en términos absolutos¹⁶² vendría a sustentar la percepción de que, cualquier política de justicia transicional no sustentada en la voluntad de retribuir penalmente a todo el conjunto de presuntos responsables de hechos susceptibles de persecución conforme a las obliga-

¹⁶¹ CORTE IDH, *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, nº 75, § 41; aunque, como se ha podido comprobar, hay tratados internacionales en materia de derechos humanos de carácter universal que prevén la posibilidad de que tales acciones, si no se realizan como conducta vinculada a los crímenes contra la humanidad, puedan estar sujetas a prescripción penal –art. 8,1 en relación con el 5 de la *Convención sobre Desapariciones Forzadas*–.

¹⁶² Es decir, sin que se admitieran en el ordenamiento jurídico internacional mecanismos de flexibilización en relación con las circunstancias de hecho existentes.

ciones jurídicas internacionales del Estado, constituye un hecho ilícito que origina la responsabilidad internacional del Estado; tal apreciación podría hacerse también extensible al supuesto de que, aun existiendo tal voluntad, el Estado se viera imposibilitado de ejecutarla o admitiese el perdón en favor de ciertos autores¹⁶³. Admitiendo que es más que probable que en el trasfondo de la situación de hecho previa se encuentren acciones u omisiones de personas físicas que violan normas imperativas de Derecho internacional y por consiguiente intereses esenciales de la Sociedad internacional en su conjunto, se está, además, ante la tesitura de no encontrar a tenor del propio Derecho internacional una circunstancia que excluya la ilicitud de una política de justicia transicional menos estricta desde el prisma retributivo: así, por ejemplo, resultaría en extremo difícil –por no decir imposible– plantearse el proceso transitorio como una situación de *estado de necesidad*, a la vista de los que parecen ser sus requisitos –conforme al artículo 25 del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*¹⁶⁴–.

Sin entrar a cuestionar el realismo jurídico-político de este planteamiento, la complejidad del ordenamiento jurídico internacional y la centralidad del Estado como actor preeminente de la Sociedad internacional actual, difuminan la posibilidad de dar pábulo a una posibilidad tan radical, por mucho que la misma represente una valiente apuesta por priorizar los intereses de la humanidad.

¹⁶³ Sin contar que, esta manera de entender la interacción entre impunidad y justicia transicional, tendría una consecuencia jurídica añadida: la teórica inoperancia legal de las medidas estatales de atemperación de la exigencia de responsabilidad penal ante la voluntad de otros Estados de ejercer su jurisdicción universal o de una jurisdicción internacional como la CPI de entender que puede ejercer su competencia judicial sobre los hechos acontecidos debido a la inadecuación de la conducta estatal al ordenamiento jurídico internacional; esta cuestión, de todos modos, será planteada en el apartado siguiente con algo más de detenimiento.

¹⁶⁴ “1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho: a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si: a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

Véase un comentario al respecto, en: CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, pp. 489-498.

- Primero, porque la garantía de no impunidad debida por un proceso transitorio comporta la posibilidad de que los intereses y los valores subyacentes en las normas jurídicas internacionales que demandan la exigencia de responsabilidad penal al individuo –dignidad humana, solidaridad o justicia– entren en colisión con otros intereses y valores presentes en la Sociedad internacional –como la supervivencia del Estado soberano o la no intervención en sus asuntos internos–, y, en consecuencia, con las normas jurídicas internacionales que los reflejan. En términos de balance de intereses y de escalas axiológicas nada indica que aquellos más directamente enraizados con la idea de soberanía e independencia estatales deban ceder totalmente ante los intereses de la humanidad y los valores auspiciados por esta noción.
- Segundo, porque entre los principios constitucionales del Derecho internacional puede encontrarse tanto el principio del respeto a la dignidad humana –a partir del cual se desarrollan obligaciones jurídicas *erga omnes* para los Estados en materia de derechos fundamentales– como el principio de igualdad soberana entre los Estados: ambos son reflejo de las “características estructurales de la comunidad internacional en un período histórico determinado”¹⁶⁵; difícilmente, puede inferirse de su interrelación una *jerarquía* admitida de manera generalizada por los Estados que otorgue primacía al primero de ellos –si es que, como la práctica internacional parece más bien indicar, la efectividad del segundo no sea objeto de mayor preocupación y priorización por los Estados–.
- Tercero, a pesar de que la cooperación internacional y la integración en torno a intereses comunitarios como el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales o la protección de los derechos de la persona humana sean, hoy por hoy, funciones del Derecho internacional, no hay que olvidar que la función primigenia que se incardina al nacimiento de la Sociedad internacional es la coexistencia de Estados iguales y soberanos; en consecuencia, y por mucho que para conciliar sus diversas funciones el ordenamiento jurídico internacional procure componer un equilibrio adecuado de los intereses y valores subyacentes, lo cierto es que la pervivencia de los Estados es todavía la razón de ser del Derecho

¹⁶⁵ ABELLÁN HONRUBIA, V., “Sobre el método y los conceptos en Derecho internacional público”, en: *Soberanía de Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Córdoba/Universidad de Sevilla/Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, p. 60.

internacional: le corresponde, esencialmente, "la reproducción del sistema de Estados"¹⁶⁶.

- Y, cuarto, a partir de las afirmaciones precedentes, procede reseñar que, más allá de consideraciones morales, o incluso puramente éticas, no hay ningún indicador social, axiológico o jurídico que determine la preeminencia de las normas jurídicas internacionales que predicán la lucha contra la impunidad sobre aquellas que pretenden garantizar a los Estados soberanos su propia existencia, su coexistencia en igualdad; es más, como ha insinuado la propia CIJ¹⁶⁷, el Derecho internacional parecería situar en el centro del ordenamiento jurídico internacional la pervivencia del Estado sobre otras consideraciones axiológicas, principios y reglas de derecho.

Con todas las cautelas, una primera manifestación de esta aproximación jurídico-política se evidencia en otro pronunciamiento de la propia CIJ, ante la perspectiva de juzgar la adecuación al ordenamiento jurídico internacional de una orden de detención internacional cursada por las autoridades belgas respecto al Ministro de Asuntos Exteriores en ejercicio de la República Democrática del Congo. Se trata, por consiguiente, de un supuesto de hecho relacionado con el alcance jurídico de la inmunidad de que goza un alto representante de un Estado en ejercicio frente a los tribunales de un tercer Estado; situación en la que el interés estatal prioritario en presencia es garantizar la fluidez y efectividad de las relaciones entre Gobiernos, por lo que, como señala Casse-se¹⁶⁸, la controversia internacional reflejaba un problema jurídico tan relevante para la actual Sociedad internacional como la tensión entre las necesidades de salvaguardar las principales prerrogativas del Estado y la exigencia de socavar esas prerrogativas como consecuencia de la paulatina afirmación de una serie de valores universales emergentes. La CIJ se

¹⁶⁶ A lo que la autora añade también la prioridad por asegurar la reproducción del sistema económico capitalista (*ibid.*, p. 63).

¹⁶⁷ Tras considerar que no contaba con elementos suficientes para afirmar con toda certeza la incompatibilidad de la utilización de las armas nucleares con los principios y normas aplicables a los conflictos armados en cualquier circunstancia, y recordar el derecho inmanente de todo Estado a la legítima defensa, la CIJ señaló que no podía pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de la utilización de las armas nucleares "por un Estado en circunstancias extremas de legítima defensa, en las que su propia supervivencia correría peligro" (ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 263, § 97; traducción en: ONU, *Documento A/51/28*, p. 38).

¹⁶⁸ CASSESSE, A., "When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some comments on the Congo v. Belgium Case", *European Journal of International Law*, 13, 2002, 5, p. 854.

inclinó por una solución jurídica aparentemente equilibrada en sus fundamentos: de un lado, entendió que las obligaciones jurídicas internacionales de juzgar o extraditar conforme a determinados tratados internacionales no afectaban a la existencia de una norma internacional de carácter consuetudinario que otorga inmunidad a personas como el Ministro de Asuntos Exteriores en ejercicio –precisamente porque tales inmunidades no le son otorgadas estrictamente en su propio beneficio sino para asegurar que desempeñe adecuadamente sus funciones en nombre del Estado al que representa¹⁶⁹; y, de otro lado, matizó que la existencia de tal inmunidad no implicaba que el Derecho internacional estipulase su inmunidad penal respecto a ciertos actos criminales, ya que ese tratamiento jurídico no tenía por qué extenderse a los tribunales de su propio Estado o a un tribunal internacional que pudiera ejercer su jurisdicción sobre su conducta¹⁷⁰.

Más allá de las consideraciones doctrinales sobre su idoneidad o acierto¹⁷¹, esta decisión jurisdiccional asume un planteamiento que subraya la presencia de tendencias favorables a la “erosión de la inmunidad, basada en los llamados principios de Nuremberg”¹⁷². Sin embargo, no por ello dejan de perfilarse en la misma los intereses estatales y el desenvolvimiento de las relaciones diplomáticas como condicionante

¹⁶⁹ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2002, pp. 21 y 24, §§ 53 y 57.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 25, §§ 60 y 61.

¹⁷¹ Por ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, la equiparación que realiza la decisión judicial de la inmunidad de jurisdicción penal de los Ministros de Asuntos Exteriores a la de los Jefes de Estado y de Gobierno, frente a la hipótesis de la diferenciación de su estatus jurídico respecto a estos otros cargos en virtud de la distinta naturaleza representativa y funcional de sus respectivas actividades oficiales, que, en hipótesis, podría implicar que la inmunidad de jurisdicción penal del Ministerio de Asuntos Exteriores se circunscribiese al ejercicio de sus funciones (Opinión separada de los jueces HIGGINS, KOOIJMANS y BUERGENTHAL: *ibid.*, pp. 87 y 88, §§ 80 a 85); esta opinión separada ponderó, entre otros argumentos, la Resolución del Instituto de Derecho Internacional, de 23 de junio de 2001, relativa a la Inmunidad de Jurisdicción y Ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en Derecho internacional, en la que se evita extender a los Ministros de Asuntos Exteriores las prerrogativas absolutas de Jefes de Estado y de Gobierno (IDI, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 69, 2000-2001 pp. 748-753). Como señala Casse-se, el balance de la CIJ pone el acento en el interés de preservar a los representantes estatales, y, en ausencia de una práctica y de una *opinio iuris sive necessitatis* constatables al respecto de la situación específica, infiere su solución jurídica claramente proclive a la equiparación de una apreciación de conjunto del sistema de inmunidades existente en Derecho internacional que, en último término, derivaría del principio de igualdad soberana entre los Estados (CASSESE, A., *op. cit.*, p. 874).

¹⁷² CARNERERO CASTILLA, R., *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Iustel, Madrid, 2007, p. 172.

de la acción penal: en particular, al precisar la CIJ de modo complementario a sus anteriores aseveraciones que gozarían de idéntica inmunidad penal frente a la jurisdicción de terceros Estados los antiguos Ministros de Asuntos Exteriores respecto a actos realizados en el ejercicio de sus funciones mientras ostentaron ese cargo –no, en cambio, respecto tanto a actos anteriores o posteriores al ejercicio de su cargo, como a actos realizados a título privado durante el mismo–¹⁷³. La solución jurídica pergeñada sugiere una conclusión relevante: las normas jurídicas internacionales que predicán la exigencia de no impunidad deben tener un alcance jurídico que, sin disminuir ni cuestionar la importancia de los intereses, valores y principios jurídicos que las inspiran e informan –conservando, en suma, su *efecto útil* primordial–, encuentren la suficiente flexibilidad para no poner en peligro intereses básicos que derivan de la presencia del Estado como principal actor de las relaciones internacionales y sujeto primordial del Derecho internacional, y puedan ofrecer unos parámetros de legalidad internacional asumibles por los Estados. Se trata de encontrar, a través de la conciliación de los principios jurídicos de base, una *interpretación conforme* de las normas jurídicas internacionales concurrentes representativa y comprensiva de los diversos intereses subyacentes a conciliar. Esto significa tener muy presente: primero, la centralidad de los Estados y de sus necesidades primarias en el contexto de la formación social; segundo, el entendimiento de que las tendencias evolutivas del Derecho internacional, sin comportar por ahora una transformación de la perspectiva y de los parámetros jurídicos estructurales del ordenamiento jurídico internacional, asientan una mayor voluntad social de erradicar la impunidad frente a determinados actos criminales –sobre todo, debido al desarrollo de *lege data* (incluidas aquellas obligaciones jurídicas que, en aras del respeto a la dignidad humana, propenden a relativizar la invocación del principio de no intervención en los asuntos internos), pero también de *lege ferenda* de una visión jurídica que tiene mucho más presente los derechos e intereses de las víctimas–; y, tercero, la proyección de una percepción teleológica del Derecho, proclive a una interpretación conforme de las normas jurídicas internacionales vigentes, evitando así las contradicciones entre principios que constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico internacional.

La determinación de los hipotéticos parámetros de legalidad que han de dar consistencia a una interpretación conforme de las normas

¹⁷³ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 25, § 61.

jurídicas internacionales relativas a la exigencia de responsabilidad penal al individuo y aquellas otras que se infieren de otros principios jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico internacional no es sencilla, aunque podría partirse de dos constataciones previas: por un lado, que, a la vista de la evolución del Derecho internacional, no puede decirse que los Estados tengan una obligación jurídica internacional de carácter general dirigida al establecimiento de su jurisdicción universal sobre ciertas conductas –sin perjuicio de sus compromisos jurídicos internacionales de carácter convencional y de la extensión de los mismos–; y, por otro lado, que esa interpretación conforme parece demandar un cierto grado de flexibilidad y, en consecuencia, una combinación de elementos que contemple necesariamente la función retributiva de carácter penal junto a otros elementos reparativos o restaurativos, y encuentre una *dosificación* adaptada a las circunstancias de hecho que caracterizan el proceso transitorio.

De ahí, que la dimensión teleológica implícita que sustenta una opción de justicia transicional pueda resumirse en la percepción subrayada por Naqvi: lo que el Derecho internacional y la Sociedad internacional actuales parecen rechazar es que se perpetúe la *cultura de la impunidad*¹⁷⁴; esto implica que el ordenamiento jurídico internacional crea un contrapeso¹⁷⁵, ciertamente limitado, al peso específico y perdurable de la impunidad, reflejo del poder de la razón de Estado como argumento último; de este modo, la interpretación conforme evidencia que ha de negarse la *razón de Estado* como único y exclusivo parámetro de acción y de decisión al determinar las medidas de justicia transicional.

3.2. *Los parámetros de flexibilidad para la asunción de la diversidad en materia de justicia transicional*

La razonable necesidad de conciliar normas y principios jurídicos representativos a priori de intereses y valores difíciles de armonizar no resulta sencilla de articular política y jurídicamente. Es, por consiguiente, importante perfilar al menos aquellos parámetros elementales de flexibilidad que garanticen que las hipotéticas restricciones a la exigencia de responsabilidad penal a los presuntos responsables no cuestionen desde una perspectiva jurídica internacional la voluntad de fondo del

¹⁷⁴ NAQVI, Y., “Amnesty for war crimes: Defining the limits of international recognition”, *International Review of the Red Cross*, 851, 2003, p. 624.

¹⁷⁵ ORENTLICHER, D. F., “‘Settling Accounts’ Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency”, *International Journal of Transitional Justice*, 1, 2007, 1, p. 14.

Estado y los resultados de su política en materia de justicia transicional. La idea del rechazo a la *cultura de la impunidad* merece, desde este prisma, su apreciación como elemento indiciario para valorar la conducta estatal. La identificación de los elementos políticos y jurídicos orientativos del período de transición permiten ya apuntar a una *definición general de las directrices de la política de asunción del pasado*; operación que permite indagar en la comprensión de todo proceso transitorio y percibir si, a grandes rasgos, existe una voluntad real de evitar o por el contrario de abordar, de derecho o de facto, aquellos hechos que conforme al ordenamiento jurídico internacional deberían ser objeto de tratamiento jurídico penal. Por regla general, estos indicios se verán corroborados tras analizar las medidas específicas que construyen la política de justicia transicional.

La individualización de este tipo de análisis –observando tanto la definición como su posterior concreción– puede llevar a encontrar contrastes y paradojas más que sorprendentes: por ejemplo, la constatación de que existen procesos transitorios, como el español, en que las directrices de la política de asunción del pasado se han venido sustentando hasta el momento en una *deliberada y consensuada decisión de abstención*¹⁷⁶, obviándose la adopción de medidas de justicia transicional y manifestándose una inicial voluntad de fomentar el olvido de los hechos. Frente a ello, la justicia española ha dado suficientes muestras de contribuir a la erradicación de la cultura de la impunidad en terceros Estados, sobre la base de la constatación por el propio Tribunal Constitucional de que, primero, el artículo 23,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁷⁷, en rela-

¹⁷⁶ ELSTER, J., *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 61.

¹⁷⁷ Conforme a su redacción tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre (BOE, 278, de 20 de noviembre de 2007):

“4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a. Genocidio.
- b. Terrorismo.
- c. Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d. Falsificación de moneda extranjera.
- e. Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f. Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g. Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- h. Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- i. Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

ción con ciertos crímenes que generan especial repugnancia a la Sociedad internacional en su conjunto, “instaura un principio de jurisdicción universal absoluto”, y, segundo, de que la lógica aplicación del criterio de subsidiariedad de la jurisdicción española sobre crímenes de esa naturaleza cometidos en el extranjero postula su actuación “cuando [no] resultara previsible la efectiva persecución de los delitos [por la jurisdicción del lugar donde se produjeron los hechos] en un plazo próximo” –bastando aportar “indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes” para la actuación jurisdiccional española–¹⁷⁸.

Más allá de los efectos restaurativos, incluida la rehabilitación de personas y las devoluciones patrimoniales, así como de las sucesivas medidas adicionales posteriormente acumuladas¹⁷⁹, la Ley de Amnistía –Ley 46/1977– obvia, en apariencia, cualquier posibilidad de exigir hipotéticas responsabilidades penales por los hechos acaecidos durante la dictadura¹⁸⁰, sin que sea prácticamente perceptible en los términos expresos de su redacción reminiscencia o recordatorio sobre la magnitud cualitativa de lo sucedido –con lo que los sobreentendidos implícitos expresan nítidamente la voluntad jurídico-política subyacente–. La cuestión, en estos términos, es si es factible también soslayar que algunas de las conductas llevadas a cabo durante estos años, según se ha visto,

¹⁷⁸ STC 237/2005, de 26 de septiembre de 2005, Fundamentos Jurídicos 3º y 4º; en idéntico sentido: STC 227/2007, de 22 de octubre de 2007, Fundamento Jurídico 5º.

¹⁷⁹ Sin ánimo de exhaustividad, entre otras medidas de ámbito estatal pueden encontrarse las siguientes: el Decreto 3357/1975, de 5 de diciembre (*BOE*, 308, de 24 de diciembre de 1975), por el que se declaran revisadas de oficio y anuladas las sanciones administrativas acordadas conforme a la Ley de 10 de febrero de 1939, de responsabilidad política; el Real Decreto-Ley 10/1976, de 20 de julio, sobre amnistía (*BOE*, 186, de 4 de agosto de 1976), así como posteriores medidas complementarias de aplicación (*BOE*, 256, de 25 de octubre de 1976, o bien, *BOE*, 15, de 17 de enero de 1979); el Real Decreto-Ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia (*BOE*, 65, de 17 de marzo de 1977); Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía (*BOE*, 248, de 17 de octubre de 1977; modificada por Ley 1/1984 (*BOE*, 10, de 12 de enero de 1984)) y la Ley 18/1984, de 8 de junio, sobre reconocimiento de los años trabajados en prisión a efectos de Seguridad Social (*BOE*, 140, de 12 de junio de 1984). Entre otras leyes, hay que destacar también la más reciente Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (*BOE*, 310, de 26 de diciembre de 2007).

¹⁸⁰ En su art. 2, la Ley 46/1977 se limita a amnistiar a las autoridades, funcionarios y agentes del orden público por delitos y faltas que pudieran haber cometido con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta ley –e–, así como los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas –f–.

podieran ser generadoras, a tenor de cuando se llevaron a cabo, de responsabilidad penal conforme al Derecho internacional y hacerlo sobre la base del siempre resaltado consenso generalizado que caracterizó la transición –del que la Ley 46/1977 es un instrumento jurídico cuando menos relevante–; sin duda, más allá de su recorrido jurisdiccional así como de sus implicaciones inmediatas en lo que concierna a la autorización de las exhumaciones, el Auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción número 5 ha vuelto a abrir el debate político y jurídico sobre todos extremos¹⁸¹.

El Comité de Derechos Humanos del PIDCP ha contribuido al mismo al afirmar, en una de sus observaciones finales al Quinto Informe Periódico presentado por España –de 27 de octubre de 2008–, que, entre otras cosas, que España debe: “considerar la derogación de la Ley de Amnistía de 1977”¹⁸²; el presupuesto de tal conclusión –la no conformidad internacional de la citada ley–, es negado por la Dra. Gil Gil no

¹⁸¹ Aun cuando se rehuya cualquier especulación o juicio de valor sobre la oportunidad o la intencionalidad del órgano jurisdiccional, y sin pretender realizar un análisis jurídico exhaustivo del mismo, su contenido merece algunos comentarios desde la perspectiva jurídica internacional que caracteriza este trabajo (véase: GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 157-166).

En primer lugar, la decisión jurisdiccional proyecta inicial y básicamente una *percepción selectiva de la persecución penal*, dirigida hacia los miembros de las Juntas Militares en tiempo de guerra y los gobiernos sucesivos –Razonamiento Jurídico Sexto–, así como de los “máximos dirigentes de la Falange Española, entre el 17 de julio de 1936 y 31 de diciembre de 1951” –a tenor del apartado 3 de la parte dispositiva–, a pesar de la cautela esgrimida en el Razonamiento Jurídico Sexto al señalarse que puedan existir otros partícipes de la “ideación y desarrollo de este plan sistémico” o de hechos concretos o particulares vinculados.

En segundo lugar, la selectividad tiene también de partida un sentido *ratione temporis*, e indirectamente *ratione materiae*, a pesar de que nuevamente se plantee en el Razonamiento Jurídico Sexto la cautela genérica de la no exclusión de otros casos si se encuentran integrados en el “plan sistemático de desaparición”; selectividad ni ajustada a la continuidad histórica de la presunta existencia del contexto que permite imputar a crimen contra la humanidad ni extensible a los distintos tipos criminales respecto a los que se ha venido apreciando el citado contexto –algunos de ellos, incluso, mencionados en el Auto–, limitando así la persecución de hechos presuntamente constitutivos de crimen contra la humanidad perpetrados muchos años después.

Y, en tercer término, y quizá lo más relevante, que el empleo de argumentos jurídicos sustentados en el Derecho internacional no atiende de manera rigurosa a la evolución histórica de la tipificación del crimen contra la humanidad y, en consecuencia, al encuadramiento de la misma en los términos del principio de legalidad penal tal y como éste es configurado en Derecho internacional –a pesar de esgrimir decisiones jurisdiccionales y actos prenormativos o normativos internacionales que sí lo hacen–.

¹⁸² CDH, *Documento CCRIC/ESP/CO/5*, p.3, § 9.

sólo por la inaplicabilidad del PIDCP a violaciones de derechos humanos previas a su entrada en vigor sino también por la dificultad de afirmar la vigencia de una norma internacional de carácter consuetudinario en 1977 que resultase obligatoria para España¹⁸³.

Este breve comentario sobre el supuesto español abre la perspectiva de buscar los parámetros esenciales de flexibilidad desde los que evaluar las medidas de justicia transicional, intentando atender a su articulación jurídica en un ordenamiento jurídico internacional en el que existen normas jurídicas internacionales que, junto a aquellas derivadas del principio de igualdad soberana de los Estados, comprometen la conducta estatal en la dirección de evitar o de paliar la impunidad:

- Partiendo de que la lucha contra la impunidad resulta en una exigencia derivada del reconocimiento jurídico internacional del derecho a la justicia, no se considera muy idóneo recurrir fundamentalmente a los argumentos de la excepcionalidad jurídica –sea al amparo del Derecho internacional general o de normas jurídicas convencionalmente establecidas– para justificar la aplicación de medidas transitorias que no pasen por la retribución penal de todos o casi todos los presuntos responsables:
 - Se comparte la tesis de Chinchón Álvarez, que él aplica esencialmente a la dimensión cuantitativa derivada de la presencia dentro de una situación transitoria de un número muy elevado de presuntos implicados en conductas penalmente perseguibles¹⁸⁴, de refutar la suspensión de la aplicabilidad de las normas jurídicas vinculadas al reconocimiento del derecho a la justicia a partir de la constatación de su violación grave o de la imposibilidad subsiguiente su cumplimiento¹⁸⁵; habría que preguntarse, precisamente, si el *efecto útil*¹⁸⁶ del propio derecho a la justicia no haría aconsejable avalar una política punitiva selectiva, la utilización de medidas alternativas de asunción de responsabilidad o el recurso a tribunales internacionales o de terceros Estados complementarios de la jurisdiccional penal del Estado.

¹⁸³ GIL GIL, A., *Op. cit.*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 100-114.

¹⁸⁴ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, pp. 481-487.

¹⁸⁵ Supuestos, por ejemplo, de terminación o de suspensión de los tratados internacionales codificados en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 –arts. 60 y 61, respectivamente– y, en definitiva, parte del Derecho internacional general en la materia.

¹⁸⁶ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 484.

- La consideración de la existencia, durante un período transitorio, de una *situación excepcional que amenace o ponga en peligro la vida de la nación* –conforme a las cláusulas derogatorias insertas en los tratados internacionales de derechos humanos de carácter general¹⁸⁷ o a su configuración jurídica consuetudinaria– debe tener presente: que una transición no constituye *per se* tal supuesto de hecho¹⁸⁸, y, que, incluso si lo fuera, el ejercicio del derecho a la justicia no podría ser objeto de una derogación total, atendiendo tanto a su contenido intrínseco como al principio de proporcionalidad o a las otras obligaciones jurídicas internacionales del Estado, convencionales o consuetudinarias, vinculadas a su ejercicio.
- El derecho a la justicia no constituye, en cualquier caso, un derecho fundamental que no sea susceptible de ser sometido a limitaciones o a requisitos para su ejercicio –incluso en un régimen jurídico basado en el principio de legalidad–; en consecuencia, y siempre dentro de la debida proporcionalidad, no debería descartarse conciliar como parte de un modelo de justicia transitoria que opte por una *cultura de la no impunidad* la restricción de la política represiva basada en la jurisdicción penal con otras medidas complementarias –eso sí siempre que se respete el núcleo esencial del derecho a la justicia: la garantía de acceso a la justicia de las víctimas–.
- La flexibilidad del ejercicio de la justicia transicional podría atender a los siguientes presupuestos:
 - Entre las prioridades de la justicia transicional debe estar en la restitución de las víctimas.
 - La concreción de la política de justicia transicional debe apoyarse en un debate social plural y en la transparencia de las decisiones –de modo que las hipotéticas medidas de atenuación de la exigencia de responsabilidades individuales no sean adoptadas como consecuencia de un proceso decisorio contaminado por la coacción real ejercida desde fuerzas y sectores sociales contrarios al éxito de la transición o temerosos de que se depuren responsabilidades vinculadas al pasado sino de una auténtica deliberación formalizada–.

¹⁸⁷ Art. 4 PIDCP, art. 15 CEDH y art. 27 CADH; el texto americano parece más específico al precisar que es un riesgo para la independencia o la seguridad del Estado.

¹⁸⁸ Véase una modelización de los principales supuestos calificables de *situación excepcional* en: ORAÁ ORAÁ, J., *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 30-33.

- Si bien la transparencia implica la *diferenciación de las medidas de justicia transicional*, esto no implica que su combinación deba dejar de responder a los principios de complementariedad y de coherencia, en aras de preservar su efecto útil como instrumentos de un proceso transitorio.
- En orden a garantizar el efecto útil de las medidas de justicia transicional, asimismo, éstas deben regirse por el *principio de la no indiferencia de medios* –ya que los diversos elementos han de adecuarse a la finalidad última perseguida: que la transición culmine en una verdadera reconciliación, aunque atendiendo a lo prevenido en el ordenamiento jurídico internacional–.

Este planteamiento general, que quizá sea más un *desiderátum* que una realidad tangible en función de la práctica estatal, permite comentar dos de los aspectos más sensibles desde el prisma de la búsqueda de la no impunidad dentro de un proceso transitorio: la *adopción de una política de enjuiciamientos selectivos* y la *aplicación de medidas de elusión, atenuación o extinción de la responsabilidad penal*.

