

Memoria histórica del Estado y leyes de amnistía

Anna Mastromarino

UNIVERSITÀ DI TORINO, ITALIA

anna.mastromarino@unito.it

Resumen: A partir de una reflexión sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el trabajo se propone analizar el papel juzgado en el pasado (en particular en el caso italiano y español) y el papel que todavía puede ser juzgado en concreto por parte de las leyes de amnistía en la construcción de una memoria histórica del Estado.

Palabras claves: memoria histórica, leyes de amnistía, justicia transicional, Italia, España, Argentina.

Abstract: *Starting from the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence, the paper aims to analyse the role played by amnesty in the transitional justice. Amnesty policies, in fact, have been one of principle factors, now and in the past times, to build or to obstruct the construction of a State historical memory.*

Key words: *historical memory, amnesty, transitional justice, Italy, Spain, Argentina*

1. Preliminares

En los últimos años ha ido creciendo el interés de la doctrina jurídica (y no tan solo de la jurídica) acerca de las cuestiones entrelazadas con el tema de la denominada “justicia transicional”. Con este concepto, en este trabajo, nos referimos al conjunto de procesos y mecanismos asociados con el intento de una sociedad de enfrentarse y superar un pasado de abusos a gran escala, de conflictos, y de injusticias, para tratar de asegurar responsabilidad, obtener justicia y lograr la paz y la reconciliación social¹.

La suscitación de este mayor interés se debe, por un lado, a la actualidad que ha ido adquiriendo el tema. De hecho, en el pasado no se ponía ninguna atención al problema de la transición como proceso. La cuestión, más bien se reducía a una confrontación *post bellum* entre quien había ganado y quien había perdido².

1. Aunque como advierte en su prefacio Jon Elster, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004 parece difícil, tal vez imposible, imaginar una “teoría general” de la justicia de transición y por lo tanto una definición compartida por la inmensa literatura sobre el tema.

2. Véase en este sentido Pier Paolo Portinaro, *Transitional Justice. I conti con il passato*, en: *Teoria politica* (Milano), n.1 de 2009, pp. 5-26, aquí pp. 5-6, así como del mismo autor, *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Milano: Feltrinelli, 2011.

Por otro lado, la reflexión sobre la “justicia transicional” o “de transición” ya está terminado por ser central hoy en día en el estudio del derecho constitucional (sobre todo en una óptica comparativa), por sus implicaciones, que afectan a las relaciones entre los poderes del Estados y sus funciones. Pensemos, así, y es el caso, por ejemplo, de muchos países latinoamericanos, en el papel jugado en la toma de decisiones en época de transición política por parte del Presidente y del Congreso en los sistemas presidencialistas. Nada nos asegura, de antemano, que los dos poderes mantengan una postura de colaboración sin aprovecharse de un tema tan sensible para la opinión pública, con el fin de protagonizar su propio rol político, aun a costa de su excesiva simplificación. Pensemos, también, y este será el enfoque de estas breves consideraciones, en las inevitables conexiones que en el marco de la justicia de transición se generan entre la función legislativa y la función judicial, sea ésta ejercida a nivel nacional o supranacional, por tribunales internacionales o regionales.

2. Modelos de justicia transicional

La literatura sobre el tema propone comúnmente clasificar los modelos de justicia transicional en tres categorías.

El primer modelo se funda en la idea de «no society can claim to be free or democratic without strict adherence to the rule of law...It is of central importance, therefore, that those who violate the law are punished as far as possible»³. Se trata de una orientación hacia un tipo de justicia de naturaleza retributiva (*retributive justice*), cuya acción se centra en la punición de los crímenes, de las injusticias y de los abusos, a través de los jueces y tribunales, como premisa *sine qua non* para la pacificación de la sociedad.

Totalmente diferente es el segundo modelo, en el que la transición hacia la democracia y la paz pasa por una política de amnesia colectiva, en la que el olvido y el silencio juegan un papel imprescindible, así como las amnistías. Esto se hace creyendo que «lies, distortions or amnesia in the service of tolerant, non-self-glorifying, nonvictimizing national identities are preferable to truths that can fuel victimization myths, scapegoating and intolerance»⁴.

Finalmente, el tercer modelo se basa en una idea de justicia en la que el reconocimiento y la reparación del daño padecido por las víctimas representa el objetivo principal. El caso sudafricano, a través de la *Truth and Reconciliation Commission*, constituye el ejemplo más conocido de *restorative justice*, aunque no sea el único país

3. Así Alexander L. Boraine, *Transitional Justice: a holistic interpretation*, en: *Journal of International Affairs* (New York), n. 60(1) de 2006, pp. 17-30, aquí p. 19.

4. David Mendeloff, *Truth-seeking, truth telling, and postconflict peacebuilding: curb the enthusiasm?*, en: *International Studies Review* (Oxford), n.6 de 2004, pp. 355-380, aquí p. 372.

en el que la investigación del pasado, el relato de lo sucedido y el descubrimiento de la verdad, conducen hacia la reconciliación y la superación del conflicto⁵. En esto Sudamérica tiene también mucho que decir⁶.

Por otra parte, hay que decir también que el análisis de los casos concretos nos demuestra como es prácticamente imposible encontrar experiencias en las que las políticas y las medidas empleadas por parte del Estado se ajusten perfectamente a uno u otro modelo. En la práctica nos enfrentamos, más bien, a soluciones espurias, donde las diferentes ideas de justicias se influyen entre ellas. El hecho no sorprende, porque es opinión común que, a pesar de la teoría, las estrategias políticas en temas de justicia transicional pueden ser muy diferentes, habida cuenta de los muchos factores variables (como la magnitud y la naturaleza del conflicto, la conformación social y cultural de la sociedad, las relaciones de fuerzas entre las facciones políticas, sociales y/o militares antagonistas) que pueden condicionar la elección de los mecanismos empleados en un concreto proceso de transición.

Nos hallamos, por tanto, en un contexto de hecho en el que la adhesión absoluta a un modelo o a otro es imposible. Además de ser algo muy poco deseable, sobre todo si razonamos a largo plazo y si consideramos que los factores mencionados son factores susceptibles de cambios con el paso del tiempo. De aquí la necesidad de mirar las políticas de justicia transicional no como decisiones tomadas *una tantum* sino como decisiones posiblemente adecuadas *hic et nunc* a la situación, siempre y cuando esta no cambie.

3. Justicia transicional y memoria histórica

Entiendo que la elección de las políticas y de las medidas empleadas en un proceso de transición está condicionada, ante todo, por los objetivos que con ellas se quieren alcanzar.

5. Tal vez el interés por el caso de Sudafrica dependa también del declarado intento constituyente que se quiere poner en marcha a través del proceso transicional y del trabajo de la Truth and Reconciliation Commission. En este sentido, Andrea Lollini, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna: il Mulino, 2005. Del mismo autor: *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa*; Oxford-New York: Berghahn Books, 2011. En el volumen coordinado por María del Carmen de la Peza (Memoria(s) y política. Experiencias, poéticas y construcciones de nación, Buenos Aires: Prometeo Libros, 2009) se propone un interesante comparación entre el caso sudafricano y el argentino.

6. Es en Latinoamérica donde se encuentran las primeras comisiones nacionales de investigación, jugando un doble papel: el de la búsqueda de la verdad y el de rendir justicia, aunque no fuese pasando por la jurisdicción penal. El primer ejemplo, en 1982, es aquel de la Comisión Nacional de Investigaciones de Desaparecidos Forzados de Bolivia; en Argentina (1984) y Chile (1990) las comisiones fueron nombradas por el poder presidencial; En Bolivia (1982), Uruguay (1985) y Paraguay, las comisiones fueron de naturaleza legislativa o congresional. En la década de los Noventa se constituyeron comisiones en Guatemala, El Salvador, Honduras y Haití. En 2003 la Comisión de reconciliación y verdad de Perú publicó su informe final. Recién se subraya la creación de una comisión de investigación en Brasil (2011).

En este sentido, a pesar de ser comúnmente considerados como objetivos prioritarios y urgentes, estoy convencida de que la paz y la democracia no representan la única meta a alcanzar a través de un proceso de justicia transicional. Constituyen, sin duda, la primera etapa: sin paz y sin asegurar la democracia, ningún ordenamiento tiene esperanza de sobrevivir. Pero la pacificación por sí misma no garantiza la reconciliación, que es una etapa sucesiva e igualmente imprescindible.

