

ESTUDIOS

IMPUNIDAD, DERECHO PENAL Y LEY DE MEMORIA DEMOCRÁTICA

LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EN LOS CASOS ARGENTINO Y ESPAÑOL

MANUEL LUIS RUIZ MORALES



III ARANZADI

© Manuel Luis Ruiz Morales, 2025
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Primera edición: junio 2025

Depósito Legal: M-12852-2025

ISBN versión impresa: 978-84-1085-161-0

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-162-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

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) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice general

	<u>Página</u>
AGRADECIMIENTOS	17
PRÓLOGO	19
NOTA DEL AUTOR	25
TABLA DE ABREVIATURAS	27
INTRODUCCIÓN	29
CAPÍTULO 1	
DESDE LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL A LOS BASAMENTOS PARA EL CASTIGO DEL MAL RADICAL	43
1.1. Introducción: un marco teórico como sustento y algunas salvedades	43
1.2. La denominada justicia transicional	48
1.2.1. <i>Origen y concepto: precisiones terminológicas</i>	<i>48</i>
1.2.2. <i>Pretensiones de la justicia transicional</i>	<i>56</i>
1.2.3. <i>Una breve alusión a sus principios, elementos y mecanismos .</i>	<i>60</i>
1.3. Derechos humanos y sistemas internacionales de protección .	72
1.3.1. <i>Antecedentes</i>	<i>72</i>
1.3.2. <i>El sistema universal de protección de los derechos humanos ..</i>	<i>74</i>
1.3.3. <i>El sistema interamericano de protección de los derechos humanos</i>	<i>83</i>

	<u>Página</u>
1.3.4. <i>El sistema europeo de protección de los derechos humanos</i> ...	93
1.3.5. <i>Otros sistemas de protección de los derechos humanos de ámbito regional</i>	106
1.3.5.1. <i>El sistema africano de protección de los derechos humanos</i>	106
1.3.5.2. <i>¿Se puede hablar de un sistema asiático de protección de los derechos humanos?</i>	110
1.3.6. <i>Algunas notas sobre la Corte Penal Internacional</i>	113
1.4. Fundamentos para el castigo del mal radical	124
1.4.1. <i>El derecho natural y el derecho penal: derechos humanos y derecho penal internacional</i>	124
1.4.2. <i>El Mal Absoluto. ¿Es posible castigarlo? ¿Es menester hacerlo?</i>	130

CAPÍTULO 2

JUSTICIA TRANSICIONAL Y MAL ABSOLUTO: ALGUNAS EXPERIENCIAS HISTÓRICAS	139
2.1. Introducción	139
2.2. De la Alemania nazi a la Alemania unificada	143
2.2.1. <i>El Nacionalsocialismo</i>	143
2.2.2. <i>El fin de la Guerra y la justicia de transición en Alemania</i> ...	145
2.3. De la dictadura militar chilena a la transición democrática ...	151
2.3.1. <i>El Régimen Militar</i>	151
2.3.2. <i>Justicia transicional en Chile tras la vuelta a la democracia</i> ..	155
2.4. De la dictadura cívico-militar a la transición uruguaya	161
2.4.1. <i>La dictadura y sus antecedentes</i>	161
2.4.2. <i>Justicia transicional en Uruguay</i>	165
2.5. Dictadura y transición en Portugal	172
2.5.1. <i>La dictadura militar y el Estado Novo portugués</i>	172

	<u>Página</u>
2.5.2. <i>El 25 de abril y la vuelta a la democracia: ¿medidas de justicia transicional en Portugal?</i>	176
2.6. Dictadura cívico-militar y justicia de transición en Argentina	182
2.6.1. <i>La doctrina de la Seguridad Nacional. Un relevante antecedente</i>	182
2.6.2. <i>Otros precedentes en los años anteriores al golpe de 1976</i>	186
2.6.3. <i>El Proceso de Reorganización Nacional</i>	191
2.6.4. <i>La vuelta a la democracia y las medidas de justicia transicional</i>	197
2.7. Dictadura franquista y justicia de transición en España	213
2.7.1. <i>La España pre-franquista y la Segunda República</i>	213
2.7.2. <i>La Guerra Civil española y el Franquismo</i>	220
2.7.3. <i>La transición y la consolidación democrática</i>	232
CAPÍTULO 3	
PRINCIPALES PROBLEMAS PENALES DERIVADOS DE GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS ACAECIDAS EN ÉPOCAS DICTATORIALES	
	255
3.1. Palabras previas	256
3.2. La amnistía	257
3.2.1. <i>Notas básicas</i>	257
3.2.2. <i>Amnistías en el sistema interamericano de derechos humanos</i>	262
3.2.3. <i>Consideraciones en torno a las amnistías en la jurisprudencia argentina</i>	269
3.2.4. <i>Amnistías en el sistema europeo de protección de los derechos humanos</i>	274
3.2.5. <i>Consideraciones en torno a las amnistías en el orden jurídico español</i>	279
3.3. Prescripción e irretroactividad	290
3.3.1. <i>Notas básicas</i>	290
3.3.1.1. <i>Prescripción penal —prescripción del delito—</i> .	291

	<u>Página</u>
3.3.1.2. Imprescriptibilidad de los crímenes internacionales	293
3.3.1.3. Irretroactividad de la norma penal	299
3.3.1.4. Historia de una conjunción: imprescriptibilidad y retroactividad	301
3.3.2. <i>Aplicación de la imprescriptibilidad ante gravísimas violaciones de los derechos humanos constitutivas de crímenes internacionales en el sistema interamericano</i>	306
3.3.3. <i>Imprescriptibilidad y retroactividad ante crímenes de lesa humanidad cometidos por la dictadura en el ordenamiento argentino</i>	310
3.3.4. <i>Imprescriptibilidad ante hechos constitutivos de crímenes internacionales en el sistema europeo de derechos humanos</i>	315
3.3.5. <i>Imprescriptibilidad y retroactividad ante los crímenes del franquismo en el acervo jurídico español</i>	318
3.4. Verdad y memoria	324
3.4.1. <i>Aclaraciones previas</i>	324
3.4.2. <i>Notas básicas sobre la verdad como derecho y la memoria como deber</i>	327
3.4.3. <i>El derecho a la verdad y el deber de recordar en el sistema interamericano de protección</i>	337
3.4.4. <i>El derecho a la verdad y el deber de recordar en el ordenamiento jurídico argentino</i>	344
3.4.5. <i>El derecho a la verdad y el deber de recordar en el sistema europeo de derechos humanos</i>	352
3.4.6. <i>Verdad y memoria en el acervo jurídico español</i>	357

CAPÍTULO 4

ANÁLISIS COMPARATIVO Y EXPLICATIVO DE LAS DIVERSAS EXPERIENCIAS Y DE LOS DISTINTOS MODELOS EXAMINADOS. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO ESPAÑOL	373
4.1. A modo de recordatorio	374

	<u>Página</u>
4.2. Justicia transicional en el ámbito comparado	377
4.2.1. <i>Las experiencias transicionales estudiadas en clave comparada</i>	378
4.2.1.1. El caso alemán	378
4.2.1.2. Las experiencias del Cono Sur. Especial atención al particular argentino	383
4.2.1.3. El particular portugués	391
4.2.1.4. Un análisis del caso español	397
4.2.2. <i>Los elementos de justicia transicional satisfechos en las experiencias analizadas</i>	401
4.2.3. <i>Amnistía, retroactividad, imprescriptibilidad y derecho a la verdad en perspectiva comparada entre el sistema americano y europeo de derechos humanos</i>	408
4.2.3.1. Análisis comparativo de las amnistías en los sistemas regionales	409
4.2.3.2. Estudio comparado de la imprescriptibilidad y de la irretroactividad en ambos sistemas regionales	413
4.2.3.3. Estudio comparado acerca del derecho a la verdad en los sistemas regionales	416
4.3. España, ¿una transición sin justicia transicional?	420
4.3.1. <i>Palabras previas</i>	420
4.3.2. <i>La situación previa a la Ley de Memoria Democrática</i>	422
4.3.2.1. La Ley de Amnistía y las compatibles investigaciones	422
4.3.2.2. La Ley de Amnistía, una ley preconstitucional e inadmisibles	431
4.3.2.3. Otro resquicio para escapar de la Ley de Amnistía: el alcance de la norma y su circunscripción a los delitos políticos	443
4.3.2.4. ¿Debe considerarse en suspenso la prescripción de la acción penal en el caso español?	447