Si se atiende a la literalidad de las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, parece difícil que resulte a priori aceptable una *política de enjuiciamientos selectivos* –en el sentido de la constancia de una decisión deliberada y planificada de las autoridades transitorias¹⁸⁹–. Y ello, aun a pesar de que cundan en el ámbito de los tribunales internacionales ejemplos de este tipo de política respecto a los crímenes de Derecho internacional: en el artículo 3 del Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, y en el artículo 1 Estatuto del TMI se estipulaba que la jurisdicción de este último se ocupará de los *major war criminals*, mientras que el artículo 53,1,c) Estatuto de la CPI¹⁹⁰ permite seleccionar los

¹⁸⁹ De diferente manera se habría de abordar el asunto de la imposibilidad de hecho del Estado, perceptible desde un principio o sobrevinida, de poder asumir el enjuiciamiento de un número muy amplio de presuntos implicados. En este supuesto, habría que tener muy presente no sólo la voluntad y buena fe de las autoridades, sino también su diligencia en la asunción de sus responsabilidades para buscar paliativos a la situación; y, en este sentido, no parece irrazonable –como muestra el caso ruandés– que el ejercicio de la acción penal de los tribunales estatales pueda complementarse con otras fórmulas alternativas de justicia tradicional para delitos menos graves, asumiendo, eso sí, la posibilidad de que otros Estados puedan llegar a ejercitar su jurisdicción universal sobre individuos que se encuentren a su disposición por hechos cometidos en el Estado que afronta el proceso transicional. Todavía mayores facilidades aporta el hecho de la existencia –como es el caso del Tribunal Penal Internacional para Ruanda– de un tribunal internacional o internacionalizado.

¹⁹⁰ El Fiscal de la CPI puede no iniciar una investigación si, en su opinión, hay “razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”.

asuntos objeto de investigación. Estos precedentes, empero, parten de la complementariedad de la jurisdicción estatal, por lo que fundamentar una excepción de dimensión estatal en ellas no parece lo más adecuado. Sin embargo, como ya se ha visto, el propio Secretario General de la ONU no se opone radicalmente a ello: su punto de partida es la gravedad de las conductas incriminadas; igualmente, Orentlicher ha indicado que las obligaciones jurídicas internacionales –incluso las incluidas en tratados internacionales– pueden considerarse satisfechas si a una situación de transición se le asocia una política de *enjuiciamientos ejemplarizantes* de los responsables de la política de sistematización de las atrocidades o de quienes hubiesen cometido graves crímenes¹⁹¹. Esta percepción manifiesta un dato importante: se conjuga la suficiente flexibilidad para comprometer jurídicamente al Estado y no comporta la imposición de una carga efectivamente inasumible. De hecho, como señalaron Guissé y Joinet, en 1993, no alentar la impunidad supone que “los instigadores y los responsables de alto nivel sean llevados ante la justicia y juzgados”¹⁹². Esto no significaría, asimismo, que otros implicados quedasen a priori exentos de cualquier tipo de responsabilidad, sino que se les podría exigir a través de otros instrumentos jurídicos –modalidades de justicia alternativa o tradicional, o bien la depuración en forma de inhabilitación o de remoción de cargo o puesto de trabajo público–. La cuestión que queda abierta es si este planteamiento podría comportar la privación de acceso a los tribunales de una víctima para demandar responsabilidades penales o civiles a presuntos implicados que, en principio, según las autoridades no se ha previsto que sean sometidas a la jurisdicción penal.

Dejando de lado la institución de la prescripción que ya ha sido objeto de análisis, la *aplicación de medidas de elusión, atenuación o extinción de la responsabilidad penal* es igualmente difícil de encajar de forma apriorística en el ámbito de las obligaciones jurídicas internacionales del Estado. En particular, si se alude a la amnistía, en la medida en que como institución jurídica comporta la exoneración de toda responsabilidad penal por los delitos cometidos¹⁹³; la evolución del ordenamiento jurídico internacional¹⁹⁴ parece tender a la prohibición de cualquier tipo de amnistía frente a la imputación de crímenes de Derecho internacio-

¹⁹¹ ORENTLICHER, D. F., *op. cit.*, p. 14; esta autora, Relatora de la ONU, parte de que del Derecho internacional general se desprende la necesidad de impedir la impunidad pero no de perseguir todos y cada uno de los delitos (*ibid.*, p. 13).

¹⁹² ONU, *Documento E/CN.4/Sub.2/1993/6*, p. 39, § 127, III.

¹⁹³ Véase Nota 180.

¹⁹⁴ CHINCHON ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, pp. 442-257.

nal –sin que, conforme a la normativa internacional aplicable, existan motivos que impidan ampliar tal prohibición a violaciones manifiestas de los derechos fundamentales¹⁹⁵–. Menos radical puede que sea la respuesta ante la posibilidad de que se dicten indultos que extingan la responsabilidad penal, o la atenúen, para quien ya ha sido juzgado –indultos totales o parciales–; se trata de medidas que ni los tribunales internacionales penales *ad hoc* de Yugoslavia o de Ruanda, ni tampoco la CPI –*atenuación de la pena* (artículo 110 de su Estatuto)– excluyen de plano que puedan ser aplicadas por los Estados. La dificultad en este caso es encontrar qué elementos son exigibles para su adecuación al ordenamiento jurídico internacional y no constituir un instrumento efectivo de impunidad; suelen destacarse¹⁹⁶ una serie de requerimientos cuya combinación debe evaluarse en función de las circunstancias y de que su finalidad aparente no encubra una amnistía: *objetivos* –no generalización de la política de indultos y adopción como consecuencia de un proceso deliberativo libre de las presiones y/o exigencias de los estamentos implicados en la represión–; *subjetivos* –adecuación de la pena a los actos del individuo y, en su caso, de que cumpla parte de la condena impuesta–; colaboración con la justicia del reo y/o arrepentimiento público–; y *materiales* –acompañamiento de medidas restaurativas hacia las víctimas y/o, en su caso, de medidas de depuración–.

¹⁹⁵ En este sentido parece interpretarse, por ejemplo, el art. 6(5) del Protocolo a los Convenios de Ginebra (1977), que estipula que, al cesar las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado [interno]" (ICRC, *op. cit.*, pp. 611-614); el Estatuto del Tribunal Especial de Sierra Leona prevé que una amnistía no le impide el ejercicio de su jurisdicción –art. 10-. Esta tendencia es aún más evidente si se refiere a los responsables máximos o a gran escala de tales crímenes, o incluso si significa la concesión de amnistía con carácter general al respecto.

Respecto a su aplicabilidad en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos, junto a los pronunciamientos de la CADH –por ejemplo, el citado *caso Barrios Altos*–, puede ser significativo, aunque ambiguo, el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos al establecer que las “amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar” los actos de tortura (CDH, *Observación general n° 20*, 1992, en: ONU, *Documento HRI/GEN/1/Rev.8*, p. 220, § 15).

Lo expuesto no cierra del todo el interrogante sobre una hipótesis que, en la actualidad, parece cercenada dada la práctica existente en la ONU en nuestros días: ¿y si la amnistía la estipulase el propio Consejo de Seguridad a través de una resolución adoptada de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la ONU?

Tampoco resuelve las dudas sobre la fórmula de perdón de la Comisión de la Verdad y Reconciliación sudafricana, que, previo reconocimiento público de la responsabilidad, permitía eludir la acción de la justicia penal (véase la Segunda Parte, Apartado 4.2).

¹⁹⁶ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, pp. 459-465.

Aunque ya se haya insinuado, queda un punto final a considerar en torno a la aplicabilidad de estos criterios: la oponibilidad de las medidas de justicia transicional a terceros Estados que extiendan su jurisdicción universal sobre las conductas que sirven de referencia a este análisis.

No es fácil dilucidar cuándo procede ejercitar la jurisdicción universal frente a comportamientos de Estados en situación transitoria. Así, por ejemplo, en lo que respecta a España, apunta la jurisprudencia constitucional¹⁹⁷ a que los tribunales españoles actúen en defecto de la jurisdicción del Estado donde se produjeron los hechos si se aprecia la falta de voluntad o capacidad de sus tribunales frente a determinados tipos delictivos. La ponderación de estas circunstancias habilitantes puede no implicar *per se* un juicio estricto de conformidad de la actuación del otro Estado con el ordenamiento jurídico internacional, tanto si se analizan la *falta de capacidad* –en relación con la existencia de una política de selectividad jurisdiccional–, como la *falta de voluntad*. Esto puede, sin duda, dificultar la correcta apreciación jurisdiccional de algunas fórmulas de flexibilidad transicional y, por tanto, que al final la actuación subsidiaria sea, en efecto, complementaria por defecto de la actuación estatal. Aunque la *complementariedad jurisdiccional* deba observarse también desde el prisma del cumplimiento del Derecho internacional, lo cierto es que si un Estado realizase una política jurisdiccional selectiva difícilmente podría evitarse que un tercer Estado ejerciera su jurisdicción universal sin un compromiso jurídico de juzgar a esa persona y demandar formalmente su extradición o entrega –pese a que pudiera considerarse en hipótesis lícita su línea de conducta conforme a sus obligaciones jurídicas internacionales–. En cualquier caso, la práctica demuestra que la jurisdicción subsidiaria actúa por regla general en situaciones en que la *cultura de la impunidad* está presente o ha estado presente en la conducta de un tercer Estado.

¹⁹⁷ Téngase en cuenta la aplicabilidad del art. 23,2,c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial al párrafo 4 –se accionará la jurisdicción penal salvo que “el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”; se aprecia, en consecuencia, la posibilidad de tener presentes en hipótesis los indultos extranjeros.

La multidimensionalidad de la justicia transicional: un balance entre los límites jurídicos internacionales y los límites de lo jurídico

Rosa Ana Alija Fernández

A los efectos de la consecución de la justicia y la consolidación de un modelo de Estado democrático y de derecho en el que se respeten los derechos de todas las personas, las transiciones son etapas de enormes retos pero también de grandes oportunidades. Históricamente, las particulares circunstancias en que se desenvuelven las transiciones políticas han determinado que durante las mismas se haya favorecido la impunidad por las violaciones de derechos humanos cometidas en el período precedente, como consecuencia de la fragilidad de unas incipientes instituciones democráticas –cuando existen– y del escaso afianzamiento de los valores propios de la democracia: la sociedad en transición se debate entre el pasado y el futuro, entre la ruptura y el continuismo, en un estado de tensión constante que convierte en una empresa titánica el mero hecho de mantener una cierta cohesión social.

En los últimos tiempos se ha afianzado, empero, la idea de que esa misma vulnerabilidad, ese estado quebradizo del conjunto de la sociedad, la hace más dúctil a los efectos de incorporar exitosamente en su seno el respeto a los derechos humanos y a la dignidad humana y los mecanismos necesarios para garantizarlos¹⁹⁸. El principal problema en

¹⁹⁸ ARBOUR, L., “Economic and Social Justice for Societies in Transition”, *Second Annual Transitional Justice Lecture hosted by the New York University School of Law Center of Human Rights and Global Justice and by the International Center for Transitional Justice, 25 October 2006, New York University School of Law, New York*, p. 16. Como Jordi Bonet ha apuntado, la justicia en transición participa de las certezas e incertidum-

materia de derechos humanos que las sociedades en transición enfrentan es su propio pasado: cómo abordar las violaciones cometidas bajo el régimen anterior, de manera que se haga justicia y que ese pasado no se convierta en un elemento desestabilizador que impida sentar las bases de un futuro en paz¹⁹⁹. En efecto, una correcta gestión del pasado facilita el afianzamiento de la democracia y la consecución de una convivencia pacífica que permita la reconstrucción y el desarrollo de la sociedad dentro de un nuevo modelo democrático²⁰⁰.

El dilema es acertar a la hora de elegir cómo diseñar esa gestión²⁰¹, pues no existen reglas que garanticen el éxito de las transiciones políticas ni que aseguren el respeto futuro de los derechos humanos, ya que cada Estado presenta una idiosincrasia propia que condicionará necesariamente el proceso transitorio. Aun así, no es menos cierto que la práctica internacional atesora numerosas experiencias transicionales que, dentro de su diversidad, pueden ofrecer modelos de actuación a los Estados que se encuentran en esa tesitura²⁰². El bagaje de experiencias compartidas para gestionar las violaciones pasadas de derechos humanos al que apenas se hacía referencia ha terminado por conformar lo

bres que comporta la consolidación de los cambios institucionales que se proyectan, a la vez que puede contribuir a afirmarlos (BONET PÉREZ, J., "Justicia transaccional i justicia transicional en els processos de pau", Ponencia del curso *Processos de pau*, Universitat Internacional de la Pau, Sant Cugat del Vallès, 2008, p. 227, también disponible en: <http://www.universitatdelapau.org/pdf/9/j.%20bonet%20justicia%20transaccional%20%20transnacional.pdf>, 22/10/08).

¹⁹⁹ "While transitional justice necessarily addresses past injustices, it is future-oriented rather than past- or present-oriented in terms of where its moral emphasis lies" (PELED, Y. & ROUHANA, N. N., "Transitional Justice and the Right of Return of the Palestinian Refugees", *Theoretical Inquiries in Law*, 5, 2004, 2, p. 320).

²⁰⁰ Señala Costi: "A general consensus has emerged on the need for communities to come to terms with their past. Some kind of formal accounting of the past is essential to achieve lasting, self-enforcing peace in societies torn by conflicts" (COSTI, A., "Hybrid Tribunals as a Viable Transitional Justice Mechanism to Combat Impunity in Post-Conflict Situations", *New Zealand Universities Law Review*, 22, 2006, 2, p. 216).

²⁰¹ Véase SRIRAM, C. L., *Confronting Past Human Rights Violations: Justice vs. Peace in Times of Transition*, Frank Cass, London / New York, 2004, pp. 203-205.

²⁰² En este sentido, Botero Marino y Restrepo Saldarriaga apuntan que "durante las dos últimas décadas, con ocasión de los éxitos y fracasos de las experiencias de transición brevemente mencionadas, se han generado una serie de consensos internacionales en torno a los requerimientos básicos de la justicia en períodos de transición" (BOTERO MARINO, C. y RESTREPO SALDARRIAGA, E., "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en: RETTBERG, A. (comp.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política / CESO / Ediciones Uniandes, Bogotá; International Development Research Centre, Ottawa, 2005, p. 20).

que se ha dado en considerar un modelo paradigmático de actuación²⁰³ orientado a la consecución de la justicia: la denominada *justicia transicional*. Por lo demás, durante la transición aparecen importantes zonas grises desde el punto de vista jurídico en torno a puntos particularmente sensibles en los que la efectividad del recurso al Derecho internacional público aparece muy difuminada, por lo que se hace necesario determinar hasta dónde alcanza la regulación jurídico-internacional en tales períodos y en qué medida es necesario establecer otro tipo de pautas orientadoras de estos procesos.

El contenido de la noción de *justicia transicional* y la determinación de los principios y normas jurídicos sobre el que la misma se asienta son las cuestiones que ocuparán el primer apartado de este capítulo, en el que se realizará una aproximación general a la problemática de la justicia de transición. Ahora bien, para una mejor comprensión de este modelo de actuación, el mismo puede descomponerse en tres elementos de análisis: el contexto en el que ocurre, la finalidad que pretende alcanzar y los mecanismos utilizados para la consecución de este objetivo. El contexto habitual de aplicación de este modelo han sido tradicionalmente los períodos en transición; sin embargo, su utilidad a la hora de incorporar la perspectiva de los derechos humanos en la reconstrucción de la paz social ha llevado a expandir su ámbito de actuación a otros escenarios, como se verá en el segundo apartado, centrado en la identificación de los distintos supuestos de hecho en los que se vienen aplicando mecanismos de justicia transicional. Dentro de este marco, la justicia transicional tiene como principal objetivo lograr la cohesión social necesaria para garantizar la paz una vez concluido el proceso de transición, sentando las bases de la nueva sociedad democrática sobre la idea de la justicia, la cual, sin embargo, no se puede concebir de forma unívoca, sino que ha de estar orientada a satisfacer las demandas de todos los actores implicados, y así se planteará en el tercer apartado. Por último, esta parte del estudio concluye con un somero análisis de los mecanismos habitualmente utilizados en los procesos de justicia transicional, determinando en qué medida inciden las normas y principios del Derecho internacional público en su puesta en funcionamiento y valo-

²⁰³ De acuerdo con Ruti G. Teitel, desde finales del siglo XX la justicia transicional “moves from the exception to the norm to become a paradigm of rule of law” (TEITEL, R. G., “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, 16, 2003, p. 71). Véase también DUGGAN, C., “Prólogo”, en: RETTBERG, A. (comp.), *op. cit.*, p. vii; OSIEL, M., “Respuestas estatales a las atrocidades masivas”, en: *ibid.*, p. 74; UPRIMNY, R. y SAF-FON, M. P., “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, en: *ibid.*, p. 214.

rando hasta qué punto atienden a la finalidad de realizar un modelo complejo de justicia.

1. La justicia transicional: noción y principios

La práctica internacional en situaciones de postconflicto y transiciones políticas ofrece ejemplos del recurso a diversos mecanismos, que, por separado o conjuntamente, pretenden asegurar unos mínimos niveles de justicia a las víctimas del conflicto en cuestión o del régimen político precedente, además de “garantizar la accesibilidad y la rendición de cuentas” y de “hacer justicia, promover y lograr la reconciliación y restablecer la confianza en las instituciones del Estado, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos y el principio de no discriminación”²⁰⁴.

Los mecanismos aplicables son diversos y variables, pues las medidas a adoptar deben ser ajustadas a las necesidades de cada caso en concreto; y, si bien no hay fórmulas mágicas y universales para lograr hacer justicia ante los abusos cometidos en la etapa previa, lo cierto es que a lo largo de los últimos años se ha ido configurando lo que se conoce como *justicia transicional*, un modelo de actuación en situaciones transicionales consistente en el uso de determinados mecanismos orientados a la realización de un concepto amplio de justicia, que –como se verá en la primera parte de este apartado– resulta difícil de definir en la medida en que en él tienen cabida las particularidades de cada sociedad en transición y por tanto su configuración varía en cada caso concreto.

Pese a que la activación de un proceso de justicia transicional es altamente recomendable para incorporar el respeto a los derechos humanos entre las bases de la sociedad democrática a cuya consolidación se orienta la transición política, no menos cierto es que no se puede imponer a los Estados el que adapten su política interna a ese modelo. En efecto, desde el punto de vista del Derecho internacional no existe obligación alguna de seguir dicho paradigma de actuación; ahora bien, del Derecho internacional general y del Derecho internacional de los derechos humanos se derivan una serie de principios jurídicos internacionales cuya observancia los Estados no pueden eludir y que constituyen un soporte jurídico básico sobre el que asentar el proceso transicional. Tales principios serán objeto de estudio en la parte segunda de este apartado.

²⁰⁴ Resolución 2005/70 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, de 20 de abril de 2005, Preámbulo.

1.1. *Aproximación a la noción de justicia transicional*

No existe una definición precisa de *justicia transicional*, *justicia en transición* o *justicia de transición*, consecuencia esencialmente de la multidimensionalidad del fenómeno al que se refiere, que hace preferible una noción amplia y lo suficientemente flexible como para adaptarse al variado espectro de casos en que la justicia transicional se fija como un objetivo a alcanzar.

Por ejemplo, en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), más que establecer una definición, se opta por ofrecer una descripción del contenido y los fines de la justicia en transición. Así, en el informe del Secretario General de la ONU titulado *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, específicamente dedicado a esta cuestión, la justicia transicional se describe como:

“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”²⁰⁵.

Como se puede observar, se trata de una noción abierta en la que, más que identificar un modelo de actuación concreto y bien delimitado, aparecen recogidos una serie de componentes esenciales, que pueden presentarse bajo una multiplicidad de formas, y que serían los siguientes:

- la existencia de un *período de cambio político o transición*, tras una etapa caracterizada por la comisión de violaciones graves de derechos humanos a las que se ha de enfrentar la sociedad en esta nueva fase;
- la articulación de una *pluralidad de procesos y mecanismos* como medidas de justicia transicional; y,
- la orientación de tales mecanismos a la consecución de una variedad de *objetivos* que responden a una *concepción compleja de justicia*, la cual abarca –de acuerdo con la definición del Secretario General– la acción en favor de las víctimas, la reacción frente a los responsables de las violaciones de derechos humanos y la reconciliación entre fuerzas sociales y actores enfrentados.

²⁰⁵ ONU, *Documento S/2004/616*, p. 6, § 8.

Dado que uno de los objetivos del informe del Secretario General era proporcionar una terminología uniforme de utilidad para el conjunto de la ONU, la imprecisión de la que adolece esta noción se ha extendido a todo el trabajo de la misma, ya que los demás órganos del sistema de Naciones Unidas se limitan a seguir por referencia la definición dada por el Secretario General en su informe²⁰⁶.

Posiblemente, la única excepción a esta política de unificación terminológica podría verse en la Resolución 2005/70 de la Comisión de Derechos Humanos²⁰⁷, en la que, si bien se toma nota del informe del Secretario General, no se alude a la noción de *justicia de transición* recogida en el mismo como noción de referencia. En su lugar, la Comisión de Derechos Humanos parece optar por abordar la cuestión desde una perspectiva propia (aunque ciertamente muy similar a la propuesta por el Secretario General), que en el texto de la resolución se traduce una vez más en una descripción funcional de la justicia en transición (la cual consistirá en "actividades en el plano nacional e internacional para restablecer la justicia y el estado de derecho en situaciones de conflicto y posteriores a los conflictos y, cuando proceda, en el contexto de procesos de transición"), basada en los mecanismos disponibles para su realización y los fines que su utilización permitirá alcanzar ("una serie completa de mecanismos políticos, judiciales y no judiciales para garantizar la accesibilidad y la rendición de cuentas y para hacer justicia, promover y lograr la reconciliación y restablecer la confianza en las instituciones del Estado, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos y el principio de no discriminación").

También la doctrina suele describir la justicia transicional como un conjunto de medidas y mecanismos utilizados por las sociedades que emergen de un conflicto o de una dictadura para exigir responsabilidades, recogiendo de esta manera los tres elementos anteriormente señalados, aunque con cierta tendencia a enfatizar la dimensión procedimental del modelo²⁰⁸. Pero más allá de estos tres elementos, presentes

²⁰⁶ Véanse también el Estudio de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre actividades en materia de derechos humanos y justicia de transición realizadas por componentes de derechos humanos del sistema de las Naciones Unidas (ONU, *Documento E/CN.4/2006/93*, § 5) o el Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos por la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos sobre derechos humanos y justicia transicional (ONU, *Documento A/HCR/4/87*, § 3).

²⁰⁷ Véase Nota 204.

²⁰⁸ La definición propuesta por Ruti Teitel, conforme a la cual la justicia transicional es "the conception of justice associated with periods of political change, characterised by legal responses to confront the wrongdoings of repressive predecessor regimes", también incorpora los tres elementos señalados, si bien precisa que las medidas que se esta-

de forma más o menos explícita en las nociones de *justicia transicional* propuestas por la doctrina, no existe acuerdo sobre una definición precisa de la noción²⁰⁹. Alex Boraine recuerda que hay quien rechaza la noción misma de *justicia transicional* y prefiere hablar de *justicia post-conflictual*, lo que implica sin embargo eludir la complejidad de las transiciones políticas, que no tienen por qué seguir necesariamente a un conflicto armado²¹⁰. También hay opiniones que entienden que la justicia transicional no es sino una extensión de la justicia ordinaria²¹¹; sin embargo, este planteamiento tampoco resulta satisfactorio²¹², puesto que por lo general el derecho ordinariamente aplicable queda desbordado ante la extraordinaria magnitud de las violaciones de derechos

blecen para enfrentar los abusos cometidos en el pasado tienen una naturaleza jurídica (TEITEL, R. G., *op. cit.*, p. 69). Bell y O'Rourke la definen como "package of measures which societies emerging from violent conflict use to pursue accountability" (BELL, C. & O'ROURKE, C., "Does Feminism Need a Theory of Transitional Justice? An Introductory Essay", *International Journal of Transitional Justice*, 1, 2007, 1, p. 24). Para Salmón, se refiere a "the various processes accompanying political transition by societies emerging from a period of violence that aim to deal with the serious human rights violations committed during the conflict and to achieve national reconciliation" (SALMÓN, E., "Reflections on international humanitarian law and transitional justice: lessons to be learnt from the Latin American experience", *International Review of the Red Cross*, 88, 2006, 862, p. 328).

²⁰⁹ BORAINÉ, A., "Transitional Justice as an Emerging Field", ponencia presentada en el Simposio "Repairing the Past: Reparations and Transitions to Democracy", Ottawa, Canada, March 11, 2004, disponible en <http://www.idrc.ca/uploads/user-S/10829975041revised-boraine-ottawa-2004.pdf>, p. 1, 22/10/08. Nesiáh señala con destacable realismo que "although a loosely defined family of political principles and institutional mechanisms may be invoked by the term "transitional justice", what the term actually means in any given situation is open and contested" (NESIAH, V., "Truth vs. Justice? Commissions and Courts", en: MERTUS, J. A. & HELSING, J. W. (eds.), *Human Rights & Conflict. Exploring the Links between Rights, Law, and Peacebuilding*, United States Institute of Peace Press, Washington, D.C., 2006, p. 377).

²¹⁰ BORAINÉ, A., *op. cit.*, p. 2.

²¹¹ POSNER, E. A. & VERMEULE, A., "Transitional Justice as Ordinary Justice", *Public Law and Legal Theory Working Paper*, 40, Law School – University of Chicago, March 2003, p. 4, disponible en: <http://www.law.uchicago.edu/faculty/posner-e/resources/eap-av.transitional.pdf>, 22/10/08.

²¹² Una crítica al planteamiento de Posner y Vermeule se recoge en SADURSKI, W., "«Decommunisation», «Lustration», and Constitutional Continuity: Dilemmas of Transitional Justice in Central Europe", *EUI Working Paper Law n° 2003/15*, European University Institute, San Domenico, 2003, pp. 1 y 2. También el Centro Internacional para la Justicia Transicional excluye que sea una mera forma de justicia ordinaria, al definirla como "una rama de la justicia que enuncia un enfoque diferente al convencional, asumido por las sociedades para hacer frente al legado de violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos" (ICTJ, "¿Qué es la justicia transicional?", en: <http://www.ictj.org/es/tj/>, 10/10/08).

humanos que debe abordar, además de que con no poca frecuencia el sistema judicial heredado de la etapa precedente presenta carencias que difícilmente le permiten dictar una justicia auténtica y objetivamente justa. Por consiguiente, es preciso asumir que las peculiares circunstancias en que se desenvuelve la justicia transicional no permiten que ésta se circunscriba únicamente a una dimensión jurídica y/o judicial, sino que en ella necesariamente confluyen aspectos políticos y morales a la hora de hacer justicia para las víctimas en épocas de incertidumbre²¹³.

Ciertamente, desde que las Potencias vencedoras de la II Guerra Mundial recurrieran a la vía judicial para castigar a los responsables de las graves violaciones de derechos humanos cometidas por las autoridades nazis, poniendo así en marcha el que se considera el primer mecanismo de justicia en transición —el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMI o Tribunal de Nuremberg)—²¹⁴, se ha tendido a asimilar justicia en transición con administración de la justicia en sentido estricto en un período en transición (entendiendo por “justicia en sentido estricto” la resolución conforme a derecho de las controversias que se plantean ante los órganos jurisdiccionales), de manera que en un primer momento la justicia transicional era prácticamente sinónimo de “jurisdicción transicional”. Sin embargo, el remarcable proceso de evolución operado por el modelo de justicia en transición, enriquecido con la aportación de los aciertos y los errores de las numerosas experiencias transicionales que se han ido sucediendo a lo largo de las últimas décadas, ha supuesto la incorporación al mismo de mecanismos distintos del proceso judicial que pretenden también hacer justicia, aunque por vías alternativas y/o complementarias a los procesos judiciales²¹⁵.

Así las cosas, la pregunta que se suscita es si todo este acervo procedimental acumulado, y que a menudo se presenta como alternativa a los mecanismos judiciales, puede realmente servir como un sustitutivo de la exigencia de responsabilidad ante un órgano jurisdiccional o si, por

²¹³ En estos casos, “not only does our moral discourse appear to reach its limit, but it also emphasizes the inadequacy of ordinary measures that usually apply in the field of criminal justice” (BORAINÉ, A., *op. cit.*, p. 2); BONET, J., *op. cit.*, p. 228.

²¹⁴ TEITEL, R. G., *op. cit.*, p. 70.

²¹⁵ Véase DRUMBL, M., “The (Al)lure of the Genocide Trial: Justice, Reconciliation, and Reconstruction in Rwanda”, en: BARNHIZER, D. (ed.), *Effective Strategies for Protecting Human Rights. Economic sanctions, use of national courts and international fora and coercive power*, Ashgate / Dartmouth, Aldershot, 2001, p. 219. Sobre la evolución de la concepción de la justicia transicional, véase TEITEL, R. G., *op. cit.*, pp. 69-94; ORENTLICHER, D. F., “‘Settling Accounts’ Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency”, *International Journal of Transitional Justice*, 1, 2007, 1, pp. 10-22; ONU, *Documento E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1*, Introducción.

el contrario, al evitar los procesos contra los presuntos responsables de violaciones graves de derechos humanos, se está incumpliendo la normativa jurídica internacional.

Esta segunda posibilidad, sin embargo, ha de ser descartada, o cuando menos matizada. A la luz del Derecho internacional público vigente, no parecen existir argumentos suficientes como para defender la obligación de los Estados de iniciar de oficio un procedimiento judicial siempre y en todo caso ante los tribunales²¹⁶. Ni siquiera el ordenamiento jurídico internacional impone al Estado responsable de graves violaciones de derechos humanos la obligación ineludible de juzgar a los presuntos responsables de tales abusos, puesto que le ofrece la alternativa de entregarlos a otros Estados que hayan solicitado su extradición, conforme al principio *aut iudicare aut dedere*²¹⁷. No obstante, cosa distinta es que esa obligación se derive de un tratado internacional del que el Estado en cuestión sea parte²¹⁸, en cuyo caso la persecución penal deberá llevarse a cabo en los términos establecidos convencionalmente si se quiere eludir la responsabilidad internacional derivada del incumplimiento de las previsiones del tratado.

