

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

MARÍA TERESA DE GISPERT PASTOR

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANEL TRAYTER JIMÉNEZ

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de Publicaciones

**LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN
EN ESPAÑA. DE LA AMNISTÍA
A LA MEMORIA HISTÓRICA**

Alicia Gil Gil

Prólogo de Kai Ambos

 **Atelier**
LIBROS JURÍDICOS

Colección: Justicia Penal

Director: Ricardo Robles Planas
Profesor de Derecho Penal
Universitat Pompeu Fabra

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 1ª Edición: Febrero 2009 Alicia Gil Gil

© 2009 Atelier

Via Laietana, 12. 08003 Barcelona

Tel. 93 295 45 60

www.atelierlibros.es

editorial@atelierlibros.es

I.S.B.N.: 978-84-96758-79-7

Depósito legal: B. 2.119-09

Fotocomposición: Grafime. Mallorca, 1. 08014 Barcelona

Impresión: Imprimeix

*A los que hoy son todavía niños:
Alicia, Elena, Pablo, Jara y Andrés,
para que un día conozcan la historia de España,
para que aprendan el valor de la tolerancia y el respeto,
para que cuiden de la democracia.*

PRÓLOGO

I

La presente investigación surge, en sentido amplio, de trabajos previos realizados por la autora en el marco de un proyecto de investigación del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional sobre «Persecución nacional de crímenes internacionales» coordinado por el Prof. Albin Eser y el Dr. Helmut Kreicker. El informe nacional de la autora sobre «España» para aquel proyecto fue publicado bajo mi coordinación –entonces todavía Referente para Derecho penal internacional y para Hispanoamérica en el MPI– en un tomo editado también en español (Ambos/Malarino, Coord., Persecución penal de crímenes internacionales en América Latina y España, Montevideo, 2003). La autora es desde entonces también miembro del «Grupo de Estudios sobre Derecho penal internacional»¹ fundado en 2002, y en este marco, ha realizado un informe nacional sobre «España» para nuestro reciente estudio comparativo sobre «justicia transicional» que será publicado y presentado en la próxima reunión del grupo en marzo de 2009 en Buenos Aires. El libro aquí prologado es una ver-

1. <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/grupoestudios.html>

sión ampliada de ese informe. Debido a la fructífera relación de trabajo mantenida con la autora durante muchos años, supone para mí una alegría especial poder realizar este prólogo a su importante trabajo.

II

En los llamados **procesos de transición** de la dictadura a la democracia o de la guerra (conflicto armado) a la paz, la confrontación de un Estado con su pasado, la memoria y la reconsideración (*Aufarbeitung*) de injustos graves, de los crímenes que constituyen el núcleo central (*core crimes*) del Derecho penal internacional (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra),² son esenciales para la futura coexistencia de los autores y las víctimas. El perdón y la reconciliación sólo pueden surgir en un clima en el que las víctimas puedan realizar su «derecho» a la verdad³ y a la reconsideración jurídico-política de los hechos injustos, por lo menos a través de la confrontación pública con los autores. Así, el descubrimiento de lo que sucedió no es sólo un derecho privado de las víctimas y de sus familiares, sino que también es un *derecho colectivo* que la sociedad garantice el acceso a la información, lo que constituirá las bases creadoras de la identidad del nuevo Estado. Sin tal reconsideración personal y social del conflicto es difícil evitar una recaída en las antiguas estructuras de la violencia. Visto así la memoria significa también prevención de conflictos.

2. Vid. Art. 5-8 IStGH-Statut. Sobre los delitos en particular K. Ambos, *Internationales Strafrecht*, München (Beck) 2. ed. 2008, § 7 Rn. 122 ss.

3. Si existe un «derecho» en sentido estricto es discutido, de ahí las comillas. En cualquier caso, las víctimas tienen una pretensión moral a la «verdad». Vid. D. PASTOR, ¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?, *Jueces para la Democracia* 59 (2007), 106 y s.