4.3.2.5.	El ordenamiento pre-franquista y las conquistas en el ámbito de los derechos fundamentales del individuo	454
4.3.2.6.	Posibilidades de Justicia de Transición en España a la luz del Derecho internacional	460
4.3.3.	<i>La Ley de Memoria Democrática y sus aportes a la justicia transicional española</i>	476
4.3.4.	<i>Una propuesta viable para una Justicia Transicional integral en España tras la aprobación de la Ley de Memoria de 2022</i> ..	502
4.3.4.1.	La Comisión de la Verdad	503
4.3.4.2.	El juzgamiento simbólico	510
4.3.4.3.	Aspectos de mejora de la Ley de Memoria Democrática y algunas cuestiones de inmediata aplicación	526

CAPÍTULO 5

UNA VERDADERA GARANTÍA DE NO REPETICIÓN: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. SU EVENTUAL APLICABILIDAD EN EL SISTEMA EUROPEO Y EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL	537
5.1. Las garantías de no repetición como pilar de la justicia transicional	537
5.2. El control de convencionalidad como garantía de no repetición	544
5.3. El control de convencionalidad y su consolidación	547
5.3.1. <i>Conformación y desarrollo de la doctrina</i>	547
5.3.2. <i>Fundamentación y fines</i>	553
5.3.3. <i>Los efectos o consecuencias del control de convencionalidad</i> ..	554
5.3.4. <i>De vuelta sobre la fuerza vinculante de los pronunciamientos del sistema interamericano</i>	557
5.4. El control de convencionalidad y su aceptación en el ordenamiento jurídico argentino	561

	<u>Página</u>
5.5. El sistema europeo de protección y sus peculiaridades para el particular	569
5.5.1. <i>Consideraciones preliminares</i>	569
5.5.2. <i>El TJUE y el control de comunitariedad</i>	570
5.5.3. <i>El TEDH y algunos problemas de base</i>	572
5.5.4. <i>El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la fuerza vinculante de sus sentencias: algunas reflexiones</i>	574
5.5.5. <i>Expectativas de aplicación de un control de convencionalidad en el sistema europeo</i>	577
5.6. Oportunidades para la utilización de esta doctrina en España .	580
 CONCLUSIONES Y ALGUNAS PROPUESTAS ADICIONALES PARA LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN ESPAÑOLA	595
BIBLIOGRAFÍA	609
NORMATIVA, INFORMES Y OTRAS RESOLUCIONES DE ÍNDOLE INTERNACIONAL	707
NORMAS Y REGLAMENTOS ARGENTINOS	717
NORMAS, REGLAMENTOS Y ACUERDOS ESPAÑOLES	719
OTRAS NORMAS Y REGLAMENTOS MENCIONADOS	725
JURISPRUDENCIA Y OTROS DICTÁMENES INTERNACIONALES	727
JURISPRUDENCIA Y OTROS DICTÁMENES ARGENTINOS	737
JURISPRUDENCIA Y OTROS DICTÁMENES ESPAÑOLES	741
OTROS DICTÁMENES Y SENTENCIAS	745

Análisis comparativo y explicativo
de las diversas experiencias
y de los distintos modelos examinados.
Especial referencia al caso español

SUMARIO: 4.1. A MODO DE RECORDATORIO. 4.2. JUSTICIA TRANSICIONAL EN EL ÁMBITO COMPARADO. 4.2.1. *Las experiencias transicionales estudiadas en clave comparada.* 4.2.1.1. El caso alemán. 4.2.1.2. Las experiencias del Cono Sur. Especial atención al particular argentino. 4.2.1.3. El particular portugués. 4.2.1.4. Un análisis del caso español. 4.2.2. *Los elementos de justicia transicional satisfechos en las experiencias analizadas.* 4.2.3. *Amnistía, retroactividad, imprescriptibilidad y derecho a la verdad en perspectiva comparada entre el sistema americano y europeo de derechos humanos.* 4.2.3.1. Análisis comparativo de las amnistías en los sistemas regionales. 4.2.3.2. Estudio comparado de la imprescriptibilidad y de la irretroactividad en ambos sistemas regionales. 4.2.3.3. Estudio comparado acerca del derecho a la verdad en los sistemas regionales. 4.3. ESPAÑA, ¿UNA TRANSICIÓN SIN JUSTICIA TRANSICIONAL? 4.3.1. *Palabras previas.* 4.3.2. *La situación previa a la Ley de Memoria Democrática.* 4.3.2.1. La Ley de Amnistía y las compatibles investigaciones. 4.3.2.2. La Ley de Amnistía, una ley preconstitucional e inadmisibles. 4.3.2.3. Otro resquicio para escapar de la Ley de Amnistía: el alcance de la norma y su circunscripción a los delitos políticos. 4.3.2.4. ¿Debe considerarse en suspenso la prescripción de la acción penal en el caso español? 4.3.2.5. El ordenamiento pre-franquista y las conquistas en el ámbito de los derechos fundamentales del individuo. 4.3.2.6. Posibilidades de Justicia de Transición en España a la luz del Derecho internacional. 4.3.3. *La Ley de Memoria Democrática y sus aportes a la justicia transicional española.* 4.3.4. *Una propuesta viable para una Justicia Transicional integral en España tras*

la aprobación de la Ley de Memoria de 2022. 4.3.4.1. La Comisión de la Verdad. 4.3.4.2. El juzgamiento simbólico. 4.3.4.3. Aspectos de mejora de la Ley de Memoria Democrática y algunas cuestiones de inmediata aplicación.

4.1. A MODO DE RECORDATORIO

En primer lugar, como mera recapitulación, se debe retornar sobre el concepto de justicia de transición —definido en el capítulo primero del presente trabajo de investigación— como aquel proceso de paso desde un sistema autoritario a uno democrático, o bien desde una situación de conflicto bélico a la paz, por medio del cual se logra que la sociedad pueda vivir nuevamente en comunidad de forma permanente y duradera, eliminándose las posibilidades de que se vuelvan a repetir los hechos y las circunstancias que dieron lugar a aquel momento de guerra¹ o de autoritarismo. Para ello, suele aludirse a la necesaria reconciliación², que debe ampararse en la justicia³, toda vez que deben satisfacerse las exigencias y reclamos de justicia

-
1. AINLEY, K.; FRIEDMAN, R. y MAHONY, C. (2015). «The Potential and Politics of Transitional Justice: Interactions between the Global and the Local in Evaluations of Success». En K. Ainley, R. Friedman y C. Mahony (eds.), *Evaluating Transitional Justice: Accountability and Peacebuilding in Post-Conflict Sierra Leone*. New York: Palgrave Macmillan, p. 272; REITER, A. (2017). «Measuring the Success (or Failure) of Transitional Justice». En O. Simic (ed.), *An Introduction to Transitional Justice*. London-New York: Routledge Taylor and Francis Group, pp. 270-272.
 2. La reconciliación, por su parte, ha sido definida como el tránsito que proporciona a la sociedad la posibilidad de convivencia presente y futura entre sus distintos miembros, cuando entre estos en el pasado ha existido bandos. Para conseguir este objetivo no se requiere obligatoriamente de una actitud de perdón ni olvido, ya que lo relevante es desarrollar las aptitudes y la confianza necesaria entre estos grupos para que cooperen entre sí para superar el pasado. Vid. HAZAN, P. (2009). «Reconciliation». En V. Chetail (ed.), *Post-Conflict Peacebuilding: A Lexicon*. Oxford: Oxford University Press, p. 256; SEILS, P. (2017). «The Place of Reconciliation in Transitional Justice. Conceptions and Misconceptions», en *ICTJ Briefing*, núm. June 2017, pp. 5-6. Recuperado de: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Briefing-Paper-Reconciliation-TJ-2017.pdf>.
 3. Algunos han considerado que la reconciliación debía llevar aparejado el perdón —de cualquier clase—. Vid. TUTU, D. (2000). *No Future without Forgiveness*. New York: Doubleday, pp. 195-210. Para otros el perdón no es imprescindible, sino que lo esencial debe ser la verdad y la justicia. Vid. OLÁSULO ALONSO, H. y GALAIN PALERMO, P. (2015). «Diálogo jurisprudencial en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas entre el sistema interamericano de derechos humanos y el sistema de aplicación del derecho penal internacional del Estatuto de Roma». En E. Ferrer Mac-Gregor

de todos los componentes que conforman la comunidad⁴ para que exista tal conciliación.