Ahora bien, no se debe confundir la falta de una obligación absoluta de juzgar con la admisibilidad de la pasividad estatal frente a las violaciones de derechos humanos, ni tampoco con una aceptación de la impunidad de quienes las cometen:

- En primer lugar, el ordenamiento jurídico internacional establece la obligación de los Estados de reprimir las violaciones de derechos humanos, así como las obligaciones de investigar los hechos y castigar a los culpables. Se acepta sin embargo que no lleven a cabo procesos judiciales cuando no puedan o no quieran hacerlo, pero en ese caso no deberán poner obstáculos a las iniciativas de otros Estados para que ese enjuiciamiento se produzca. Por otra parte, la obligación de investigar y la exigencia de un castigo podrían verse satisfechas por vías diferentes a la judicial, como pueden ser la inhabilitación para ocupar cargos públicos de aquellas personas responsables de violaciones de derechos humanos bajo el régimen anterior o la obligación de reconocer lo ocurrido ante una comisión de la verdad.

²¹⁶ Véase la Primera Parte de esta obra.

²¹⁷ O acudir a instancias internacionales, como la Corte Penal Internacional (CPI) –siempre que se sea parte–, de conformidad con el principio de complementariedad (véanse el Preámbulo y el art. 17 del Estatuto CPI).

²¹⁸ Véase la Primera Parte, Apartado 1.2.

- En lo que respecta a la impunidad, es evidente que el hecho de que los Estados no tengan la obligación ineludible de juzgar no significa que los presuntos responsables de graves violaciones de derechos humanos puedan sustraerse a la acción de la justicia, en particular cuando éstas son constitutivas de crímenes de Derecho internacional²¹⁹, puesto que en ese caso tales comportamientos generan la responsabilidad penal internacional de quienes los han perpetrado, y la principal consecuencia derivada de su responsabilidad penal es precisamente el hacerlos merecedores de una pena, cuya imposición debe producirse en el marco de un proceso judicial con todas las garantías. No obstante, como apenas se apuntaba, ese proceso no tiene por qué producirse necesariamente en el mismo Estado en el que se cometieron las violaciones de derechos humanos y/o de Derecho internacional humanitario que son objeto de enjuiciamiento, sino que existen otras instancias jurisdiccionales (tanto tribunales internacionales como tribunales internos de otros Estados) que pueden tener competencia para conocer de tales comportamientos criminales.

En consecuencia, se puede afirmar que existen argumentos de índole jurídico-internacional para defender que el modelo de justicia transicional debe basarse en la utilización de todos aquellos mecanismos que el caso específico aconseje, siempre que con ellos se garantice la observancia de las obligaciones que puedan incumbir al Estado implicado en materia de derechos humanos.

Por lo demás, diseñar normativamente un modelo único y universal de justicia transicional obligatoriamente aplicable a todos los supuestos de transición política resulta hoy por hoy imposible, en la medida en que afectaría directamente al principio de la soberanía estatal –lo que permite augurar la negativa de los Estados a aceptar cualquier imposición de un modelo uniforme–; y tampoco es necesariamente lo más deseable, dada la particular idiosincrasia de cada Estado y de cada sociedad, cuyas necesidades y potencialidades no tienen por qué ser las mismas²²⁰. De

²¹⁹ Calificación que en la práctica será la más habitual, puesto que generalmente las violaciones de derechos humanos alcanzarán un carácter criminal en la medida en que se enmarcarán en contextos propios de crímenes de Derecho internacional, como la situación de conflicto armado que caracteriza a los crímenes de guerra, o el ataque sistemático o generalizado contra una población civil propio de los crímenes contra la humanidad (que suele verse favorecido por la excepcionalidad democrática de los períodos dictatoriales y represivos).

²²⁰ Véase SRIRAM, C. L., *op. cit.*, pp. 12 y 13; DUGGAN, C., “Prólogo”, en: RETTBERG, A. (comp.), *op. cit.*, p. vii; SOOKA, Y., “Dealing with the past and transitional jus-

ahí que se considere que la justicia transicional es un paradigma, una forma ejemplar de abordar las violaciones de derechos humanos cometidas en períodos políticos precedentes²²¹.

Por supuesto, la laxitud del modelo repercute sobre los componentes presentes en la noción de justicia transicional, en particular la transición y la justicia, que también evidencian una falta de concreción²²² con la que se busca garantizar la flexibilidad necesaria para afrontar cada caso particular en cada momento y lugar, de manera que los Estados afectados puedan gestionar su pasado como estimen más conveniente, conforme al principio de soberanía estatal.

No obstante, la justicia transicional no se articula sobre una discrecionalidad absoluta; antes al contrario, se deben tener muy presentes los límites que se derivan del ordenamiento jurídico internacional –y en particular el Derecho internacional de los derechos humanos–, cuyos principios y normas han de ser respetados a la hora de afrontar un proceso transicional.

1.2. *Los principios informadores de la justicia transicional*

Los procesos de justicia transicional mediante los que las sociedades hacen frente a su pasado se fundamentan jurídicamente en las obligaciones que para los Estados se derivan del Derecho internacional público, y en particular del Derecho internacional de los derechos humanos, sector del que se extraen una serie de principios que deberían servir a los Estados en transición como base jurídica sobre la que reconstruir la sociedad que emerge de un pasado de abusos.

Estos *principios de la justicia transicional* (como habitualmente son denominados), aplicables *ad intra*, no son sin embargo los únicos que han de regir un proceso de estas características. Junto a ellos, resultan de observancia otros principios propios del Derecho internacional gene-

time: building peace through accountability”, *International Review of the Red Cross*, 88, 2006, 862, p. 312; ORENTLICHER, D. F., *op. cit.*, p. 11.

²²¹ DUGGAN, C., *op. cit.*, p. vii; BICKFORD, L., “Transitional Justice”, en: SHELTON, D. (ed.), *Enciclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, Macmillan, Detroit, 2005, p. 1045, describiendo la justicia transicional como “a framework for confronting past abuse as a component of a major political transformation”. Chandra Lekha Sriram apunta la ausencia de un régimen en transición típico; más bien lo que hay son regímenes que han de tomar decisiones en situaciones de postconflicto o cambio de régimen. Sin embargo, las formas elegidas de abordar estas situaciones presentan similitudes de gran interés (SRIRAM, C. L., *op. cit.*, p. 211).

²²² Como se tendrá la oportunidad de ver con más detenimiento en los apartados siguientes de esta investigación.

ral, de aplicación *ad extra*, en el sentido de que delimitan el alcance de la actuación y la influencia que otros sujetos de Derecho internacional pueden llegar a tener en el proceso de justicia transicional que se desarrolla en el interior de un Estado. Dada su mayor generalidad, se comenzará por identificar estos últimos (apartado A) para, posteriormente, centrarnos en el estudio de los principios *ad intra* (apartado B).

A) Principios *ad extra*

Dentro del ordenamiento jurídico internacional, es posible distinguir dos grupos de principios que resultan aplicables a la problemática de la justicia transicional: los principios generales del Derecho y los principios estructurales del Derecho internacional.

En primer lugar, son aplicables algunos principios generales del Derecho, dentro de los cuales se pueden diferenciar a su vez dos modalidades específicas: los principios generales del Derecho “reconocidos por las naciones civilizadas” –siguiendo la literalidad del artículo 38.1.c) del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia– y aquellos de carácter específicamente internacional. Entre los principios surgidos *in foro domestico* se encuentra, sobre todo, el principio conforme al cual los hechos contrarios a derecho generan la responsabilidad de su autor, que en el plano internacional se traducirá en el surgimiento de responsabilidad para el Estado que cometa un hecho ilícito, por una parte, y para el particular al que le sea imputable un crimen de Derecho internacional, por otra parte, y que en relación con la justicia transicional supondrá que los Estados deberán observar las normas jurídicas internacionales que les incumben en materia de derechos humanos si quieren evitar las consecuencias que se derivan de su incumplimiento. Otro principio con este mismo origen y que podría aplicarse también a los procesos transitorios es la prohibición del abuso de derecho, en la medida en que limita el poder discrecional del Estado²²³.

Asimismo, también pueden ser de aplicación a los procesos transitorios otros principios del Derecho de origen estrictamente internacional, que presentan una naturaleza eminentemente procesal, como son, por ejemplo, el ya mencionado *aut iudicare aut dedere*, el principio de no extradición por delitos políticos –condición que no ostentan los crímenes de Derecho internacional–, o el principio de jurisdicción universal.

²²³ Véase GUGGENHEIM, P., *Traité de Droit international public*, Tome I, Librairie de l'Université, Genève, 1967 (2ª ed. aum. y rev.), pp. 301 y 302.

En segundo lugar, es importante recordar que existen una serie de principios básicos o estructurales del Derecho internacional público que guían el comportamiento internacional de los Estados, los cuales deberán desarrollar sus relaciones mutuas “sobre la base de su estricto cumplimiento”²²⁴. Tres son esencialmente los principios estructurales que se han de observar respecto de aquellos Estados que se encuentren en fase de transición política: el principio de igualdad soberana de los Estados, la obligación de no intervenir en los asuntos internos de los Estados, y la obligación de respetar y proteger la dignidad humana.

- El *principio de la igualdad soberana de los Estados* supone, entre otros elementos, que “la integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables” y que cada Estado “tiene el derecho a elegir y a llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural”, de acuerdo con lo declarado en la Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, de la Asamblea General de las Naciones Unidas (*Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*).
- Por su parte, la *obligación de no intervenir en los asuntos internos de los Estados* se concreta, entre otros aspectos, en que todo Estado “tiene el derecho inalienable a elegir su sistema político, eco-

²²⁴ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, § 3. Esta resolución recogió en 1970 la evolución operada por el Derecho internacional, formulando los principios básicos, estructurales o constitucionales del Derecho internacional público, a saber: a) el principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas; b) el principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia; c) la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas; d) la obligación de los Estados de cooperar entre sí, conforme a la Carta; e) el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos; f) el principio de la igualdad soberana de los Estados; g) el principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta. A estos siete principios se puede añadir un octavo, fruto de la evolución más reciente del Derecho internacional público, cual es el respeto y la protección de la dignidad humana (CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001 (2ª ed.), pp. 14 y 15).

nómico, social y cultural, sin injerencia en ninguna forma por parte de ningún otro Estado”, tal y como se proclama también en la Resolución 2625 (XXV).

- Sin embargo, ambos principios son modulados por un tercero: el principio de *respeto y protección de la dignidad humana*. De éste se deriva la obligación de los Estados de respetar y garantizar aquellos derechos humanos fundamentales (como la vida o el no sometimiento a la tortura) más estrechamente vinculados a la dignidad de los seres humanos²²⁵, a la vez que legitima al resto de la Sociedad Internacional para vigilar e impulsar ese respeto a los derechos humanos²²⁶.

La conjunción de estos tres principios lleva a concluir que en el actual momento de evolución del ordenamiento jurídico internacional no parece viable que la Sociedad internacional pueda imponer a un Estado en fase de transición la forma en que haya de tratar la cuestión de los derechos humanos o la futura estructura institucional, puesto que con ello se estaría violando los dos primeros principios indicados. Sin embargo, ello no obsta para que sí pueda impulsar y favorecer el desarrollo de políticas nacionales de derechos humanos y, por ende, de la activación y el desarrollo productivo de un proceso de justicia transicional, convicción ésta que estaría en la base del trabajo de asistencia y cooperación técnica frecuentemente acometido por agencias y organismos nacionales e internacionales en el marco de los procesos de transición²²⁷.

²²⁵ SIMMA, B. & ALSTON, P., “The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles”, *Australian Yearbook of International Law*, 12, 1988-1989, p. 103.

²²⁶ Véase *ibid.*, pp. 98 y 99; BYERS, M., “Custom, Power, and the Power of Rules. Customary International Law from an Interdisciplinary Perspective”, *Michigan Journal of International Law*, 17, 1995, 1, p. 120.

²²⁷ Por ejemplo, la labor desarrollada desde la ONU en materia de construcción y consolidación de la paz, que en 2005 llevó a la creación de la Comisión de Consolidación de la Paz, un órgano asesor intergubernamental destinado a “atender a las necesidades especiales de los países que salen de situaciones de conflicto para avanzar hacia la recuperación, la reintegración y la reconstrucción y ayudarlos a sentar las bases del desarrollo sostenible” (véanse ONU, *Documento A/RES/60/180-S/RES/1645(2005)*, relativo al establecimiento de la Comisión de Consolidación de la Paz). En materia de derechos humanos, sin embargo, la coordinación del sistema de la ONU corre a cargo de la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR), que ya desde 2003 viene intensificando su trabajo en materia de formación y asistencia a los Estados en situación de postconflicto y/o de transición (véase OUNHCHR, *Rule-of-law Tools for Post-Conflict States. Mapping the Justice Sector*, United Nations, New York / Geneva, 2006, p. v). También la Unión Europea presta asistencia técnica en el marco de transiciones políticas y situaciones post-conflicto, por ejemplo “a procesos de investiga-

Ciertamente, el Estado implicado es libre de decidir su propio camino hacia un nuevo régimen político, pero si realmente tiene la voluntad de enfrentar las violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado para garantizar su respeto en el futuro, entonces debería incorporar al proceso una serie de principios derivados del Derecho internacional de los derechos humanos que se consideran básicos a tal fin. Es decir: si bien no existe base jurídica suficiente para imponer a un Estado un determinado modelo de justicia transicional, el recurso voluntario al mismo puede resultarle interesante de cara a asegurarse la observancia de las obligaciones que le incumben en materia de derechos humanos, en la medida en que la justicia transicional está orientada al respeto de dichos principios.

B) Principios *ad intra*

Se suele considerar como texto de referencia²²⁸ de los principios de la justicia transicional la sentencia dictada en 1988 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, en la que se determinó el grado de incumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) por parte del Estado hondureño en razón de la falta de investigación adecuada sobre las circunstancias que rodearon la detención y posterior desaparición del joven Ángel Manfredo Velásquez²²⁹.

ción de precedentes en la administración pública y la asistencia a la transformación de los sectores de justicia y seguridad”, además de llevar a cabo cursos de formación de funcionarios (AVELLO, M., “Esfuerzos europeos en Justicia Transicional”, *Documento de trabajo FRIDE*, 58, 2008, p. 7).

²²⁸ COSTI, A., *op. cit.*, nota 10, p. 216.

²²⁹ CORTE IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, n° 4.

Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez era un estudiante universitario que en 1981 fue ilegalmente detenido por elementos de las fuerzas de seguridad hondureñas y posteriormente sometido a interrogatorios bajo tortura, acusado de delitos políticos, sin que en ningún momento las autoridades admitieran la detención del joven, cuyo paradero se desconocía. Requerido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que aportara la información necesaria sobre los hechos alegados, el Gobierno hondureño guardó silencio, por lo que la Comisión presumió la veracidad de los hechos denunciados (Resolución 30/83).

Honduras solicitó que se reconsiderara esta decisión, por entender que no se habían agotado los recursos internos, a lo que la Comisión accedió en 1984, solicitando de nuevo información sobre lo ocurrido. En 1986 la Corte Primera de Apelaciones hondureña confirmó el sobreseimiento de las diligencias incoadas contra los presuntos responsables de la desaparición de Velásquez Rodríguez, y ese mismo año la Comisión Interamericana estimó que la nueva información aportada por el Gobierno no era suficiente para recon-

En su sentencia, la Corte IDH enumeró las siguientes obligaciones que competen a los Estados en materia de derechos humanos:

- Prevenir las violaciones de derechos humanos²³⁰.
- Investigar las presuntas violaciones de derechos humanos²³¹ (teniendo presente que la falta de diligencia debida o la omisión hacen al Estado responsable de esas violaciones)²³² e identificar y castigar a los responsables, imponiéndoles las sanciones pertinentes²³³.
- Procurar el restablecimiento –si es posible– del derecho conculcado y, en su caso, la reparación (tanto económica como de otro tipo) a las víctimas o a sus familiares de los daños producidos por la violación de los derechos humanos²³⁴.
- Identificar a las víctimas y proporcionarles tanto a ellas como a la sociedad en su conjunto toda la información de que pueda disponerse sobre las circunstancias del caso²³⁵.
- Organizar todas las estructuras del poder público de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos²³⁶.

Aunque no cabe duda de que de estas obligaciones se pueden decidir principios invocables en el ámbito regional americano, no parece haber elementos suficientes para poder afirmar que de todas ellas se deducen principios jurídicos de alcance universal. No obstante, sí es cierto que las mismas están estrechamente vinculadas con una serie de derechos reconocidos a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, identificados y analizados en detalle por Louis Joinet en su informe sobre *La cuestión de la impunidad de los autores de violacio-*

siderar la Resolución 30/83. Antes al contrario, el Estado de Honduras no había logrado probar que los hechos denunciados no fueran ciertos, por lo que confirmó su resolución y remitió el caso a la Corte IDH. La Corte condenó a Honduras como responsable de la violación del derecho a la vida, a la libertad y a la integridad física de Velásquez Rodríguez como consecuencia de su detención arbitraria y desaparición, llevadas a cabo con la participación o tolerancia del gobierno, en un contexto de desapariciones sistemáticas que hacía que los recursos internos disponibles no resultaran efectivos para proteger los derechos de las víctimas.

²³⁰ *Ibid.*, §§ 166 y 172-174.

²³¹ *Ibid.*, §§ 166, 174 y 177.

²³² *Ibid.*, §§ 172 y 173.

²³³ *Ibid.*, § 174.

²³⁴ *Ibid.*, §§ 166 y 174.

²³⁵ *Ibid.*, § 174.

²³⁶ *Ibid.*, § 166.

nes de los derechos humanos (civiles y políticos)²³⁷, y que son los siguientes: el *derecho a saber*, el *derecho a la justicia* y el *derecho a la reparación*; además, a estos derechos se ha de añadir la garantía de no reiteración de las violaciones.

Por tanto, las obligaciones de aquellos Estados que enfrentan un proceso transicional pueden ser resumidas en cuatro grandes deberes correspondientes a otros tantos derechos de las víctimas²³⁸, y que son los que aquí calificaremos de *principios de la justicia transicional*:

- el *deber de reprimir y perseguir* (como contrapartida del derecho a la justicia de las víctimas),
- el *deber de investigar e informar sobre las violaciones de derechos humanos* (frente al derecho a saber de las víctimas –y de la sociedad en su conjunto–)²³⁹,
- el *deber de reparar* (como corolario del derecho de las víctimas a la reparación) y
- el *deber de prevenir* (frente a la no repetición de las violaciones²⁴⁰).

Por supuesto, junto a estos principios básicos, durante el proceso de transición el Estado implicado deberá adicionalmente observar aquellas normas de derechos humanos a cuyo cumplimiento se ha comprometido por vía convencional, así como el principio de no discriminación²⁴¹.

La ventaja de estos principios jurídicos internacionales –cuyo alcance jurídico se ha intentado delimitar en la primera parte de este estudio– es que dotan al proceso transicional de pautas de comportamiento objetivas, conforme a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, de manera que el respeto a los mismos trasciende las relaciones de poder articuladas en el seno de la sociedad que experimenta la transición, como Peled y Rouhana han destacado²⁴², aportando elementos que ayuden a contrarrestar –o al menos a atenuar– las

²³⁷ Véase asimismo el análisis desarrollado por Jordi Bonet en la Primera Parte, Apartado 1.1.

²³⁸ KATAMALI, J.-M., “Accountability for genocide and other gross human rights violations: the need for an integrated and victim-based transitional justice”, *Journal of Genocide Research*, 9, 2007, 2, p. 276.

²³⁹ Téngase además en cuenta que la jurisprudencia vincula el deber de investigar al derecho a la justicia de las víctimas. Sobre este particular, véase *supra* Primera Parte, § 1.1.

²⁴⁰ La observancia a largo plazo de este deber indudablemente pasa por reorganizar las estructuras de poder público para incorporar el respeto y la garantía de los derechos humanos como un principio fundamental en su funcionamiento.

²⁴¹ ONU, *Documento E/CN.4/RES/2005/70*, Preámbulo.

²⁴² PELED, Y. & ROUHANA, N. N., *op. cit.*, p. 320.

presiones políticas que tradicionalmente han favorecido la impunidad en este tipo de contextos. Así pues, sobre esta base se puede ya desarrollar el proceso de justicia transicional, en el que, evidentemente, junto a la puesta en práctica de estos principios, también se habrá de tener en cuenta el equilibrio de poder entre las partes implicadas para lograr el objetivo de satisfacer todas las demandas de justicia que los distintos actores sociales planteen a lo largo del período de cambio político²⁴³.

2. El contexto de la justicia transicional: los períodos de transición e inestabilidad política y la recuperación de la memoria histórica

Parece lógico pensar que un primer elemento necesario para que se produzca un proceso de justicia transicional ha de ser la existencia de una transición política que le sirva de contexto. Los complejos retos que esa situación de cambio socio-político plantea al tratar de responder equilibradamente a la exigencia de justicia frente a las violaciones graves de derechos humanos y a la voluntad de alcanzar una estabilidad política se encuentran en la base de la búsqueda y selección de la amplia gama de mecanismos de actuación que configuran el modelo de justicia de transición, cuya puesta en práctica se lleva a cabo durante el período de tiempo que constituye el proceso transitorio.

Sin embargo, hoy en día la justicia en transición ha superado este escenario y las limitaciones temporales que teóricamente acompañan al mismo, para, en su lugar, pasar a ser operativa en contextos distintos de las transiciones políticas en sentido estricto y en momentos que propiamente ya no son considerados de transición. Así pues, lo que en sus orígenes había constituido una respuesta a situaciones excepcionales, se ha convertido en los últimos tiempos en una práctica habitual ante situaciones diversas, en el sentido señalado por Ruti G. Teitel de que se ha producido una expansión y normalización de la justicia transicional²⁴⁴.

De esta forma, actualmente constituye un paradigma aplicable a una variedad de supuestos de hecho, los cuales no sólo difieren en cuanto a las circunstancias que originan la necesidad de aplicar los mecanismos de justicia transicional, sino también en cuanto al momento en que esa necesidad se plantea. En efecto, en la actualidad se obser-

²⁴³ Así, Peled y Rouhana afirman: "It is for this reason that transitional justice privileges reconciliation over retribution –which would satisfy solely the victims of past injustices– and forgetfulness –which would benefit only their perpetrators" (*ibid.*).

²⁴⁴ Véase TEITEL, R. G., *op. cit.*, p. 89.

va una tendencia a recurrir a dichos mecanismos no sólo para tratar de poner fin al conflicto existente entre distintos actores sociales y que se traduce en abusos y violaciones graves de los derechos humanos, sino también para restañar heridas que, pese al transcurso del tiempo, aún permanecen abiertas en sociedades que sufrieron ese conflicto en el pasado y que pretendieron superar sus consecuencias básicamente mediante el olvido, como ocurrió en el caso español.

A continuación se analizará con más detalle esta expansión del contexto propio de la justicia transicional, tanto en lo referido a los supuestos de hecho relevantes como a su dimensión temporal, comenzando por identificar en el primer apartado la cada vez más amplia gama de escenarios conflictuales en los que la justicia transicional se considera clave para superarlo y concluyendo con un somero estudio en el apartado segundo de la incidencia que la generalización de la justicia de transición ha podido tener en la activación de procesos de revisión de la memoria histórica, prestando particular atención a la práctica reciente en España.

2.1. *La justicia transicional como paradigma resolutivo de periodos de transición e inestabilidad política*

El marco natural y original de la justicia transicional son las *transiciones políticas*, que, con carácter general, pueden describirse como un proceso²⁴⁵ de paso de un régimen político a otro²⁴⁶ dentro de un Estado, un período de cambio que a menudo puede no limitarse a lo político, sino que también alcanza a la esfera social y/o jurídica²⁴⁷.

No existe una definición precisa de *transición* en el ámbito jurídico-internacional, lo que conlleva la ventaja de poder incluir una gran variedad de procesos de cambio político dentro de la noción en conexión con los cuales pueden llevarse a cabo procesos de justicia transicional. A cambio, surge un importante inconveniente, cual es que la consideración de hallarse en un período de transición quedará en manos de las autoridades de cada Estado, de manera que éstas pueden oponerse a

²⁴⁵ SRIRAM, C. L., *op. cit.*, p. 5.

²⁴⁶ O'DONNELL, G. & SCHMITTER, P. C., *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, The John Hopkins University Press, Baltimore / London, 1986, p. 6; GARRETÓN MERINO, M. A., *Reconstruir la política. Transición y consolidación democrática en Chile*, Andante, Santiago de Chile, 1987, p. 28; TEITEL, R. G., *op. cit.*, p. 69; ELSTER, J., *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 1.

²⁴⁷ BONET PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 227.

afrontar un proceso de justicia transicional amparándose en la ausencia de una transición política²⁴⁸.

En tales circunstancias, la necesidad de acometer un proceso de justicia en transición surge cuando el régimen anterior deja tras de sí un legado de violaciones graves de derechos humanos que el nuevo régimen hereda y debe gestionar en un contexto de incertidumbre política y social²⁴⁹, y encuentra su fundamento en la obligación del Estado de cumplir con las exigencias derivadas del Derecho internacional de los derechos humanos, de la que no queda exento por el cambio de régimen político, al regir el *principio de continuidad del Estado en materia de responsabilidad*. La aplicabilidad de este principio a supuestos de cambios de gobierno ha sido afirmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez-Rodríguez*:

“Según el principio de Derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque, desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron”²⁵⁰.

El cumplimiento de estas obligaciones resulta favorecido con la instauración de un modelo de Estado democrático²⁵¹ y de dere-

²⁴⁸ La incertidumbre en torno al período de transición puede también servir de justificación a la intervención internacional si por el contrario quienes deciden la necesidad de iniciar una transición y sus términos son terceros Estados (véase BELL, C. & O’ROURKE, C., *op. cit.*, p. 24).

²⁴⁹ NÍ AOLÁIN, F. & CAMPBELL, C., “The Paradox of Transition in Conflicted Democracies”, *Human Rights Quarterly*, 27, 2005, p. 174.

²⁵⁰ CORTE IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1998, Serie C, nº 4, § 184.

²⁵¹ Garretón Merino distingue entre *transición* y *democratización*, al entender que esta segunda hace referencia a “un problema de cambio social global y apunta a la idea de una sociedad democrática”, cambio social global que no necesariamente está implícito en la noción más amplia de *transición* (GARRETÓN MERINO, M. A., *op. cit.*, p. 28). También O’Donnell y Schmitter distinguen entre ambas nociones, e introducen además la de *liberalización* –es decir, el proceso de redefinición y extensión de derechos, que puede ocurrir al margen de la democratización, como ocurrirá, por ejemplo, si el gobierno autoritario tolera ciertos espacios de libertad individual o colectiva sin alterar la organización del poder– y la de *socijalización* –que sería una segunda transición en la que: 1) la

cho²⁵², que sienta las bases para que el nuevo régimen pueda hacer justicia²⁵³. De ahí que algunos autores califiquen de “transiciones paradigmáticas”²⁵⁴ a aquellas en las que se produce un cambio de régimen dictatorial a democrático (*transiciones a la democracia*²⁵⁵). Dentro de éstas, y siguiendo al Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, se puede introducir además una subclasificación que tiene en cuenta la preexistencia o no de un modelo de Estado de derecho en el Estado que afronta la transición. Así, Despouy distingue entre “a) Estados que cuentan o han contado con un sistema institucional estructurado sobre la base de la división de poderes y que, por distintas vicisitudes históricas, se han visto seriamente afectados, como sucedió en países de América Latina durante la década de 1970, cuando dictaduras militares y gobiernos autoritarios concentraron en el Ejecutivo el manejo absolu-

idea de ciudadanía se extendería no sólo a los procedimientos públicos de gobierno, sino también a instituciones sociales de ámbito privado –partidos políticos, asociaciones,...–, y 2) se buscaría proporcionar iguales beneficios a toda la población sobre los bienes y servicios generados por la sociedad- (O’DONNELL, G. & SCHMITTER, P. C., *op. cit.*, pp. 7-14).

²⁵² Siguiendo la terminología propuesta por el Secretario General de la ONU, la noción de *Estado de derecho* hace referencia a un “principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal” (ONU, *Documento S/2004/616*, p. 5, § 6).

²⁵³ Mientras que una transición puede conducir no sólo a la instauración de la democracia, sino también de alguna forma de régimen autoritario o de una alternativa revolucionaria (O’DONNELL, G. & SCHMITTER, P. C., *op. cit.*, p. 6), para algunos autores sólo el modelo democrático hace posible un proceso de justicia en transición (véase GONZÁLEZ CUEVAS, E., “Perspectivas teóricas sobre la justicia transicional”, *Material de trabajo para el seminario “Perú 1980-2000: El reto de la verdad y la justicia”*, p. 2, disponible en: http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/Gonzalez_Cueva.pdf, 22/10/08).

²⁵⁴ Es decir: “the authoritarian and frequently violent state in transition to peaceful democracy”. La expresión es de Ní Aoláin y Campbell (NÍ AOLÁIN, F. & CAMPBELL, C., *op. cit.*, p. 179).