De hecho, la pacificación puede reducirse a una falta de conflicto, puede concretarse en un pacto de silencio, a veces de olvido, aunque nunca habría que poner de lado que cuando: «l'oblio è un precetto, un ordine un coandamento, il risultato è in ogni caso l'opposto di quello ricercato. L'interdizione della memoria diviene la sua traccia indelebile»⁷.

El concepto de reconciliación, en cambio, implica un *facere*: considerar, encontrar, reconocer, perdonar, superar. Se puede lograr un estado de paz sin mirar hacia el pasado, fijándose sólo en el presente. Sin embargo, sería impensable aspirar a la reconciliación prescindiendo de acciones concretas por parte del Estado y de la sociedad encaminadas también a la revisitación del pasado.

Y sin reconciliación es imposible favorecer un proyecto de unidad. Efectivamente, es la opinión de quien escribe, la transición política de un país puede considerarse cerrada tan solo cuando se haya alcanzado, a pesar de los conflictos precedentes, un buen nivel de unidad nacional, es decir, cuando a pesar de las diferencias políticas, ideológicas, geográficas o culturales, el pueblo se reconoce en las instituciones del sistema, en su proyecto constitucional y en la narración de su pasado⁸. Es decir, en una memoria histórica de Estado, que surge de la memoria colectiva del pueblo⁹, que es compartida no por no aceptar hipótesis contrarias, ni por no someterse a críticas, sino que es compartida porque no se concreta tan solo en actos formales de homenaje o en placas conmemorativas, y pasa, más bien, por la reconstrucción de lo vivido¹⁰.

7. En: Marcelo Viñar/ Maren Ulriksen Viñar, *Dal Sudamerica: terrorismo di stato e soggettività*, en: Marcello Flores (a cura di), *Storia verità giustizia. I crimini del XX secolo*, Milano: Mondadori, 2001, pp. 204-221, aquí p. 220.

8. En la idea de Joerg Luther (El derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia, en: *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid), n. 89 de 2010, pp. 45-76, aquí p. 50) las «Constituciones son cartas que, en ciertos momentos, registran y proyectan ... continuidades y discontinuidades históricas».

9. Sobre el concepto de memoria colectiva la referencia es inevitablemente a Maurice Halbwachs, *Les cadres sociaux de la mémoire*, Paris: Presses Universitaires de France, 1952; *Idem, La mémoire collective*, Paris: Presses Universitaires de France, 1968.

10. Como recuerda Juan Sisinio Pérez Garzón, *Entre la Historia y las memorias: poderes y usos sociales en juego*, en: Juan Sisinio Pérez Garzón/Eduardo Manzano Moreno, *Memoria histórica*, Madrid: CSIC, 2010, pp. 23-69, aquí p. 24: «las memorias son elaboraciones políticas en el sentido etimológico de ser una necesidad propia de la polis, porque lo que catalogamos como memoria colectiva se refiere siempre a cuestiones identitarias sobre el modo en que se funda u organiza cada sociedad, o al modo en que se justifica o explica cada cultura, o a los referentes en los que se apoya cada ideología o cada grupo».

4. Una perspectiva comparada

A partir de estas premisas, me parece que introducir en la reflexión que estamos llevando a cabo, a pesar de las diferencias, la experiencia sudamericana y la europea de Italia y España puede aportar nuevos datos útiles al debate.

Es indiscutible la distancia temporal que separa los acontecimientos españoles e italianos respecto de aquellos sucedidos en Sudamérica; son incuestionables las diferencias que afectan, en un plano histórico, a la idea de Estado en la que se ha ido desarrollando el concepto de soberanía en Europa respecto al otro lado del océano; es innegable, finalmente, la diversidad del contexto internacional en el que se procesan las políticas de justicia transicional, habida cuenta de que en las últimas décadas el derecho internacional ha ido acrecentando día a día su sensibilidad hacia los crímenes de lesa humanidad, impulsando la justicia internacional y regional hacia una jurisprudencia más decidida.

Sin embargo, la comparación me parece acertada para valorar algunas ideas que aquí se quieren apoyar.

Ante todo, aquella idea acerca de la naturaleza política, en su mayor parte, de los mecanismos y medidas empleadas en la justicia transicional¹¹. Lo que nos lleva a reconocer al poder legislativo un papel preferente (aunque no excluyente) respecto al poder judicial en la elección de las estrategias políticas y de las medidas a emplear en temas de justicia transicional. Naturaleza política de la justicia de transicional que se conecta directamente con la necesidad de evaluar día a día la importancia de cada uno de aquellos factores variables que hemos mencionado en el segundo párrafo y que pueden condicionar el proceso de transición, y de analizar los objetivos logrados y aquellos otros que todavía no se han alcanzado.

En segundo lugar, algunas consideraciones dirigidas a redimensionar el rol que las leyes de amnistía pueden tener en el marco de la justicia transicional; no tanto para formular un juicio de valor sobre el papel que el derecho penal puede jugar en la justicia transicional, sino para desarrollar algunas reflexiones de método. Simplificando, creo que podemos coincidir en la idea que la amnistía sirve para trazar una discontinuidad con el pasado o para poner las bases de una transición institucional y política que garantice la paz constitucional en el futuro. Lo que es más difícil compartir, *a priori*, es, por un lado, la rigidez con la que el tema de la amnistía está siendo tratado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en

11. Afirma Tomas De Domingo, Justicia transicional, memoria histórica y crisis nacional, Cizur Menor: Civitas, 2012, p. 26, hablando de procesos de justicia transicional, que el fin de estos «no puede ser otro que la recuperación de la concordia necesaria para poner en marcha un nuevo marco político: una decisión sobre las bases del bien común y sobre la organización de la vida colectiva participada por el conjunto de la comunidad política. Esto es precisamente lo que dota a este tipo de procesos de un marcado carácter político».

adelante, Corte IDH), sobre todo por lo que concierne a la doctrina de los límites absolutos a la facultad de amnistiar con base en la gravedad de los crímenes¹²; y, por otro lado, el entusiasmo con que algunos en la doctrina miran las experiencias de España e Italia, considerando la transición de estos dos países un ejemplo de éxito de la política de pacificación a través, precisamente, del olvido y del silencio, logrados sobretodo, aunque no solo, por medio de leyes de amnistía.

5. Una idea de justicia de transición: la Corte interamericana de Derechos Humanos

Es indudable que la experiencia latinoamericana, así como la jurisprudencia de la Corte IDH y de otros tribunales nacionales, ha aportado mucho al debate acerca de la justicia transicional. En particular, por lo que se refiere al rol del derecho penal como herramienta de superación del pasado y la consolidación de un derecho a la verdad como base para la construcción de una sociedad pacífica y reconciliada; como derecho de naturaleza individual y colectiva al mismo tiempo, del que goza toda la sociedad; como derecho que representa también un deber para el Estado, que tiene la obligación de investigar, reconstruir el pasado y describir la verdad; como un derecho que, en fin, supone para el Estado una implicación y una dedicación que va creciendo al paso del tiempo en vez de disminuir o cesar del todo¹³.

12. Es patente como de la jurisprudencia de la Corte IDH se va desprendiendo una idea contra-mayoritaria de la tutela de los derechos humanos: «la mayoría no puede disponer de los derechos fundamentales de un solo ser humano y, por supuesto, no puede disponer de los derechos de minorías políticas, sociales, étnicas, raciales o religiosas. Por ello es por lo que las amnistías contrarias al Derecho internacional han sido fulminadas de ilegalidad, aunque hayan sido refrendadas por plebiscito o aprobadas por poderes legislativos representativos de la voluntad popular». Así Juan E. Méndez, Justicia de transición, en: Rafael Escudero Alday/Carmen Pérez González (ed.), Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo, Madrid: Trotta, 2013, pp. 13-30, aquí p. 27. Véase Corte IDH, sentencia, Gelman contra Uruguay, del 24 febrero 2011 (serie C, n. 221), parr. 239, donde la Corte IDH afirma que «la protección de lo derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de la mayoría, es decir a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas». Véase: Sebastian A. Rey Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales. ¿Tres conceptos incompatibles?, en: Revista DIGITAL de Derechos Humanos, Año 1, n. 1 de 2012, pp. 73-100; Roberto Gargarella, Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman, en: Jorge Contesse et al., Derechos Humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos, Buenos Aires: Librería, 2014, pp. 125-137; Leonardo Filippini, Reconocimiento y justicia penal en el caso Gelman, en: Anuario de Derechos Humanos (Santiago de Chile), n. 8 de 2012, 185-193.