Sin embargo, cada proceso de justicia transicional es único, puesto que la manera de arribar a la consolidación del sistema democrático puede distar enormemente entre las diversas experiencias sucedidas en los más variados países. Ahora bien, los gobiernos del mundo se han decantado principalmente por dos tipologías de justicia de transición, que conllevan —cada una de ellas— una forma totalmente distinta de afrontar el proceso transicional.

Por un lado, estaría un modelo de olvido del pasado, para el cual la consecución de la conciliación social y el retorno de la paz, se produciría con el olvido absoluto de lo que sucedió en el período anterior, se produciría con la condena al ostracismo de los crímenes que se cometieron y, por lo tanto, se desiste o abandona la idea de reclamar justicia —medidas sancionadoras— o reparación, esto es, la nueva sociedad resultante, el nuevo sistema democrático, no enfrenta aquellos tiempos pretéritos de oscuridad⁵. Los países que se han decantado por este modelo han venido utilizando leyes de amnistía, que vienen a cercenar las posibilidades de procesamiento y condena de los responsables, favoreciendo a su vez la absoluta impunidad de los autores de los crímenes cometidos durante el período pre-democrático.

Por otro lado, estaría el modelo en el que se investiga el pasado, de manera que el Poder Ejecutivo que lidera el proceso de transición hacia la democracia, opta por establecer medidas y reconocer derechos a los perjudicados de las graves violaciones de los derechos humanos acaecidas, facilitándose —así— por parte del propio gobierno el acceso a la víctima a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, acatándose —paralelamente— las normas internacionales que obligan al Estado a investigar tales atentados a los derechos fundamentales de los individuos, con el objeto de llevar a juicio a los autores de estos crímenes⁶.

y A. Herrera García (eds.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1265 y 1286.

4. CAPELLÀ I ROIG, M. (2008). «La recuperación de la memoria histórica desde...», *op. cit.*, p. 275.
5. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2007). «El viaje a ninguna parte: memoria, leyes, historia...», *op. cit.*, p. 123.
6. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J. (2014). *El derecho a la verdad en la justicia de transición...*, *op. cit.*, p. 90.

El primer arquetipo de justicia de transición mencionado, sería el que ha predominado en España, aunque evidentemente con el pasar de los años y por las presiones internacionales —entre otros motivos⁷— se han ido reconociendo ciertos derechos —ya analizados— y se han promulgado leyes de carácter reparador —como la Ley de Memoria Histórica— o reconocedoras del derecho a la verdad y la memoria —como la Ley de Memoria Democrática—, aunque se ha mantenido la situación de impunidad, amparada por la Ley de Amnistía, que condenó y aún condena los crímenes de la guerra y de la dictadura al olvido⁸.

El segundo prototipo enunciado de justicia transicional es el modelo seguido por la República Argentina, que si bien inició su primer gobierno democrático con un afán de instaurar una verdad colectiva y enjuiciar —al menos simbólicamente— a la cúpula militar de la dictadura, se encontró con unos años en los que el olvido prevaleció, para que la senda de la justicia, la verdad y la reparación cristalizase unos lustros más tarde de una manera plena, depurándose responsabilidades, condenando todavía a represores y reparándose a las víctimas, tanto dentro del proceso penal, como fuera del mismo.

Lo que no debe de extrañar en ningún caso es que el paso del tiempo modifica la pretendida idoneidad del modelo, siendo que a mayor transcurso temporal mayores reclamos y demandas de justicia, verdad y reparación por parte de la sociedad —víctimas y comunidad internacional a la cabeza—, toda vez que se desvanecen las fortalezas y el empoderamiento de los grupos e instituciones que estaban investidos de un gran poder durante el período previo al democrático —que son los que se muestran más reticentes a aceptar un modelo de transición basado en la investigación del pasado, al haber sido parte o la totalidad de sus miembros los que cometieron tales violaciones de derechos humanos que se procedería a instruir—⁹.

-
7. Como la entrada en el gobierno de coalición de partidos o agrupaciones políticas alineadas con ideologías socialistas y comunistas.
 8. Al menos de momento, y a la espera del sentido jurisprudencial que los tribunales le dará a las previsiones de la Ley de Memoria de 2022, por lo que habrá que ver cuán alcance logra el derecho a la verdad, y si se iniciarán procesos judiciales, en virtud de los contenidos «habilitadores» de la ley.
 9. En este sentido, debe recordarse que el proceso transicional español fue ampliamente elogiado, principalmente por la naturaleza pacífica y la renuncia mutua —esto es, de los dos bandos— de las iniciales pretensiones, que propició el asentamiento del régimen democrático. No obstante, con el devenir de los años —y con el amparo de las tesis internacionalistas que critican la impunidad y la falta de enjuiciamiento y

En definitiva, la justicia transicional debe perseguir el establecimiento de los cimientos y pilares jurídicos básicos para que pueda construirse un futuro político de corte democrático, que elimine o suprima cualquier rasgo del sistema anterior —aunque esta finalidad, como recién se ha aludido, puede lograrse de muchas y distintas formas, mediante procesos relacionados e interconectados todos entre sí—¹⁰.

4.2. JUSTICIA TRANSICIONAL EN EL ÁMBITO COMPARADO

Hasta el momento hemos estudiado los procesos transicionales en diversos países del entorno europeo y latinoamericano —concretamente del Cono Sur— en el Capítulo Segundo, y se han examinado las respuestas ofrecidas por los sistemas americano y europeo de los derechos humanos, así como por los Estados argentino y español a varias cuestiones fundamentales atinentes a las graves violaciones a los derechos humanos cuando estos crímenes son anteriores al sistema democrático que se instaura en un determinado país y cómo cada sistema jurídico aborda las aberraciones del pasado en un orden jurídico nuevo, basado en el Estado de Derecho —en el Capítulo Tercero—.

Llegados a este punto, es el momento de analizar más concretamente la justicia transicional y los supuestos analizados de una forma comparada, teniendo como referencia —en primer lugar— los casos concretos que se describieron y desarrollaron en el capítulo relativo al análisis de ciertas experiencias históricas —es decir, los particulares de Chile, Uruguay, Alemania, Portugal y Argentina, diferenciando evidentemente según cada región, ya que cada una tendrá sus peculiaridades—. En segundo término, se procederá al análisis de los problemas particulares que se han observado a lo largo del capítulo anterior, inicialmente comparando las divergencias y

condena de las violaciones de los derechos humanos— aparecieron voces discrepantes y que ponían en duda la reconciliación nacional operada, basada en la paridad de la culpabilidad por las acciones cometidas por ambos bandos. Esta supuesta ejemplaridad de la transición desde la óptica ofrecida con el paso del tiempo, parece que no fue tal, debido a la alta conflictividad social que fue reprimida violentamente durante el periodo transicional y a las disimetrías entre las distintas fuerzas políticas que llevaron a cabo el proceso de transición, que más que acuerdos mutuos, parece tratarse de condiciones impuestas por aquellos que impulsaban moderadamente la restauración democrática a una oposición escasa y débil. *Vid.* AGUILAR FERNÁNDEZ, P. y PAYNE, L. A. (2018). *El resurgir del pasado en España*. Barcelona: Taurus, pp. 15-17.

10. MAZZEI, J. M. (2011). «Finding Shame in Truth: The Importance of Public Engagement in Truth Commissions», en *Human Rights Quarterly*, vol. 33, núm. 2, p. 434.

similitudes entre ambos sistemas de protección de derechos humanos, para terminar comparando las soluciones ofrecidas en España, tanto conforme a lo exigido en el sistema europeo de derechos humanos, como relacionando esas medidas con los desarrollos en la materia acaecido al otro lado del Atlántico en el proceso de transición ejecutado desde hace ya cuatro décadas por parte de la República Argentina.