²⁵⁵ En cualquier caso, Ní Aoláin y Campbell estiman que en todo proceso de transición hay al menos dos escenarios principales: un movimiento hacia la democracia y un movimiento hacia la paz (*ibid.*, p. 183). Por el contrario, Posner y Vermeule sólo conciben la justicia transicional como un camino hacia la democracia, definiéndola como “a political and economic transition that is consistent with liberal and democratic commitments” (POSNER, E. A. & VERMEULE, A., *op. cit.*, pp. 6 y 7).

to del Estado" y "b) Estados [...] que salen de una situación de autoritarismo pero proceden de un modelo institucional en el que la división de poderes nunca estuvo claramente practicada [...]; [las] antiguas repúblicas soviéticas de Asia central ejemplifican este tipo de transición"²⁵⁶.

Ahora bien, es evidente que no sólo desde los regímenes autoritarios es posible el paso a un régimen democrático, sino que este también puede ser el resultado de un proceso de paz tras un conflicto armado de carácter interno o internacional²⁵⁷ (*transiciones a la paz*). De hecho, en la esfera internacional –y más concretamente en el ámbito de la ONU, donde la noción uniforme que se maneja fue elaborada por el Secretario General de la Organización para el contexto de las sociedades "que sufren o han sufrido conflictos"²⁵⁸– la oportunidad de llevar a cabo iniciativas internacionales de justicia transicional en períodos de postconflicto resulta menos controvertida que su aplicabilidad a los procesos de transición democrática. Así parece al menos desprenderse de las Resoluciones 2005/70 y 9/10 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y de su sucesor, el Consejo de Derechos Humanos, respectivamente, en las que se destaca la "importancia y la urgencia de llevar a cabo actividades en el plano nacional e internacional para restablecer la justicia y el estado de derecho en situaciones de conflicto y posteriores a los conflictos y, cuando proceda, en el contexto de procesos de transición"²⁵⁹. Esta redacción no sorprende, sin embargo, cuando se conoce el trasfondo de su proceso de elaboración, pues aun tratándose de una resolución meramente formal (esencialmente se limita a pedir a los Estados y a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) una mayor implicación en la promoción y protección de los derechos humanos durante los procesos de justicia en transición), consensuar un texto no fue tarea fácil, ya que algu-

²⁵⁶ ONU, *Documento E/CN.4/2006/52*, p. 16, § 44.

²⁵⁷ Véase *ibid.*, donde la tercera tipología propuesta por el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados es la relativa a "c) países en los que el Estado es casi inexistente o ha sido en gran parte destruido como consecuencia de un conflicto armado *internacional* o de una *guerra civil*" (énfasis añadido). También entre la doctrina hay defensores de la aplicabilidad de la justicia transicional a conflictos que trascienden las fronteras estatales, como el palestino-israelí (al respecto PELED, Y. & ROUHANA, N. N., *op. cit.*, pp. 323 y 324; en idéntico sentido, DUDAI, R., "A Model for Dealing with the Past in the Israeli-Palestinian Context", *International Journal of Transitional Justice*, 1, 2007, 2, pp. 249-267).

²⁵⁸ Véase ONU, *Documento S/2004/616*, p. 1.

²⁵⁹ ONU, *Documentos E/CN.4/RES/2005/70*, preámbulo, y *A/HCR/9/10* (énfasis añadido).

nos Estados temían que con ella se pudieran ver sometidos a una mayor presión internacional. En particular, uno de los temas más controvertidos durante las sesiones abiertas organizadas en 2005 por la delegación suiza ante la Comisión de Derechos Humanos para discutir el proyecto de la resolución fue la noción de *transición*, un tema que generó importantes controversias, ya que Estados como China o la Federación Rusa insistían en que había que concretar el término, dado que ninguno de los dos Estados aceptaba que se pudieran referir a transiciones de modelos socioeconómicos²⁶⁰.

Junto a los dos contextos tradicionales de la justicia en transición –transiciones a la democracia y transiciones a la paz–, esta modalidad de justicia aparece cada vez más vinculada a escenarios políticos caracterizados por una situación de violencia “in a time of peace, political fragmentation, weak states, small wars, and steady conflict”²⁶¹. La aplicabilidad de los principios de justicia transicional a estos supuestos de violencia de intensidad baja pero sostenida resulta cada vez más relevante en el marco de las calificadas por Fionnula Ní Aoláin y Colm Campbell como “*conflicted democracies*” o “*democracias en conflicto*”, en referencia a aquellos Estados democráticos que han experimentado violencia política durante un período de tiempo prolongado²⁶², en las que el proceso de justicia transicional no caracteriza tanto la ruptura con el régimen anterior como el proceso de resolución de un conflicto larvado en el seno de una sociedad democrática.

Además de la aplicabilidad de la justicia transicional a los casos apenas mencionados de violencia de baja intensidad dentro de sociedades democráticas, y siempre dentro de la concepción de las transiciones como cambios de régimen político, algunos autores han sugerido la posibilidad de utilizar el paradigma de la justicia transicional para evaluar otros supuestos. Por ejemplo, Jon Elster vincula la justicia en transición no sólo a las transiciones hacia la democracia o los períodos de postconflicto dentro de un Estado, sino también a situaciones tales

²⁶⁰ Reunión informal de carácter público organizada por la delegación permanente de Suiza ante la ONU en Ginebra (Suiza era el principal patrocinador de dicha resolución), celebrada el 11 de abril de 2005 (notas de la reunión en los archivos de la autora).

²⁶¹ TEITEL, R. G., *op. cit.*, p. 90. Véase asimismo NESIAH, V., *op. cit.*, p. 375. Por su parte, Sriram sugiere que pueda activarse un proceso de justicia transicional no sólo en períodos de postconflicto o de cambio de régimen, sino incluso durante el propio conflicto armado o en ausencia de un cambio formal de régimen (SRIRAM, C. L., *op. cit.*, p. 211).

²⁶² NÍ AOLÁIN, F. & CAMPBELL, C., *op. cit.*, p. 172.

como la consecución de la independencia por parte de las colonias²⁶³. En efecto, un Estado de reciente independencia puede decidir iniciar su vida internacional con un proceso transicional que resuelva las injusticias del período anterior si estima que, de no hacerlo, ello pueda afectar a la consolidación democrática y la estabilidad futura de la entidad que acaba de establecerse. No obstante, al no operar en estos supuestos el principio de continuidad del Estado, se plantean algunas cuestiones de interés sobre alcance de la justicia transicional en Estados de reciente independencia.

Hay que tener presente que, aunque por regla general las obligaciones convencionales adquiridas por el Estado predecesor no vinculan al Estado de reciente independencia²⁶⁴, los tratados internacionales en materia de derechos humanos parecen ser una excepción a esta regla²⁶⁵

²⁶³ ELSTER, J., *op. cit.*, p. 49. Elster analiza una amplia casuística desde una perspectiva histórica, que sistematiza conforme a dos criterios: la naturaleza y duración del régimen y la naturaleza y duración del proceso de transición. Tanto el régimen como el proceso de transición pueden ser endógenos o exógenos, y pueden distinguirse regímenes y transiciones de larga y de corta duración (*ibid.*, pp. 73-76).

²⁶⁴ En aplicación del principio de *tabula rasa* en materia de tratados internacionales (art. 16 de la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados, de 23 de agosto de 1978, relativo a la *Posición respecto de los tratados del Estado predecesor*: "Ningún Estado de reciente independencia estará obligado a mantener en vigor un tratado, o a pasar a ser parte de él, por el solo hecho de que en la fecha de la sucesión de Estados el tratado estuviera en vigor respecto del territorio al que se refiera la sucesión de Estados").

²⁶⁵ En relación con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, resultan reveladoras las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas nº 1993/23, de 5 de marzo de 1993, 1994/16, de 25 de febrero de 1994, y 1995/18, de 24 de febrero de 1995, tituladas "Sucesión de Estados en materia de tratados internacionales de derechos humanos" (ONU, *Documentos E/CN.4/RES/1993/23, E/CN.4/RES/1994/16, y E/CN.4/RES/1995/18*). En ellas se observa una evolución de la posición de los Estados que va desde una aparente prevalencia del principio de *tabula rasa* en la primera hasta la mayor incertidumbre respecto al principio aplicable que parece reflejar la última, en la que se pide "a los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos que sigan estudiando la aplicabilidad continuada de los respectivos tratados internacionales de derechos humanos a los Estados sucesores" (*ibid.*, § 3).

Cualquier duda al respecto quedaría borrada en 1997, al menos en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, con la Observación General nº 26 del Comité de Derechos Humanos sobre *Continuidad de las obligaciones*, el cual afirmó que: "Los derechos consagrados en el Pacto corresponden a quienes viven en el territorio del Estado Parte de que se trate. El Comité de Derechos Humanos, tal como muestra su arraigada práctica, ha considerado sistemáticamente que, una vez que las personas tienen reconocida la protección de los derechos que les confiere el Pacto, esa protección pasa a ser subsumida por el territorio y siguen siendo beneficiarias de ella las personas, con independencia de los cambios que experimente la gobernación del Estado Parte, lo que incluye la desmembración en más de un Estado, la sucesión de Estados o

—cuando menos aquellos relativos a derechos humanos fundamentales²⁶⁶—; por el contrario, el nuevo Estado no queda exento de la observancia de las normas de Derecho internacional general²⁶⁷, a menos que en el momento de acceder a la independencia hubiera claramente manifestado su oposición a que le sean aplicadas.

En lo que se refiere a la responsabilidad internacional, en virtud del principio conforme al cual, con carácter general, ésta no se transmite al Estado sucesor, las violaciones de derechos humanos imputables al Estado predecesor no generan la responsabilidad internacional del Estado sucesor²⁶⁸. Por tanto, no serían exigibles al Estado sucesor las obligaciones derivadas del incumplimiento de normas de Derecho internacional de los derechos humanos por parte del Estado predecesor, sin perjuicio de que éste último no quede exento de responder por tales violaciones aun después de haberse producido el proceso sucesorio, en la medida

cualquiera otra medida posterior que adopte el Estado Parte con objeto de despojar a esas personas de los derechos que les garantiza el Pacto” (CDH, *Observación General n° 26*, 1997, en: ONU, *Documento HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I)*, p. 266, § 4).

²⁶⁶ También la jurisprudencia internacional parece mostrarse favorable a considerar que los tratados en materia de derechos humanos son una excepción a esta regla, rigiendo por tanto la continuidad, al menos en relación con tratados que regulan cuestiones particularmente relevantes para la Sociedad internacional en su conjunto. En palabras del juez Weeramantry, el que “la succession d’Etats à une convention relative aux droits de l’homme aussi vitale que la convention sur le génocide est automatique” es “un principe du droit international contemporain”. De lo contrario, “le système mondial de protection des droits de l’homme générerait continuellement des lacunes dans la partie plus vitale de son cadre, lacunes qui s’ouvriraient ou seraient comblées en fonction de la dissolution des autorités politiques en place et de l’apparition des nouvelles”, de manera que semejante doctrina “porterait gravement atteinte au tissu même de la protection internationale des droits de l’homme, mettrait la paix en péril et détournerait le droit des buts et principes des Nations Unies que toutes les nations, nouvelles et anciennes, sont attachées à réaliser” (CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Arrêt du 11 juillet 1996, *Exceptions préliminaires, Opinion individuelle de M. Weeramantry*, Recueil, 1996, pp. 654-655).

²⁶⁷ Así se deduce del art. 5 de la Convención de 1978, relativo a las *Obligaciones impuestas por el Derecho Internacional independientemente de un tratado*: “El hecho de que un tratado no se considere en vigor respecto de un Estado en virtud de la aplicación de la presente Convención no menoscabará en nada el deber de ese Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del Derecho Internacional independientemente de ese tratado”.

²⁶⁸ A no ser que éste asuma la responsabilidad internacional por dicho incumplimiento (véase el art. 11 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, relativo al “Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio”), algo sin embargo hartamente improbable.

en que le son atribuibles²⁶⁹. No obstante, cuando la sucesión de Estados se produzca como consecuencia del triunfo de un movimiento insurreccional o de otra índole²⁷⁰, las violaciones de derechos humanos que ese movimiento haya cometido serán consideradas hechos del nuevo Estado²⁷¹.

Asimismo, cuando las violaciones de derechos humanos generen a su vez responsabilidad penal internacional, los autores no podrán eximirse de tal responsabilidad por el mero hecho de que se produzca una sucesión de Estados, en la medida en que la comisión de crímenes de Derecho internacional exige responder ante la Sociedad internacional en su conjunto, con independencia de la nacionalidad de la persona que los haya perpetrado. Al respecto, conviene señalar que la obligación de enjuiciar a los presuntos responsables de tales crímenes alcanzará también al Estado sucesor, en virtud tanto de las normas consuetudinarias

²⁶⁹ La vigencia del principio intertemporal de la responsabilidad internacional del Estado, conforme al cual un hecho del Estado no constituye violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho (art. 13 del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre responsabilidad internacional del Estado, relativo a la "Obligación internacional en vigencia respecto del Estado") supone que "una vez que surge la responsabilidad como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito, no se ve afectada por la terminación ulterior de la obligación, ya sea por haber quedado sin efecto el tratado infringido, o por un cambio del derecho internacional" (véase el comentario de la CDI al art. 13 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53º período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de junio a 10 de agosto de 2001)*, Documento A/56/10, Suplemento 10, p. 308, §§ 7 y 8, pp. 130 y 131). Un ejemplo específico de esta cuestión es el caso de las violaciones de derechos humanos cometidas por Francia en Argelia cuando ésta era una colonia francesa, una problemática que es analizada desde la perspectiva de la justicia transicional en EFTEKHARI, S., "France and the Algerian War: From a Policy of "Forgetting" to a Framework for Accountability", *Columbia Human Rights Law Review*, 34, 2003, 2, pp. 413-474.

²⁷⁰ La tipología de movimientos de estas características es muy amplia (véase el comentario de la CDI al art. 10 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 53º período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de junio a 10 de agosto de 2001)*, Documento A/56/10, Suplemento 10, §§ 9 y 10, pp. 104 y 105), sin que tenga relevancia a efectos de la responsabilidad internacional el que tales movimientos tengan "una "legitimidad" internacional o una ilegalidad con respecto a su establecimiento como gobierno" (*ibid.*, § 11, pp. 105 y 106).

²⁷¹ Véase el art. 10.2 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en relación con el "Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole". El nuevo Estado puede haberse "constituido por secesión o descolonización de parte del territorio que antes estaba sujeto a la soberanía o a la administración del Estado predecesor" (*ibid.*, § 8, p. 104).

que regulan la materia (como ocurre en el caso de los crímenes contra la humanidad) como de las normas convencionales que en su caso se continúen aplicando en el territorio del Estado (así podría ocurrir, por ejemplo, con la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, de 1948).

2.2. *La justicia transicional como paradigma evocador de la memoria histórica*

A la diversidad de posibles escenarios para el desarrollo de un proceso de justicia transicional hay que añadir otro elemento de imprecisión en el contexto en el que se desarrolla: el elemento temporal. Y es que no siempre resulta evidente cuándo se inicia y cuándo se concluye un período de transición, pese a la necesidad por definición de contar con un principio y un final en el proceso²⁷².

En los supuestos de transiciones post-dictadura o post-conflicto la delimitación del ámbito temporal en el que transcurren parece más sencilla, sobre todo en el segundo caso, ya que el inicio del período transitorio vendrá generalmente marcado por la firma de un acuerdo de paz²⁷³. Sin embargo, las ambigüedades de los períodos transitorios se reflejan también en este punto, ya que el hecho de lograr formalizar un acuerdo político y su subsiguiente puesta en práctica pueden también ser vistos como el punto final de la transición²⁷⁴.

Paradójicamente, a medida que la aplicación de mecanismos de justicia en transición se generaliza y se extiende a nuevos escenarios, la referencia temporal definitiva de este modelo de justicia parece ir perdiendo relevancia, de manera que es perfectamente concebible un proceso de justicia en transición en ausencia de un proceso de transición *strictu sensu*. Así ocurriría, por ejemplo, en las democracias en conflicto

²⁷² Toda transición implica un proceso, un camino, y por tanto ha de presentar un inicio y un final (NÍ AOLÁIN, F. & CAMPBELL, C., *op. cit.*, p. 182).

²⁷³ ARBOUR, L., *op. cit.*, p. 13. Ní Aoláin y Campbell consideran que en estas transiciones "one "transitional moment", or at least a singular transitional process, can be identified" (NÍ AOLÁIN, F. & CAMPBELL, C., *op. cit.*, p. 181).

²⁷⁴ Para Ní Aoláin y Campbell, la transición paradigmática se ve como un proceso de cierre: "There is typically a "deal", followed by a period of constitutional and institutional change, and possibly "reconciliation". At that point, the transition ends" (*ibid.*, p. 182). En palabras de Colleen Duggan, si bien "el término "transición" sugiere que dichas labores deben analizarse durante las etapas de transición política del conflicto armado o del autoritarismo hacia la paz, las experiencias de muchos países señalan que los análisis de opciones para una justicia transicional deben comenzarse mucho antes del último disparo" (DUGGAN, C., *op. cit.*, p. ix).

antes mencionadas, en el marco de las cuales la determinación del inicio y fin de la utilización de mecanismos de justicia transicional será una decisión discrecional de las autoridades, condicionada no tanto por las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (cuyo cumplimiento se presupone con carácter general dentro del modelo democrático) como por los intereses políticos en juego. Y viceversa: se han dado procesos de transición durante los cuales se evitó poner en marcha cualquier proceso de justicia transicional, de manera que la transición política no fue acompañada de una transición de la justicia, práctica ésta en la que el caso español resulta paradigmático²⁷⁵. En tales casos se primó la estabilidad política frente a cualquier exigencia de satisfacción de las víctimas o de rendición de cuentas por parte de los responsables de las violaciones de sus derechos, algo posible en buena medida por el menor grado de desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos en el momento en el que tuvieron lugar.

Ahora bien, en estos últimos supuestos la ausencia de procesos de justicia transicional en el preciso momento de la transición, junto con los avances normativos de las últimas décadas en la protección de los derechos humanos, ha provocado un fenómeno de gran interés, cual es la permanencia en el tiempo y el resurgimiento con posterioridad de las reclamaciones de los grupos sociales que directa o indirectamente fueron víctimas de los abusos cometidos por el régimen pre-democrático²⁷⁶, lo que pone de manifiesto que, si bien el paso del tiempo favorece la estabilización institucional, no basta para cerrar en el seno de la sociedad las heridas causadas por las injusticias del pasado. Ante estas demandas, las autoridades democráticas pueden optar entre la pasividad o la puesta en marcha de mecanismos de justicia transicional, aunque sea de forma extemporánea. Evidentemente, la decisión última se basará en buena medida en razones de oportunidad política, pero también estará condicionada por la existencia de obligaciones jurídicas internacionales:

- En lo que a las obligaciones jurídico-internacionales en materia de derechos humanos se refiere, hay que tener presente que, con carácter general, el Estado responde por el incumplimiento de aquellas que le incumbieran en el momento de los hechos, en vir-

²⁷⁵ Véase ELSTER, J., *op. cit.*, p. 61.

²⁷⁶ El caso español es significativo al respecto, con más de una decena de asociaciones para la memoria histórica trabajando activamente en los últimos años para lograr la restitución de la memoria de los represaliados durante la Guerra Civil y la dictadura.

tud bien del Derecho internacional convencional, bien del Derecho internacional consuetudinario. En consecuencia, las mayores dificultades surgen cuando las violaciones de derechos humanos son anteriores a la vigencia de normas convencionales en esta materia, máxime cuando bajo un régimen autoritario es muy poco previsible que un Estado manifieste su voluntad de obligarse por tratados internacionales que puedan resultarle “comprometedores”. Aun así, en aquellos casos en que los efectos de las violaciones de derechos humanos continúen en el tiempo también se mantendrá la obligación del Estado de ponerles fin²⁷⁷. Prototipo de violación continuada de los derechos humanos son, por ejemplo, las desapariciones forzosas.

- También persiste en el tiempo la posibilidad de enjuiciar los crímenes de Derecho internacional (en concreto el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra), crímenes “sobre los que existe una tan grave preocupación internacional que han generado obligaciones legales para los Estados en el terreno de la lucha contra las más graves violaciones contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”²⁷⁸. Dicha posibilidad se deriva de su carácter imprescriptible, reconocido convencional y consuetudinariamente²⁷⁹; sobre esta base, las

²⁷⁷ Sobre los efectos continuados de las violaciones de derechos humanos véase el asunto *De Becker c. Belgique*, donde la Comisión Europea de Derechos Humanos afirmó que “selon les principes généraux du droit international [...] les Parties Contractantes ont l'obligation [...] de veiller à ce que leur législation interne cadre avec la Convention et, le cas échéant, de prendre les mesures d'adaptation qui se révéleraient nécessaires à cette fin, la Convention s'imposant à toutes les autorités de ces Parties, y compris le pouvoir législatif” (EUROPEAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *De Becker v. Belgium*, nº 216/1954, Commission decision of 9 June 1958, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, Vol. 2 (1958-1959), pp. 234-235).

²⁷⁸ GONZÁLEZ CUEVAS, E., *op. cit.*, p. 1.

²⁷⁹ Véase la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 26 de noviembre de 1968, y en vigor desde el 11 de noviembre de 1970; los arts. 5 y 8 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (aún no en vigor), de cuya combinación se deduce que cuando la desaparición constituye un crimen contra la humanidad no prescribirá, mientras que como violación de los derechos humanos sí cabe su prescripción; el preámbulo de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973, y en vigor desde el 18 de julio de 1976; la Convención Europea sobre imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, abierta a la firma el 25 de enero de 1974 y en vigor desde el 27 de junio de 2003 (aunque sólo ha sido ratificada por cuatro Estados); el art. VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994 y en vigor desde el 28 de marzo de 1996.

víctimas podrían recurrir a los tribunales aunque hubiera transcurrido un largo período de tiempo desde la comisión de los hechos. No obstante, debe tenerse en cuenta que el acceso a la jurisdicción interna vendrá condicionado por las previsiones normativas del Estado de que se trate, ya que:

- i) si los crímenes indicados no se han incorporado al Derecho penal interno, los tribunales estatales no tendrán competencia para conocer de su comisión;
 - ii) el ordenamiento jurídico estatal puede no prever la imprescriptibilidad de estos crímenes a los efectos de su jurisdicción, en cuyo caso habrá que estar a las disposiciones relevantes para determinar si han prescrito o no²⁸⁰.
- Asimismo, también perdura el derecho de las víctimas a que se conozca la verdad en torno a las circunstancias que rodearon la violación de sus derechos como un componente del derecho a la justicia, así como el derecho de los familiares a ser informados del

Durante la elaboración del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad del Estado se puso de manifiesto que los Estados se mostraban más bien reacios a la hora de aceptar el carácter imprescriptible de los crímenes que no fueran suficientemente graves (véase ONU, *Documento A/CN.4/460 y Corr.1*, pp. 15 y 16, §§ 71-81 –en particular este último, en el que el Relator admite que no parece haber una norma de Derecho internacional general aplicable a todos los crímenes contenidos en el proyecto–), por lo que finalmente no se incluyó ningún precepto relativo a la imprescriptibilidad de los crímenes.

A lo largo de los trabajos preparatorios para establecer una Corte Penal Internacional tampoco se alcanzó ningún resultado concluyente, de manera que el proyecto de Estatuto presentado por el Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional incluía diversas propuestas que oscilaban entre establecer la imprescriptibilidad de todos los crímenes de la competencia de la Corte, de parte de ellos o, en el otro extremo, fijar plazos de prescripción (propuestas sobre el art. 27 (“Prescriptibilidad”) recogidas en ONU, *Documento A/CONF.183/2/Add.1*, pp. 53 y 54). Sin embargo, el Estatuto CPI disipa todas las dudas al disponer en su art. 29 que: “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”, lo que probaría la voluntad de los Estados de que la norma en esta materia sea la imprescriptibilidad al menos del genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra.

²⁸⁰ Por ejemplo, la legislación penal sueca prevé la prescripción de los crímenes más graves a los 25 años (Sección 1 del Capítulo 35 del Código Penal sueco (*Brottsbalken*) de 1962), lo que se aplica también a los crímenes de Derecho internacional. Esta práctica, sin embargo, no parece pretender poner en entredicho la existencia de una norma consuetudinaria relativa a la imprescriptibilidad de los crímenes de Derecho internacional, sino que más bien refleja la oposición de Suecia a su aplicación interna por motivos de política doméstica. Sobre este particular, véase LALL, V. K. & KHEMCHAND, D. (eds.), *Encyclopaedia of International Law*, Anmol Publications PVT., New Delhi, 1997, pp. 219-221.

paradero de las víctimas en caso de fallecimiento o de desaparición²⁸¹.

Un claro ejemplo del uso extemporáneo del paradigma de la justicia transicional lo constituye el caso de España. Conviene recordar que en el momento de la transición la única medida adoptada que abordaba la cuestión de las violaciones de derechos humanos fue la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía²⁸², por la que se amnistiaban los “actos de intencionalidad política” que hubieran estado tipificados como delitos o faltas (artículo 1). En el artículo 2 se aclaraba que en todo caso estaban comprendidos en la amnistía: “a) los delitos de rebelión y sedición [...]; b) la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar [...]; c) los delitos de denegación de auxilio a la justicia por la negativa a revelar hechos de naturaleza política, conocidos en el ejercicio profesional; d) los actos de expresión de opinión, realizados a través de prensa, imprenta o cualquier otro medio de comunicación; e) los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta ley; f) *los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas*” (cursiva añadida). Sin ambages se eximía, pues, de toda responsabilidad penal a quienes hubieran violado los derechos humanos en el ejercicio de sus funciones represoras, y además se les aseguraban diversos beneficios, como por ejemplo la reintegración en la plenitud de los derechos activos y pasivos a los funcionarios civiles sancionados, o la percepción de los haberes pasivos correspondientes (artículo 7).

Así pues, han tenido que pasar más de treinta años desde el fin de la dictadura franquista para que los poderes públicos promuevan iniciativas características de los procesos de justicia transicional, como la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (conocida como “Ley de Memoria Histórica”)²⁸³, o la más reciente investigación empre-

²⁸¹ Sobre la vigencia en el ordenamiento jurídico internacional de un derecho a la verdad, nos remitimos al análisis efectuado en la Primera Parte por Jordi Bonet (véase *supra* § 1.3).

²⁸² *BOE*, 248, de 17 de octubre de 1977. Como ya indicara Jordi Bonet (véase *supra* § 3.2), en sus observaciones finales al informe presentado por España en 2008, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que España debe “considerar la derogación de la Ley de Amnistía de 1977” (ONU, *Documento CCPR/C/ESP/CO/5*, § 9).

²⁸³ *BOE*, 310, de 27 de diciembre de 2007. En su preámbulo se reconoce que “quedan aún iniciativas por adoptar para dar cumplida y definitiva respuesta a las demandas

dida desde la Audiencia Nacional en relación con las personas desaparecidas durante la guerra civil y la dictadura²⁸⁴. Tanto la percepción por parte de los poderes públicos de que estas medidas son necesarias como la polémica que han generado entre distintos sectores de la sociedad española ponen de manifiesto que la reconciliación basada en el olvido no ha logrado borrar la memoria de las víctimas, ni tampoco hacerles desistir en su lucha por una justicia que claramente no se hizo en 1977.

3. La finalidad: la realización de un modelo complejo de justicia

La multidimensionalidad de la justicia transicional se proyecta igualmente en el objetivo que pretende alcanzar: la estabilidad de la sociedad, armonizando las peticiones de las víctimas y los derechos de los victimarios, y buscando a la vez la verdad y la reconciliación. Incorporar tal variedad de aspectos al resultado final del proceso requiere adoptar una perspectiva que tenga presentes todas las posiciones de las partes implicadas, que intente superar las contradicciones en las que entran las diferentes demandas y que sea además respetuosa con las obligaciones que incumben al Estado en virtud del Derecho internacional, para poder hacer efectivamente justicia. Pero para que esas bases sean sólidas, se impone no ceñirse a una visión unívoca de la justicia, orientada en un único sentido; antes al contrario, la justicia debe ir dirigida hacia todas las partes implicadas en el período anterior e impregnar sus relaciones mutuas, puesto que, de no ser así, se incurriría en una justicia “parcial” o, lo que es lo mismo, injusta.

En efecto, esa justicia, negada en el período precedente, incorpora a lo largo del proceso transitorio la misma complejidad que caracteriza a su objetivo último, pues a las demandas insatisfechas de las víctimas de la etapa anterior se añaden las nuevas exigencias –o, más frecuentemente, las amenazas– de quienes se ven obligados a ceder el poder estatal, y que, por demás, manejan una idea de justicia muy diferente a la que puedan defender las víctimas. En última instancia, todas las partes piden lo mismo: que se dé a cada cual lo que le corresponde. La dificultad estriba en la visión divergente de lo que cada uno merece, pues

de esos ciudadanos [las personas que, durante los decenios anteriores a la Constitución, sufrieron las consecuencias de la guerra civil y del régimen dictatorial que la sucedió], planteadas tanto en el ámbito parlamentario como por distintas asociaciones cívicas”.