13. La Corte IDH, hablando de derecho a la verdad, ha mencionado el «esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes», de un derecho «de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información, esencia para el desarrollo de los sistemas democráticos» y de un derecho «particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía». Por lo que concierne la Corte IDH, el derecho a la verdad ha sido reconocido en particular con respecto al destino de los desaparecidos. Véase: Bámaca-Velásquez contra Guatemala, del 25 noviembre 2000 (Serie C, n. 70); Barrio Altos contra Perú, del 14 marzo 2001 (serie C, n. 75); Carpio Nicolle y otros contra Guatemala, del 22 noviembre 2004 (serie C, n. 117); Comunidad Moiwana contra Suriname, del 15 junio 2005 (serie C, n. 124;

Por lo que se refiere al rumbo de esta nota, no cabe duda que mientras la jurisprudencia desarrollada por la Corte IHD en el tema del derecho a la verdad se ajusta bien a las premisas de las que partimos, en particular hablando de los objetivos que la justicia transicional quiere alcanzar, más crítico queda el juicio, sobre la postura intransigente asumida por la Corte IDH en el tema de las leyes de amnistía: postura que parece hasta haber llegado a teorizar la existencia de un “derecho al castigo” por parte de la víctima.

Como es bien sabido, en el caso *Barrio Altos contra Perú*¹⁴, la Corte IDH declaró sin efectos jurídicos dos leyes de amnistía peruanas, sentando la doctrina de los límites absolutos a la facultad de amnistiar con base en la gravedad de los crímenes, que se funda en la obligación del estado de investigar y de recurrir sin falta al derecho penal. La tesis, reiterada por la Corte en muchas otras ocasiones¹⁵, fue compartida también por la jurisprudencia de muchos otros países (ej. Corte Suprema de la Nación argentina en el caso *Simón* del 14 junio 2005).

En realidad, la idea que la única justicia posible sea aquella que pasa por los tribunales y el derecho penal; que el derecho penal representa una herramienta insustituible de la transición; que no puede haber paz, ni reconciliación ni unidad si antes no se han rendido cuentas en el derecho penal, se ajusta mal, ante todo, a la idea que hemos expresado antes, es decir, que la justicia de transición tiene, en su mayor parte, naturaleza política¹⁶.

Tampoco se ajusta, en segundo lugar, a la tesis que la justicia transicional como proceso supone la sucesión de diferentes etapas y, por lo tanto, también, de diferentes medidas a emplear para enfrentarse a los desafíos que cada etapa supone.

Si cada uno de los objetivos (paz, reconciliación, unidad) tiene que ser alcanzado para que el proceso de transición pueda considerarse concluido, y si cada etapa tiene

Masacre de Mapiripán contra Colombia, del 15 septiembre 2005 (serie C, n. 134); Gomez-Palomino contra Perú, del 22 noviembre 2005 (serie C, n. 136); Blanco Romero y otros contra Venezuela, del 28 noviembre 2005 (serie C, n. 138); Masacre de Pueblo Bello contra Colombia, del 31 enero 2006 (serie C, n. 140); Ximenes-Lopez contra Brasil, del 4 julio 2006 (serie C, n. 149); Servellón-García vs Honduras, del 21 septiembre 2006 (serie C, n. 152).

14. Corte IDH, sentencia del 14 marzo 2001, (serie C, n. 75, par. 41 ss.). Entre muchos otros: Fabricio Guariglia, Los límites de la impunidad: la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso `Barrios Altos, en: Nueva Doctrina Penal (Buenos Aires), 2001/A, 209-230.

15. Entre las cuales destacan Almonacid-Arellano et al contra Chile, del 26 septiembre 2006 (serie C, n. 154), La Cantuta vs. Perú del 29 de noviembre 2006, (serie C, n. 162), Gomes Lund contra Brasil, del 24 noviembre 2010 (serie C, n. 219); Gelman contra Uruguay, del 24 febrero 2011 (serie C, n. 221), Caso masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador, del 25 octubre 2012 (serie C, n. 252). Por lo que concierne el Tribunal Europeo de derechos Humanos vease Abdúlsamet Yaman vs Turkey, [2 november 2004], Judgement, Application n. 32446/96 [2004] ECHR 572, par 55.

16. ...se ajusta más a la «tendencia, hoy creciente, de una lectura judicial de la Historia y de una “judicialización de la memoria” (Enzo Traverso, El pasado. Instrucciones de uso. Historia, memoria, política, (2005), trad.es., Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 70).

que ser evaluada por sí misma y con ella todos los factores variables que pueden condicionar su desarrollo, no podemos negar la dependencia de la justicia transicional respecto de la realidad política.

El éxito de la transición depende principalmente, por tanto, de la capacidad de entender la realidad, de interceptar las exigencias inmediatas, no una vez por todas, sino día a día, cambiando el rumbo político, las medidas a emplear o los objetivos a alcanzar. El éxito de una transición dependerá de la capacidad y sensibilidad política de los gobernantes, del uso que hagan de la discrecionalidad política a su disposición; pero también del nivel de discrecionalidad política a su disposición. Lo que concuerda muy poco con la rigidez de una jurisprudencia que es reacia a renunciar al derecho penal como fórmula de superación del pasado, olvidando que «una transición se hace más “como se puede que como se quiere”, que “un proceso de transición trata de atender a las necesidades en el marco de las posibilidades”, y, finalmente, que la “consolidación de la paz y de la democracia tiene mucho menos que ver con el derecho penal de lo que habitualmente se cree»¹⁷.

Mucho depende, probablemente, del significado que se quiera dar a la palabra *justicia*: quizás tendríamos que acordarnos de que la justicia de la que estamos hablando está acompañada por un adjetivo, *transicional*, o, tal vez, por una locución, *de transición*, que limitan su sentido. En su jurisprudencia, la Corte IDH parece referirse a la justicia en sentido absoluto, mientras que, quizás, la justicia a la que se puede aspirar en la transición, después de un conflicto o de duros años de represión, es una *justice située* - lo que no quiere decir que sea de baja intensidad - adecuada al lugar, al momento, a las posibilidades. Sin que de esto se desprenda la voluntad ni de contentarse, ni de cerrar cuentas sin haberlas rendido, ni de superar olvidando.

Habrá que aceptar, más bien, la idea de que en tiempo de transición hay que renunciar al ideal de la justicia absoluta en nombre de la realización de la paz absoluta, lo que quiere decir que podemos aspirar a tener realísticamente «tanta justicia como paz lo permita»¹⁸.

El establecimiento de un *status* de paz y democracia, lo hemos recordado, representa el objetivo prioritario en un proceso de transición. La justicia que en ese entonces se puede otorgar nunca puede poner en riesgo el alcance de esta meta que, además, no es tan solo prioritaria en sí misma, sino que representa la base en la que se

17. Ezequiel Malarino, Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas, en: Kai Ambos/Ezequiel Malarino/Gisela Elsner (coord.), Justicia de transición, Informes de América Latina, Alemania, Italia y España, Berlino-Montevideo, 2009, pp. 415-431, aquí pp. 421-422.

18. Ezequiel Malarino, Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas, cit., p. 423.

funda la supervivencia del Estado mismo y la posibilidad de que los otros objetivos (reconciliación y unidad) también puedan ser logrados.

6. Separación y equilibrio entre poderes del Estado en tiempos de transición

No estamos frente a una tarea de equilibrio entre diferentes valores como son la paz, la verdad, la justicia o la reconciliación. Hay que entender, más bien, que la justicia transicional supone un camino, al final del cual se podrán evaluar los resultados conseguidos. De manera contraria, queriendo toda la justicia de un momento es fácil poner en riesgo la paz (hasta el momento conquistada a duras penas) y, con ella, la posibilidad de que el camino emprendido hacia una democracia estable llegue a su final con éxito. Habida cuenta, además, que la justicia en sí misma no es el único objetivo de la justicia transicional, siendo más bien una de las herramientas a su servicio.