III

Aunque el elemento de la **justicia** deba entenderse de forma amplia en el contexto de la «justicia de transición» –más allá de la mera justicia penal–⁴ (al menos) los principales responsables de los *core crimes* del Derecho penal internacional deberían responder también penalmente. En los años 90 se crearon por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Rwanda. Como resultado de la creciente internacionalización de la persecución penal de graves violaciones de los derechos humanos, desde entonces se han creado en muchos países los llamados tribunales mixtos o híbridos. Estos tribunales son llamados «mixtos» porque tienen una base jurídica mixta nacional-internacional y se componen de jueces y fiscales nacionales e internacionales (extranjeros). Se crean bien como parte de una Administración de Transición de las Naciones Unidas (Kosovo, Tímor Oriental), sobre la base de acuerdos bilaterales con las Naciones Unidas (Sierra Leona, Camboya, Líbano) o bien por el Derecho de ocupación (Irak). En el año 2002 asumió también su labor en La Haya la Corte Penal Internacional (CPI) creada por un tratado internacional. La misma es competente para los *core crimes* mencionados arriba y –cuando sea definido– para el crimen de agresión. La Corte tiene jurisdicción automáticamente cuando el Estado del lugar de comisión del delito o del delincuente es un Estado Parte en su Estatuto.⁵ Actuará por la denuncia de un Estado Parte, del Consejo de Seguridad de la ONU o por la actuación de oficio.⁶ Para los 108 Estados actualmente partes

4. K. AMBOS, El marco jurídico de la justicia de transición, Bogotá (Temis), 2008, p. 10 y s.: «justicia implica consideración de los derechos del acusado, de los intereses de las víctimas y del bienestar de la sociedad a largo plazo.»

5. Art. 12 párrafos 1 y 2 ECPI, según el párrafo 3 el Estado del lugar de comisión o de nacionalidad del autor puede someterse también ad hoc a la jurisdicción de la Corte.

6. Vid. Art. 13 ECPI. Hasta ahora la Corte ha abierto investigaciones en República Democrática del Congo, en Uganda, en República Centroafricana y en

de la Corte Penal Internacional⁷ existe, en cualquier caso, una obligación de persecución penal de los *core crimes* del Derecho penal internacional.⁸ De todo ello se deduce que, al menos desde la perspectiva actual, una transición sin ningún tipo de componente penal –caracterizada por la autora en relación con España acertadamente como «reconciliación sin justicia penal» (p. 142 y *passim*)– quedaría por debajo de las exigencias internacionales. Ciertamente es poco lo que puede cambiarse con efecto retroactivo, si no se quiere abandonar **principios básicos del Derecho penal** como la prohibición de retroactividad. La persecución jurídico *internacional* de los crímenes fracasa por lo general –también en el caso español (p. 114 y ss.)–, por su falta de redacción típica en la fecha de los hechos y la persecución *nacional* lo hace por su prescripción. Ello no puede remediarse mediante una referencia de manera refleja al Derecho penal internacional o –aún más general– al Derecho internacional de los derechos humanos, pues las prohibiciones que ahí encontramos, por ejemplo del Derecho internacional humanitario (cláusula «Martens»), no constituyen ningún tipo penal.⁹ Por ello no es, por un lado, correcta la argumentación jurídica del juez Baltasar Garzón en su Auto de 16 de octubre de 2008, pero sí, por otro lado, la del Fiscal Javier Zaragoza en su recurso de 20 de octubre de 2008 por parte del Ministerio Público contra el mencionado Auto.¹⁰

la situación en Darfur, Sudan. Información complementaria, Decisiones y otros documentos a cerca de las distintas situaciones y procesos pueden encontrarse en <www.icc-cpi.int/cases.html> y <www.iccnw.org/?mod=casessituations>.