²⁸⁴ Procedimiento abreviado 399/2006, Diligencias previas, Juzgado Central de Instrucción nº 5.

quienes para una de las partes son héroes, resultan ser villanos para los otros, y viceversa.

Precisamente, la quiebra de esa visión manierista del conflicto (socio-político o armado) precedente puede venir facilitada por la aportación del Derecho internacional de elementos de referencia objetivos, como es la exigencia del respeto a los derechos humanos o al Derecho internacional humanitario, o el surgimiento de responsabilidad penal internacional por determinados comportamientos, al margen de las previsiones del ordenamiento jurídico estatal. En este sentido, una de las principales ventajas de la utilización del paradigma de la justicia transicional reside en su capacidad para introducir en el proceso transitorio componentes objetivos basados en las normas y principios jurídicos internacionales que orientan una determinada concepción de la justicia.

En todo caso, conviene insistir en que la concepción de la justicia subyacente a este paradigma se ha de entender en un sentido amplio, que va más allá de lo jurídico –ya que presenta también connotaciones éticas, culturales y políticas²⁸⁵– y que opera, más que como un criterio normativo, como parámetro de referencia a la hora de valorar la idoneidad de las medidas que se pretenden llevar a cabo para alcanzar la paz social. Se trata, por tanto, de un elemento imprescindible en tanto en cuanto todo proceso de justicia en transición se concibe como un proceso transformador de una sociedad o una situación “moralmente deficiente” a otra “moralmente superior”²⁸⁶. Y es precisamente la incorporación de las exigencias de esta concepción amplia de justicia al proceso de construcción social durante el período de transición la que debería permitir establecer las bases éticas de la nueva sociedad. Constituye por tanto un filtro dentro del proceso transitorio que orienta la toma de decisiones y la adopción de medidas conforme al modelo paradigmático que hemos dado en llamar *justicia transicional*.

En su informe de 2004 sobre el Estado de derecho y la justicia en transición, el Secretario General de la ONU señalaba que el término *justicia* era utilizado en el ámbito de las Naciones Unidas en el sentido de “un ideal de responsabilidad y equidad en la protección y reclamación de los derechos y la prevención y el castigo de las infracciones”²⁸⁷. Por consiguiente, de acuerdo con este informe, la concepción de justicia subyacente a la noción de *justicia transicional* exige tomar en conside-

²⁸⁵ BONET PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 227.

²⁸⁶ PELED, Y. & ROUHANA, N. N., *op. cit.*, p. 320.

²⁸⁷ ONU, *Documento S/2004/616*, p. 5, § 7.

ración tres aspectos: 1) “los derechos del acusado”, 2) “los intereses de las víctimas” y 3) “el bienestar de la sociedad en su conjunto”²⁸⁸.

Esta visión tridimensional, y a la vez amplia, de la justicia supera la concepción tradicional de la justicia, vinculada a la solución de las diferencias entre dos partes enfrentadas (la víctima y el victimario) y conducente a una perspectiva restringida de la justicia transicional²⁸⁹, basada casi exclusivamente en la dimensión judicial. Ambas concepciones de justicia –una amplia (multidimensional) y otra más restrictiva (exclusiva o cuasi-exclusivamente judicial)– están presentes en la literatura relativa a la justicia transicional, siendo la perspectiva amplia la promovida desde la ONU.

En efecto, en el momento actual la noción de *justicia* en que se apoya la justicia transicional no puede ser en absoluto unidimensional, sino que ha de presentar un contenido amplio²⁹⁰ que ponga de manifiesto la complejidad derivada de las diversas funciones que la misma está llamada a cumplir: la retribución por las violaciones cometidas (*justicia retributiva*), la reparación de las víctimas y la reconciliación de las partes enfrentadas (*justicia restaurativa*) y la negociación de un resultado equilibrado entre las demandas de las partes y la paz social (*justicia de transacción*), sin olvidar que junto a todas estas formas de justicia se ha de tener en cuenta la necesidad de que en el futuro no se vuelvan a repetir similares atrocidades (*función de prevención*)²⁹¹.

En consecuencia, a la hora de diseñar mecanismos de justicia transicional resulta imprescindible tomar en consideración esta complejidad y garantizar una visión holística de la justicia²⁹² para evitar simplificaciones que afecten a la consecución de una transición realmente justa. Ciertamente, ello supone un inconveniente a la hora de diseñar modelos normativos aplicables a cualquier proceso de justicia transicional, pues, como advierte Eduardo González Cuevas, “la superposición de las distintas dimensiones implicadas en la constelación teórica de la justicia transicional conlleva profundas dificultades para encontrar un estándar normativo adecuado para evaluar las distintas soluciones ideadas por los agentes políticos”²⁹³. Aun así, atender justamente a las demandas

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ ARBOUR, L., *op. cit.*, p. 3.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 2; NESIAH, V., *op. cit.*, p. 376.

²⁹¹ Elster defiende igualmente una concepción compleja de la justicia vinculada a los períodos de transición, aunque él identifica tres formas institucionales de justicia: “legal justice, administrative justice, and political justice” (ELSTER, J., *op. cit.*, p. 84).

²⁹² Louise Arbour habla de un “comprehensive ideal of justice” (ARBOUR, L., *op. cit.*, p. 3).

²⁹³ GONZÁLEZ CUEVAS, *op. cit.*, p. 8.

sociales en toda su variedad es una exigencia ineludible, ya que, de lo contrario, si sólo se considera una de estas formas de justicia como objetivo del proceso de transición se corre el riesgo de caer en la parcialidad de la respuesta frente a cada uno de los actores implicados, y por tanto de reproducir la situación de injusticia característica de la etapa anterior.

A continuación se profundizará en las distintas dimensiones de la justicia que pueden y deben estar presentes en el proceso transicional, procurando establecer el ámbito específico hacia el que cada una de ellas se orienta prioritaria y predominantemente.

3.1. *Justicia retributiva*

Desde una perspectiva retributiva, la realización de la justicia pasa necesariamente por la punición de las conductas que lesionan las normas jurídicas. En efecto, esta concepción de la justicia reposa sobre la idea de que el individuo que ha contravenido con su comportamiento las reglas establecidas en el seno de la sociedad ha de pagar por ello, siendo por tanto la única justificación válida para la imposición de un castigo el hecho de que el criminal se lo merece²⁹⁴. En la teoría retributiva basta la responsabilidad moral que se deriva del comportamiento criminal para justificar el castigo; pero, además tal responsabilidad moral no sólo otorga a la sociedad el derecho de castigar a los criminales culpables, sino también el deber de hacerlo²⁹⁵.

Para comprender la noción de justicia como elemento de la justicia transicional puede ser interesante la teoría de justicia que John Finnis propone. En ella desglosa en tres elementos el concepto complejo de justicia: el primero de estos elementos sería el dirigirse hacia el otro (*other-directedness*), puesto que la justicia se plantea en términos intersubjetivos, respecto de las interacciones entre una pluralidad de personas; el segundo sería el deber (*duty*), es decir lo debido a otros, y por ende aquello a lo que otros tienen derecho –de esta forma, la justicia no incumbe a toda relación o acuerdo entre personas, sino sólo a aquellas relaciones y acuerdos que son necesarios o apropiados para evitar un mal–; por último, el tercer elemento sería la igualdad, entendida en términos de proporcionalidad o incluso de equilibrio (FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 2001 (reimpr. corr.), pp. 161-163). El interés de esta teoría reside en que con ella se puede evaluar cómo una persona debería tratar a otra (o, al revés, cómo una persona tiene derecho a ser tratada) y, asimismo, no parte de la existencia de condiciones ideales en la sociedad, sino que tiene también en cuenta situaciones de conflicto o crisis social.

²⁹⁴ En palabras de Moore, para un retributivista “the justification for punishing a criminal is simply that the criminal deserves to be punished” (MOORE, M., *Placing Blame. A General Theory of the Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 83). El castigo de la culpabilidad es, por tanto, un bien intrínseco, y no un instrumento para conseguir otros objetivos –por ejemplo, la rehabilitación del criminal–, como ocurre en otras teorías del castigo (véase *ibid.*, pp. 87 y 88).

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 91.

Así pues, el castigo se impone en nombre de la comunidad²⁹⁶, de lo que se sigue que, en sentido estricto, esta modalidad de justicia no está orientada a las víctimas²⁹⁷. Tampoco pretende ser una forma de venganza, puesto que no busca dañar al individuo como contrapartida a la lesión causada a las víctimas, sino que más bien “it restricts a criminal’s will on behalf of society because of the criminal’s selfish indulgence in freedom contrary to the common good”²⁹⁸. Por tanto, poco importa que, más allá de que el individuo se lo merezca, existan otros motivos que puedan hacer deseable el castigo para quienes lo aplican, como puede ser satisfacer el ánimo de venganza de sus enemigos o sus víctimas²⁹⁹.

Esta precisión es relevante, puesto que en el marco de un proceso de transición la afirmación de que “recibe el castigo quien lo merece” tiende a evocar la llamada *justicia de los vencedores*, una expresión que a duras penas logra desligarse de la etiqueta de la venganza y el revanchismo. Ciertamente, la aplicación de una *justicia de vencedores* supone la imposición de un castigo a los perdedores ante el convencimiento de que es lo que merecen por su mal comportamiento. Pero las connotaciones negativas de la expresión no se derivan únicamente de esta convicción (por demás estrictamente retributiva) de que la balanza sólo se puede reequilibrar respondiendo a la conducta lesiva con la punición, sino del hecho de que la respuesta suele ser desproporcionada, bien porque las medidas adoptadas evidencian que se está castigando adicionalmente la condición de derrotado –por resentimiento contra el individuo vencido–, o bien porque se justifica la punición sobre la base de que la persona ostenta la condición de “enemigo”, pese a que no haya prueba de una conducta jurídicamente reprobable, con lo que, en uno u otro caso, el castigador incurre a su vez en una nueva forma de injusticia.

²⁹⁶ SKARET, B. D., “A Victim’s Right to View: A Distortion of the Retributivist Theory of Punishment”, *Journal of Legislation*, 28, 2002, 2, p. 356; *cf.* AMSTUTZ, M. P., *The Healing of Nations. The Promise and Limits of Political Forgiveness*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2005, p. 8: “Retribution [...] seeks to redress a victim’s suffering by inflicting pain or punishment on the offender. [...] By inflicting punishment on the perpetrator, retribution helps to restore the moral status of the victim and to erase any gains that an offender may have received through wrongdoing”.

²⁹⁷ “Retributive punishment [...] is not intended a tool used *for or in behalf of* victims’ families; rather it is society’s tool to restore a social equality that has been upset by a criminal’s selfish will” (SKARET, B. D., *op. cit.*, p. 356).

²⁹⁸ *Ibid.*, pp. 356 y 357.

²⁹⁹ MOORE, M., *op. cit.*, pp. 89 y 91.

Al tratarse la teoría retributiva de una teoría del castigo, su aplicabilidad viene normalmente condicionada por la existencia previa de una conducta punible y de procedimientos habilitados para la imposición de penas (principalmente ante órganos jurisdiccionales). En el plano jurídico internacional, las conductas punibles –estén o no tipificadas como delitos en el Derecho interno– serán las consideradas como crímenes de Derecho internacional, a saber: el genocidio³⁰⁰, los crímenes de guerra³⁰¹ y los crímenes contra la humanidad³⁰². Adicionalmente, diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos prevén la obligación para los Estados parte de tipificar como delito en sus ordenamientos jurídicos la lesión de determinados derechos humanos fundamentales, como la integridad física o mental o la libertad, e imponer un castigo adecuado a quien los lesione³⁰³.

De hecho, desde una perspectiva histórica, la retribución por la comisión de violaciones de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario fue el objetivo primordial de las primeras medidas articuladas por la Sociedad internacional para la imposición de justicia frente a comportamientos reprobables imputables a individuos: los tribunales creados para enjuiciar las atrocidades cometidas durante la II Guerra Mundial³⁰⁴ (los Tribunales Internacionales Militares de Núremberg y Tokio, así como los establecidos en Alemania en virtud de la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado).

Esas primeras manifestaciones internacionales de justicia transicional determinaron que ésta haya estado siempre fuertemente influencia-

³⁰⁰ Véanse el art. II de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio (1948) y el art. 6 del Estatuto CPI (1998).

³⁰¹ Véanse el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (Estatuto TMI Nuremberg), las Convenciones de Ginebra de 1949 –en particular la IV, relativa a la protección de la población civil en tiempo de conflicto armado–, el Protocolo Adicional a las mismas nº I, sobre conflictos armados de carácter internacional (1977) y el art. 8 del Estatuto CPI.

³⁰² Véanse el art. 6 del Estatuto TMI Nuremberg, el art. 18 del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, y el art. 7 del Estatuto CPI; en ausencia de un tratado internacional que tipifique con carácter general esta modalidad criminal, la regulación internacional de los crímenes contra la humanidad es esencialmente consuetudinaria.

³⁰³ Véanse por ejemplo el art. 4 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, o los arts. 4, 6 y 7 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 2006. Sobre esta cuestión, *supra* Primera Parte, § 1.2.

³⁰⁴ TEITEL, R. G., *op. cit.*, pp. 70 y 72-74; ARBOUR, L., *op. cit.*, p. 1; COSTI, A., *op. cit.*, p. 218.

da por la perspectiva del Derecho penal³⁰⁵. La pregunta que sin embargo cabe plantearse es si resulta posible alcanzar un *resultado retributivo por una vía distinta de la judicial penal*. Ciertamente, en tanto que teoría del castigo, la teoría retributiva se tiende a circunscribir al ámbito penal, en el que se utiliza para justificar la imposición de penas³⁰⁶. No obstante, si el sentido de la retribución es simplemente asignar un castigo a quien infringe la ley, nada parece impedir que esa sanción pueda tener una naturaleza diferente de la pena. Por ejemplo, exigir al perpetrador del daño una reparación civil para la víctima podría ser una manifestación de justicia retributiva en tanto en cuanto impone al primero una carga como consecuencia de la infracción previa de una norma.

Respecto de las posibles *alternativas retributivas no judiciales*, aunque resultan concebibles (piénsese por ejemplo en la imposición de trabajos comunitarios por una comisión de la verdad³⁰⁷), se han de mantener todas las cautelas, pues su legalidad conforme al Derecho internacional vendrá determinada por el tipo de castigo que se pretenda imponer y el grado de voluntariedad con el que la persona infractora se someta a los mismos, puesto que está en juego el disfrute de los derechos de que es titular dicha persona. En efecto, cualquier sanción supondrá la afectación de algún derecho reconocido por el ordenamiento jurídico internacional, en cuyo caso la privación de derechos humanos sin las garantías básicas (generalmente referidas a la existencia de un recurso adecuado y unas mínimas garantías jurisdiccionales) establecidas en los tratados internacionales en la materia o previstas en el Derecho internacional general supondrían una violación de la normativa internacional en la materia por parte del Estado, que de esa forma incurriría en responsabilidad internacional.

En cualquier caso, las peculiares circunstancias a las que atiende la justicia transicional no permiten que ésta se base exclusivamente en un modelo retributivo de justicia, ya que éste adolece de una importante

³⁰⁵ ARBOUR, L., *op. cit.*, p. 3. En efecto, la idea de justicia transicional nace al amparo de las medidas adoptadas para castigar penalmente a los responsables de graves violaciones del Derecho internacional humanitario tras el fin de la segunda gran guerra. No se puede obviar, sin embargo, que los mismos hechos que motivaron el establecimiento de medidas judiciales –las atrocidades cometidas por el gobierno nazi– constituyeron a su vez el revulsivo del desarrollo de un Derecho internacional de los derechos humanos (cuyo primer hito fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948), cuyos estándares han venido a su vez a expandir y condicionar los principios de justicia transicional.

³⁰⁶ CAHILL, M., “Retributive Justice in the Real World”, *Washington University Law Review*, 85, 2007, 4, p. 818.

³⁰⁷ Al respecto véase NESIAH, V., *op. cit.*, p. 383.

limitación que la hace insuficiente a los efectos de reconstruir la sociedad en transición: desde el punto de vista práctico, tal y como señala Callin, tiende a centrarse únicamente en la resolución de casos individuales “where an offender’s behavior is known or stipulated”³⁰⁸, sin dar respuesta a los específicos problemas de aplicación que en la realidad se puedan suscitar y que requieren un modelo de justicia que tenga en cuenta las relaciones entre todos los actores del sistema³⁰⁹. Veamos, entonces, otras dimensiones de la justicia que deberían estar presentes en todo proceso de justicia transicional.

3.2. Justicia restaurativa o reparativa

La justicia restaurativa³¹⁰ es una aproximación a la justicia penal que pone el énfasis en “reparar el daño causado [por la comisión de un crimen] a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes”³¹¹. El principio fundamental de la justicia restaurativa es que el comportamiento criminal no sólo viola la ley, sino que también (o sobre todo) daña a las víctimas y a la comunidad³¹². Por consiguiente, las medidas que se basan en esta perspectiva de la justicia se articulan como un proceso durante el cual se implica en la resolución del conflicto

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 819.

³⁰⁹ *Ibid.*, pp. 820 y 821.

³¹⁰ Existe gran variedad terminológica en torno a la idea de justicia restaurativa, lo que pone de manifiesto que los perfiles del paradigma aún no están completamente definidos (véase MIERS, D., *An International Review of Restorative Justice*, Home Office, London, 2001, p. 88). Dignan y Cavadino señalan los siguientes ejemplos de terminología utilizada para referirse a esta perspectiva: “‘communitarian justice’; ‘making amends’; ‘peacemaking’; ‘positive justice’; ‘reconciliation’; ‘redress’; ‘relational justice’; ‘reparative justice’; ‘restitution’ and ‘restorative justice’” (DIGNAN, J. & CAVADINO, M., “Towards a framework for conceptualising and evaluating models of criminal justice from a victim’s perspective”, *International Review of Victimology*, 4, 1996, 3, p. 153). Sin ir más lejos, esa variedad terminológica se pone de relieve en la práctica de la ONU. Por ejemplo, las resoluciones 2000/14 y 2002/12 de la Comisión de Derechos Humanos se refieren a los principios básicos en la aplicación de programas de justicia *restitutiva* en materia penal, mientras que la 1999/26 habla de “*mediación* y justicia *restitutiva*” (cursiva añadida).

³¹¹ McCOLD, P. y WACHTEL, T., “En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa”, *Restorative Practices E-Forum*, 12 de agosto de 2003, p. 1, disponible en: http://www.iirp.org/pdf/paradigm_span.pdf (consultado por última vez el 22/10/08).

³¹² UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Handbook on Restorative justice programmes*, United Nations, New York, 2006, p. 6. De acuerdo con Drumbl, en un paradigma de justicia restaurativa “criminal violence is viewed primarily as an injury to individuals and communities, and only secondarily as an injury to the state or international order” (DRUMBL, M., *op. cit.*, pp. 221 y 222).

to tanto a las víctimas como a los agresores (*partes interesadas primarias*)³¹³, y a menudo también a las comunidades de apoyo a las que pertenecen y/o al conjunto de la sociedad³¹⁴ (*partes interesadas secundarias*)³¹⁵, puesto que la participación de las partes³¹⁶ “is an essential part of the process that emphasizes relationship building, reconciliation and the development of agreements around a desired outcome between victims and offender”³¹⁷.

Así pues, los procesos restaurativos sólo se pueden llevar adelante con el consentimiento de las partes implicadas³¹⁸, de manera que el resultado del mismo es un acuerdo entre ellas (*resultado restaurativo*) que, de acuerdo con la Resolución 2002/12 de la Comisión de Derechos Humanos, puede “incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y

³¹³ McCOLD, P. y WACHTEL, T., *op. cit.*, p. 2.

³¹⁴ La justicia restaurativa “refers to a process for resolving crime by focusing on redressing the harm done to the victims, holding offenders accountable for their actions and, often also, engaging the community in the resolution of that conflict” (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *op. cit.*, p. 6). De acuerdo con la definición dada por el ECOSOC al intentar establecer los *Principios básicos sobre la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal, por proceso restitutivo* “se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restitutivos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas” (Resolución 2002/12 del ECOSOC, de 24 de julio de 2002, apdo. I.2, p. 59).

³¹⁵ De acuerdo con McCold y Watchel, son partes interesadas secundarias tanto “aquellas personas que viven cerca” o “aquellas que pertenecen a organizaciones educativas, religiosas, sociales o comerciales cuya área de responsabilidad o participación abarca el lugar o las personas afectadas por el incidente” como “toda la sociedad, representada por funcionarios del gobierno, constituye también una parte interesada secundaria”. Aclaran estos autores que “el daño causado a ambos grupos de partes interesadas secundarias es indirecto e impersonal, sus necesidades son colectivas e inespecíficas, y su mayor respuesta restaurativa es apoyar los procedimientos restaurativos en general” (McCOLD, P. y WACHTEL, T., *op. cit.*, p. 2).

³¹⁶ “Por ‘partes’ se entiende la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participen en un proceso restitutivo” (Resolución 2002/12 del ECOSOC, de 24 de julio de 2002, Anexo, apdo. I.4, p. 59).

³¹⁷ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *op. cit.*, p. 6.

³¹⁸ Según McCold y Wachtel, es necesario que las partes primarias tengan la oportunidad de “participar en la decisión sobre la manera de reparar el daño”, y de esta forma intentar recuperar el control personal perdido como consecuencia del crimen sufrido/cometido (McCOLD, P. y WACHTEL, T., *op. cit.*, p. 2).

a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente”³¹⁹. Como características más relevantes de este tipo de mecanismos se pueden señalar las siguientes³²⁰:

- Su flexibilidad ante las circunstancias del caso, que puede ser abordado individualmente, y su adaptabilidad a los principios de los distintos sistemas penales.
- Son una respuesta al crimen que respeta la dignidad e igualdad de cada persona, intenta forjar el entendimiento entre las partes implicadas y promueve la armonía social.
- Son una alternativa viable en muchos casos al sistema de justicia penal formal, y pueden utilizarse conjuntamente con sistemas tradicionales de justicia penal.
- Incorporan la resolución de conflictos y se ocupa de las causas subyacentes al conflicto, además de tener en cuenta las necesidades de las víctimas.

En principio, este tipo de procesos son adecuados para tratar delitos de muy distinto tipo. Ahora bien, cabe cuestionarse si son por sí mismos suficientes cuando se han cometido graves violaciones de derechos humanos³²¹, en el sentido de si la obligación de castigar queda satisfecha con la consecución de un resultado restaurativo. Ciertamente, una de las premisas básicas de los procesos restaurativos es que la respuesta al crimen debería reparar lo máximo posible el daño sufrido por la víctima, dándole la oportunidad de participar en la determinación de la forma de reparación, pero no menos crucial es que los autores de los crímenes asuman la responsabilidad por su comportamiento, asumiendo que es inaceptable y dañino para la víctima y la comunidad³²². De esta forma, para lograr el objetivo de hacer justicia, todo proceso restaurativo requiere la participación voluntaria en el mismo tanto de una víctima identificable como de un agresor que acepte la responsabilidad por su comportamiento criminal³²³, algo que no siempre es posible cuando las violaciones graves de derechos humanos alcanzan extraordinarias dimensiones y dejan tras de sí numerosas víctimas anónimas, ni cuando los perpetradores justifican su comportamiento por formar par-

³¹⁹ Resolución del ECOSOC 2002/12, de 24 de julio de 2002, Anexo, apdo. I.3, p. 59.

³²⁰ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

³²¹ En sentido afirmativo véase *ibid.*, p. 8.

³²² *Ibid.*, p. 8. Junto a estas premisas, cabe añadir la responsabilidad del conjunto de la comunidad de contribuir a este proceso.

³²³ *Ibid.*, p. 8.

te de la ejecución de una política de Estado que en mayor o menor medida consideraron necesaria por razones de interés nacional.

Por otra parte, el modelo de justicia restaurativa parte de la idea ya mencionada de que la comunidad es una parte interesada secundaria, que también resulta dañada –aunque de forma indirecta– al alterar su orden interno la actuación del agresor frente a la víctima. Sin embargo, no toma en consideración la posibilidad de que se produzca un solapamiento entre la comunidad y el agresor, en la medida en que todo o la mayor parte del entramado comunitario se vea involucrado en el ataque contra las víctimas (por ejemplo, cuando esas violaciones han atendido a un patrón de actuación orquestado desde las más altas instancias del poder público, o cuando ha habido una amplia complicidad social, auténtica o forzada, con el régimen político precedente). En tales casos, pueden surgir serios obstáculos para lograr el acuerdo con el que concluye el proceso restaurativo, tanto porque la relación víctima-agresor deja de ser interpersonal –y por tanto *inter pares*– para establecerse en términos de desigualdad entre las partes como porque la búsqueda de una solución se plantea a un nivel excesivamente amplio –el conjunto de la sociedad estatal en lugar de las comunidades locales– para poder mantener el control sobre el proceso y sobre todo dar cabida a las reclamaciones de todas las víctimas.

Ahora bien, la justicia restaurativa también presenta aspectos que pueden resultar muy ventajosos en el marco de un proceso de justicia en transición y que deben ser destacados y tenidos en consideración. En primer lugar, ofrece una gran flexibilidad a la hora de adaptarse a los distintos contextos culturales, de manera que en esta forma de justicia se podrían incluir las modalidades de justicia tradicional e indígena a las que muchas comunidades están recurriendo para abordar las violaciones graves de derechos humanos³²⁴ cometidas en su seno, y en las que “el delito se considera fundamentalmente un daño a la persona”³²⁵. En

³²⁴ El caso ruandés es probablemente el más emblemático en este sentido: dado el ingente número de presuntos responsables de haber cometido actos de genocidio, y ante la insuficiencia de los mecanismos jurisdiccionales ordinarios (tanto de carácter interno como internacional –el Tribunal Penal Internacional para Ruanda–) se pusieron en marcha mecanismos de justicia tradicional como la *gacaca* para abordar el problema de exigir responsabilidad a miles de personas y lograr la reconciliación dentro de comunidades profundamente dañadas por el conflicto utilizando sus propios códigos sociales. Véase BAINES, E. K., “The Haunting of Alice: Local Approaches to Justice and Reconciliation in Northern Uganda”, *International Journal of Transitional Justice*, 1, 2007, pp. 103-108; DRUMBL, M., *op. cit.*, pp. 224 y 227.

³²⁵ Resolución 2002/12 del ECOSOC, de 24 de julio de 2002, Anexo, Preámbulo, p. 58.

segundo lugar, al tener en cuenta las necesidades de la comunidad en la que está operando y garantizar la participación de todas las partes en la consecución de un acuerdo sobre las formas de reparación permite alcanzar compromisos sólidos y duraderos sobre los que basar la construcción del orden social post-transicional³²⁶. En tercer y último lugar, este tipo de procesos son perfectamente compatibles con el recurso a otras formas de justicia, como puede ser la retributiva³²⁷; asimismo, nada impide que a lo largo de un proceso judicial se pueda adoptar una perspectiva restaurativa más orientada al acuerdo entre las partes que a la punición³²⁸.

3.3. *Justicia transaccional*

El cariz eminentemente político de las transiciones hacia la democracia determina que la salida habitual a períodos dictatoriales o de conflicto sea la negociación entre las distintas partes enfrentadas sobre los aspectos que deben conformar el proceso de cambio. De este modo, el conflicto se resuelve por medio de la *transacción*, en un doble sentido, pues no sólo se busca materializar un pacto para poner fin a las diferencias entre las partes implicadas, sino que, además, para llegar a dicho acuerdo las partes deben transigir, es decir, consentir en parte con aspectos que no se consideran justos o razonables³²⁹.

³²⁶ Incluso, como se ha destacado desde Naciones Unidas, los procesos restaurativos pueden transformar la relación entre la comunidad y el sistema de justicia (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *op. cit.*, p. 6), generando una mayor confianza en el mismo y ayudando con ello a su mejor funcionamiento.

³²⁷ Se ha reconocido que, en el caso de delitos graves, tal vez sea conveniente combinar la justicia restaurativa con otro tipo de iniciativas (*ibid.*, p. 7). Al respecto, la Resolución 2002/12 del ECOSOC señala que "cuando los procesos restitutivos no sean un recurso apropiado o posible, el caso deberá remitirse a la justicia penal y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la manera de proceder" (Resolución 2002/12 del ECOSOC, de 24 de julio de 2002, Anexo, apdo. II.11, p. 59).

³²⁸ Así podría interpretarse el uso de la llamada *plea of guilty*, o declaración de culpabilidad, de origen anglosajón e incorporada en los procesos judiciales internacionales.

³²⁹ BONET PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 2. No puede sorprender el recurso a la transacción en los períodos de transición, dado que la situación de enfrentamiento previa a menudo trae su origen en el desacuerdo sobre aspectos socio-políticos particularmente sensibles que han puesto en jaque el modelo de sociedad existente. Cuando éste ha sido el caso, es poco probable que mediante la transacción se opere una modificación de la estructura social, pues, como se ha apuntado, "transactional justice — with its ban on redistribution and political alteration of the social structure — virtually rules out the possibility of group- or class-based, prospective (futures) disputes" (GJERDINGEN, D. H., "The Future Of Our Past: The Legal Mind And The Legacy Of Classical Common-Law Thought", *Indiana Law Journal*, 68, 1993, 3, p. 747).