La experiencia de algunos países pone en evidencia que la explicación de los hechos y el reconocimiento público de lo sucedido puede resultar una exigencia mucho más ineludible para las víctimas que el castigo a los victimarios, hasta el punto que, a menudo, la importancia del procedimiento penal termina por depender más de ser una ocasión para averiguar los hechos que del castigo conminado.

Es más: es justamente por lo que se refiere a la verdad que hay que pretender, a pesar de su descubrimiento gradual (pero no necesariamente *ad libitum*), que al final del proceso de transición se haya alcanzado un alto nivel de (re-)conocimiento y de explicación de lo sucedido¹⁹. Si esto se hace en un tiempo aceptable, en el que no caben tiempos muertos, por lo que se refiere a la justicia podríamos hasta prescindir, en el ámbito penal, del castigo de todos los crímenes, cuando la inacción penal es más provechosa en función de la paz y de la consolidación de la democracia.

Es a través de la verdad, del descubrimiento de los hechos y no del castigo en sí mismo, que el Estado puede aspirar a la construcción de una memoria compartida, que es compartida no porque esté exenta de críticas o disenso, sino porque está fundada sobre un proceso compartido de reconstrucción del pasado a partir de memorias individuales que confluyen en memorias colectivas (de familias, de comunida-

19. Insiste sobre la diferencia entre conocer y reconocer, como voluntad de explicar lo conocido, Stanley Cohen, *State of Denial. Knowing about Atrocities and Suffering*, Maiden: Blackwell Publishers, 2001. Es en este marco de re-conocimiento que se funda también el derecho al luto, cuando «la ritrovata verità, la restituzione della memoria rimuovono quello che era stato l'indicibile, il nascosto, l'invisibile. L'impossibilità di elaborare il lutto perché la conoscenza era negata o impedita o preclusa ad ogni parola detta in pubblico, ha rappresentato la forma più profonda di violenza, un'altra delle tante negazioni dell'umanità delle persone che abbiamo conosciuto...non è un diritto "azionabile" se non nelle modalità del vivere»: Stefano. Rodotà, *Il diritto alla verità*, en: Giorgio Resta/Vincenzo Zeno-Zencovich, *Riparare, Risarcire Ricordare. Un dialogo fra storici e giuristi*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2012, pp. 497-515, aquí p. 505.

des, de pueblos)²⁰, que, por último, convergen en una memoria histórica²¹. Lo que no tiene que confundirnos. Hablar de memoria histórica no quiere decir que el Estado aspire a escribir la Historia, aquella con la H mayúscula, que es el terreno fértil de los historiadores y del método histórico²². Quiere decir tan solo que, para llevar a cabo el proceso de justicia transicional empezado, aspira a alcanzar la unidad del país alrededor de una memoria que sea narración compartida de lo sucedido, y no simple repetición vacía y formal de actos de conmemoración.

Lo dicho hasta ahora nos lleva a reconsiderar le cuestión desde el punto de vista de la separación y del equilibrio entre poderes del Estado, en particular por lo que se refiere a las relaciones entre el legislativo y el judicial. Porque lo cierto es que la justicia transicional no puede prescindir en sus mecanismos de uno o otro poder: la determinación de las funciones que cada uno está llamado a ejercer se convierte, por lo tanto, en una tarea fundamental.

Así podemos decir, simplificando, que si los tribunales están llamados a actuar para que los límites constitucionales al poder político sean respetados, es verdad que esta actividad tiene que explicarse en el respeto del papel que el mismo órgano legislativo está legitimado a ejercer en un marco de soberanía constitucional, que le asigna la facultad de discrecionalidad política necesaria para enfrentarse a las mudables exigencias de la sociedad. Exigencias que en una época de transición se hacen más mudables todavía y pretenden, por parte de aquél, un acto de soberanía responsable en dibujar el camino del sistema hacia la paz, imaginar el modelo de democracia que se quiere alcanzar en el futuro y emplear las medidas que se consideren adecuadas para alcanzar ese fin con el respeto del orden constituido.

Estas consideraciones se hacen aún más patentes en correspondencia con la actividad de las cortes internacionales o regionales, habida cuenta que la posibilidad de que su actividad se convierta en un acto lesivo de la soberanía de un Estado es más alta.

En este sentido destaca la reflexión sobre las leyes de amnistía.

Siempre y cuando no se trate de casos de *autoamnistía* o de actos que impidan o prohíban la búsqueda de la verdad o la investigación sobre lo sucedido, las leyes de

20. Una vez más, a partir de la reflexión de Halbwachs, véase Jan Assmann, *La memoria culturale. Struttura, ricordo e identità politica delle grandi civiltà antiche*, (1992), trad. it. Torino: Einaudi, 1997, en particular p. 11 ss.

21. José M. Sauca Cano, *El derecho ciudadano a la memoria histórica: concepto y contenido*, en: José Antonio Martín Pallín/Rafael Escudero Alday, *Derecho y memoria histórica*, cit., p. 73 ss. (pp. 73-104). Quizás retomando las consideraciones de Halbwachs, merece la pena reflexionar sobre la distancia entre memoria colectiva o social y memoria histórica: la primera pertenece a lo vivido y casi nada en su momento tiene que ver con la historia, la segunda esta relacionada con el pasado. Es patente que si bien el Estado tiene que enfrentarse a los dos tipos de memoria, lo haáa de forma diferente evolucionando su postura, que no puede apartarse de la urgencia del presente representada en la(s) memoria(s) colectivas de su pueblo.

22. Sobre el binomio memoria/historia se comparten aquí las reflexiones de Juan Sisinio Pérez Garzón, *Entre la Historia y las memorias: poderes y usos sociales en juego*, cit.

amnistía pueden demostrarse un instrumento eficaz para asegurar la consolidación de la paz: no siempre, no en cualquier caso, pero sí en situaciones límite, en las que la posibilidad misma de salir del conflicto podría resultar comprometida. En este sentido, se ha hablado de la amnistía como de una *cláusula de supervivencia* del Estado.

Las amnistías pueden representar, además, una ocasión de cambio: impunidad o descuento de pena a cambio de informaciones, y ya se ha subrayado la mayor importancia que tienen las actividades dirigidas al descubrimiento de la verdad respecto de aquellas dirigidas al castigo.

La experiencia sudafricana es paradigmática: allí la amnistía sólo se ha otorgado en caso de petición individual y sólo cuando la Comisión ha evaluado positivamente la participación de la persona en la reconstrucción de los hechos. Pero también hay que recordar, en este sentido, aunque no se trate de un verdadero acto de amnistía, la Ley colombiana 975 de 2005, que prevé una solución de derecho penal atenuado, que premia con una reducción de pena a los implicados en violaciones de derechos humanos a cambio de colaboración en la reconstrucción de los hechos, la reparación de las víctimas, el desarme y la desmovilización²³.

Es justamente, en correspondencia con las leyes de amnistía, que se hace patente la naturaleza política de las medidas de justicia transicional. A pesar de los abusos, que, esos sí, deberán ser juzgados por los tribunales internos y internacionales, la verdad es que:

«Solo las circunstancias de cada caso concreto y las relaciones de poder que existen en una sociedad en un momento histórico dado podrán determinar si se