7. Una lista de los Estados Parte puede encontrarse en <www.icc-cpi.int/about.html>.

8. Véase el preámbulo del ECPI, párr. 5 y 6.

9. Acertadamente GIL GIL, p. 124.

10. Sobre ello con mayor detalle véase la Adenda de la autora a esta obra.

IV

La persecución penal nacional o internacional se complementa a menudo a través de **comisiones de verdad y reconciliación**. Estas comisiones suelen ser establecidas por el gobierno para un período limitado de tiempo con el fin de identificar e investigar los hechos. Las mismas pueden, por tanto, también ser caracterizadas como *instancias interdisciplinarias de averiguación de los hechos*. Las estructuras de estas comisiones, sus competencias y facultades son tan variadas como las situaciones de los Estados en los que se han constituido.¹¹ Su objetivo principal es dar a las víctimas y sus familiares la oportunidad de denunciar los delitos cometidos contra ellos, exigir la reparación, revelar los crímenes y reclamar públicamente la responsabilidad de los autores.¹² Partiendo de los casos particulares se examinan también en la investigación el contexto en el que los actos fueron cometidos y la experiencia colectiva. Así, las comisiones sirven de catalizador para promover y estimular un debate público sobre la superación del pasado. Las comisiones tratan de reelaborar el pasado y extraer una verdad que va mucho más allá de la verdad de las salas de los tribunales, meramente jurídica, referida a un caso y limitada procesalmente.¹³ Aunque esta fórmula de una «verdad global» o «histórica» pueda resultar siempre insuficiente a la vista de la magnitud y dimensión de los delitos, tales comisiones son realmente la expresión de un *enfoque integral* para la necesaria superación de los complejos problemas de las sociedades en transición. La ausencia de una

11. Para una panorámica general y comparación de las distintas comisiones véase la «Truth Commissions Digital Collection» del United States Institute of Peace www.usip.org/library/truth.html; también AMBOS, (nota. 4), p. 53 ss y *passim*.

12. Impreso del Parlamento alemán (Bundestags-Drucksache) 16/932, de 15 marzo 2006, Antrag der Fraktionen der CDU/CSU, SPD, FDP und Bündnis 90/DIE GRÜNEN, Die Bedeutung von Wahrheits- und Versöhnungskommissionen für eine friedliche Zukunft, p. 1.

13. AMBOS, (nota. 4), p. 54 ss.

comisión de este tipo, como en el caso español, indican un sensible déficit de un proceso de transición.

V

El mayor dilema en los procesos de transición es el conflicto de intereses distintos: las víctimas del conflicto a tratar demandan justicia y quieren que los responsables rindan cuentas. Pero a menudo éstos, apoyados con frecuencia por el poder de sus armas, toman parte en las negociaciones de paz y ponen así en la balanza su destino personal mediante la exigencia de impunidad.¹⁴ Por una parte, es posible que en muchos casos los autores no puedan ser excluidos de las negociaciones sin que se ponga en riesgo el propio proceso de paz en su conjunto; por otro lado, con su papel en las negociaciones y con las amplias concesiones se les concede una legitimación no merecida. El dilema rara vez se soluciona de manera satisfactoria para todas las partes, sin embargo, de las muchas experiencias existentes pueden extraerse algunas lecciones. Un intercambio de impunidad por paz, con la consiguiente pérdida de la justicia, no puede traer ninguna paz positiva ni un Estado estable. El trato al que se llegue respecto de los crímenes de los autores, que tal vez son ahora socios en la negociación, no puede ser unilateral en favor de estos y en detrimento de las víctimas. La admisibilidad de una renuncia a la persecución penal requiere de una sofisticada ponderación de los intereses en conflicto –la paz, por un lado, y la justicia en el otro lado–. En el caso español la renuncia a la persecución penal se fundamentó también en el temor a una

14. Así, el 79 % de las víctimas preguntadas en Afganistán, Bosnia-Herzegovina, Camboya, Croacia, República Democrática del Congo, Israel, Kosovo, Macedonia, Filipinas, Sudan y los Territorios autónomos Palestinos, han manifestado su deseo de persecución penal de los autores [vid. Kiza/Rathgeber/Rohne, Victims of war. An empirical study on war-victimization and victims' attitudes towards addressing atrocities (Hamburger edition online, Hamburg 2006) www.his-online.de, Table 18, S. 97.]