Vinculada a esta idea aparece la noción de *justicia transaccional*, que hace referencia a la adecuación de una transacción a las normas existentes que regulan la transferencia o movimiento de recursos de unas personas a otras³³⁰. La aplicación de esta concepción de la justicia a períodos de transición es posible porque, como indica González Cuevas, “la teoría de las transiciones parte de un marco teórico que presupone el intercambio político como una forma de acción esencialmente estratégica entre agentes impulsados por motivos materiales de beneficio propio”³³¹.

Sin embargo, cuándo una transacción es justa es una cuestión no exenta de controversia.

Para algunos autores, como Nozick, una transacción es justa si las partes implicadas la acuerdan voluntariamente³³². No obstante, así formulado, este principio es criticable, en la medida en que es una simplificación excesiva de la complejidad del problema. Por ello, Gerard A. Cohen propone una versión corregida del mismo, conforme a la cual es justo es resultado de una transacción voluntaria si las partes implicadas hubieran seguido estando de acuerdo de haber sabido cuál iba a ser el resultado de dicha transacción³³³.

En principio, el Derecho internacional público no se opone a la transacción y la negociación de acuerdos que pongan fin a las tensiones y enfrentamientos internos; antes al contrario, a menudo los alienta³³⁴, como ocurre en el caso de los acuerdos de paz que ponen fin a un conflicto de carácter interno entre un Estado y un grupo que haya visto reconocida una cierta subjetividad internacional (beligerantes, movimientos de liberación nacional). Asimismo, tampoco prejuzga la justicia o injusticia de los arreglos que se puedan haber alcanzado, puesto que para el ordenamiento jurídico internacional estas transacciones quedan generalmente circunscritas al ámbito de la jurisdicción interna de los Estados inmersos en una transición política, de manera que se excluye

³³⁰ COLEMAN, J. L., “Intellectual Property and Corrective Justice”, *Virginia Law Review*, 78, 1992, 1, p. 287.

³³¹ GONZÁLEZ CUEVAS, E., *op. cit.*, p. 18.

³³² Véase NOZICK, R., *op. cit.*, pp. 160-162. Nozick argumenta que lo que surge de una situación justa mediante pasos justos es justo en sí mismo (*ibid.*, p. 153), y los pasos son justos si están libres de injusticia, es decir, si se dan de forma totalmente voluntaria por parte de las personas legitimadas (véase COHEN, G. A., “Robert Nozick and Wilt Chamberlain: How Patterns Preserve Liberty”, *Erkenntnis. An international journal of analytic philosophy*, 11, 1977, 1, p. 7).

³³³ “Whatever arises from a just situation as a result of fully voluntary transactions which all transagents would still have agreed to if they had known what the results of so transacting were to be is itself just” (*ibid.*, *op. cit.*, p. 9).

³³⁴ Véase SRIRAM, C. L., *op. cit.*, p. 26.

cualquier intervención externa no autorizada por estos que pueda condicionar en alguna medida los términos del arreglo que los distintos actores sociales puedan alcanzar. Pero, por supuesto, la observancia del principio de no intervención ha de articularse con el principio de respeto a la dignidad humana, lo que supone que el primero puede verse limitado como consecuencia de las obligaciones derivadas del Derecho internacional de los derechos humanos. Por tanto, el ordenamiento jurídico internacional modula y condiciona el contenido del acuerdo mediante la exigencia de que los derechos humanos –y muy particularmente los más fundamentales– sean respetados, con lo que se impide que sean utilizados como moneda de cambio en la transacción³³⁵.

Y es que una cosa es la justicia transaccional y otra muy distinta la transacción con la justicia (por paz), que supone sacrificar cualquier intento de hacer justicia para a cambio obtener la paz. En efecto, es evidente que los acuerdos entre los distintos actores sociales, en los que habitualmente se establecen las bases sobre las que se asentará la sociedad post-transición, vienen por lo general decisivamente condicionados por el desequilibrio en la correlación de fuerzas entre las diferentes partes implicadas. Así, es frecuente que la parte que ostentaba el poder en el régimen precedente haya buscado garantizar su impunidad frente a cualquier tentativa de hacer justicia recurriendo a la amenaza de imposibilitar la construcción del nuevo modelo democrático que se pretende instaurar. De esta forma, conservar esa impunidad “blindada” –incluso previamente al proceso transitorio– tiende a erigirse en un requisito insoslayable e innegociable para que los antes poderosos permitan avanzar en el proceso de transición, por lo que en numerosas ocasiones las nuevas autoridades en el poder han optado por dar preferencia a un supuesto³³⁶ interés del Estado frente a las expectativas particulares de justicia.

³³⁵ Estas limitaciones no alteran en absoluto la justicia de una transacción voluntaria entre las partes, y en ello concuerda la doctrina. Nozick, por ejemplo, estima que los derechos establecen restricciones de cara a la realización de una elección social, excluyendo ciertas alternativas (NOZICK, R., *op. cit.*, p. 166). Mientras, para Cohen, la imposición de límites a las adquisiciones que una parte pueda realizar mediante una transacción está justificada para evitar que dicha parte pueda acumular un poder excesivo que genere desigualdad con respecto a las contrapartes (COHEN, G. A., *op. cit.*, p. 10).

³³⁶ “Supuesto” en la medida en que no es ninguna garantía para la consecución a largo plazo de la estabilidad social. Como apunta Sriram: “Perhaps amnesty does not enable stability, and a stable democracy cannot be built on such a weak foundation: a government that begins its term by rejecting the rule of law and accountability undermines its own claims to legitimacy. And it might be the case that social reconciliation cannot be achieved by simply turning a blind eye to the past: victims and victimizers alike need a process to achieve reconciliation – at least a public outing of the truth, perhaps prosecutions as well” (SRIRAM, C. L., *op. cit.*, p. 12).

Es por ello que los pactos de transición se han materializado con frecuencia en la concesión de amnistías³³⁷, unas medidas que resultan altamente controvertidas, pues suponen el otorgamiento de perdón por parte de las nuevas autoridades a los autores de delitos –incluidas violaciones graves de derechos humanos– durante la etapa previa, con la consiguiente extinción de la responsabilidad penal en que estos hubieran podido incurrir. Por esta vía, que busca el olvido de los crímenes cometidos³³⁸, se alega que se alcanzarán objetivos tales como la consolidación de la paz o la reconciliación nacional³³⁹. De hecho, la consecución de estos fines parece haber sido lo que inspiró la inclusión del artículo 6.5 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), de 8 de junio de 1977³⁴⁰:

A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

³³⁷ Esteban Cuya resume esta política de la siguiente manera: “Generalmente los propios regímenes militares, antes de dejar el poder, trataron de cerrar la etapa de la historia que ilegítimamente dirigieron y procuraron neutralizar cualquier posibilidad de enjuiciamiento posterior de sus actos de gobierno y de sus violaciones a los derechos humanos. Con la ilusión de borrar el horror de sus acciones, y con la pretensión del olvido y de la impunidad, estos regímenes dictatoriales, al final de su mandato o los gobiernos que les sucedieron, dictaron leyes de “Obediencia debida”, “Caducidad” “Punto Final”, “Amnistía”, etc.” (CUYA, E., “Las Comisiones de la Verdad en América Latina”, *Material de trabajo para el seminario “Perú 1980-2000: El reto de la verdad y la justicia”*, p. 2, disponible en: http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/Esteban_Cuya.pdf, 22/10/08).

³³⁸ Etimológicamente, el término proviene del griego (*ámnestía*), “olvido”. Por consiguiente, las amnistías no sólo carecen de cualquier finalidad retributiva y/o restaurativa, sino que tampoco sirven a los efectos de prevenir la comisión futura de crímenes de Derecho internacional.

³³⁹ Véase ROHT-ARRIAZA, N., “Conclusion: Combating Impunity”, en: ROTH-ARRIAZA, N. (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, New York / Oxford, 1995, pp. 299-302.

³⁴⁰ “El objeto de este apartado es alentar un gesto de reconciliación que contribuya a restablecer el curso normal de la vida en un pueblo que ha estado dividido” (SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMANN, B. (rev. y coord.), *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, § 4618, en: http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/950B5D7D9CEA18B2C1256E2100501C7D?OpenDocument&Style=Custo_Final.3&View=defaultBody10, 22/10/08).

No obstante, de acuerdo con la doctrina, no se trataría con esto de fomentar las amnistías, puesto que sólo serían admisibles aquellas que cubren conflictos armados de carácter interno (por demás uno de los escenarios que habitualmente preceden los procesos de transición política) y siempre que se respete el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas³⁴¹. Esta última consideración resulta esencial a la hora de admitir la conformidad de cualquier medida colectiva de perdón a los autores de graves violaciones de derechos humanos, puesto que la salvaguarda de los derechos de la víctima requiere que la misma pueda actuar judicialmente frente a quienes la privaron de sus derechos más fundamentales, ya que sólo a ella corresponde decidir si los perdona³⁴². Lo contrario –imponerle por decreto que perdone– la situaría en una

³⁴¹ YOUNG, G. K., "Amnesty and Accountability", *University of California Davis Law Journal*, 35, 2002, 2, p. 447. Si esta salvaguarda es efectiva, hay entre la doctrina quien sugiere la posibilidad de recurrir a las amnistías como una solución en aquellos casos en que el número de presuntos violadores de derechos humanos sea muy abundante y resulte prácticamente imposible el enjuiciamiento de todos ellos; en este sentido véase SRRAM, C. L., *op. cit.*, p. 11; OLSON, L. M., "Provoking the dragon on the patio. Matters of transitional justice: penal repression vs. amnesties", *International Review of the Red Cross*, 88, 2006, 862, p. 283 (apuntando que hasta la fecha los órganos de vigilancia de derechos humanos nunca han considerado una amnistía parcial ilegal, aunque esta autora aclara en la nota 47 que tampoco la cuestión se ha planteado ante los mismos; véase asimismo la discusión que plantea sobre la oportunidad de usar recursos judiciales o amnistías, en pp. 289-293); MORENO-OCAMPO, L., "Keynote Address: Integrating the work of the ICC into local justice initiatives", *American University International Law Review*, 21, 2006, 4, pp. 500 y 501, donde se apunta la desconexión entre el principio que prohibiría amnistiar los crímenes de Derecho internacional y la práctica en materia de construcción de la paz, que muestra que las amnistías son una forma de justicia local, elegida por las comunidades; véase también KATAMALI, J.-M., *op. cit.*, p. 275, quien recuerda que, cuando se evidenciaron los límites de los procesos judiciales por graves violaciones de derechos humanos, las amnistías (junto con las comisiones de la verdad) "were presented as the best alternative to the duty to prosecute and as the method to deal better with the "never again" challenge". En contra COSTI, A., *op. cit.*, p. 217 ("Nothing less than prosecution of international crimes should be favoured except where a society is too fragile to survive the destabilising effects of politically charged trials. The international community should take the time to examine how it might eliminate the most important obstacles to full accountability, including political constraints, and lack of international and national will to prosecute alleged criminals"); también en el informe del Secretario General de la ONU sobre justicia en transición se rechazan las amnistías en casos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, "incluidos los delitos internacionales relacionados con la etnia, el género y el sexo", y respecto de las amnistías concedidas con anterioridad se ha de garantizar que no constituyan "un obstáculo para el enjuiciamiento ante cualquier tribunal creado o asistido por las Naciones Unidas" (ONU, *Documento S/2004/616*, p. 24, § 64.c).

³⁴² OLSON, L. M., *op. cit.*, p. 277.

posición de doble victimización, derivada de la doble violación de sus derechos: durante el conflicto/la dictadura anterior y durante la transición o la democracia presente.

En todo caso, la previsión del Protocolo II es excepcional, puesto que la tendencia en el ordenamiento jurídico internacional apunta a la proscripción de las amnistías. Corroborra esta afirmación el alcance de las obligaciones recogidas en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, que no dejan lugar a que aquéllas se produzcan, en la medida en que exigen a los Estados que persigan y castiguen a las personas que violen esos derechos, en particular cuando el derecho afectado sea un derecho humano fundamental³⁴³.

En consecuencia, se puede concluir que, si bien tradicionalmente las transiciones políticas no han sido sino la plasmación de los términos del compromiso que resuelve el dilema de elegir entre paz o justicia sacrificando esta última en pos de la primera³⁴⁴, el progresivo afianzamiento del Derecho internacional de los derechos humanos en las últimas décadas está permitiendo superar esta dicotomía³⁴⁵. En la actualidad el orde-

³⁴³ Véase por ejemplo el art. 6 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006) o el art. 4 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984). En relación con este último tratado internacional, véase la decisión adoptada por el Comité contra la Tortura en relación con la Comunicación Nº 212/2002 (*Kepa Urra Guridi c. España*), donde el Comité estimó que la concesión de indultos a personas condenadas por haber cometido tortura es contraria a las obligaciones dimanantes de la Convención (ONU, *Documento CAT/C/34/D/212/2002*, §§ 6.7 y 6.8), de lo que se deduce que, con mayor motivo, las amnistías son igualmente inadmisibles. De forma expresa, las amnistías aparecen también excluidas en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992. De acuerdo con su art. 18.1: "Los autores o presuntos autores de actos previstos en el párrafo 1 del art. 4 supra [actos de desaparición forzada] no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal".

³⁴⁴ Véanse, entre otros, DUGGAN, C., *op. cit.*, p. viii; BELL, C. & O'ROURKE, C., *op. cit.*, p. 25. Conviene tener presente, como apunta Elster, que el aspecto transaccional puede manifestarse tanto con anterioridad al proceso de transición –lo que necesariamente condicionará este proceso– como durante el mismo (ELSTER, J., *op. cit.*, p. 188).

³⁴⁵ Aunque en la actualidad todavía se pueden computar casos en los que se está dando preferencia a la paz, en perjuicio de la justicia, como ocurre en Afganistán. Nadery denuncia que: "Rather peace at the cost of justice remains the core policy of the UN mission in Afghanistan and of the Afghan government. The argument put forward by these groups is that if Afghanistan moves forward on accountability and justice for past human rights abuses, the country's fragile peace will be challenged and the peace processes will be disrupted" (NADERY, A. N., "Peace or Justice? Transitional Justice in Afghanistan", *International Journal of Transitional Justice*, 1, 2007, p. 175).

namiento jurídico internacional impone obligaciones para los Estados en esta materia, orientadas a proteger a los particulares frente a los ataques de los poderes públicos contra sus derechos más esenciales. En consecuencia, la negociación durante el período de transición ya no se plantea en términos excluyentes (“paz o justicia”), sino complementarios (“paz y justicia”)³⁴⁶, lo que, siguiendo a Duggan, conlleva decidir no ya si se opta por la justicia o por la paz, sino cuánta justicia y cuánta paz son precisas para “garantizar una paz sostenible, para que se reconozca el sufrimiento padecido por las víctimas y se revitalice o fortalezca la democracia”³⁴⁷. En efecto, el alto grado tanto de negociación como de concesión entre las partes antagónicas inevitable en una transición como una forma de superar el conflicto no tiene por qué ser necesariamente opuesto a las exigencias de la justicia³⁴⁸; antes al contrario, la transacción puede estar perfectamente orientada a la consecución de un resultado calificable de “justo”, como defienden los teóricos de la justicia transaccional. Pero para ello las partes que transigen habrían de hacerlo libre y voluntariamente, eligiendo si quieren o no acudir a la vía judicial, y habrían de disponer de formas alternativas de “castigo”, como puede ser el reconocimiento de la verdad³⁴⁹, y de reparación.

3.4. *Función preventiva*

Una última finalidad perseguida por la justicia transicional es la prevención de futuras violaciones de derechos humanos, procurando que la etapa de transición desemboque en un modelo de Estado efectivo y justo que garantice una paz duradera³⁵⁰. Ésta no es una mera dimensión complementaria de las demás formas de justicia, sino que ha de ser considerado un aspecto clave y central de la justicia de transición, y por ello ha de inspirar todas las políticas enmarcadas en este modelo, pues-

³⁴⁶ De acuerdo con lo expresado por el Secretario General de la ONU en su informe sobre justicia transicional: “Justicia, paz y democracia no son objetivos mutuamente excluyentes sino más bien imperativos que se refuerzan uno al otro” (ONU, *Documento SI/2004/616*, p. 1).

³⁴⁷ DUGGAN, C., *op. cit.*, p. viii. Sriram, por el contrario, asume que la paz y la justicia pueden ser objetivos opuestos cuya consecución simultánea resulte muy difícil, pero no imposible, en el corto plazo (SRIRAM, C. L., *op. cit.*, p. 2).

³⁴⁸ SRIRAM, C. L., *op. cit.*, p. 203.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 11. Por ejemplo, se podría condicionar la concesión de amnistía a que el presunto violador de derechos humanos declare ante una Comisión de la Verdad, siempre y cuando ello venga además acompañado de mecanismos de reparación para las víctimas.

³⁵⁰ BORAINÉ, A., *op. cit.*, p. 1.

to que en última instancia todo el proceso transitorio está orientado a construir una sociedad democrática sólida en la que el respeto y la protección de los derechos humanos ocupen una posición central³⁵¹.

No se puede perder de vista un dato fundamental, cual es que las tres dimensiones de la justicia analizadas a lo largo de este apartado no necesariamente están orientadas a la prevención. Por ejemplo, en relación con la justicia retributiva se ha apuntado que lograr la prevención o un efecto disuasorio puede ser un resultado de la retribución, pero no es un objetivo de esa forma de justicia³⁵². Respecto de la justicia restaurativa, su preocupación por superar las divisiones sociales no tiene por qué acompañarse del desarrollo de un sistema institucional de prevención de futuras violaciones de derechos humanos³⁵³. Por último, tampoco es una finalidad propia de la transacción la prevención de futuras violaciones de derechos humanos, sino solamente allanar el camino a un continuismo no conflictual que mantenga en lo posible el *statu quo*, sin que ello implique concentrarse en eliminar las causas subyacentes a las lesiones de los derechos humanos.

Evidentemente, los frentes de actuación para lograr este objetivo son muy diversos, pudiendo consistir tanto en acometer cambios estructurales en el interior del Estado (reformas políticas, sociales, económicas)³⁵⁴ como en operar una modificación institucional, o en insertar transversalmente la cuestión de los derechos humanos en todas las dimensiones de la vida social; como la Corte Interamericana ha señalado:

“El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente con-

³⁵¹ En palabras de Louise Arbour, la justicia transicional tiene como objetivo “to contribute to the building, in societies in transition, of a solid foundation for the future based on the rule of law” (ARBOUR, L., *op. cit.*, p. 12).

³⁵² Véase MOORE, M., *op. cit.*, p. 89 (“That future crime might be prevented by punishment is a happy surplus for a retributivist, but no part of the justification for punishing”); O’REILLY, A. T., “Command Responsibility: A Call to Realign the Doctrine with Principles of Individual Accountability and Retributive Justice”, *Gonzaga Law Review*, 40, 2004-2005, 1, p. 142. La prevención es un objetivo enfatizado por otras doctrinas del castigo, en particular el utilitarismo propugnado por Bentham.

³⁵³ Véase COSTI, A., *op. cit.*, p. 213.

³⁵⁴ Según Louise Arbour, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos, en el contexto de la justicia transicional “it is not only important to build dispute resolution institutions, but perhaps even more effective to attack the sources of the legitimate grievances that, if unaddressed, are likely to fuel the next conflagration” (ARBOUR, L., *op. cit.*, p. 5).

sideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte”³⁵⁵.

Por consiguiente, lo más oportuno será que en cada caso concreto se tenga presente esta perspectiva de prevención a la hora de diseñar la estrategia de justicia transicional, e incorporar tal objetivo a cada uno de los mecanismos que se habiliten para hacer justicia.

4. Mecanismos de justicia transicional

Se viene insistiendo en que para alcanzar criterios adecuados de justicia en un escenario marcado por la incertidumbre como son los períodos de transición política no existen recetas mágicas ni universales que ofrezcan garantías de éxito siempre y en todo lugar. Antes al contrario, las sociedades que se encuentran en esta tesitura han de poder disponer de la capacidad de elegir aquellas fórmulas que mejor se adapten a su idiosincrasia y sus necesidades, y con ellas desarrollar su propio proceso de justicia transicional.

Ahora bien, la práctica internacional de los últimos años muestra una clara preferencia por determinados mecanismos cuya utilidad para lograr hacer justicia en períodos de transición viene avalada por la experiencia en diferentes Estados³⁵⁶, hasta el punto de que la noción de *justicia en transición* se ha llegado a definir por referencia a ellos³⁵⁷.

³⁵⁵ CORTE IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1998, Serie C, n° 4, § 175.

³⁵⁶ Véanse COSTI, A., *op. cit.*, p. 217; DUGGAN, C., *op. cit.*, pp. vii y viii; ONU, *Documento E/CN.4/2006/93*, pp. 1 y 2; CAPELLÀ I ROIG, M., “La recuperación de la memoria histórica desde la perspectiva jurídica e internacional”, *Entelequia. Revista Interdisciplinar: Monográfico*, 7, septiembre 2008, pp. 275-277, disponible en: <http://www.eumed.net/entelequia>, 20/10/08.

³⁵⁷ Señala Colleen Duggan que “la justicia transicional se entiende cada vez más como un paradigma jurídico que *consta de cuatro mecanismos o componentes*” (DUGGAN, C., *op. cit.*, p. vii, cursiva añadida). Christine Bell y Catherine O’Rourke la describen como “a package of measures that societies emerging from violent conflict use to pursue accountability” (BELL, C. & O’ROURKE, C., *op. cit.*, p. 24), mientras que Jon Elster se aproxima a la noción de justicia en transición señalando que la misma “is made up of the processes of trials, purges, and reparations that take place after the transition from one political regime to another” (ELSTER, J., *op. cit.*, p. 1).

Con carácter general se pueden distinguir cuatro grandes ámbitos de actuación:

- *procesos judiciales* contra los presuntos responsables de violaciones graves de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario;
- mecanismos de *búsqueda de la verdad*;
- *reparación* de las víctimas de violaciones de derechos humanos, y
- *reforma institucional*.

A su vez, dentro de cada uno de ellos se puede normalmente encontrar una amplia gama de medidas, así como variaciones en las características de los distintos mecanismos en función de las necesidades específicas de cada caso concreto.

Salta a la vista que estos cuatro ámbitos de actuación están directamente relacionados con los cuatro deberes que se han identificado como los principios de justicia transicional, y que cada uno de ellos está principalmente orientado al cumplimiento de tales obligaciones. De esta manera, los procesos judiciales buscan reprimir y perseguir; mediante la búsqueda de la verdad se satisface el deber de investigar e informar; los mecanismos de reparación satisfacen ese derecho de las víctimas; y la reforma institucional permite prevenir futuras violaciones de derechos humanos. Por tanto, un proceso de justicia transicional que incorpore mecanismos de estos cuatro tipos cumplirá adecuadamente con las exigencias impuestas por el Derecho internacional público.

Sin embargo, lo que no resulta tan evidente es que el cumplimiento de las obligaciones jurídicas internacionales en la materia baste para garantizar que el proceso transicional logre satisfacer todas las demandas de justicia en el camino a la democracia. En este sentido, se debe tener en cuenta que el éxito o fracaso de la transición no pasa tanto por el número de medidas implementadas como por la forma en que se configuren las mismas, orientándolas a la realización del modelo complejo de justicia en torno al cual gira la justicia transicional³⁵⁸. Ello requiere adicionar a la forma en que se da cumplimiento a las normas

³⁵⁸ En ese sentido, la Resolución 9/10 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU enfatiza la importancia, en el marco de un proceso transicional, de incorporar “the full range and non-judicial measures” que van a analizarse a lo largo de este apartado o “an appropriately conceived combination thereof” con el fin de, entre otras cosas, “ensure accountability, serve justice, provide remedies to victims, promote healing and reconciliation, establish independent oversight of the security system and restore confidence in the institutions of the State and promote the rule of law in accordance with international human rights law” (ONU, *Documento A/CHR/9/10*, § 3).

jurídicas internacionales las diferentes dimensiones de la justicia, puesto que todas ellas son precisas para integrar equilibradamente en el proceso transicional el conjunto de las demandas sociales de cara a forjar una sociedad democrática estable y cohesionada.

Por supuesto, se pueden establecer también ciertas asociaciones entre las diversas modalidades de justicia que se identificaron en el apartado precedente y los mecanismos de justicia transicional, dado que en cada uno de estos se suele primar una forma determinada de justicia. Por ejemplo, con los procesos judiciales se tiende a obtener principalmente una justicia retributiva, mientras que la reparación de las víctimas atiende más a una dimensión restaurativa de la justicia. No obstante, lo ideal sería que la configuración de una medida transicional obedezca a esa multidimensionalidad de la justicia, de manera que en el diseño de cada una de ellas se deberían incorporar cuantas más dimensiones diferentes de la justicia mejor, con el fin de dotar al proceso transicional de la mayor coherencia posible, impidiendo que la configuración de unas medidas sean un obstáculo para que otras produzcan resultados satisfactorios.

Esta última afirmación se presenta en el plano de la hipótesis, pues más allá de algunos ejemplos específicos a los que se hará referencia en las páginas siguientes no existen elementos suficientes para deducir este principio, cuya verificación definitiva escapa al objeto de este estudio, que únicamente pretende presentar la complejidad que encierra todo proceso de justicia en transición y la insuficiencia del Derecho internacional público para estructurar una realidad que va más allá de lo jurídico. En todo caso, este criterio es el que inspira la labor en este campo de la Organización de las Naciones desde que en 2004 el entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan, defendiera el punto de vista aquí apuntado en su informe sobre justicia transicional, donde se afirmaba lo siguiente:

“Cuando sea necesaria una justicia de transición, las estrategias utilizadas deben ser holísticas y prestar una atención integrada a los procesos, las indemnizaciones, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes y las destituciones o a una combinación adecuada de los elementos anteriores. Las Naciones Unidas deben considerar por medio de la planificación anticipada y la consulta previa qué interacción hay entre los distintos mecanismos de la justicia de transición, a fin de asegurarse de que no entren en conflicto los unos con los otros”³⁵⁹.

³⁵⁹ ONU, *Documento S/2004/616*, p. 12, § 26.

En cualquier caso, admitido el carácter especulativo de esta aproximación, nada obsta para que se pueda proceder a una primera valoración desde esta perspectiva de los mecanismos de justicia transicional, comenzando por las diferentes modalidades de procesos judiciales que se han experimentado para a continuación detenerse en los mecanismos de búsqueda de la verdad y en las formas de reparar a las víctimas, y concluir con el análisis de las posibles vías de reforma institucional.

4.1. *Procesos judiciales*

La apertura de procesos judiciales por la comisión de graves violaciones de derechos humanos atiende a la necesidad de que los presuntos autores respondan individualmente por la comisión de tales hechos, y, en este sentido, constituye la manifestación más evidente de la justicia retributiva a la que se hacía referencia con anterioridad³⁶⁰. No obstante, la utilidad de estos procesos no se circunscribe exclusivamente al aspecto retributivo, sino que pueden cumplir otras funciones relevantes dentro de la búsqueda de justicia, como la restaurativa (en la medida en que la condena puede incluir la obligación de reparar a las víctimas o el proceso en sí se oriente a responder a sus necesidades específicas) o la preventiva (puesto que la recogida de datos fácticos con fines probatorios y su publicidad pueden ser una gran aportación a la construcción de la memoria histórica). Ello requiere, sin embargo, que se cumplan dos premisas en el desarrollo del proceso: en primer lugar, que éste no tenga como protagonistas exclusivos a los presuntos responsables, sino que también las víctimas sean objeto de atención preferente, y, en segundo lugar, que el proceso observe todas las garantías del juicio justo, de manera que se oriente al descubrimiento escrupuloso de la verdad y no se permita que los acusados se conviertan a su vez en víctimas del revanchismo. De lo contrario, si el proceso está únicamente orientado a castigar a los presuntos responsables al precio que sea (lo cual sería perfectamente conforme con los principios de la justicia retributiva), es muy probable que termine por convertirse en una farsa bajo la que esconder la aplicación de una justicia de vencedores en el sentido más negativo del término, o lo que sería lo mismo, una “justicia de vengadores”³⁶¹.

³⁶⁰ Véase el apartado 3.1 de esta parte del estudio.

³⁶¹ Uno de los ejemplos más recientes de esta práctica sería el juicio a Saddam Hussein por los graves crímenes cometidos durante su mandato, que desembocó en la imposición de la pena de muerte y ulterior ejecución del ex dictador. Sobre esta cuestión, véase KELLY, M. J., “The *Anfal* trial against Saddam Hussein”, *Journal of Genocide Research*, 9, 2007, 2, pp. 241 y 242; BONET, J. y ALIJA, R. A., “La aplicación de la pena de muerte: reflexiones a propósito de la reciente experiencia iraquí desde una aproximación jurí-

Desde el punto de vista de la adopción de medidas jurisdiccionales penales dentro del contexto internacional, concebidas como medidas de justicia transicional³⁶², es posible identificar cuatro momentos, a lo largo de los cuales se han ido incorporando diferentes dimensiones de justicia a la configuración de los procesos judiciales: el establecimiento de tribunales militares internacionales al fin de la II Guerra Mundial; el establecimiento de tribunales penales *ad hoc* en los primeros años 90; el establecimiento de una jurisdicción penal internacional permanente a finales de la década de los 90, y la promoción de una más activa participación de órganos jurisdiccionales internos o mixtos.