23. La ley 975, conocida como Ley de Justicia y Paz, fue expedida en junio 2005. Se encuentra «dirigida fundamentalmente a establecer un procedimiento que permita la reincorporación a la sociedad y la reconciliación de los miembros de grupos armados al margen de la ley que hayan cometidos delitos que no necesariamente deben ser políticos o conexos con estos, siempre que medie una contribución efectiva a la consecución de la paz nacional y se garanticen los derechos de las víctimas a la verdad. La justicia y la reparación»: Hernando Barreto Ardila, La Ley de Justicia y Paz frente a la Corte Penal Internacional, en: Derecho Penal y Criminología. Revista de Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas (Bogotá), Vol. XXVII, n. 81 de 2006, pp. 47-69, aquí p. 55. Los beneficios otorgados por la ley de Justicia y Paz se agregan y no se substituyen a los de la ley 782 del 2002, de amnistía de delitos políticos. Como apunta la doctrina (Kai Ambos, El marco jurídico de la justicia de transición, Bogotá: Temis, 2008, p. 176) no nos hallamos, efectivamente, frente a una ley de amnistía, aunque es cierto que la Ley 975 «sí contiene privilegios – en función del cumplimiento de condiciones – que pueden ser interpretados como perdones transicionales»: Alejandro Aponte Cardona, Colombia, en: Kai Ambos/Ezequiel Malarino/Gisela Elsner, Justicia de transición, cit., pp. 235-299, aquí p. 297. Sin embargo, la ley cumple con los estándares internacionales en materia de justicia transicional (a pesar de algunos aspectos puntuales que han ido emergiendo en su aplicación concreta, por ejemplo, en el momento de enfrentarse a la aplicación de los tratados de extradición). En particular su legitimidad ha sido aclarada después de la sentencia n. C-370 del 2006, mediante la cual la Corte constitucional colombiana adelantó, a través de una intervención masiva, un proceso de adecuación de la ley a la Constitución y a la Convención interamericana de Derechos Humanos, afirmando que el «hecho de que un Estado atraviese por difíciles circunstancias que dificulten la consecución de la paz, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que es el caso de Colombia, no lo liberan de sus obligaciones en materia de justicia, verdad, reparación y no repetición, que emanan de la Convención de Derechos Humanos» (Párrafo 4.5.8).

debe renunciar a la justicia, a cuánto de justicia y bajo qué condiciones para conservar la paz. Por ello, en ciertas ocasiones extremas puede estar justificada una amnistía total por crímenes graves; en otras, en cambio, el nuevo sistema será lo suficientemente fuerte como para poder llevar a cabo, sin poner en riesgo la convivencia pacífica, juicios penales contra el grupo de los líderes; en este caso, bastará entonces una amnistía parcial que abarque sólo a los subordinados. En ciertas ocasiones, las amnistías podrán estar condicionadas al cumplimiento de prestaciones por parte de los autores y en otras no podrán estarlo. En otros casos, una amnistía puede no ser necesaria para evitar un retorno a – o salir de – la guerra o un estado criminal, y la paz ya puede ser garantizada con medidas drásticas, como por ejemplo un derecho penal atenuado, en el que la contribución al proceso de paz (...) sea premiada con descuentos de pena. Finalmente también habrá casos en los que la persecución de los responsables puede ser llevada a cabo sin comprometer la paz, y en este supuesto ninguna merma en persecución penal debería estar autorizada»²⁴.

Por lo que se refiere a la discrecionalidad política, la amnistía se presenta, por tanto, como un instrumento dúctil y, por eso, útil. De modo que no parece tan exitosa la posición de quienes, a partir de la doctrina Barrio Altos, miran la amnistía como un acto de traición del Estado hacia las víctimas; como un acto que no puede ser concebido en un ordenamiento que aspira a consolidar una democracia y un estado de derecho; como un acto de perdón que supone el olvido de lo sucedido, ignorando que el perdón es un acto humano e individual, y, como tal, totalmente extraño a las instituciones, que pueden considerar oportuno no perseguir penalmente un hecho y no por ello dejar de seguir averiguando lo sucedido en el pasado²⁵.

En este sentido, la amnistía parece más bien ser la consecuencia concreta de la recomendación griega “*me mnesikakein*”, invocada en el 403 a.C. en el juramento de los atenienses que volvían a la vida democrática de sus instituciones y recordada por Esquilo (Contra Ctesifonte, 208).

24. Ezequiel Malarino, Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas, cit., aquí pp. 429-430. Carsten Stahm ha hablado en este sentido de “geometría de la justicia transicional”: La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional, en: Angélica Rettberg, Entre el perdón y el perdón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional, Bogotá: Universidad de los Andes, 2005, pp. 81-141.

25. Sobre la relación entre amnistía, memoria y perdón: Amelia Valcercel, La memoria y el perdón, Barcelona: Herder, 2010; Barbara Cassin, Amnistie e pardon: pour une ligne de partage entre éthique et politique, en: Barbara Cassin/Olivier Cayla/Philippe-Joseph Salazar (dir.), Vérité, réconciliation, réparation, número monográfico de la Revista Le Genre humain (Parigi), nov. de 2004, pp. 37-57; Maurizio Bettini, Il perdono storico. Dono, identità, memoria, oblio, en: il Mulino (Bologna), n.3 de 2000, pp. 411-428 (luego en Marcelo Flores (a cura di), Storia verità giustizia, cit., pp.20-43). En los casos reconocidos por parte de las cortes internacionales crímenes de lesa humanidad queda abierto el tema de quien tendría que ser el sujeto que perdona teniendo en cuenta que el rol de víctima le corresponde a humanidad en su conjunto.

Mnesikakein: un verbo que lleva consigo dos acciones, la de recordar y la de vengarse, así que en su forma negativa (me mnesikakein), termina por traducirse con la locución “no guardar rencor”²⁶.

La invitación es a superar el deseo de venganza, no a adquirir un estado de amnesia. La invitación es a “echar al olvido” no a obtener un estado de “ausencia de recuerdo”.

La memoria siempre es un acto de selección en el que el recuerdo se mezcla al olvido. El olvido es parte de la memoria; como bien demuestra Jorge Luis Borges en “Funes el memorioso”, no hay memoria sin olvido y al mismo tiempo el poeta Mario Benedetti nos cuenta que “El olvido está lleno de memoria”.

El olvido se convierte así en una técnica de elaboración de la memoria, en una práctica que puede sanar las heridas de la memoria²⁷, y que nada tiene que ver con la amnesia o el desinterés: «sólo se puede recordar aquello que se conoce, sólo se quiere olvidar lo que se recuerda, lo que ha dejado una huella perdurable. Poder, querer olvidar no es en modo alguno sinónimo de amnesia; no es carecer de registro del acontecimiento ... nadie quiere olvidar aquello de lo que efectivamente se ha olvidado, aquello de lo que no se acuerda ... Una sociedad no podrá amnistiar, echar al olvido, un pasado si no lo recuerda con claridad, si carece de la conciencia de lo que ese pasado fue, si lo ha dejado caer en el olvido»²⁸.

En este sentido, se rompe la relación presupuesta, parece, por la Corte IDH: amnistía-renuncia a la verdad-renuncia a la memoria. Al contrario, hasta la búsqueda de la verdad podría sacar provecho de semejante postura convirtiéndose en una tarea más objetiva al no estar animada por el rencor y el deseo de venganza. Se van echando los cimientos para la construcción de un nuevo Estado, pasando de la mera pacificación como falta de conflicto a la reconciliación como base para la unidad del país.

7. Leyes de amnistía. Algunos casos concretos

La validez de lo que estoy afirmando puede encontrar apoyo fácilmente llamando la atención del lector sobre algunos casos concretos y proponiendo, a partir de lo hasta aquí considerado, un punto de vista diferente respecto al que se suele compartir.

26. Véanse en este sentido las reflexiones de Luigi Spina, *Il buon uso dell'oblio nei rivolgimenti costituzionali: tra slogan e argomentazione persuasiva*, en: *Rhetorica: A Journal of the History of Rhetoric* (Jackson), Vol. 21, n. 1 de 2003, pp. 25-36.

27. Xabier Etxebarria, *Memoria y víctimas: una perspectiva ético-filosófica*, en: Felipe Gómez Isa (dir.), *El derecho a la memoria*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 223-250, aquí p. 228.

28. Vera Santos Juliá, *Echar al olvido, Memoria y amnistía en la transición*, en: *Claves de Razón práctica* (Madrid), n. 129 de 2003, pp. 14-24.: para decirlo con F. Nietzsche en *considerazioni inattuali*, trad. it., Milano: Adelphi, 2004: «Dimenticare al momento giusto ...ricordare al tempo giusto». Sobre recordar/olvidar véase también Paolo Rossi, *Il passato, la memoria, l'oblio*, Bologna: il Mulino, 1991, en particular 13 ss.

Es fácil encontrar, en la doctrina extranjera también, opiniones entusiastas sobre el éxito del proceso de transición hacia la democracia llevado a cabo por la Italia post fascista y la España después de la dictadura de Franco. Opiniones entusiastas que ubican las razones del éxito en el empleo de las leyes de amnistía: el decreto presidencial del 22 de junio de 1946, conocido como *Amnistía Togliatti* en Italia; y la Ley de Amnistía 46/1977, del 15 de octubre, en España.