4.2.1. LAS EXPERIENCIAS TRANSICIONALES ESTUDIADAS EN CLAVE COMPARADA

4.2.1.1. El caso alemán

Con carácter previo a proceder con el análisis comparativo de las diversas experiencias de justicia de transición en relación con los otros casos examinados, y en particular con la experiencia alemana, se debe advertir que éste supuesto no es fácilmente comparable con ninguno de los otros, como consecuencia de la magnitud del genocidio y de los crímenes de lesa humanidad sucedidos durante la dominación nazi. Además, este caso tampoco es fácilmente reconducible o asimilable a los demás particulares procesos transicionales analizados, toda vez que en el caso alemán esta justicia de transición se llevó a cabo por parte de terceros países que —de facto— eran los que gestionaban y administraban el territorio, por tanto, no se trató de una justicia de transición ejercida desde dentro —esto es, desde el propio gobierno y tras las presiones sociales surgidas en el interior del país donde se desarrollan tales políticas—, sino que puede considerarse —en cierto modo— como una justicia transicional impuesta por los vencedores de la Segunda Guerra Mundial¹¹.

11. Al igual que sucedió en la última década del siglo pasado. La comunidad internacional entendió necesario proteger los valores democráticos y liberales, lo que justificó que se impusieran a los crímenes sucedidos en Yugoslavia y Ruanda, una justicia implantada por las potencias dominantes del mundo. *Vid.* GONZÁLEZ RUIZ, C. D. (2019). *Corte Penal Internacional. ¿Justicia de vencedores?* (Trabajo Fin de Grado). Bogotá: Universidad de Los Andes, pp. 1-2. Recuperado de: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63075332/TESIS_FINAL_CRISTIAN_GONZALEZ20200424-20349-agqaih.pdf?1587731943=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DCorte_Penal_Internacional_justicia_de_ve.pdf&Expires=1608149867&Signature=T83wwld-HZEobxLj2F4k9lzAvbD2wkG6SNgIyD72fKgNYwvGWlju6AO6GE0ofjFKqX4wq31N-Gg0lKAaopD0x8ZDOrqO0xurqwC7ETYHk7-cr1~Ac3ngLHIBKML794cd6ql6lw~Lh1hwXvkr~KwTvEIFYIDZgW7uFKIRVEPzi9zqOqpv~RO5LFBswCR9~tYMppdsCwellwK2FlcZFiyP7EVgMKS7J8j6v7ji9ERF5E2FGInLpJPIJeb9FjlnWGFheEckqTvJe9jVEe3h-vsLQc1AD1hGqSvhUtY~TG0j0OTZyg9xW8tW~XpEogooqUEFjqWiWJUVbTvJZLaXW-5d8uNHg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA.

Por otra parte, en el caso de la transición germánica se debe decir que aquellos fueron los primeros pasos que se daban en el marco de lo que luego se vendría a llamar justicia transicional¹², por tanto, no es extraño que respecto de este particular surgieran inevitables limitaciones de origen, tanto por tratarse de la experiencia que ayudó a conformar o a colmar las iniciales ideas sobre cómo debía ser el castigo y cómo debía responder la justicia —nacional e internacional— ante aberraciones cometidas durante un régimen del terror y su posterior vuelta a la democracia, como por su tamaño dimensión y transcendencia alcanzada, que evidentemente condicionó e impidió que el proceso de justicia transicional —en concreto, el pilar «justicia penal»— se desarrollase de una manera completa, tal como ya se ha comentado.

No obstante, a pesar de tales restricciones de partida, se consiguió ejecutar, en mayor o menor medida, un proceso de justicia transicional —aunque el mismo resultase incompleto y fragmentario—.

De esta forma, se juzgaron a los máximos responsables y dirigentes nazis, cumpliéndose con la faceta de enjuiciamiento y castigo de los principales autores, ostentando estos juzgamientos un papel simbólico —faceta que también presentan estos procesos transicionales—, decretando y emitiendo —para todo el pueblo alemán y para toda la humanidad— el mensaje de que los crímenes más aberrantes —los que posteriormente alcanzarían la consideración de crímenes internacionales e inicialmente se contuvieron en la Carta de Londres— no podrían ni deberían quedar jamás impunes.

Es bastante interesante también en el particular germano observar cómo se reflexionó acerca de la legitimidad de estos juzgamientos, así como sobre —el ya analizado en varios puntos de la investigación— posible menoscabo al principio de legalidad penal, en su vertiente de irretroactividad de la norma penal no favorable al imputado —en un primer momento— y al condenado —en un momento posterior—, que ha sido aducido hasta la saciedad incesantemente desde aquellos primeros juicios contra los criminales nazis, y que sigue argumentándose hoy día más de setenta años después en democracias consolidadas como la española, como argucia jurídica aseguradora de la impunidad¹³.

12. GALINDO, B. (2017). «Transitional justice in its origin: Germany post-Nazism», en *Brazilian Journal of International Law*, vol. 14, núm. 1, pp. 388-390.

13. Tampoco es menos cierto, como se ha analizado en los epígrafes del capítulo tercero, que la tendencia ha sido la acogida en estos primeros juicios de Nuremberg, extendiéndose y amparándose la imprescriptibilidad de estos delitos y la retroactividad en los

Ahora bien, no es una cuestión baladí que estos procedimientos penales se desarrollaran mediante el impulso de las potencias aliadas vencedoras¹⁴, puesto que simultáneamente a aquellos procesos, se permitía que los crímenes entre alemanes —esto es, un nazi contra un civil alemán o un individuo sin nacionalidad—, pudieran ser apremiados por los órganos jurisdiccionales nacionales. No obstante, estos procesos fueron residuales, por lo que pareciera que los órganos judiciales y las agencias estatales de persecución penal oriundos se decantaron por el olvido, por dejar estar la situación, en pro de la conciliación y la regeneración democrática, o bien, entendieron que el escarmiento realizado y promovido por las potencias extranjeras era más que suficiente¹⁵, optando entonces estos órganos internos por la aplicación de criterios puramente positivistas, negándose a su vez la posibilidad de emplear la justicia retroactivamente. De hecho, como ya se comentó, los tribunales arguyeron el instituto de la prescripción y se aprobaron amnistías —en los primeros años de la posguerra—.

Este es un rasgo bastante típico de las transiciones sucedidas en el mundo, cuando estos procesos de justicia de transición se hacen desde dentro —ya que los juicios de Nuremberg fueron una imposición externa¹⁶—,

supuestos de crímenes internacionales, tanto en el sistema universal de los derechos humanos —a partir de Convenciones de las Naciones Unidas—, como en el sistema interamericano —ampliamente reconocido y aplicado por la Comisión y la Corte Interamericana— y europeo de derechos humanos —aunque el TEDH ha mirado para otro lado en el caso español, y no ha querido entrar a valorar este particular, tomando una decisión altamente discutible—.

14. Téngase en cuenta que los crímenes de guerra nazis traspasaron las fronteras de Alemania, afectando de una manera singularmente cruenta al territorio polaco.
15. En necesario aludir a que normalmente en los países en los que se ha impuesto la justicia penal por parte de un Tribunal internacional, la población y las autoridades judiciales y administrativas de la nación correspondiente casi siempre han visto con recelo tales actuaciones. De esta manera sucedió también en el caso ruandés, en relación al Tribunal Penal Internacional para Ruanda, de manera que las autoridades de ese país africano intentaron llevar a cabo el juzgamiento de los crímenes de acuerdo a su propio sistema de justicia basado en la tradición y en la idiosincrasia propia. Vid. WESTHUES, A. (2019). *La justicia restaurativa en Ruanda: ¿un camino para encontrar la reconciliación?* Madrid: Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa del Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, pp. 23-26. Recuperado de: https://www.academia.edu/40648529/La_justicia_restaurativa_en_Ruanda_Un_camino_para_encontrar_la_reconciliaci%C3%B3n_The_restorative_justice_in_Rwanda_A_way_to_find_reconciliation.
16. Para más información sobre las reticencias internas a la justicia propuesta por los aliados, véase PENDAS, D. O. (2020). *Democracy, Nazi Trials, and Transitional...*, op. cit., pp. 43-62.

máxime cuando no se había producido una separación y desafectación de los anteriores funcionarios del régimen predemocrático¹⁷.

Otro rasgo característico de la justicia transicional que se observa en el caso alemán es que en muchas experiencias nacionales ocurre que en los primeros años de regreso democrático, no resulta sencillo ejecutar medidas y prácticas tendentes a la consecución de una justicia transicional —no ya plena— sino mínima, por lo que algunos Estados y sus gobiernos se decantan primeramente por un modelo transicional de olvido —muchas veces debido a que se mantienen en el Poder Ejecutivo miembros del régimen anterior, detentando cierto poder aún e imposibilitando el enjuiciamiento y la persecución de los crímenes cometidos por compañeros o por ellos mismos, ya fuere como autores directos o mediatos—, para décadas más tarde —cuando las iniciales reticencias han cesado por muerte, por desaparición de pruebas, etc.— tras el empoderamiento y presión de las víctimas y de la propia sociedad¹⁸, optar por un modelo de investigación del pasado¹⁹.