recaída en la guerra civil, con lo que se reconoció la preferencia del logro de la paz *negativa* sobre la justicia (incluso penal). El problema que con ello subyace para la joven democracia española lo resume Colomer en la frase «las virtudes de la transición se han convertido en los vicios de la Democracia».¹⁵

VI

Quién en este contexto aboga por una *amnistía*, debe demostrar que la misma es oportuna y necesaria para una transición pacífica, al final de la cual debe erigirse un Estado democrático. La recompensa de la impunidad a determinados grupos de autores por su anterior apoyo no puede ser la base para una futura coexistencia pacífica de autores y víctimas. También hay que preguntarse si no existen medidas que limiten menos los intereses de la justicia que una *amnistía*, pero sean igual de eficaces en el logro de una paz estable. Se puede pensar, por ejemplo, en las atenuaciones de penas o en formas especiales de ejecución penal. Si estas medidas son igualmente eficaces, debe otorgárseles preferencia. Pero incluso si la *amnistía* parece indispensable para la consecución de la paz, bajo la óptica actual deben respetarse *ciertos principios inmunes a la mencionada ponderación de intereses*:

- las obligaciones jurídico internacionales de persecución y castigo en relación con los crímenes internacionales nucleares prohíben en principio que se conceda una *amnistía* para estos delitos.
- Mientras una exención de pena puede ser admisible bajo ciertas condiciones para los llamados autores de ejecución y de organización –situados en la parte inferior o en el nivel medio de mando–, no lo es para los autores situados en la cúpula, especialmente si son ellos mismos los que han decidido las medidas de impunidad.

15. COLOMER 1998, citado por Aguilar, 2002, p. 191 y aquí p. 143.

- Debe haber alguna forma de imputación o atribución de responsabilidad (rendición de cuentas, *accountability*). Ya sea que los autores sean confrontados con sus hechos y con las víctimas en el marco de una comisión de la verdad, o bien en el contexto de otros procesos. En cualquier caso, la potencial impunidad o cualquier otra concesión deben vincularse a la voluntad de cooperación de los autores.
- Por último deben evaluarse los efectos trascendentes políticos, sociales y económicos de cualquier beneficio. En particular, hay que preguntarse si una impunidad total o parcial puede contribuir a una paz duradera, a la reconciliación verdadera y a una consolidación de la democracia y el Estado de Derecho.

Por las razones anteriormente mencionadas, se prohíbe una **amnistía total e incondicional** para los *core crimes* cometidos por los autores dirigentes.¹⁶ A través de este tipo de amnistías generalmente se excluye cualquier investigación y, por tanto, se olvidan absolutamente los intereses de las víctimas. Se les imposibilita el tratamiento de su sufrimiento y sus reclamaciones de justicia y verdad se convierten en una mera ficción. La reconsideración y la reconciliación no pueden tener lugar así. Un triste ejemplo de este tipo de amnistía de gran alcance es el Acuerdo de Paz de Lomé entre el Gobierno de Sierra Leona y el grupo rebelde Frente Revolucionario Unido (RUF) de 1999. En virtud de este acuerdo el gobierno tuvo que «conceder una remisión de la pena absoluta e incondicional y perdonar a todos los combatientes y colaboradores respecto de cualquier acto realizado en la consecución de sus objetivos (...)».¹⁷ Con razón la Cámara de Apelaciones del Tribunal especial de la ONU para Sierra Leona ha declarado esta amnistía de 1994 jurídicamente internacionalmen-

16. Vid. AMBOS, (nota 4) p. 86 ss., con ulteriores referencias.

17. «Grant absolute and free pardon and reprieve to all combatants and collaborators in respect of anything done by them in pursuit of their objectives (...)», Art. IX (2) del Tratado de Paz Lomé. Accesible en <www.usip.org/library/pa/si/leone_07071999_toc.html>.

te nula y sin efecto.¹⁸ También *las amnistías españolas* (pp. 48 y ss.) representan desde la perspectiva actual una inaceptable exención penal en la medida en que afecten a delitos nucleares del Derecho penal internacional. Si se consideran desde perspectiva de su tiempo, en cambio, ciertamente se puede llegar a la conclusión con Gil Gil de que no eran contrarias al Derecho internacional (pp. 100 y ss.).