Quizás un estudio más atento de la historia constitucional de las últimas décadas podría llevar a redimensionar tal opinión, descubriéndonos una situación mucho más compleja. En efecto, a pesar de las enormes diferencias que caracterizan la transición democrática italiana y española, nos encontramos ante algunos factores similares, como el miedo hacia una posible recaída en la guerra civil, una sociedad herida y dividida, una escasa costumbre de participación política, la necesidad de dar un nuevo rumbo al país, emprender el camino hacia la democracia y, sobre todo, poder aprovechar las ayudas económicas prometidas por parte de los países del bloque atlántico, como en el caso italiano.

Fueron estos factores también los que empujaron hacia la aprobación de leyes de amnistía, de carácter absoluto *de facto*, habida cuenta que aun siendo presentes condiciones para su utilización, la falta de una previa depuración en el poder judicial se tradujo, de hecho, en una jurisprudencia extremadamente favorable, sin más, hacia la amnistía de todos los crímenes cometidos²⁹.

No sorprende, por tanto, que a partir de las mismas condiciones socio-políticas y de las mismas dinámicas de actuación de las leyes de amnistía, a pesar de las diferencias del contexto histórico, el resultado obtenido a lo largo del tiempo en los dos países sea tremendamente similar: falta de sentido nacional, tensiones sociales y territoriales, escasa capacidad de integración política y dificultades en formular un proyecto de unidad política³⁰.

29. En este sentido Mimmo Franzinelli, *L'amnistia Togliatti. 22 giugno 1946 colpo di spugna sui crimini fascisti*, Milano: Mondadori, 2006.

30. Por lo que se refiere a España, pero también en un sentido mas general véase Juan Antonio García Amado, *Usos de la historia y legitimidad constitucional*, en: José Antonio Martín Pallín/Rafael Escudero Alday, *Derecho y memoria histórica*, cit., pp. 47-62. Véase también Paloma Aguilar, *Giustizia politica e memoria nella transizione spagnola*, en Marcello Flores (a cura di), *Storia verità giustizia*, cit., pp. 329-355. Por lo que concierne la experiencia italiana Massimo Donini, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia, Appunti sulla memoria storica e l'elaborazione del passato «mediante il diritto penale»*, en: *Materiali per una storia della cultura giuridica* (Bologna), XXXIX, n. 1 de 2009, pp. 183-216, habla de una «tragedia infinita, che né i tribunali, né le leggi, né gli storici e gli scrittori hanno potuto sanare. Neppure la genialità italiana di trovare soluzioni compromissorie tra giustizia” (o vendetta) e “perdono” (o indulgenza) è riuscita a superare il passato, che resta impossibile “giustificare”, cioè rendere giusto ex post quando già non lo era ex ante». También Filippo Focardi, *Il passato conteso. Transizione politica e guerra della memoria in Italia dalla crisi della Prima Repubblica ad oggi*, en Filippo Focardi / Bruno Groppo (a cura di), *L'Europa e le sue memorie. Politiche e culture del ricordo dopo il 1989*, Roma: Viella, 2013, pp. 51-90.

En realidad, lo que demuestran el caso español y el italiano es que, efectivamente, las amnistías, como estoy afirmando, en algunas circunstancias pueden resultar el instrumento más adecuado para hacer transitar un país del caos hacia la paz. Sin embargo, demuestran también que la justicia transicional difícilmente puede confiar tan solo en el derecho penal, porque frente a un sistema totalmente contaminado por un conflicto, un Estado criminal, una dictadura, la depuración del sistema judicial podría resultar difícil, incluso imposible, de forma que a los que habría que depurar, a los que habría que castigar son, a menudo, los mismos que están llamados a depurar o castigar³¹. Se van haciendo patentes, así, algunos de los puntos débiles de la doctrina de los límites absolutos de la Corte IDH respecto de su actuación en casos concretos y de su aplicación en la realidad política de un país.

El caso español y el caso italiano ponen de manifiesto, finalmente, como en una transición es deseable no excluir del todo la posibilidad de aprobar leyes de amnistía para emprender el camino hacia la paz y la transición, así como sería deseable no utilizar la amnistía como única medida de justicia en la transición. La amnistía puede, en algunas circunstancias, no siempre, ser un instrumento adecuado de pacificación, pero no constituye nada más que una rampa de lanzamiento hacia otras etapas, es decir, hacia la reconciliación y la unidad. Si el ordenamiento no logra llegar más allá de su pacificación, entonces la transición queda incompleta³².

Lo que nos lleva a concluir que no es el juicio sobre el valor de la amnistía en sí mismo el que tiene que dirigir nuestras reflexiones, sino más bien su uso, evaluado caso por caso. Preguntándonos, así, cómo y cuándo han sido empleadas las leyes de amnistía y junto a que otras políticas han sido acompañadas, como la atenuación del derecho penal.

En Italia y España, después de las amnistías, ha llegado el silencio³³. La paz a cuenta del silencio; pero esto nada tiene que ver con las amnistías que se emplea-

31. Lo recuerda muy bien Helmut Quaritsch, *Giustizia politica. Le amnistie nella storia*, trad. it., Milano: Giuffrè, 1995, 163: «alla caduta di un regime totalitario il numero degli appartenenti alle élites funzionali che, volenti o nolenti, si erano identificati con il regime, è inevitabilmente così grande che un licenziamento di tutte le persone compromesse politicamente non potrebbe che distruggere lo stato e l'economia. Normalmente non si dà una società di riserva. Gli specialisti con competenze superiori vengono sempre risparmiati dai provvedimenti di "epurazione" senza tenere conto del grado di compromissione. Nel loro caso si impone immediatamente la considerazione del proprio utile e della ragion di stato»

32. Amnistía como acto de pacificación: véase "l'Unità", 22 de Junio de 1946, donde se habla de la amnistía Togliatti por parte de la República italiana cómo de «un atto di generosità e un atto di forza, cioè di fiducia in se stessa e nella sua funzione pacificatrice e unificatrice di tutti gli italiani».

33. ... ejemplos de "amnesty and amnesy". Por el caso de España Andrew Rigby, *Reconciliation after the violence*, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2001, p. 39, ha hablado de "amnesia colectiva". Lo que, según la opinión de Santos Julia, Echar al olvido, *Memoria y amnistía en la transición*, cit., pp. 17-18, nada tendría que ver con el pacto del olvido en sí mismo porque la «cuestión ... no es que no se haya hablado de todo eso sino cómo se ha hablado y con qué intención ... se habló mucho del pasado; ocurrió sin embargo que se habló no de modo que se alimentara

ron a primera hora en la transición. Esto tiene que ver, más bien, con la postura asumida por la política de estos dos países donde por miedo, cobardía o falta de responsabilidad política, han preferido olvidar antes que empezar un camino hacia la reconstrucción del pasado; ningún derecho a la verdad, ninguna reelaboración, ninguna reconciliación, ninguna memoria compartida. Una transición inacabada. Que queda inacabada, a pesar de la aprobación de la ley española de Memoria histórica en 2007 (cuyos límites son patentes)³⁴ y de la nueva época de interés hacia la pasada transición del fascismo inaugurada en Italia con el descubrimiento, en 1994, con ocasión del proceso contra el ex SS Erich Priebke, del llamado “armario de la vergüenza”³⁵, al que ha seguido la institución, el 15 de mayo del 2003, de una comisión parlamentaria, cuyo trabajo ha tenido, en la práctica, muy escasa relevancia.

Igualmente, pero en una óptica algo diferente, resulta interesante por lo que se refiere a las reflexiones hasta aquí presentadas la experiencia argentina. La Argentina de la transición también parece considerar la amnistía como el instrumento más eficaz para asegurar la paz en un momento en el que cualquier conquista democrática parecía demasiado débil para enfrentarse con nuevas tensiones socio-políticas y con la verdad sobre las atrocidades de un pasado aún muy próximo.