En este sentido, en el territorio germano occidental²⁰ se procedió a instaurar este segundo modelo y abandonar el sistema basado en el olvido a partir de 1958, como ocurriría de manera similar en casi todos los supuestos analizados —Chile, Uruguay, Argentina e incluso España desde 2007²¹—.

17. Como ocurrió y sigue ocurriendo en el caso español.

18. No obstante, existen autores que en el ámbito de la justicia de transición explican que una actitud de cambio por parte del gobierno, favorable a la democracia emergente y a su consolidación provoca el moldeamiento de la opinión pública sobre los castigos, puesto que la masa social se cuestiona la culpabilidad de las acciones y se pretende una sanción proporcional, que ante esas actitudes prodemocráticas se plasma en unas sanciones de carácter leve, eludiéndose la severidad de las penas impuestas. *Vid.* CAPOCCIA, G. y POP-ELECHES, G. (2020). «Democracy and Retribution: Transitional Justice and Regime Support in Postwar West Germany», en *Comparative Political Studies*, vol. 54, núm. 3-4, pp. 427-430. En un sentido similar se expresa MARTIN CHUNG, C. K. (2018). «Against Loveless Judging: Fritz Bauer and Transitional Justice in Postwar Germany», en *International Journal of Transitional Justice*, vol. 12, núm. 1, pp. 17-21.

19. MIHR, A. (2018). *Regime Consolidation and Transitional Justice. A Comparative Study of Germany, Spain and Turkey*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 124-207.

20. No se puede afirmar que en la Alemania Democrática se llevara a cabo una justicia transicional, puesto que la zona administrada conforme a los postulados soviéticos se convirtió en una nueva dictadura, donde la justicia estuvo controlada en manos del Partido Socialista Unificado.

21. Este último particular sin acudir a la justicia penal, pero mejorando las políticas estatales en otros ámbitos de la justicia de transición, como la reparación, la memoria o el reconocimiento de las víctimas —aunque evidentemente resultaren insuficientes dichos esfuerzos—.

No obstante, este movimiento de finales de los cincuenta quedó socavado en gran medida ante la distancia temporal y espacial, a diferencia de lo que ocurriría en los casos latinoamericanos examinados, donde —a pesar del lapso temporal transcurrido— se enjuiciaron y condenaron a los represores —con mayor o menor éxito—.

Lo que representa claramente una peculiaridad propia del particular alemán es que en el territorio de lo que hoy es Alemania se han producido dos fases o dos transiciones a la democracia desde dictaduras y gobiernos de dominación, en apenas cuarenta años, en un primer momento desde un Estado totalitario de extrema derecha, y posteriormente desde sus antípodas del espectro político, esto es, desde la extrema izquierda²².

Ahora bien, esta segunda etapa en la que parte del territorio alemán pasó de una dictadura a la democracia instaurada en el resto del país, se caracteriza por su laxitud en lo que respecta al enjuiciamiento y persecución penal de los hechos acaecidos durante los años de vigencia de la República Democrática. Ello fue así, en tanto en cuanto los requisitos legales establecidos para proceder a las averiguaciones y posterior juzgamiento tras la unificación se fundamentó en la condescendencia²³, toda vez que únicamente se instruyeron las violaciones consideradas muy graves a los derechos humanos.

Por tanto, respecto del particular alemán se puede considerar que dicha experiencia cumplió medianamente bien con los objetivos pretendidos por la justicia transicional, aun cuando en realidad tales propósitos fueron logrados gracias a la fuerza externa de las potencias vencedoras durante la Segunda Gran Guerra, ya que internamente los resultados respecto del enjuiciamiento y sanción de los responsables de los atentados graves a los derechos humanos fueron más bien discretos.

Es cierto, que los principales responsables y dirigentes del régimen nazi evidentemente ya habían recibido su castigo a través de los procesos ejecutados por los países aliados, lo que también fue a buen seguro un factor determinante para que en el ámbito interno se soslayasen las opciones de continuar las labores de rendición de cuentas con todos los sujetos que habían formado parte del aparato opresor. Igualmente, debe recordarse que, como ocurrirá en el caso español, no se produjo una des-

22. De acuerdo a lo explicado por EBERT, P. (2020). *Socialist State Crime and Transitional Justice in Germany, 1961-2005* (Tesis doctoral), University of Cambridge: Cambridge, pp. 25-32. Recuperado de: <https://www.repository.cam.ac.uk/handle/1810/308809?show=full>.

23. PENDAS, D. O. (2020). *Democracy, Nazi Trials, and Transitional...*, op. cit., pp. 138-142.

afección absoluta de los miembros del régimen anterior, y tampoco que la población hubiera sufrido un cambio de mentalidad lo suficientemente grande como para abandonar y repudiar los postulados nacionalsocialistas o franquistas tras la instauración democrática, ya que en un caso la democracia deviene tras la pérdida de una guerra y en el otro tras el fallecimiento del dictador, siendo que el núcleo más amplio de habitantes continuaban apoyando al régimen²⁴ —o al menos no se rebelaban contra el mismo—.

En definitiva, la transición alemana en ambas etapas posibilitó la reconciliación nacional de los habitantes germanos, constituyendo un Estado de Derecho y una democracia fuerte y estable²⁵. Todas las víctimas de unos hechos aberrantes de tal calibre evidentemente no recibieron su adecuada reparación, aunque sí se reconocieron por parte del Estado alemán las gravísimas violaciones de derechos humanos acaecidas, conmemorando la memoria, la dignidad y el recuerdo de las víctimas del nazismo —como los judíos u otros colectivos ya mencionados— en espacios como el Monumento del holocausto o Monumento a los judíos de Europa asesinados, el Monumento en memoria de los homosexuales perseguidos por el nazismo —en Berlín—, así como con la utilización de los campos de concentración²⁶, de exterminio²⁷ y edificios oficiales²⁸ usados por el régimen como museos y/o centros de visitantes.

4.2.1.2. Las experiencias del Cono Sur. Especial atención al particular argentino

Una vez examinado el supuesto germano, se pasa a analizar comparativamente los supuestos transicionales del continente americano meridional,

24. En el caso alemán hubo cierta resistencia dentro del propio ejército, como ocurrió con el fallido intento de asesinato del führer del coronel von Stauffenberg, en julio de 1944. En España también existieron grupos que discreparon con el régimen franquista y que usaron la violencia para derrocar al régimen, como fue el caso de ETA. En este sentido, basta recordar el atentado contra Carrero Blanco en diciembre de 1973.

25. SA'ADAH, A. (2006). «Regime Change: Lessons from Germany on Justice, Institution Building, and Democracy», en *Journal of Conflict Resolution*, vol. 50, núm. 3, pp. 317-319.

26. V. gr. Campo de concentración de Mauthausen-Gusen o de Sachsenhausen.

27. Aunque los campos de exterminio actualmente se encuentran situados en territorios de terceros Estados, a saber: Polonia con seis y Bielorrusia con uno. V. gr. Auschwitz-Birkenau. En otros casos como en el terreno donde operaba el campo de exterminio de Sobibor o Treblinka, se erigieron monumentos o mausoleos.

28. V. gr. Como es el caso de la Casa de Wannsee o el Palacio de Congresos de Nuremberg.

esto es, los particulares del Cono Sur, los cuales presentan unas características similares²⁹, de ahí que se estudien de una manera conjunta³⁰.