La primera etapa vino marcada por la creación de los *Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio*, al finalizar la II Guerra Mundial³⁶³. Con ellos se introdujo en el ordenamiento jurídico internacional el principio de responsabilidad penal del individuo³⁶⁴, cuya determinación se realizaría a través de un proceso legalmente establecido en el que se observarían las garantías del juicio justo. Como es sabido, la ausencia de precedentes de este tipo de procesos en el momento en que el TMI fue establecido³⁶⁵ generó numerosas críticas, tanto en relación con el derecho aplicado por el Tribunal³⁶⁶ como respecto de su legitimidad. Cabe señalar que la autoproclamada legitimidad de los Tribunales Militares Internacionales³⁶⁷ se fundamentaba en dos pilares: en

dica internacional”, *Agenda ONU*, 8, 2006-2007, pp. 18-20 (en relación con la orientación retributiva del tratamiento dado a Saddam Hussein) y 52-63 (sobre las características del Tribunal Penal Supremo Iraquí como mecanismo de justicia transicional).

³⁶² Véase COSTI, A., *op. cit.*, pp. 218-222.

³⁶³ Los juicios post-II Guerra Mundial se consideran el punto de partida de la justicia transicional dentro de los esquemas del Derecho internacional público (TEITEL, R. G., *op. cit.*, p. 70; BELL, C. & O’ROURKE, C., *op. cit.*, p. 24).

³⁶⁴ Principio confirmado en 1946 por la resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

³⁶⁵ El único precedente fue el intento de juzgar al Káiser Guillermo II, acusado de ser responsable de la comisión de crímenes de guerra durante la I Guerra Mundial, que resultó infructuoso por la negativa de Países Bajos –donde el Káiser se había refugiado– de extraditarlo. La posibilidad de enjuiciar a los responsables de crímenes de guerra aparecía expresamente establecida en el art. 228 del Tratado de Versalles de 1919: “El Gobierno alemán reconoce el derecho que asiste a las Potencias Aliadas y Asociadas para hacer comparecer ante Tribunales militares a aquellas personas que sean acusadas de haber violado las leyes y usos de la guerra. Caso de probarse la culpabilidad de tales personas, se les impondrán los correctivos que la ley determine [...]” (*Texto completo del Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania, y Protocolo. Firmado en Versalles el 28 de junio de 1919*, Madrid, Tipográfica Renovación, 1919, p. 215).

³⁶⁶ Véase el apartado 2.2 de la Primera Parte.

³⁶⁷ COSTI, A., *op. cit.*, p. 218.

primer lugar, la rendición incondicional de Alemania y Japón confería a los Aliados la potestad para instaurar estos tribunales³⁶⁸, y, en segundo lugar, la constatación de las aberraciones cometidas por las potencias del Eje requería el castigo urgente de los responsables. Sin embargo, ello no bastó para contrarrestar las críticas por no haberse permitido que Alemania y Japón exigieran a su vez responsabilidades por las atrocidades cometidas por los Aliados, y, sobre todo, por ser considerado el TMI un “tribunal de vencedores”³⁶⁹.

La etiqueta de “tribunal de vencedores” atribuida al Tribunal –que ciertamente responde a la realidad, ya que fueron los vencedores quienes lo crearon y determinaron sus reglas procesales y sustantivas– no debería sin embargo equipararse a la aplicación de una *justicia de vencedores* (entendida en el sentido negativo de la expresión, como una justicia de “vengadores”), forma de justicia expeditiva y revanchista por la que abogaba el Primer Ministro Británico, Winston Churchill, favorable a la ejecución sumaria de los jefes nazis³⁷⁰. Ante semejante tesitura, el establecimiento de un tribunal –promovido sobre todo por la Administración estadounidense– supuso un gran paso adelante para la Sociedad internacional, al dar preferencia a un proceso con todas las garantías frente a la venganza más atávica³⁷¹, del que además se esperaba que constituyera una iniciativa que favoreciera el conocimiento de la verdad y ayudara a construir la memoria histórica³⁷².

Tras Nuremberg y Tokio hubo que esperar casi medio siglo para que se repitiera la experiencia de establecer tribunales penales de carácter internacional. A principios de los años 90, dos de los conflictos internos (al menos en su inicio) que estallaron tras el fin de la Guerra Fría fruto

³⁶⁸ KITTICHAISAREE, K., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford / New York, 2001, p. 17.

³⁶⁹ Véase *ibid.*, p. 19; NESIAH, V., *op. cit.*, p. 382.

³⁷⁰ KOCHAVI, A. J., *Prelude to Nuremberg. Allied War Crimes Policy and the Question of Punishment*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill & London, 1998, pp. 73-80.

³⁷¹ En palabras de Costi, “Nuremberg and Tokyo brought morality into international law by insisting on a legal process with a fair trial and due process instead of revenge” (COSTI, A., *cit.*, p. 219).

³⁷² En un memorando con fecha de 22 de enero de 1945 sobre el enjuiciamiento y castigo de los criminales de guerra nazis, enviado a Roosevelt por los Secretarios de Estado (Edward R. Stettinius Jr.) y de Guerra (Henry L. Stimson) y el Fiscal General (Francis Biddle), se recomendaba enjuiciar a los criminales nazis argumentando, entre otras cosas, que el uso del método judicial “will, in addition, make available for all mankind to study in future years an authentic record of Nazi crimes and criminality” (*Memorandum to President Roosevelt from the Secretaries of State and War and the Attorney General, January 22, 1945*, disponible en <http://avalon.law.yale.edu/imt/jack01.asp>, 19/10/07).

de tensiones étnicas, nacionales y/o religiosas, los que asolaron la antigua Yugoslavia y Ruanda, merecieron la adopción por parte del Consejo de Seguridad de la ONU de una novedosa medida: la creación de sendos tribunales que enjuiciaran a los responsables de las graves violaciones del Derecho humanitario y de los derechos humanos cometidas en uno y otro lugar³⁷³. Tales violaciones fueron calificadas por el Consejo de Seguridad de “amenaza a la paz”³⁷⁴, lo que en virtud del artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas (CNU) lo facultaba para adoptar las medidas que considerara adecuadas de cara a mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, conforme a los artículos 41 y 42 CNU. Excluido este último –por referirse al uso de la fuerza armada–, quedaba abierta la opción del artículo 41, que enuncia una serie de medidas que no implican el uso de la fuerza. Al no ser ésta una lista cerrada, el establecimiento de un tribunal internacional podía entrar dentro de la misma, y así encontrar en este precepto su fundamento jurídico³⁷⁵.

A diferencia del TMI, el *Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY)* y el *Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)* son tribunales auténticamente internacionales, en razón tanto de los principios y normas que los rigen como de su composición, lo que evidencia la preocupación de la Sociedad internacional por evitar que estos órganos impartan cualquier forma de justicia que pueda ser calificada de “justicia de vencedores”. En su lugar, se ha pretendido que cumplan

³⁷³ Véanse las resoluciones del Consejo de Seguridad 827 (1993) y 955 (1994), ONU, *Documentos S/RES/827 (1993)*, por la que se crea el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante TPIY), y *S/RES/955 (1994)*, que establece el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).

³⁷⁴ Siguiendo la terminología utilizada en el *Informe del Secretario General de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad*, presentado el 3 de mayo de 1993 (véase ONU, *Documento S/25704*, §§ 22-28).

³⁷⁵ Sobre el fundamento jurídico de la creación del TPIY, véanse PELLET, A., “Le Tribunal criminel international pour l’ex-Yougoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive?”, *Revue Générale de Droit International Public*, 98, 1994, 1, pp. 25-32; DAVID, É., “Le Tribunal international pénal pour l’ex-Yougoslavie”, *Revue Belge de Droit International*, XXV, 1992, 2, pp. 567-568; FERNÁNDEZ LIESA, C., “El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional (Decisión de la Sala de Apelación, de 2 de octubre de 1995, en el Asunto Tadić-competencia)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, XLVIII, 1996, 2, pp. 13-23. Asimismo, véase la decisión sobre la excepción judicial de incompetencia emitida por la Sala de Apelación en el primer caso de que conoció el TPIY, el asunto *Tadić* (ICTY, caso nº IT-94-1-AR72, §§ 9-48), en particular los §§ 27-48. Sobre el art. 41 CNU como base jurídica del establecimiento del Tribunal, véanse específicamente los § 34 a 36.

una función retributiva y con ello coadyuven en la restauración y mantenimiento de la paz³⁷⁶.

Pese a constituir un avance en el desarrollo de mecanismos penales internacionales que permitan exigir responsabilidad a los responsables de violaciones graves de derechos humanos y del Derecho humanitario, los tribunales *ad hoc* también han merecido importantes críticas. Por ejemplo, se les ha acusado de que su ubicación (en La Haya el TPIY y en Arusha el TPIR) ha impedido la implicación activa en los procedimientos de las familias de las víctimas³⁷⁷, de que algunos grupos étnicos se han considerado más discriminados que protegidos³⁷⁸, de que no hay evidencia de que hayan servido para lograr la reconciliación³⁷⁹, y de que su altísimo coste³⁸⁰ hace que no sean viables ni política ni financieramente como mecanismos de justicia transicional³⁸¹.

En cualquier caso, la decisión de crear los tribunales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda sirvió de revulsivo para volver a poner sobre la mesa una vieja aspiración: la creación de una instancia judicial penal internacional de carácter permanente.

La idea se hizo realidad en 1998, cuando en Roma se adoptó el Estatuto de la *Corte Penal Internacional* (CPI)³⁸². La CPI se creó con una finalidad no sólo retributiva –puesto que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”³⁸³–, sino también preventiva, como se pone de manifiesto en su preámbulo, donde los Estados se declaran decididos “a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir

³⁷⁶ Véanse los Preámbulos de las resoluciones 827 (1993) y 1955 (1994), en donde el Consejo de Seguridad se declara convencido de que, dadas las particulares circunstancias tanto en la ex Yugoslavia como en Rwanda, “el enjuiciamiento de los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario permitirían alcanzar este objetivo y contribuirían a la restauración y el mantenimiento de la paz”.

³⁷⁷ ZACKLIN, R., “The Failings of Ad Hoc International Tribunals”, *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, 2, p. 544.

³⁷⁸ COSTI, A., *cit.*, p. 221.

³⁷⁹ ZACKLIN, R., *op. cit.*, p. 544. En el caso concreto del TPIY se ha destacado cómo su labor favorecía la reconciliación hasta que la intervención de la OTAN en Kosovo y las sinergias políticas entre la OTAN y el Tribunal en torno a la crisis de Kosovo pusieron en entredicho esa dimensión “facilitadora de la paz” que se atribuía al Tribunal (FATIĆ, A., *Reconciliation via the War Crimes Tribunal?*, Ashgate, Aldershot, 2000, pp. 102 y 103).

³⁸⁰ ZACKLIN, R., *op. cit.*, p. 543.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 545; COSTI, A., *cit.*, p. 221.

³⁸² ONU, *Documento A/CONF.183/9*.

³⁸³ *Ibid.*

así a la prevención de nuevos crímenes”³⁸⁴. Por el contrario, pese a que el artículo 53 Estatuto de la CPI exige al Fiscal tener en cuenta los intereses de las víctimas a la hora de iniciar una investigación, la dimensión restaurativa es prácticamente inexistente –al igual que ocurre con los tribunales *ad hoc*– pues se despoja a las víctimas de todo control sobre el proceso judicial, cuyo impulso corresponde principalmente a los Estados³⁸⁵.

El Estatuto de la CPI entró en vigor el 1 de julio de 2002, con una celeridad impensable en el momento de su adopción³⁸⁶. Hasta tal punto era poco imaginable ese resultado que entre la fecha de su adopción y la de su entrada en vigor se produjo un fenómeno muy revelador: el establecimiento de tribunales penales de carácter mixto interno-internacional, también denominados *tribunales híbridos*. Se trata de órganos judiciales que comparten elementos tanto nacionales como internacionales en tres ámbitos: su creación (se crean con el acuerdo del Estado implicado y con la participación de la Sociedad internacional), su estructura (entre los jueces y en la fiscalía hay tanto nacionales del Estado de que se trate como expertos internacionales) y el derecho que aplican (una mezcla de crímenes de Derecho internacional y delitos tipificados en el ordenamiento jurídico interno). Con esta fórmula se pretendían salvar los inconvenientes que los tribunales *ad hoc* presentaban a la vez que se daba una respuesta penal y con un cierto sesgo internacional que impidiera la impunidad de los responsables, sin tener que esperar a la inicialmente imprevisible entrada en vigor del Estatuto de la CPI.

³⁸⁴ *Ibid.* En el mismo sentido, MORENO-OCAMPO, L., “Keynote Address: Integrating the work of the ICC into local justice initiatives”, *American University International Law Review*, 21, 2006, 4, p. 497.

³⁸⁵ La CPI puede ejercer su competencia si, de acuerdo con el art. 13 del Estatuto:

“a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;

b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o

c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15”.

³⁸⁶ Su pronta entrada en vigor, a los cuatro años de su adopción, junto con el alto número de ratificaciones depositadas hasta la fecha (108 Estados eran parte del Estatuto a 15 de octubre de 2008) dan cuenta del grado de acuerdo entre los Estados respecto de su contenido, por lo que puede afirmarse que dicho instrumento declara y/o cristaliza la costumbre internacional en materia de Derecho internacional penal, en particular en lo que se refiere a la definición de los crímenes de Derecho internacional. Aun así, no puede olvidarse que el Estatuto dista mucho de ser un código penal internacional, pues su función es únicamente la de atribuir competencia a un órgano jurisdiccional internacional.

Dentro de esta modalidad se encuentran las *Salas Especiales para Crímenes Graves del Tribunal de Distrito de Dili*, en Timor Leste (creadas en 2000), la *Corte Especial para Sierra Leona* (2000), las *Salas para crímenes de guerra de Kosovo* (2000), las *Salas Especiales para el enjuiciamiento del Khmer Rojo* en Camboya (finalmente establecidas en 2003, aunque se venían gestando desde años antes –la ley camboyana sobre el establecimiento de las Salas es de 2001–), y la *Sala de crímenes de guerra en la Corte de Bosnia-Herzegovina* (creada en 2002, mediante la adopción por el Parlamento bosnio de la ley sobre la Corte de Bosnia-Herzegovina promulgada en 2000 por el Alto Representante para Bosnia-Herzegovina). Aunque con un éxito variable, todas ellas constituyen iniciativas destacables desde el punto de vista de la justicia transicional, ya que han sido configuradas para aportar a la sociedad más que la mera retribución. En efecto, entre sus objetivos se encuentra también introducir en el sistema judicial estándares internacionales de referencia que ayuden al fortalecimiento de las instituciones judiciales del Estado afectado, con su consiguiente efecto preventivo, a la par que acercan el proceso judicial a la víctima, que pasa a ocupar un lugar preferente dentro del mismo, dotándolo así de una dimensión restaurativa, que viene a unirse al carácter retributivo propio de estos procesos.

Todo este paquete institucional de carácter internacional o mixto pone de relieve que el enjuiciamiento de violaciones graves de derechos humanos no es una competencia exclusiva de los *tribunales nacionales*, pese a que el juez nacional sea el juez natural del Derecho internacional. En la actualidad las jurisdicciones nacionales coexisten con jurisdicciones internacionales y mixtas (internacionales-internas), reflejando la voluntad de la Sociedad internacional de que las violaciones de derechos humanos no queden impunes por la desidia o la incapacidad de los Estados destinatarios de la obligación de castigarlas. Las relaciones entre las jurisdicciones internas y las internacionales se articulan conforme a dos principios: de complementariedad o de primacía.

- El *principio de complementariedad*, que guía con carácter general el reparto de competencias entre la CPI y los tribunales internos, implica que el órgano internacional sólo entrará a conocer en el caso de que los Estados con competencia para enjuiciar un crimen de Derecho internacional no quiera o no pueda hacerlo.
- El *principio de primacía*, por su parte, implica la atribución excepcional de una competencia preferente a ciertos tribunales internacionales con respecto a los tribunales internos, como es el caso de los Tribunales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda (en razón de sus particulares circunstancias, tanto de creación –como

órgano subsidiario del Consejo de Seguridad de la ONU— como de ámbito de conocimiento —en buena medida monopolizan el enjuiciamiento de los abusos cometidos durante los conflictos que determinaron su establecimiento— y de los tribunales híbridos (dado que, estén o no integrados en el sistema judicial interno de que se trate, son órganos especiales y, por tanto, atraen hacia ellos los casos que entran dentro de su competencia material).

Junto a estos dos principios, un tercero, el *principio de jurisdicción universal*, permite la atribución de competencia para el enjuiciamiento de crímenes de Derecho internacional a los tribunales de cualquier Estado que manifieste su interés en que dichos abusos no queden impunes.

En tanto que mecanismos de justicia en transición, la principal finalidad de los procesos judiciales es la retribución: como ha destacado la doctrina³⁸⁷, cualquier otro objetivo es *a priori* meramente secundario, lo que en sí mismos los convierte en mecanismos a todas luces insuficientes para lograr los complejos objetivos de la justicia transicional. Por ejemplo, Martha Minow no esconde su escepticismo cuando afirma que no cree que sea prudente “to claim that international and domestic prosecutions for war crimes and other horrors themselves create an international moral and legal order, prevent genocide or forge the political transformation of previously oppressed regimes”³⁸⁸. Por su parte, Schabas se refiere a la CPI en los siguientes términos: “Its effectiveness as a deterrent is unproven; its contribution to peace, national reconciliation and the determination of historical truth is more a matter of faith than of science”³⁸⁹.

En particular, en lo que a la dimensión restaurativa se refiere, tienden a limitarse a las víctimas individuales, adoleciendo de un efecto restaurativo hacia el conjunto de la sociedad³⁹⁰. Incluso, en lo que respecta a los tribunales internacionales es muy discutible que ni tan siquiera se pueda lograr esa restauración individual, en la medida en que la par-

³⁸⁷ Al respecto apunta Katamali que cuando comenzó a ser evidente que “too many expectations had been built around prosecutions of gross human rights violations, particularly as far as their impact on truth, reconciliation and peace were concerned, a number of authors started challenging the legal and moral foundation of the duty to prosecute” (KATAMALI, J.-M., *op. cit.*, p. 275).

³⁸⁸ MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Beacon Press, Boston, 1998, p. 49.

³⁸⁹ SCHABAS, W., “Prosecuting Genocide”, en: STONE, D. (ed.), *The Historiography of Genocide*, Palgrave Macmillan, New York, 2008, pp. 264 y 265.

³⁹⁰ MOORE, J., “Toward a More Responsive Sovereignty: Confronting Human Rights Violations through National Reconstruction”, en: BARNHIZER, D. (ed.), *op. cit.*, p. 73.

tipicación de las víctimas en el proceso judicial está muy restringida³⁹¹, y prácticamente se limita a su intervención como testigos. Sin embargo, estos inconvenientes, como ya se apuntaba anteriormente, parecen superarse en los procesos judiciales que se llevan a cabo ante tribunales internos y ante tribunales híbridos interno-internacionales³⁹².

Asimismo, desde una perspectiva práctica, se ha de valorar la utilidad de los procesos judiciales a los efectos de hacer justicia durante un período de transición, pues la habitual precariedad democrática del sistema judicial heredado del régimen precedente y/o sus limitaciones fácticas pueden horadar seriamente las expectativas de justicia de las víctimas. Ya se indicó en la primera parte de este estudio que para garantizar el derecho a la justicia se requiere un funcionamiento adecuado del sistema judicial y la existencia de recursos realmente efectivos ante los tribunales³⁹³. Por consiguiente, se podría discutir qué sentido tiene imponer la celebración de procesos judiciales antes de llevar a cabo una reforma del sistema judicial que permita un enjuiciamiento con todas las garantías y, en particular, asegure la independencia del poder judicial.

En cualquier caso, la mejor respuesta a las carencias de los procesos judiciales como mecanismo de justicia transicional no parece que sea buscarles alternativas, sino que más bien la práctica internacional y las

³⁹¹ DRUMBL, M., *op. cit.*, p. 231, nota 10. Este dato pone de relieve un problema más profundo, como es "how judicial systems are often alienated from victims, attuned as they are to law and legal victory rather than to victims" (NESIAH, V., *op. cit.*, p. 379).

³⁹² Aun así, se siguen produciendo casos en los que las características específicas de los procesos judiciales evidencian un desinterés absoluto hacia aspectos distintos de la mera retribución. Ese es el caso evidente del Tribunal Supremo Iraquí, que no escatima condenas a la pena capital. Sin embargo, la pena de muerte horada el proceso de justicia transicional, puesto que únicamente incorpora elementos retributivos, sin tener presentes las necesidades de todas las víctimas (al respecto véase ONU, *Documento A/HRC/4/20/Add.1*, p. 177). Trasladada esta afirmación a un supuesto específico, la transición iraquí, resulta que, en relación con la ejecución de Saddam Hussein tras la condena dictada en el caso *Dujail* y su incidencia en el caso *Anfal*, Michael J. Kelly afirma: "with the charges against Saddam dropped after his execution, the Kurds must feel they did not get their day in court against him as Shi'ites (victims in the *Dujail* trial) did. This is unfortunate, especially true from the storytelling standpoint, which is key to national healing and reconciliation after long periods of traumatic rule by ruthless despots" (KELLY, M. J., "The *Anfal* trial against Saddam Hussein", *Journal of Genocide Research*, 9, 2007, 2, pp. 241 y 242). En su opinión, se debería haber conmutado la pena de muerte contra Saddam Hussein, o, como mínimo, no haber retirado los cargos contra el dictador iraquí en el caso *Anfal* (*ibid.*, p. 242).

³⁹³ Véase Apartado 1.1 de la misma.

exigencias del ordenamiento jurídico internacional apuntan hacia su complementación con mecanismos más integrales, que tengan en cuenta las necesidades de las víctimas³⁹⁴. Por otra parte, no habría inconveniente para que estos procesos puedan ser rediseñados hasta llegar a incluir prácticamente todas las dimensiones de la justicia que debería asentarse en un proceso transicional: retributivo, restaurativo (si hay participación de las víctimas y se busca la reconciliación), transaccional (cuando afectan sólo a los principales responsables³⁹⁵) y preventivo (si sirven para conocer la verdad y dejar constancia de lo ocurrido para la historia).

4.2. Mecanismos de búsqueda de la verdad

El conocimiento de la verdad es considerado un elemento necesario para la recuperación de la sociedad tras un período de enfrentamiento³⁹⁶, además de una consecuencia de la obligación de investigar las violaciones graves de derechos humanos que obliga a los Estados³⁹⁷; de ahí que una práctica frecuente en los períodos de transición sea el establecimiento de mecanismos oficiales encargados de sacar a la luz lo ocurrido en el período precedente, como son las comisiones de la verdad (que pueden recibir otras denominaciones, como “comisión de encuesta e investigación”, “comisión de clarificación”, ...).

En ausencia de una regulación jurídica internacional, estas comisiones, distintas de las iniciativas no gubernamentales y también con un

³⁹⁴ Véase KATAMALI, J.-M., *op. cit.*, p. 275; también MORENO-OCAMPO, L., *op. cit.*, p. 503, defendiendo una perspectiva integrada a la hora de abordar las situaciones de postconflicto, que no se limite a impartir justicia por la vía judicial.

³⁹⁵ Cuando se ha producido un cuadro generalizado de violaciones de derechos humanos, uno de los temas que ha menudo se suscita es la oportunidad de llevar a cabo procesos judiciales selectivamente. La determinación de qué personas han de ser imputadas, por qué delitos y cuáles serán las reglas procedimentales son cuestiones altamente susceptibles de controversia y politización (FATIĆ, A., *op. cit.*, p. 31).

³⁹⁶ AMSTUTZ, M. P., *op. cit.*, p. 2.

³⁹⁷ CORTE IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1998, Serie C, nº 4, § 177: “La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”.

mandato diferente al de las comisiones nacionales de derechos humanos, difieren de Estado a Estado³⁹⁸. Aun así, y de acuerdo con Priscilla B. Hayner, se pueden identificar en todas ellas cuatro elementos esenciales:

- se ocupan del pasado;
- abordan los abusos cometidos durante un período de tiempo (no hechos puntuales);
- son órganos de carácter temporal, cuyo mandato concluye generalmente con la emisión de un informe final;
- tienen en alguna medida carácter oficial, lo que la inviste de cierto poder y le facilita el acceso a la información, además de que hace más probable que sus conclusiones y recomendaciones sean tenidas en cuenta³⁹⁹.

La búsqueda de la verdad atiende a un doble objetivo: por una parte, permite esclarecer los abusos ocurridos en el pasado, y, por otra parte, sirve a la construcción de la memoria histórica⁴⁰⁰. De ello se deduce que estos mecanismos presentan en primer lugar una función preventiva destacable, en tanto en cuanto conocer los errores del pasado ayuda a evitarlos en el futuro, por lo que, sobre la base de las información obtenida, suelen hacer recomendaciones sobre las medidas que se deberían emprender para consolidar la democracia y generar una cultura de derechos humanos⁴⁰¹. Sin embargo, no es esa su nota más carac-

³⁹⁸ OACNUDH, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Comisiones de la verdad*, Naciones Unidas, Nueva York / Ginebra, 2006, p. 1.

³⁹⁹ HAYNER, P. B., "Commissioning the truth: further research questions", *Third World Quarterly*, 17, 1996, 1, pp. 20 y 21. En otro artículo al que no se volverá a hacer referencia en este trabajo, esta autora define las comisiones de la verdad como "official, temporary bodies established to investigate a pattern of violations over a period of time that conclude with a final report and recommendations for reforms" (HAYNER, P. B., "Truth commissions: schematic overview", 88, *International Review of the Red Cross*, 862, June 2006, p. 295).

⁴⁰⁰ DUGGAN, C., *op. cit.*, p. vii.

⁴⁰¹ COSTI, A., *op. cit.*, p. 217. Sobre la importancia de las investigaciones para "enriquecer las políticas públicas y construir un conocimiento que pueda ser usado por la ciudadanía para exigir responsabilidades de parte de los encargados de formular políticas e insistir en que se lleven a cabo procesos transparentes para la construcción de la paz y la gobernabilidad democrática", véase DUGGAN, C., *op. cit.*, p. vii.

Cabe apuntar que al afianzamiento de estos objetivos coadyuva enormemente la incorporación de la memoria histórica al sistema educativo; sobre este particular véase COLE, E. A., "Transitional Justice and the Reform of History Education", *International Journal of Transitional Justice*, 1, 2007, pp. 115-137.

terística. Antes bien, estas medidas no operan mirando sólo al mañana, sino que tienen un gran valor en el presente, al reconocer a las víctimas su condición de tal mediante el esclarecimiento de la verdad objetiva y la publicitación de los hechos, lo que generalmente sirve para reconfortar a la víctima y reestablecer su dignidad. Este valor “terapéutico” o “catártico” pone de manifiesto el carácter eminentemente restaurativo de estos mecanismos⁴⁰².

Asimismo, desde la creación de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica (1995) –ante la que los responsables de prácticas de *apartheid* y violaciones de los derechos humanos daban cuenta de las aberraciones cometidas a cambio de ser amnistiados como una medida orientada a la reconciliación⁴⁰³– se ha visto la posibilidad de utilizar estos mecanismos con una finalidad retributiva. Constituirían entonces una posible alternativa a los procesos judiciales, puesto que una de sus funciones suele ser la identificación de los responsables de las violaciones de derechos humanos⁴⁰⁴, por lo cual algunos autores entienden que la pena basada en la culpa (característica de los procesos en sede judicial) se ve sustituido por la vergüenza que conlleva el reconocimiento de los hechos cometidos frente al conjunto de la sociedad⁴⁰⁵. Además, también puede resultar en la imposición de castigos distintos de la pena, como los trabajos para la comunidad⁴⁰⁶.

En lo que respecta a la justicia transaccional, se ha de aceptar que el conocimiento de lo acontecido durante el período precedente no necesariamente conduce a la reconciliación, aunque por lo general se considera que la verdad ayuda y es indispensable para lograr una transición exitosa a la democracia⁴⁰⁷. Sobre todo, se ha de tener en cuenta el valor añadido a efectos reconciliatorios que otorga el carácter oficial

⁴⁰² DRUMBL, M., *op. cit.*, p. 225; NAQVI, Y., “The right to the truth in international law: fact or fiction?”, 88, *International Review of the Red Cross*, 862, June 2006, p. 263; HAYNER, P. B., *op. cit.*, p. 21.

⁴⁰³ Sobre la relación entre amnistía, verdad y justicia en la práctica de la Comisión sud-africana puede consultarse TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Report*, I, TRC, 1998, pp. 117-125. El informe está disponible en su totalidad en <http://www.doj.gov.za/trc/report/index.htm> (22/10/08).

⁴⁰⁴ COSTI, A., *op. cit.*, p. 217.

⁴⁰⁵ Véase NESIAH, V., *op. cit.*, p. 383; DRUMBL, M., *op. cit.*, p. 222. Ese castigo puede llegar en la forma de la difusión de los nombres de los perpetradores de violaciones de derechos humanos; sobre este particular y la necesidad de observar las garantías del proceso debido, véase HAYNER, P. B., *op. cit.*, p. 296.

⁴⁰⁶ NESIAH, V., *op. cit.*, p. 383.