Pero mientras en Italia y España la amnistía representa el punto de partida y al mismo tiempo el de llegada del camino de la transición, en Argentina nos encontramos ante una realidad muy diferente. Cuando la sentencia Barrio Altos llega, nos hallamos ante un país que desde hace tiempo había empezado su camino hacia nuevas etapas de la transición, más allá de la pacificación. Nos encontramos ante un país que pide enfrentarse a su pasado y reconciliarse con él y con las víctimas. Y por eso, para ese entonces, ya se habían puesto en marcha muchos mecanismos: una jurisprudencia más atrevida por lo que se refiere a su oposición a la aplicación de la amnistía; la aplicación de nuevos institutos de derecho penal como la acción de *habeas data* y los juicios de la verdad, que son procedimientos ante tribunales penales con la única finalidad de investigar los hechos y sin implicaciones de

con su recuerdo el conflicto ni se utilizara como arma de la lucha política, sino de modo que sobre él pudiera extenderse una amnistía general».

34. Entre muchos: Tomas De Domingo, Justicia transicional, memoria histórica y crisis nacional, cit., pp. 33 ss; José M. Abad Licerias, Ley de memoria histórica, Madrid: Dykinson, 2009; Rafael Escudero Alday, La sombra del franquismo es alargada: el fracaso de la llamada ley de memoria histórica, en: Federico Fernández-Crehuet López/Daniel García López (ed.), Derecho, memoria histórica y dictaduras, Granada: Ed. Comares, 2009, pp. 33-60.; Paloma Aguilar Fernández, Políticas de la memoria y memorias de la política. El caso español en perspectiva comparada, Madrid: Alianza Editorial 2008; José Antonio Martín Pallín, La ley que rompió el silencio, en José Antonio Martín Pallín/Rafael Escudero Alday, Derecho y memoria histórica, cit., pp. 19-46.

35. Véase Silvia Buzzelli/Marco De Paolis/Andrea Speranzoni, La ricostruzione giudiziale dei crimini nazifascisti in Italia, Torino: Giappichelli, 2012.

sanciones penales³⁶; el trabajo de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), que fue instituida a finales de 1983 y que ha culminado su tarea con la emisión del bien conocido informe NUNCA MAS; la experiencia del asociacionismo de las víctimas, familiares y de los promotores de derechos humanos, determinados a conocer la verdad de lo sucedido y a impedir que el Estado pudiera apoderarse de una memoria que no fuese una memoria construida a partir de la historia de los hombres y de las mujeres argentinos (pensemos, en este caso, en el largo debate que ha precedido la transformación de los centros de detención clandestinos en espacios de memoria urbana)³⁷.

En suma, cuando en Argentina se afirma formalmente la jurisprudencia Barrio Altos, con el caso Simón, en 2005, se anula un instrumento de la justicia de transición, la amnistía, que, desde hacía tiempo ya había perdido su trascendencia en el proceso de transición, puesto que el camino del país hacia la reconciliación no pasaba ya tan solo por el castigo en sí mismo, sino por el derecho a la verdad y la construcción de una memoria histórica compartida.

8. Conclusiones

No he pretendido con esta breve nota llegar a conclusiones definitivas. Solo llamar la atención sobre el necesario equilibrio que en relación con la justicia transicional hay que mantener. Un equilibrio difícil de conseguir y que afecta al papel que los poderes del Estado están llamados a realizar. No se trata de excluir ni de prevaricar. Todos tienen un rol, sobre todo, el poder legislativo y el poder judicial. Por esto es necesario, en nombre de la separación de poderes, y para no echar a perder la esperanza

36. A partir de 1988, con el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras (sentencia Corte Ihd, julio 1988, serie C, n. 4), efectivamente se asiste a un progresivo independizarse del derecho a la verdad respecto al derecho-deber de castigo. Pablo F. Parenti/Lisandro Pellegrini, Argentina, en Kai Ambos/Ezequiel Malarino/Gisela Elsner, Justicia de transición, cit., pp. 140-152. Aquí p.142: en Argentina, cuando «la reacción penal del Estado argentino se encontraba impedida ... nacieron en el país los llamados juicios por la verdad. Estos procesos, desprovistos de pretensión punitiva, estuvieron orientados a satisfacer la necesidad de las personas de conocer el destino y las circunstancias de desaparición de sus familiares. ... En el marco de todos estos juicios se logró el testimonio de sobrevivientes, familiares de desaparecidos y testigos de los procedimientos ilegales, el secuestro de documentación y la realización de peritajes. Ello permitió obtener información sobre las circunstancias de desaparición de víctimas, la identificación de restos óseos recuperados, referencias a la actuación de personas responsables de los hechos cometidos, el conocimiento de lugares utilizados como centros clandestinos de detención, y pudieron determinarse circunstancias relativas a los circuitos de represión articulados por la dictadura militar. Estos elementos convirtieron a los juicios por la verdad en un espacio muy valorado por los familiares de las víctimas y por los organismos de derechos humanos, a tal punto que han luchado, con éxito en muchas ocasiones, para que estos procesos se mantengan vigentes hasta la actualidad (hoy se sustancian de modo paralelo a los procesos penales propiamente dichos)». Vease Daniel Pastor, Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina, en: Jueces para la Democracia (Madrid) n. 59 de 2007, pp. 5-126.

37. En este último sentido véase el trabajo de Anna Guglielmucci, La consagración de la memoria. Una etnografía acerca de la institucionalización del recuerdo sobre los crímenes del terrorismo de Estado en la Argentina, Buenos Aires: Giaper, 2013.

de que el camino de transición pueda llegar a su final, velar de modo que cada uno haga su parte: el legislador empleando, en su tiempo y de forma eficaz, las medidas adecuadas al momento; los jueces y tribunales velando por el respeto de los derechos, averiguando la proporcionalidad de las medidas empleadas, equilibrando derechos y objetivos superiores a alcanzar, evaluando la oportunidad de las políticas de transición respecto de las exigencias de la sociedad.

Las muchas decisiones que, tanto a nivel nacional, como supranacional, declaran la ilegitimidad constitucional de los actos de amnistía e indulto, en particular a partir de la formulación por parte de la Corte interamericana de la doctrina de los límites absolutos, ha generado un círculo virtuoso que ha permitido la consolidación de una jurisprudencia que ha colocado en el centro del diálogo entre tribunales el derecho a la verdad como prerrogativa de cada individuo, pero también como *conticio sine qua non* en el proceso de enraizamiento de la paz constitucional, que es consecuencia y no una alternativa respecto de la obra de reconstrucción del pasado.

Pero a pesar de todo esto, no podemos dejar de recordar también los riesgos evidentes que este planteamiento lleva consigo. Es el caso, por ejemplo, que un exceso de activismo jurídico degenera en populismo judicial, determinando un patológico protagonismo de los tribunales y una inoportuna interferencia del poder judicial en el momento de definir, a nivel político, el modelo y los valores en los que se tiene que fundar el sistema constitucional renacido de las cenizas del pasado³⁸.

Lo cierto es que, tratando de justicia transicional, no hay soluciones acertadas *a priori* ni es posible generalizar. Lo que no puede faltar es una buena dosis de *real politik*, con los ojos mirando hacia la construcción de un ordenamiento en el que los derechos y la dignidad humana nunca más puedan ser puestos de lado.

9. Bibliografía

- ABAD LICERAS, José M. (2009): *Ley de memoria histórica*, Madrid: Dykinson.
- AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma (2008): *Políticas de la memoria y memorias de la política. El caso español en perspectiva comparada*, Madrid: Alianza Editorial.
- AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma (2001): *Giustizia politica e memoria nella transizione spagnola*, en: Flores Marcello (a cura di), *Storia verità giustizia. I crimini del XX secolo*, Milano: Mondadori, 329-350.

38. Como subraya Ivan Orozco Abad, en el prólogo a *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Bogotá: Temis, 2006, (1992), XXVII, el «gran peligro que rodea las visiones universalistas del estado democrático de derecho y de derechos humanos a escala global es el del sometimiento excesivo de la política y de los órganos políticos domésticos a los dictados de la judicatura intencional comprometida ciertamente con valores y con el justo castigo, pero poco preocupada por asuntos como el de los fracasos de procesos de paz en la periferia del mundo».