Una **amnistía condicional**, por el contrario, vincula la concesión de la impunidad a determinadas condiciones. Como condición mínima los actos de combate deben cesar de inmediato. Además, los antiguos autores deben aclarar sus crímenes y arrepentirse públicamente. Esto no sólo contribuye a la reconciliación con las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción de los autores en la nueva sociedad. Probablemente el ejemplo más famoso de este tipo de amnistía condicional es el de Sudáfrica. Allí hubo una amnistía sólo a petición de una subcomisión de la Comisión de Verdad y Reconciliación como parte de un procedimiento público. Los solicitantes eran sometidos a pruebas y tuvieron que confesar públicamente todos los crímenes cometidos. En conjunto, en este proceso fueron confirmadas 7.116 solicitudes de amnistía, de las cuales 1.167 lo fueron totalmente y 145 al menos parcialmente.¹⁹

VII

Las anteriores consideraciones muestran que los procesos de transición trascurren de maneras muy diferentes. Ello comienza ya con el hecho de que la transición pacífica de una dictadura a una democracia, como en el caso de los Estados del antiguo

18. Prosecutor v. Kallon & Kamara, Decision on the challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, 13 März 2004 (SCSL-04-15-PT-060), para 88 <www.scs-l.org/RUF-appealchamberdecisions.html>.

19. Véase J. SARKIN, *An Evaluation of the South African Amnesty Process*, in Chapman/van der Merwe (eds.), *Truth and Reconciliation in South Africa*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2008, p. 94.

bloque soviético, no se puede comparar con situaciones post-conflictos, como las del África subsahariana. Por lo tanto, no hay una solución modelo para la gestión de los procesos de transición. En cada situación se requiere un concreto equilibrio entre los diferentes intereses de las víctimas y los autores, la justicia y la paz. Para quienes se sitúan fuera de ese equilibrio éste es a menudo difícil de entender porque tiene que ver con los marcos político, social y cultural del correspondiente proceso de transición que les son muy poco conocidos. No obstante debe valer como segura la regla de que el **total desprecio por consideraciones de justicia, a largo plazo, no puede constituir una base estable para una nueva democracia constitucional.**

KAI AMBOS,
BOGOTÁ/GÖTTINGEN, OCTUBRE DE 2008

PRESENTACIÓN²⁰

La presente obra tiene su origen en un Proyecto de investigación titulado «La justicia de transición en América Latina» realizado por el «Grupo latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional» en 2008. Mi contribución a aquel proyecto, notablemente ampliada y completada, y adaptada al formato de la colección «Justicia penal» de la editorial Atelier, ha dado lugar a esta monografía.

En el marco de aquel proyecto tres razones fundamentales hacían imprescindible estudiar el caso español para poder entender mejor los procesos latinoamericanos:

La primera y fundamental razón es que la «modélica» transición española desde la dictadura a la democracia ha pretendido ser exportada a numerosos países de América Latina. Como veremos en la segunda y en la tercera parte de este trabajo el modelo español se puede caracterizar como un modelo de transición pactada, reformista, no rupturista, pacífico, en terminología de la doctrina política, o siguiendo la clasificación del Max Planck

20. Quiero agradecer a Paloma Aguilar Fernández y a Javier Chinchón Álvarez el intercambio de opiniones y de información que tan útil me ha resultado para la elaboración de este informe. También debo agradecer su colaboración al transmitirme determinada información a José Manuel Gómez Benítez, Manuel Ollé Sesé, Margalida Capellá i Roig y Alfonso Galán.