En primer lugar, las dictaduras del Cono Sur surgieron bajo el auspicio de Estados Unidos³¹, que en el marco internacional del Plan Cóndor³², facilitó la proliferación de gobiernos autoritarios de extrema derecha en el Cono Sur, controlados por las Fuerzas Armadas, y cuyos basamentos se fundamentaban en la doctrina de la Seguridad Nacional —teoría que había sido aprehendida por gran parte de los miembros de los Ejércitos latinoamericanos de la década del setenta, e incluso antes—, con el objetivo de mantener controlado el orden interno, a través del uso de acciones y

-
29. Resulta llamativo este aspecto, toda vez que aun cuando en otros países de la zona se han presentado dictaduras semejantes a las estudiadas en el marco del Plan Cóndor y bajo el amparo de la Doctrina de la Seguridad Nacional, como ocurre en el caso brasileño, lo cierto es que el proceso de justicia transicional ha tomado otros derroteros y se ha dilatado hasta nuestros días, puesto que existen ciertas reticencias para proceder al enjuiciamiento de las graves violaciones de los derechos humanos por parte de los órganos judiciales nacionales, incluso tras la intervención del sistema interamericano de derechos humanos. En el particular brasileño, las sentencias de la Corte Interamericana, en el caso Gomes Lund o el caso Herzog, muestran a las claras divergencias más o menos notables con su país vecino en su frontera sur, Uruguay, lo que ha provocado que el proceso de justicia de transición brasileño se considere aún hoy inconcluso. En este sentido se pronuncia BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2017). «La Fiscalía y la justicia transicional en Brasil (algo más que la recensión de un Informe)», en *Revista de Estudios Brasileños*, vol. 4, núm. 8, pp. 71-72. Ahora bien, los avances en la materia por parte de Brasil no son pocos, puesto que en el país amazónico —a pesar del tiempo pasado— se constituyó en 2012 —por la Ley N.º 12.528/11— una Comisión Nacional de la Verdad, que presentó su Informe final dos años más tarde y cuya misión no era otra que la de investigar los atentados a los derechos humanos durante la última dictadura militar —esto es, hasta la promulgación de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 5 de octubre de 1988—. No obstante, Brasil continua sin castigar a sus represores, como consecuencia de la autoamnistía sancionada por la Ley de Amnistía de 1979. *Vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2017). *La justicia transicional en Brasil. El caso de la guerrilla de Araquaiá*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, pp. 96-102 y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2023). «Las dictaduras militares...», *op. cit.*, pp. 44-47.
30. Con la salvedad de que posteriormente se tratará y atenderá al caso argentino con mayor detenimiento.
31. Y su Departamento de Estado, dirigido por la persona de Henry Kissinger, como se ha mencionado en un capítulo anterior.
32. También puede considerarse dentro de esta planificación coordinada la ya mencionada dictadura brasileña, la paraguaya o la boliviana, y al menos indirectamente otros regímenes represivos como el peruano, el ecuatoriano, el colombiano o el venezolano.

prácticas de contrainsurgencia por parte de los regímenes militares, que se materializaban en violaciones graves a los derechos humanos³³.

En todas estas experiencias, a diferencia de la transición alemana donde aún no existían aquellas categorías de crímenes recogidas en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, como medio de elusión de la persecución penal, aparecen, bien antes de la vuelta a la democracia o bien tras constituirse un gobierno democrático, leyes que fijan la institución de la amnistía³⁴, en mayor o menor medida, al objeto de impedir la instrucción y la eventual determinación de la responsabilidad penal en un debido proceso de los autores de las graves violaciones de derechos humanos acaecida durante el régimen dictatorial. Por tanto, en todos los casos analizados respecto de Latinoamérica, en los primeros años de restauración democrática se ha utilizado un modelo de olvido del pasado y la preocupación por el enjuiciamiento de los responsables y autores de los actos represivos ha surgido años más tarde, de manera que en un segundo momento se produce la modificación del modelo de justicia transicional transitando hacia un modelo de investigación del pasado³⁵.

Del mismo modo, en todos los supuestos americanos analizados en el presente proyecto se ha utilizado como mecanismo inherente a la justicia de transición el instrumento de las Comisiones de la Verdad³⁶. En los casos

33. RODRÍGUEZ TRUJILLO, J. S.; HERNÁNDEZ MOLINA, K. M. y TIRADO HERNÁNDEZ, P. T. (2018). *La Doctrina de la Seguridad Nacional chilena: una dictadura legitimada por una democracia (1973-1990)* (Trabajo Fin de Grado), Universidad de La Salle: Bogotá, D. C., pp. 17-18 y 40-42. Recuperado de: https://ciencia.lasalle.edu.co/negocios_relaciones/145/.

34. En el particular argentino, debe recordarse la predemocrática Ley 22.924, de 22 de septiembre de 1983, de Pacificación Nacional y las democráticas Leyes 23.492 y 23.521, de Punto Final y Obediencia Debida —respectivamente—, junto con los indultos a los militares. En el caso chileno, el Decreto Ley 2191, de 18 de abril de 1978, promulgado durante el gobierno dictatorial. Y en el supuesto uruguayo, con la democrática Ley 15.848, de 22 de diciembre de 1986, conocida como Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado.

35. Con la salvedad del caso argentino, toda vez que, con el impulso del gobierno de Alfonsín, se llevó a cabo el Juicio a las Juntas, aunque tampoco es menos cierto que tras las leyes de impunidad y los indultos se creó un marco legal amparador de un modelo de olvido.

36. Las cuales resultan vitales, más aún cuando en el territorio en cuestión no es posible el juzgamiento de los crímenes, toda vez que pueden conocerse la comisión y autoría de los mismos, bien como parte del derecho a la verdad —en su doble faceta individual y colectiva—, bien para futuras imputaciones.

argentino y chileno, se aprobó la creación de la misma a los pocos días de volver y reinstaurarse un gobierno democrático³⁷ a la correspondiente república³⁸, mientras que en el caso uruguayo hubo de esperar más de una década para que se constituyese la Comisión para la Paz³⁹. En todos ellos, estas comisiones terminaron con la presentación de un Informe sobre las violaciones de los derechos humanos acaecidas. No obstante, mientras que en Argentina desde 1983 únicamente se estableció una Comisión al efecto —la CONADEP—, en Chile apareció primeramente la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de 1990 y años más tarde —en 2003— la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura —que si bien no tenía los mismos objetivos que la anterior, informó de innumerables casos de atentados a los derechos humanos sucedidos durante la dictadura y la etapa inmediatamente precedente, puesto que Pinochet continuó ostentando el cargo de Comandante en Jefe hasta 1998, lo que había limitado las posibilidades de la justicia de transición chilena hasta aquel entonces⁴⁰—, mientras que en Uruguay inicialmente en 1985 se instituyeron comisiones de investigación varias —las Comisiones investigadora sobre la situación de las personas desaparecidas y hechos que la motivaron y la investigadora sobre el secuestro y asesinato contra los ex legisladores Gutiérrez Ruiz y Michelini— y años más tarde —en el año 2000— se dictaminó y se erigió la Comisión para la Paz —la cual llegó a unas conclusiones semejantes a las anteriores, aunque la misma consiguió aglutinar en su configuración a los distintos partidos y colectivos de diferentes ideologías—.

37. Sin embargo, en el supuesto brasileño, la comisión de la verdad apareció varios lustros después del final de la dictadura.

38. Recuérdese que en Argentina la CONADEP se instituyó el 15 de diciembre de 1983, cinco días después de la asunción como presidente de la República de Raúl Alfonsín. Por su parte, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación chilena, se aprobó el 25 de abril de 1990, habiendo asumido sus funciones Patricio Aylwin el 11 de marzo de 1990.

39. Aunque a los pocos meses de la restauración democrática se constituyeron en Uruguay dos comisiones de investigación y pre-investigación, que a los seis meses de su constitución presentó sus conclusiones. Ahora bien, algunos informes ni siquiera vieron la luz, ante las disparidades y desencuentros entre los miembros que conformaban dichas instituciones investigativas.

40. Tanto es así, que se considera que la también denominada Comisión Valech provocó una redefinición de las políticas de memoria en Chile, incorporando —por ejemplo— a los presos políticos o a las mujeres y niños como víctimas de la dictadura, puesto que con anterioridad únicamente se consideraban víctimas indirectas. *Vid.* HIETANEN, A. E. (2007). *Comisión Valech y cambios en las políticas de la memoria en Chile*. Guadalajara: XXVI Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología, pp. 7-8. Recuperado de: <https://cdsa.academica.org/000-066/962.pdf>.

Sin embargo, estas comisiones de la verdad singularizan las experiencias latinoamericanas y europeas analizadas, toda vez que el empleo de tal instrumento deviene básico y elemental en las transiciones del continente americano —incluso constituyéndose más de una en un mismo Estado—, mientras que sólo residualmente y con escaso impacto social ha sido utilizado en los casos europeos examinados. Parece entendible tal situación en relación con el caso alemán, en tanto en cuanto fue el primigenio ejemplo de justicia transicional a nivel mundial, aunque no es justificable para el particular español —puesto que en el supuesto portugués se usó este instrumento, aun cuando tal comisión portuguesa no gozó ni disfruta hogaño de gran repercusión desde un plano jurídico, político y social—⁴¹.