- AMBOS, Kai (2008): *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá: Temis.
- APONTE CARDONA, Alejandro (2009): *Colombia*, en: Ambos Kai / Malarino Ezequiel / Elsner Gisela, *Justicia de transición Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Berlino-Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 235-299.
- ASSMANN, Jan (1997): *La memoria culturale. Struttura, ricordo e identità politica delle grandi civiltà antiche* (1992), Trad. it., Torino: Einaudi.
- BARRETO ARDILA, Hernando (2006): *La Ley de Justicia y Paz frente a la corte Penal Internacional*, en: *Derecho Penal y Criminología. Revista de Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas* (Bogotá), Vol. XXVII, n. 81, 47-69.
- BETTINI, Maurizio (2000): *Il perdono storico. Dono, identità, memoria, oblio*, en: *il Mulino* (Bologna), n. 3, 411-428.
- BORAINÉ, Alexander L. (2006): *Transitional Justice: a holistic interpretation*, en: *Journal of International Affairs* (New York), n. 60(1), 17-30.
- BUZZELLI, Silvia / DE PAOLIS, Marco / SPERANZONI, Andrea (2012): *La ricostruzione giudiziale dei crimini nazifascisti in Italia*, Torino: Giappichelli.
- CASSIN, Barbara (2004): *Amnistie e pardon: pour une ligne de partage entre éthique et politique*, en : Cassin, Barbara / Cayla, Olivier / Salazar, Philippe J. (dir.), *Vérité, réconciliation, réparation*, numero monografico de la Revista *Le Genre humain* (Parigi), nov., 37-57.
- COHEN, Stanley (2001), *State of Denial. Knowing about Atrocities and Suffering*, Maiden: Blackwell Publishers.
- DE DOMINGO, Tomas (2012): *Justicia transicional, memoria histórica y crisis nacional*, Cizur Menor: Civitas.
- DE LA PEZA, Maria del Carmen (2009): *Memoria(s) y política. Experiencias, poéticas y construcciones de nación*, Buenos Aires: Prometeo Libros.
- DONINI, Massimo (2009): *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia, Appunti sulla memoria storica e l'elaborazione del passato «mediante il diritto penale»*, en: *Materiali per una storia della cultura giuridica* (Bologna), n. 1, 183-216.
- ELSTER, Jon (2004): *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ESCUDERO ALDAY, Rafael (2009): *La sombra del franquismo es alargada: el fracaso de la llamada ley de memoria histórica*, en: Fernández-Crehuet López Federico / García López Daniel (ed.). *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Granada: Ed. Comares, 33-60.
- ETXEBERRIA, Xabier (2006): *Memoria y víctimas: una perspectiva ético-filosófica*, en: Gómez Isa F. (dir.) *El derecho a la memoria*, Bilbao: Universidad de Deusto, 223-250.

- FOCARDI, Filippo (2013): *Il passato conteso. Transizione politica e guerra della memoria in Italia dalla crisi della Prima Repubblica ad oggi*, en: Focardi Filippo / Groppo Bruno (a cura di), *L'Europa e le sue memorie. Politiche e culture del ricordo dopo il 1989*, Roma: Viella, 51-90.
- FRANZINELLI, Mimmo (2006): *Lamnistia Togliatti. 22 giugno 1946 colpo di spugna sui crimini fascisti*, Milano: Mondadori.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2008): *Usos de la historia y legitimidad constitucional*, en: Martín Pallín José A. / Escudero Alday Rafael, *Derecho y memoria histórica*. Madrid: Trotta, 47-72.
- GARGARELLA, Roberto (2014): *Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman*, en Jorge Contesse et al., *Derechos Humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*, Buenos Aires: Librería, 125-137.
- GUARIGLIA, Fabricio (2001): *Los límites de la impunidad: la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 'Barrios Altos*, en: *Nueva Doctrina Penal* (Buenos Aires), 209-230.
- GUGLIELMUCCI, Anna (2013): *La consagración de la memoria. Una etnografía acerca de la institucionalización del recuerdo sobre los criminales del terrorismo de Estado en la Argentina*, Buenos Aires: Giaper.
- HALBWACHS, Maurice (1952): *Les cadres sociaux de la mémoire*, Paris: Presses Universitaires de France.
- HALBWACHS, Maurice (1968): *La mémoire collective*, Paris: Presses Universitaires de France.
- LOLLINI, Andrea (2005): *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e reconciliazione*, Bologna: il Mulino.
- LOLLINI, Andrea (2011), *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa*, Oxford-New York: Berghahn Books.
- LUTHER, Joerg (2010): *El derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia*, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 89, 45-76.
- MALARINO, Ezequiel (2009): *Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas*, en: Ambos Kai / Malarino Ezequiel / Elsner Gisela, *Justicia de transición Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Berlino-Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 415-431.
- MARTÍN PALLÍN, José A. (2008): *La ley que rompió el silencio*, en: Martín Pallín José A. / Escudero Alday Rafael, *Derecho y memoria histórica*, Madrid: Trotta, 19-46.
- MENDELOFF, David (2004): *Truth-seeking, truth telling, and post-conflict peacebuilding: curb the enthusiasm?*, en: *International Studies Review* (Oxford), n. 6(3), 355-380.

- MÉNDEZ, Juan E. (2013): *Justicia de transición*, en: Escudero Alday Rafael, Pérez González Carmen (ed.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Madrid: Trotta, 13-30.
- NIETZSCHE, Friedrich (2004): *Considerazioni inattuali*, trad. it., Milano, Adelphi.
- OROZCO ABAD, Ivan (2006): *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Bogotá: Temis, U.P.
- PARENTI, Pablo F. / PELLEGRINI, Lisandro (2009): *Argentina*, en: Ambos Kai / Malarino Ezequiel / Elsner Gisela, *Justicia de transición Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Berlino-Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 140-152.
- PASTOR, Daniel (2007): *Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina*, en: *Jueces para la Democracia*, n. 59, 95-126.
- PORTINARO, Pier Paolo (2009): *Transitional Justice. I conti con il passato*, en: *Teoria politica*, n.1, 5-26.
- PORTINARO, Pier Paolo (2011): *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Milano: Feltrinelli.
- QUARITSCH, Helmut (1995): *Giustizia politica. Le amnistie nella storia*, trad. it., Milano: Giuffrè.
- REY, Sebastian A. (2012): *Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales. ¿Tres conceptos incompatibles?*, en: *Revista Digital de Derechos Humanos*, Año 1, 73-100.
- RIGBY, Andrew (2001): *Reconciliation after the violence*, Boulder: Lynne Rienner Publishers.
- RODOTÀ, Stefano (2012): *Il diritto alla verità*, en: Resta Giorgio, Zencovich V. Zeno. *Riparare, Risarcire Ricordare. Un dialogo fra storici e giuristi*, Napoli: Editoriale Scientifica, 497-515.
- ROSSI, Paolo (1991): *Il passato, la memoria, l'oblio*, Bologna: il Mulino.
- Santos Juliá V. (2003), *Echar al olvido, Memoria y amnistía en la transición*, en: *Claves de Razón practica* (Madrid), 129, 14-24.
- SAUCA CANO, José M. (2008): *El derecho ciudadano a la memoria histórica: concepto y contenido*, en: Martín Pallín José A. / Escudero Alday Rafael (dir.) *Derecho y memoria histórica*, Madrid: Trotta, 73-104.
- SISINIO PÉREZ GARZÓN, Juan (2010): *Entre la Historia y las memorias: poderes y usos sociales en juego*, en: Sisinio Pérez Garzón Juan, Manzano Moreno Eduardo, *Memoria histórica*, Madrid: CSIC, 23-69.
- SPINA, Luigi (2003): *Il buon uso dell'oblio nei rivolgimenti costituzionali: tra slogan e argomentazione persuasiva*, en: *Rhetorica: A Journal of the History of Rhetoric* (Jackson), Vol. 21, n. 1, 25-36.

- STAHM, Carsten (2005): *La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional*, en: Rettberg Angelika, *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá: Universidad de los Andes, 81-141.
- TRAVERSO, Enzo (2007): *El pasado. Instrucciones de uso. Historia, memoria, política*, (2005), trad.es., Barcelona: Marcial Pons.
- VALCERCEL, Amelia (2010): *La memoria y el perdón*, Barcelona: Herder.
- VIÑAR, Marcelo / ULRIKSEN VIÑAR, Maren (2001): *Dal Sudamerica: terrorismo di stato e soggettività*, en: Flores Marcello (a cura di). *Storia verità giustizia. I crimini del XX secolo*, Milano: Mondadori, 204-221.