⁴⁰⁷ AMSTUTZ, M. P., *op. cit.*, p. 9; HAYNER, P. B., *op. cit.*, p. 19.

de estos mecanismos, en el sentido de que la verdad histórica revelada por ellos pasa a ser la verdad oficial⁴⁰⁸.

Un punto controvertido que se suscita en relación con el mandato de estas comisiones es la posibilidad de sustituir los procesos judiciales contra los presuntos responsables de violaciones de derechos humanos por comparecencias ante una comisión de la verdad. Es difícil concluir que este tipo de mecanismos pueda cubrir totalmente los espacios que abarca un proceso judicial, y sobre todo es discutible que sirva como sustitutivo a los ojos de las víctimas. La experiencia sudafricana demuestra que el intento de equilibrar las demandas de las partes antagónicas, ofreciendo amnistía a cambio de la verdad, no ha bastado para alimentar la percepción de las víctimas de que se ha hecho justicia, ni tampoco para hacerlas sentir que se ha logrado la reconciliación entre blancos y negros⁴⁰⁹. En consecuencia, parece razonable afirmar que las comisiones de la verdad no pueden bastar por sí mismas como único mecanismo de la justicia transicional, sino que en el algún momento se deberán poder activar mecanismos judiciales. No obstante, pueden ser un primer paso, mientras se reconstruye el sistema judicial, de manera que los procesos judiciales con todas las garantías sean el colofón a un proceso de transición, poniendo cierre a todas las reclamaciones que a lo largo del proceso hayan quedado insuficientemente satisfechas.

4.3. Reparaciones

La obligación de reparar a las víctimas por los daños causados por las violaciones de derechos humanos se deriva directamente de la normativa internacional. En efecto, es un principio de Derecho internacional bien establecido⁴¹⁰ el que, cuando un Estado incurre en responsabilidad internacional derivada de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, una de las consecuencias jurídicas de dicha responsabilidad es la obligación de reparar.

Por tanto, puesto que el Estado tiene el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos a las personas que están suje-

⁴⁰⁸ NAQVI, Y., *op. cit.*, p. 263.

⁴⁰⁹ CENTRE FOR THE STUDY OF VIOLENCE AND RECONCILIATION & THE KHULUMANI SUPPORT GROUP, *Submission to the Truth and Reconciliation Commission: Survivors' Perceptions*, CSV, 1998, disponible en: http://www.csvr.org.za/index.php?option=com_content&task=view&id=728 (22/10/08).

⁴¹⁰ CPJI, *Affaire relative à l'usine de Chorzów (Demande en indemnité)*, *Compétence*, 26 de julio de 1927, Series A, Nº 9, p. 21: "C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate".

tas a su jurisdicción, esta obligación se considerará incumplida cuando el comportamiento del Estado permita que la violación quede impune y “no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos”⁴¹¹. Dicho incumplimiento (ya sea por acción o por omisión) constituye un hecho internacionalmente ilícito siempre que sea atribuible al Estado, de manera que éste incurrirá en responsabilidad internacional y surgirá para él una nueva obligación: la de reparar a las víctimas⁴¹².

De acuerdo con los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*⁴¹³, la reparación debería ser plena y efectiva⁴¹⁴, y darse de manera apropiada y proporcional a la gravedad de la violación de los derechos y a las circunstancias de cada caso⁴¹⁵.

Se pueden utilizar distintas formas de reparación para desagraviar a quienes han sufrido los abusos cometidos en el pasado, de carácter tanto material (de tipo monetario) como inmaterial, y en concreto:

- la *restitución*, es decir: devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos⁴¹⁶;
- la *indemnización* por los daños económicamente evaluables causados por la violación de los derechos, incluyendo, por ejemplo, el daño físico o mental, los daños materiales (incluido el lucro cesante) y morales, la pérdida de oportunidades, o los gastos que se hayan podido derivar de servicios médicos o de la asistencia jurídica⁴¹⁷;

⁴¹¹ CORTE IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1998, Serie C, n° 4, § 176.

⁴¹² Véase ECHR, *Bazorkina v. Russia*, n° 69481/01, § 161, judgement of 27 July 2006.

⁴¹³ ONU, *Documento A/RES/60/147*, § 18.

⁴¹⁴ El art. 31 (“Reparación”) del *Proyecto de artículos sobre Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, aprobado por la CDI en su 53° período de sesiones (en: CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 53° período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de junio a 10 de agosto de 2001)*, *Documento A/56/10*, Suplemento 10, pp. 21-405), dispone que:

“1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”.

⁴¹⁵ Véanse también los arts. 35.b) y 37.3 Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado CDI.

⁴¹⁶ ONU, *Documento A/RES/60/147*, § 19; art. 35 Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado CDI.

⁴¹⁷ ONU, *Documento A/RES/60/147*, § 20; art. 36 Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado CDI.

- la *rehabilitación*, mediante la prestación de asistencia médica y psicológica y servicios jurídicos y sociales⁴¹⁸;
- la *satisfacción* (o reparación moral)⁴¹⁹, que puede adoptar muy diversas formas, como por ejemplo las disculpas públicas; revelar públicamente la verdad de los hechos; buscar a las personas desaparecidas y/o asesinadas; hacer una declaración oficial o dictar una decisión judicial restableciendo la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima; homenajear a las víctimas; sancionar a los responsables⁴²⁰, u obtener garantías de no repetición⁴²¹.

Este tipo de medidas ponen principalmente el énfasis en la dimensión restitutiva de la justicia, prestando especial atención a las víctimas y a su inserción en la sociedad, y pudiendo asimismo alcanzar a toda la comunidad de la que éstas forman parte. En este sentido, se ha señalado que las compensaciones cumplen tres funciones principales⁴²²:

- ayudar a las víctimas a afrontar las pérdidas materiales;
- dar un reconocimiento oficial a su sufrimiento por parte del Estado;
- disuadir al Estado de cometer nuevos abusos en el futuro.

No obstante, no deberían obviarse otras dimensiones de la justicia, perfectamente conjugables con este mecanismo, y muy particularmente con las medidas de satisfacción, ya que salta a la vista la conexión existente entre sus diversas manifestaciones y otros mecanismos de justicia transicional, como los procesos judiciales, los mecanismos de búsqueda de la verdad o las reformas institucionales (tanto orgánicas para garantizar la no repetición como la depuración y/o el veto de los presuntos responsables de violaciones de los derechos humanos). Ello es un

⁴¹⁸ ONU, *Documento A/RES/60/147*, § 21.

⁴¹⁹ Art. 37 Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado CDI.

⁴²⁰ Estas y otras medidas de satisfacción aparecen enumeradas en ONU, *Documento A/RES/60/147*, § 22.

⁴²¹ ONU, *Documento A/RES/60/147*, § 23. Los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* caracterizan las garantías de no repetición como una forma específica de reparar; sin embargo, el comentario de la CDI al Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos las incluye entre las posibles formas de satisfacción (CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 53º período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de junio a 10 de agosto de 2001)*, *Documento A/56/10*, Suplemento 10, comentario al art. 37, § 5, p. 285; véase también el comentario al art. 30, § 11, p. 232).

⁴²² KRITZ, N. J., "The Dilemmas of Transitional Justice", en: KRITZ, N. J. (ed.), *Transitional Justice. How emerging democracies reckon with former regimes*, II ("Country Studies"), United States Institute of Peace Press, Washington, D.C., 1995, p. xxxvii.

reflejo de la importancia que alcanza la restitución de las víctimas en su dignidad, que podría ser suficiente en sí misma para dar por satisfecha la obligación de reparar a la vez que vendría acompañada de otra/s forma/s de justicia, pese a lo cual no siempre durante las transiciones se ha garantizado esa reparación moral.

La diversidad de modalidades de reparación también se refleja en las múltiples maneras en que se pueden activar, y que pueden ir desde la adopción de medidas legislativas hasta el recurso a procedimientos judiciales de carácter civil⁴²³. Desde esta perspectiva ha de tenerse en cuenta que si bien el objetivo último ha de ser proporcionar a las víctimas vías suficientes y adecuadas para hacer efectivas sus reclamaciones y obtener una reparación, en lo posible se deberían encajar las políticas de reparación dentro de un contexto más amplio de reforma social que prime sobre todo la finalidad preventiva. Es decir, lo ideal sería utilizar mecanismos de reparación que se orienten a lograr un equilibrio entre la atención a los casos individuales y las necesidades colectivas presentes y futuras, favoreciendo reformas más profundas que operen una transformación de la sociedad destinada a corregir las desigualdades⁴²⁴.

⁴²³ Un caso pionero fue la decisión en 1981 de la Corte de Apelación de Estados Unidos para el Segundo Circuito en el asunto *Filártiga v. Peña-Irala –Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980), 30 June 1980–, en el que se admitió la aplicabilidad de la Aliens Tort Claims Act (ATCA) para demandar a un miembro de la policía oficial paraguaya que había torturado y asesinado a Joel Filártiga. La ATCA fue utilizada posteriormente para plantear otros casos de violaciones de derechos humanos por la vía civil, como en el asunto *Kadic v. Karadzic*. Sobre esta cuestión, véase RATNER, M., “Civil Remedies for Gross Human Rights Violations”, en: BARNHIZER, D. (ed.), *op. cit.*, pp. 249-262, en particular p. 250, donde se destaca que los remedios civiles “include damage awards for injuries and punitive damages meant to deter future abusive conduct as well as send a message to others that such conduct is unacceptable”, además de la importancia moral que estos procesos tienen para las familias, más allá del dinero que puedan obtener.

⁴²⁴ ARBOUR, L., *op. cit.*, p. 12. Ello enlaza con la necesidad de llevar a cabo reformas estructurales (institucionales y de otros tipos), pues como se ha destacado desde la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: “Conflicts often arise from the failure of a State’s legal system to protect rights and punish perpetrators of human rights violations. Discrimination, corruption and abuse of power by law enforcement officials, and the military in many cases, fuel and exacerbate conflicts and make it even harder to achieve reconciliation after the conflict. Injustice, literally, drives people to take up arms” (OUNHCHR, *op. cit. (Mapping)*, p. 1).

4.4. *Reforma institucional*

Junto a la voluntad de hacer justicia, descubrir la verdad y lograr la reparación ante las violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado, los procesos de justicia transicional aparecen también orientados al fortalecimiento de las instituciones propias del Estado democrático y de derecho, como una forma de prevenir futuras violaciones de derechos humanos⁴²⁵, lo que habitualmente incluye la reforma de aquellas instituciones que en alguna medida sustentaron la arbitrariedad, el abuso de poder y las violaciones de derechos humanos –por ejemplo, el poder judicial, los cuerpos de seguridad del Estado, o el ejército⁴²⁶–. Desde un punto de vista logístico, la reforma institucional y la incorporación de personal capacitado son, a menudo, pasos previos necesarios para poder hacer efectivas otras medidas, como el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones de derechos humanos⁴²⁷. Junto a esa clara finalidad preventiva, una reforma correctamente planteada puede tener importantes efectos restaurativos para el conjunto de la sociedad, impulsando la participación de todos los ciudadanos como potenciales agentes de cambio⁴²⁸.

Tres son esencialmente las líneas de acción habituales en este ámbito, que pueden presentarse separada o conjuntamente, en virtud de lo que requieran las circunstancias de cada caso particular:

- la reforma de la *estructura y funciones de los órganos constitucionales*, así como la creación de instituciones específicas para la promoción de los derechos humanos;
- la reforma del *ordenamiento jurídico* y el *fortalecimiento del Estado de derecho*;
- la reforma del *personal* vinculado a las instituciones estatales.

En lo que respecta a la *reforma orgánica* del Estado, debe tenerse presente que la aprobación de una nueva constitución o la reforma constitucional resulta ser una práctica habitual en aquellos Estados que salen de un régimen totalitario⁴²⁹, puesto que las viejas instituciones no

⁴²⁵ OUNHCHR, *Rule-of-law Tools for Post-conflict States. Vetting: an operational framework*, United Nations, New York / Geneva, 2006, pp. 1 y 3.

⁴²⁶ Véase COSTI, A., *op. cit.*, p. 217.

⁴²⁷ OUNHCHR, *op. cit. (Vetting)*, p. 3.

⁴²⁸ MOORE, J., "Toward a More Responsive Sovereignty: Confronting Human Rights Violations through National Reconstruction", en: BARNHIZER, D. (ed.), *op. cit.*, pp. 73 y 74.

⁴²⁹ Considérese por ejemplo el caso español, con la adopción de la Constitución de 1978, a los que se pueden añadir otros como el caso de Sudáfrica al salir del régimen de *apartheid* (cuya supresión requirió una modificación a fondo de las instituciones estata-

sirven como pilares del nuevo modelo democrático que se pretende construir, ya que frecuentemente las mismas se inspiran en principios no democráticos y están diseñadas para dar cobertura y garantizar la impunidad frente a las violaciones de derechos humanos. De ahí la particular relevancia de reformar las instituciones que sustentaron el régimen autoritario o alentaron el conflicto por otras democráticas⁴³⁰.

En principio, la decisión respecto del modelo institucional sobre el que se asentará el nuevo régimen político no incumbe al Derecho internacional general⁴³¹, en la medida en que la organización del poder político es un poder de autoorganización que corresponde al Estado⁴³². Ahora bien, sea cual sea la forma de organización política que se establezca, es necesaria su efectividad⁴³³, de manera que ejerza un control general sobre su territorio y pueda excluir las reclamaciones de otras entidades sobre el mismo.

Por lo demás, la reforma orgánica resultaría infructuosa si no se incorporan nuevos valores, principios y normas al ordenamiento jurídico interno. En este sentido se ha de impulsar la *reforma normativa* y el *fortalecimiento del Estado de derecho*, ya que es fundamental que se revisen las normas existentes y se dicten otras nuevas cuando corresponda para poder adaptar la legislación del Estado en transición a los estándares internacionales en materia de derechos humanos⁴³⁴.

Una tercera vía de acción en el ámbito institucional son las *medidas adoptadas directamente contra las personas que ocupaban cargos públicos* durante el período precedente y que, actuando como piezas

les, profundamente impregnadas por la política de discriminación racial), donde se adoptaron dos Constituciones prácticamente de forma sucesiva (1993 –interina– y 1996), o las reformas constitucionales en los Estados de Europa Central y del Este al transitar de un modelo socialista a un modelo democrático de Estado.

⁴³⁰ OUNHCHR, *op. cit.* (*Vetting*), p. 3.

⁴³¹ Tal y como ha señalado la CDI, la estructura del Estado y las funciones de sus órganos no se rigen por el Derecho internacional, y por consiguiente corresponde a cada Estado “decidir cómo estructurar su administración y qué funciones ha de asumir el gobierno”, de acuerdo con sus leyes y su práctica (Comentario al Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en: CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 53º período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de junio a 10 de agosto de 2001)*, Documento A/56/10, Suplemento 10, § 6, p. 66).

⁴³² Aunque, evidentemente, existe una clara tensión entre “confronting abusive sovereignty and generating more responsive and creative sovereignty” (MOORE, J., “Toward a More Responsive Sovereignty: Confronting Human Rights Violations through National Reconstruction”, en: BARNHIZER, D. (ed.), *op. cit.*, p. 72).

⁴³³ CRAWFORD, J., *The Creation of States in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 2006 (2nd ed.), p. 55.

⁴³⁴ ARBOUR, L., *op. cit.*, p. 15.

del sistema de represión, cometieron violaciones de derechos humanos. Así pues, la *depuración* (es decir, la remoción de cargos públicos o de puestos de influencia de personas responsables de violaciones de derechos humanos en el régimen anterior⁴³⁵) y el *veto* (o lo que es lo mismo, excluir de la posibilidad de ocupar de nuevo un cargo público⁴³⁶ a aquellas personas que carezcan de la integridad suficiente para gozar de la confianza de la sociedad⁴³⁷) son prácticas habituales en los períodos de transición. De hecho, fueron tan características de los antiguos Estados comunistas de Europa Central y del Este que incluso recibieron nombres específicos: la *"lustración"* y la *"descomunización"*, que son políticas orientadas a impedir el ejercicio de poder público a personas afines al régimen precedente, sobre la base de su ausencia de compromiso con los principios democráticos en el pasado y de interés o motivación para hacer la transición hacia ellos en el presente, y ello aunque no sean presuntamente responsables de conducta criminal alguna⁴³⁸.

Aunque *a priori* este tipo de medidas está orientado a prevenir futuras violaciones de derechos humanos, lo cierto es que a menudo se conciben también como un castigo por las cometidas en la etapa anterior⁴³⁹. Desde esta perspectiva, la depuración y el veto presentan principalmente una dimensión retributiva⁴⁴⁰, puesto que con ellas se pretende hacer pagar un daño causado al conjunto de la sociedad, y son vistas por buena parte de la doctrina como medidas de castigo, e inclu-

⁴³⁵ KRITZ, N. J., "Coming to Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights", *Law and Contemporary Problems*, 59, 1996, 4, p. 139.

⁴³⁶ DUGGAN, C., *cit.*, p. viii.

⁴³⁷ El veto es definido desde la OACNUDH como "assessing integrity to determine suitability for public employment", entendiéndose que la integridad se refiere a "an employee's adherence to international standards of human rights and professional conduct". Se puede afirmar que quienes han cometido graves violaciones de derechos humanos carecen de esa integridad y han quebrado la confianza de la ciudadanía, por lo que su presencia en las instituciones públicas obstaculiza el (re-)establecimiento de la confianza y la (re-)legitimación de estas instituciones (OUNHCHR, *op. cit.* (*Vetting*), p. 4).

⁴³⁸ PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE, *Resolution 1096 (1996) on measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems*, 27 June 1996, § 11. Más concretamente, la lustración supone examinar el pasado de personas con una vida pública activa y revelar su implicación en el régimen comunista (y en particular con los servicios secretos), mientras que la descomunización alude a la exclusión de determinadas categorías de cargos ex comunistas del acceso a ciertos cargos públicos en el nuevo sistema (SADURSKI, W., *op. cit.*, p. 4).

⁴³⁹ Kritz las denomina "non-criminal sanctions" (KRITZ, N. J., *op. cit.*, en: KRITZ, N. J. (ed.), *op. cit.*, p. xxxiv).

⁴⁴⁰ Véase SADURSKI, W., *op. cit.*, p. 7.

so como castigos alternativos a las penas impuestas en el marco de un proceso judicial. De ahí que sean particularmente frecuentes cuando el procesamiento de todos los responsables de abusos se hace inviable por su gran número; en estos casos no es raro que se opte por juzgar a los altos cargos únicamente, y resolver la cuestión de los abusos perpetrados por funcionarios públicos de menor rango en el escalafón decretando la imposibilidad de esas personas de ocupar determinados cargos⁴⁴¹.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que tales medidas suponen una restricción por vía administrativa de derechos (como el derecho de participación política, o incluso el derecho al honor y a la vida privada), y por tanto deben estar sujetas a determinadas garantías. Este tema ha sido objeto de una particular atención en el ámbito del Consejo de Europa, donde se han fijado algunas pautas que estas medidas han de seguir para ser admisibles en un Estado democrático y de derecho. Así, en su Resolución 1096, de 1996, la Asamblea Parlamentaria apuntó que deberían cumplir los siguientes criterios:

“Firstly, guilt, being individual, rather than collective, must be proven in each individual case - this emphasises the need for an individual, and not collective, application of lustration laws. Secondly, the right of defence, the presumption of innocence until proven guilty, and the right to appeal to a court of law must be guaranteed. Revenge may never be a goal of such measures, nor should political or social misuse of the resulting lustration process be allowed. The aim of lustration is not to punish people presumed guilty –this is the task of prosecutors using criminal law– but to protect the newly emerged democracy”⁴⁴².

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre estos extremos, en tanto en cuanto las medidas indicadas tienden a afectar al pleno disfrute de los derechos humanos. Al respecto ha indicado que “if a State is to adopt lustration measures, it must ensure that the persons affected thereby enjoy all procedural guarantees

⁴⁴¹ Este tipo de decisiones, además, puede ser el fruto de un acuerdo entre las distintas partes afectadas, en el cual sería posible apreciar una cierta justicia transaccional.

⁴⁴² PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE, *Resolution 1096 (1996)*, cit., § 12. Véanse también las *Guidelines to ensure that lustration laws and similar administrative measures comply with the requirements of a state based on the rule of law*, recogidas en PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE, *Document 7568*, “Measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems. Report”, 3 June 1996.

under the [European] Convention [on Human Rights] in respect of any proceedings relating to the application of such measures”⁴⁴³. En particular, se han de observar las garantías procesales penales que se derivan del artículo 6 (*Derecho a un proceso equitativo*) del Convenio Europeo para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales (1950), las cuales son igualmente de aplicación a los procesos de lustración⁴⁴⁴.

Adicionalmente a estas tres grandes líneas de reforma, pueden servir también a los propósitos de la justicia transicional la promoción de otras medidas en el ámbito institucional, por ejemplo de tipo presupuestario, como la reducción del presupuesto asignado a las fuerzas militares⁴⁴⁵. Asimismo, son de interés todos los esfuerzos educativos y de sensibilización, que pueden presentar múltiples contenidos, como la educación en derechos humanos o la información objetiva sobre los acontecimientos de la etapa precedente. Este último aspecto es particularmente relevante en la construcción de una transición justa, pues supone prestar atención a la salvaguarda de la memoria histórica, y con ello incorporar a la dimensión preventiva habitual de las medidas educativas el elemento restaurativo propio de la búsqueda y difusión de la verdad, de manera que se ayude a conformar una opinión pública conectora de su pasado que pueda hacer frente a una nueva etapa sin agravios silenciados ni desconfianza.

⁴⁴³ ECHR, *Turek v. Slovakia*, case no. 57986/00, judgment of 14 February 2006, § 115; también *Matyjek v. Poland*, case no. 38184/03, judgment of 24 April 2007, § 62.

⁴⁴⁴ ECHR, *Luboch v. Poland*, case nº 37469/05, judgment of 15 January 2008, § 59.

⁴⁴⁵ SRIRAM, C. L., *op. cit.*, p. 205.

Consideraciones finales

A la vista de las conclusiones que se han ido extrayendo a lo largo del análisis realizado sobre las distintas cuestiones jurídicas y jurídicopolíticas planteadas, estas últimas líneas tienen como objetivo ofrecer unas sucintas consideraciones de síntesis que permitan subrayar los principales términos de debate.

En primer término, es perceptible cómo la evolución del Derecho internacional público después de la II Guerra Mundial, y muy especialmente tras el fin de la Guerra Fría, ha ido progresivamente consolidando el rechazo hacia la impunidad de las violaciones graves de los derechos humanos, sobre todo cuando éstas se vinculan contextualmente a la comisión de crímenes de guerra o de crímenes contra la humanidad. Esta percepción global, empero, no debe en ningún caso obviar, primero, que la delimitación del alcance jurídico de las obligaciones internacionales al respecto no siempre ha estado clara y definitivamente establecida –en buena medida se advierte que es un ámbito que se mueve en la ambigüedad de los principios jurídicos–, y, segundo, que, en relación con lo anterior, la práctica internacional muestra que hay elementos jurídicos entrelazados con la lucha contra la impunidad y la efectividad del derecho a la justicia cuyo reconocimiento jurídico internacional parece ser una cuestión aún hoy de *lege ferenda*.

En segundo término, la aplicación de medidas de justicia transicional en tiempos complejos y convulsos como son los periodos de transición es una decisión política y jurídica estatal que debe afrontar la perspectiva de responder a las expectativas del Derecho internacional público respecto a la lucha contra la impunidad; pero debe hacerlo atendiendo al mismo tiempo a otros intereses, como son el buen fin del propio proceso transitorio o la continuidad de la organización político-administrativa estatal encargada de seguir perpetuando al Estado como

sujeto de Derecho internacional. A la complejidad de las situaciones que han de abordarse a nivel interno no parece evidente que se les pueda oponer desde el ordenamiento jurídico internacional una categórica y universal priorización del conjunto de principios jurídicos subyacentes, ni tampoco de las normas jurídicas que se inspiran en cada uno de ellos. Por tanto, esta falta en el momento actual de normas jurídicas internacionales suficientemente precisas para condicionar jurídicamente el desarrollo de los procesos de transición en el interior de los Estados que intentan superar una etapa de abusos y atentados contra los derechos humanos no debe valorarse como un elemento absolutamente negativo, en la medida en que permite adaptar el proceso transicional a la idiosincrasia de la sociedad que ha de afrontar esa etapa, y, por tanto, a una mirada de supuestos de hecho. La pregunta, entonces, es si existe realmente una necesidad jurídica a la que debería darse una respuesta –porque el baremo de la *cultura de la impunidad* es, por supuesto, una mera aproximación valorativa–, pese a que tampoco se tenga constancia de que exista al respecto una voluntad o interés sociales en exceso apremiantes.

Finalmente, en ausencia de ese marco normativo internacional completo que regule el tránsito de un período caracterizado por las violaciones de derechos a un nuevo régimen de gobierno respetuoso con los derechos de las personas bajo su jurisdicción-, surge ineludiblemente la necesidad de fijar pautas que ayuden a satisfacer las exigencias de todas las partes implicadas en el proceso de cambio, y que lo hagan de tal forma que se consoliden las bases de una sociedad en paz y respetuosa con los derechos humanos. Ese es el objetivo último de la justicia transicional, un modelo de actuación llevado a la práctica a través de diversos mecanismos que están orientados a facilitar el paso de un régimen político represor a otro respetuoso con los derechos humanos. Para ello, este modelo –basado en la experiencia adquirida con la participación internacional en diversos procesos transitorios– introduce en esta etapa de cambio una concepción poliédrica de la justicia, tratando de reflejar los intereses de todas las partes implicadas y/o enfrentadas en pro del respeto a los derechos humanos en la nueva etapa. Lo cual, empero, no aleja la posibilidad de que las autoridades estatales puedan dudar de si realmente están actuando de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional; en este sentido, la última reflexión que cabe realizar es que, aun cuando la justicia transicional no sea un modelo de actuación al que es aplicable una regulación jurídica internacional específica y completa, cualquier Estado es consciente de que hay normas jurídicas internacionales coincidentes en perfilar unos límites jurídicos de acción sustentados en la voluntad de impedir la impunidad.

NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

1. Los artículos deberán ser originales e inéditos, y no debe estar comprometida su publicación en otro medio.
2. Los artículos podrán presentarse en castellano o en euskera. Deberán incluir un resumen (máximo 10 líneas), así como las palabras clave.
3. Los trabajos se remitirán hasta el mes de marzo para los números 1 y 2 de cada año y hasta el mes de septiembre para los números 3, 4 y 5, y serán publicados una vez su evaluación sea positiva por parte de evaluadores externos.
4. La extensión del trabajo será de entre 25.000 y 40.000 palabras en papel DIN A4, a un espacio y medio, incluyendo gráficos, cuadros, tablas y bibliografía. El tipo de letra utilizada deberá ser la misma.
5. Los artículos serán enviados en soporte informático a la siguiente dirección: fegomez@der.deusto.es o a la dirección postal del Instituto de Derechos Humanos.
6. En la primera página se indicará: título del artículo, nombre y apellidos del autor, dirección, teléfono y correo electrónico, así como la filiación institucional del autor y la forma en que desea que aparezca.
7. Todos los gráficos deben estar numerados correlativamente, llevar título y la fuente correspondiente. Los mismos requisitos son aplicables a cuadros y tablas. En el texto se deberá indicar la referencia concreta del lugar en el que debe incluirse el gráfico, el cuadro y la tabla.
8. Las siglas irán acompañadas del nombre completo la primera vez que se citen en el texto, y entre paréntesis. Ejemplo: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).
9. Las notas irán siempre a pie de página. Estas, y las referencias bibliográficas seguirán la siguiente lógica, en cuanto a formato:

LIBROS: WEBER, Max (1944): *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México.

ARTICULOS: HALFMANN, Jost (1997): "Immigration and citizenship in Germany", *Political Studies*, Vol. 45, nº 2, pp. 260-290.

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 53

Los procesos de transición política de un régimen dictatorial a uno democrático o la salida de un prolongado conflicto plantean algunos dilemas no sencillos de resolver, como la dialéctica entre la paz y la justicia. La presente obra analiza con detenimiento la lucha internacional contra la impunidad y el reconocimiento de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación en el marco de la denominada justicia transicional.

Jordi Bonet Pérez es Doctor en Derecho y Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad de Barcelona. Colabora con diversas entidades privadas de defensa de los derechos humanos. La protección internacional de los derechos humanos ha venido siendo su línea de investigación principal y, en los últimos años, sus publicaciones se han venido centrande en dos temas principales: inmigración y derechos socio-laborales. Ha dirigido una obra general titulada *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios* (2008).

Rosa Ana Alija Fernández es profesora ayudante del área de Derecho internacional público de la Universidad de Barcelona. Su principal línea de investigación se enmarca en el ámbito del Derecho internacional penal, que complementa con el estudio del Derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, es colaboradora habitual de diversas organizaciones no gubernamentales, como la Asociación para las Naciones Unidas en España y la Federación de Asociaciones para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos.



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

JUSTIZIA, LAN ETA GIZARTE
SEGURANTZA SAILA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA,
EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

HURI-AGE
Consolider-Ingenio 2010



Deusto

Publicaciones
Universidad de Deusto