En este sentido, es cierto que el uso sólido de estas comisiones surgen a principios de la década de los ochenta⁴² —concretamente sus beneficios son observados en 1983 con la CONADEP, de ahí que la misma y su informe «Nunca Más» sea considerado como un hecho paradigmático para este tipo de medidas—, momento en el que las transiciones europeas ya se habían iniciado; pero tampoco es menos cierto que las mismas en los casos portugués y español podrían haberse conformado habiendo transcurrido un cierto margen temporal, máxime en la medida que la verdad de lo sucedido y los derechos de las víctimas no se habían salvaguardado suficientemente incluso tras haber pasado dos décadas desde el inicio de la transición democrática. Tampoco es comprensible la falta de utilización de esta medida en el caso alemán —al menos— en lo que se refiere a su segunda fase de justicia transicional, puesto que, tras la caída del Muro y el inicio tímido de las actuaciones de justicia de transición tras la unificación, ya se conocían

-
41. En este sentido, es lo que ha ocurrido —por ejemplo— con la Comisión de la Verdad instaurada en Rumanía —Comisión Presidencial para el Análisis de la Dictadura Comunista—, y su informe final de enero de 2007, puesto que, si bien permitió conocer algunos hechos, no generó efectos o consecuencias trascendentales en el ámbito de la justicia de transición. *Vid.* CIOBANU, M. (2009). «Criminalising the Past and Reconstructing Collective Memory: The Romanian Truth Commission», en *Europe-Asia Studies*, vol. 61, núm. 2, pp. 329-333. En otros lugares, las resistencias políticas y las reticencias de ciertos sectores judiciales impidieron la instauración de las mismas, como ocurrió en el caso de Bosnia y Herzegovina. *Vid.* DRAGOVIC-SOSO, J. (2016). «History of a Failure: Attempts to Create a National Truth and Reconciliation Commission in Bosnia and Herzegovina, 1997-2006», en *International Journal of Transitional Justice*, vol. 10, núm. 2, pp. 300-303.
42. Para un análisis de las más relevantes comisiones, véase HAYNER, P. B. (2006). «Comisiones de la verdad: resumen esquemático», en *International Review of the Red Cross*, núm. 862, pp. 4-18. Recuperado de: https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/irrc_862_hayner.pdf.

en el mundo las experiencias latinoamericanas que echaron mano de estas útiles instituciones.

En realidad, parece que la abstención estatal respecto de este mecanismo en las experiencias europeas analizadas se trata más de un acto de prepotencia que de otra cosa. Una prepotencia doble. Por un lado, prepotencia como superioridad, de aquellos dirigentes del régimen autoritario que continúan poseyendo una posición destacada en el Estado de Derecho construido tras la transición o durante ella. La sola presencia de estos anteriores integrantes de la dictadura limita el alcance de la justicia transicional, ya que condena al olvido los crímenes del pasado, mostrando reticencias no únicamente al enjuiciamiento de los responsables, sino también a la averiguación de las prácticas represivas. Por otro lado, prepotencia como rasgo de dominación, de las potencias europeas, respecto de los países periféricos. Los Estados europeos analizados, forman parte de los países más desarrollados, perteneciendo a las organizaciones internacionales más poderosas desde el punto de vista económico de todo el orbe. Esto les imprime un potencial en otras instituciones internacionales, preocupadas o creadas para atender a otros menesteres, tales como la seguridad internacional —v. gr. la OTAN— o los derechos humanos —v. gr. las Naciones Unidas—. Resulta curioso que desde la propia ONU hayan surgido iniciativas negociadoras para la instauración de Comisiones de la verdad en países como El Salvador, Sierra Leona o Timor Leste, sin embargo, más allá de informes de algún relator especial —como en el caso español—, se haya abstenido de impulsar —compeliendo a los Estados— dichos instrumentos investigativos en ninguno de los casos europeos analizados. Por tanto, ante hechos como los descritos pareciera que los países que dominan las Naciones Unidas intervienen los procesos transicionales de terceros países a través de tal organización internacional, dejando al margen aquellos otros según estiman conveniente —y que se encuentran insertos en el primer mundo—, como una nueva forma de imposición o nueva colonización desde aquellos Estados que hace siglos constituían la metrópoli, pero que aún ejercen el control sobre aquellos territorios de los países independizados —pero en vías de desarrollo y subdesarrollados—, basándose en el poder económico y financiero.

Bien, volviendo nuevamente a los casos latinoamericanos analizados, y atendiendo ahora a la cuestión de la reparación de las víctimas, se debe decir que en todos ellos se han adoptado medidas resarcitorias y reparatorias de los derechos de los perjudicados y sus familiares, muchas de las cuales venían propuestas en las propias Comisiones de la Verdad. De hecho, en el particular chileno —por ejemplo— debe recordarse que se creó la

Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación —por la Ley 19.123 de 8 de febrero de 1992, de reparación—, la cual llevó a cabo tareas de indagación sobre los ejecutados y los desaparecidos y estableció una serie de servicios asistenciales —algunos en materia económica— para las familias de las víctimas⁴³. Sin embargo, estas medidas debieron esperar un mayor lapso temporal desde el regreso de la democracia en los casos argentino —el conjunto más importante de medidas de este estilo se aprobó durante los mandatos kirchneristas primero de Néstor y luego de Cristina Fernández— y uruguayo —toda vez que las medidas ideadas por parte de la Comisión para la Paz del año 2000 no se llevaron a cabo por los gobiernos posteriores al Informe de la misma—.

Otra característica propia y compartida en las experiencias de transición en Chile, Uruguay y Argentina, es la intervención —antes de proceder al enjuiciamiento interno de los crímenes contra la humanidad— de medidas de justicia previstas en el ordenamiento jurídico internacional, que trasladaron el conflicto a la jurisdicción de terceros Estados.

En el caso chileno, la utilización del principio de justicia universal por parte de los órganos judiciales de diversos países —entre ellos, España—, reclamando la extradición y detención del dictador, provocó la reacción del poder judicial de Chile, incoándose múltiples procedimientos penales contra Pinochet. Igualmente, la actuación y el conocimiento del particular chileno por parte de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano favoreció a su vez el consecuente incremento de procesos y casos denunciados en relación con la represión del gobierno militar —que todavía siguen dilucidándose—.

El supuesto argentino es bastante semejante, puesto que ante las leyes que impedían el enjuiciamiento interno, se procedió a juzgarse externamente, al punto de llegar a condenarse por los tribunales españoles —por la Audiencia nacional— en 2005 al represor Adolfo Scilingo. Después de la llegada al poder de Néstor Kirchner, se anularon las leyes que imposibilitaban la persecución de los delitos, así como los indultos de Alfonsín y Menem y comenzaron los juicios y macro-juicios contra los responsables de los delitos contra la humanidad en suelo argentino —que hogaño continúan—. No obstante, se debe recordar una peculiaridad de este país austral, y es que, apenas volvió la democracia, se procedió al juzgamiento de los dirigentes de la dictadura como autores de las graves violaciones de

43. VARELA MOLINA, A. y VILLASANA LÓPEZ, P. E. (2019). «Aproximación crítica al sentido de la reparación en salud en población sobreviviente de violencia política en Chile», en *Salud de los Trabajadores*, vol. 27, núm. 1, pp. 98-99.

los derechos humanos sucedidas a lo largo y ancho de la República, en el denominado Juicio a las Juntas Militares.

A la otra orilla del río de la Plata resultó vital para desatranca la impunidad de las desapariciones amparadas por la dictadura cívico-militar uruguaya la injerencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman, que terminó permitiendo la inaplicación de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado —aun cuando la mayoría del pueblo uruguayo refrendó su vigencia— y la incoación de muchas nuevas causas sobre los hechos delictuosos cometidos por la dictadura⁴⁴.

Ahora bien, aun cuando en todos los supuestos latinoamericanos en una segunda etapa se ha iniciado un modelo de investigación del pasado y —además— se ha utilizado la justicia penal como instrumento en la transición, no todas las experiencias han exhibido el mismo nivel de éxito y consecución de sus pretensiones sancionadoras en las personas de los responsables de graves violaciones de derechos humanos.

Así, mientras que en Chile y Argentina aún hoy siguen desarrollándose juicios por los crímenes cometidos por la dictadura —con un mayor vigor en el segundo caso—, en Uruguay se siguen presentando actualmente resistencias surgidas en el seno del propio poder judicial para paralizar estos procedimientos y evitar así —en definitiva— la condena penal de los responsables, sobre la base del manido argumento de la prescripción penal y la irretroactividad de la norma penal⁴⁵.

En otro orden de cosas, en relación con estos supuestos americanos, a pesar de presentar las citadas similitudes o rasgos comunes, en cada particular pueden vislumbrarse ciertas disimilitudes y momentos diversos específicos de cada país. Esta cualidad también es inherente a la justicia transicional⁴⁶. En este aspecto, debe hacerse referencia al particular argentino y a las funciones desempeñadas por los Juicios por la Verdad —ya reseñados y analizados en

44. Además, debe aludirse a que el rasgo de internacionalidad en el presente caso se presenta simultáneamente en los propios crímenes acontecidos en la República Oriental, toda vez que la amplia mayoría de éstos consistieron en desapariciones forzadas efectuadas en territorio extranjero.

45. De ahí que haya tenido que pronunciarse recientemente la Corte Interamericana —como ya se señaló en el epígrafe correspondiente— sobre esta cuestión en relación con el país oriental, en el caso Maidanik.

46. IBÁÑEZ NAJAR, J. E. (2017). *Justicia Transicional y Comisiones de la Verdad*. Madrid: Berg Institute, s. p. Recuperado de: https://books.google.es/books?id=r4iiDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

otros puntos de este proyecto de investigación—, ya que muestran paladinamente cómo la justicia de transición se adapta a las circunstancias del caso y la misma va evolucionando de acuerdo a las barreras y las trabas de diversa índole —también jurídicas— frente a las que se encuentra en cada nación. De esta manera, unas víctimas que no podían reclamar justicia al menos obtuvieron verdad, a través del empleo de los mecanismos naturales de la justicia penal, pero persiguiendo otra finalidad, al efecto de salvar los impedimentos jurídicos dispuestos que protegían a los represores y a las acciones cometidas por estos —no sólo para evitar el castigo, sino para rehusar la repulsa social—.

Por último, respecto de las experiencias del Cono Sur, se debe aludir a que en todos estos países se han establecido —como en Alemania— sitios de memoria y monumentos conmemorativos. En Chile, por ejemplo, se puede mencionar el «Memorial del Detenido Desaparecido y del Ejecutado Político» en Santiago, el «Memorial Paine, un lugar para la memoria» en Paine Centro, y así otros memoriales en municipios por todo el país donde se produjeron graves violaciones de los derechos humanos, muchos de ellos levantados en el lugar donde fueron encontrados los cuerpos de los desaparecidos, como el «Parque para la Preservación de la Memoria Histórica de Calama». En Uruguay, aunque apenas existen Memoriales y muchos sitios siguen sin indicación, muchos lugares donde operaron Centros Clandestinos de Detención se hallan señalizados por imposición de distintas leyes —como la Ley 18.596— y otros han sido considerados como sitios de memoria —de acuerdo a la Ley 19.641—, como la Cárcel del Cabildo. En relación a los monumentos en suelo uruguayo, debe mencionarse el Memorial a los Fusilados de Soca. En la República Argentina —por su parte— se ha avanzado mucho en este tema y se ha estudiado profundamente el particular, por ello, baste con recordar que los lugares donde funcionaron los CCD son identificados como Espacios de Memoria, conforme a la Ley 26.691, por la que se declara los «sitios de memoria del Terrorismo de Estado», siendo que el predio y edificios de la ESMA se organizó como un espacio museístico y para la concienciación, siguiendo el estilo de los museos y los centros de interpretación de visitantes creados en algunos campos de concentración y de exterminio nazis.

4.2.1.3. El particular portugués

Volviendo a este lado del Atlántico y deteniéndonos en el caso luso, se puede afirmar —en primer término— que la justicia de transición en Portugal es muy singular, ya que no muestra muchas de las notas comunes comparativamente hablando que se ha venido desarrollando, siendo que a lo sumo puede asemejarse —salvando «bastantes» distancias— con el caso

español —ya que estando situados tan próximos geográficamente los mencionados Estados, en cuanto a la justicia transicional, sus posturas han sido ciertamente distantes, a diferencia de lo que se acaba de comentar respecto de los supuestos del Cono Sur—.

Sin embargo, las escasas similitudes entre los procesos transicionales de ambos países pueden deberse a diversos motivos, a saber: por la historia de Portugal y España, por tratarse de imperios venidos a —mucho— menos, por su posición geográfica, por unos regímenes autoritarios que detentaron el poder durante décadas en ambos países, por tratarse de unas transiciones derivadas del propio desmoronamiento de esas dictaduras anquilosadas ante el envejecimiento del dictador, por ponerse punto y final al período anterior como consecuencia del decaimiento natural del líder, etc. Lo cierto es que ambos procesos de transición se llevaron casi a la par y entre ambos se influyeron mutuamente⁴⁷.

Una de las semejanzas entre ambos procesos que se puede mencionar —aunque no se trata de una similitud exclusiva de estos dos casos—, serían los intentos de golpe de Estado que aparecieron tras la vuelta a la democracia, con el objetivo de derrocar este sistema e imponer nuevamente un sistema autoritario. Como se acaba de advertir, no se trata de un aspecto absolutamente distintivo o definitorio de estos dos casos, ya que además de suceder en Portugal —donde hubo varios conatos de levantamientos militares tras el 25 de abril— y en España —con el 23 F—, en Argentina también existieron fallidos intentos por parte de sectores de las Fuerzas Armadas —los «carapintadas»—, que pusieron en jaque al gobierno de Alfonsín principalmente, aunque también se produjo una última tentativa durante el inicio del mandato de Menem. La neutralización de estas sublevaciones es otro de los factores vitales en los procesos de justicia transicional para lograr el objetivo final de la pacificación nacional⁴⁸.

47. Aunque evidentemente, la Revolución de los Claveles tuvo una mayor repercusión en España, ya que el total derrumbamiento de lo que quedaba del régimen salazarista —del *Estado Novo* tras la presidencia de Caetano— sucedió en Portugal antes que en España, por lo que estos hechos coadyuvaron a precipitar la toma de posiciones políticas en el lado oriental de la península ibérica, tanto respecto de aquellos que no comulgaban con el franquismo, como dentro mismo, rompiendo la unidad ideológica del régimen. *Vid.* GONZÁLEZ SÁEZ, J. M. (2016). «Repercusión de la Revolución de los Claveles en España: Libros publicados en 1974». En A. Reig Tapia y J. Sánchez Cervelló (coords.), *Transiciones en el mundo contemporáneo*. Tarragona: Publicacions Universitat Rovira i Virgili, p. 242.

48. La inocuización de aquel sector de la población que estaba investido anteriormente de amplios poderes, el cual será reticente a ceder esa posición, máxime si estima que está

ESTUDIOS

Este trabajo pretende dar respuesta a la problemática justicia transicional española. Concretamente quiere dilucidar qué se podía hacer en España en este campo en relación con los crímenes del franquismo con anterioridad a la promulgación de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática y, por otro lado, qué se puede hacer en la actualidad con la nueva configuración que ostenta el ordenamiento jurídico español tras la entrada en vigor de la citada ley de memoria, teniendo en cuenta el encorsetamiento de España dentro del sistema europeo de derechos humanos.

Es por ello, que esta obra se desarrolla en clave comparada, teniendo en consideración el acervo jurídico del país que ha perfeccionado de una manera más notable su proceso de justicia transicional, la República Argentina, con su inclusión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, aspectos sobre los que se centra esta obra.

El trabajo, de esta manera, atiende y estudia pormenorizadamente los impedimentos jurídico-penales habitualmente aducidos para mantener la situación de impunidad de los responsables de estos crímenes, así como los procesos transicionales de algunos países de los entornos de los Estados cuyos ordenamientos jurídicos son el centro de la discusión.

Esta obra puede interesar a los colectivos de víctimas, asociaciones y víctimas individualmente consideradas, a los operadores jurídicos, abogados, Ministerio Fiscal, jueces y magistrados, académicos, estudiantes, que tengan como ámbito de interés la justicia de transición, el juzgamiento de los crímenes cometidos por las dictaduras y las respuestas jurídico-penales a los mismos.

ISBN: 978-84-1085-161-0



9 788410 851610