

Memoria y verdad en la Justicia Transicional*

■ **Por:** *Juan M. Moco*roa**

Recibido: julio 8 de 2016

Aprobado: noviembre 8 de 2016

Resumen

En este trabajo se exponen algunos problemas vinculados con la verdad y la memoria en el ámbito de la justicia transicional. Estas dificultades son relevantes porque el derecho a la verdad tiene un objeto altamente polisémico, ya que identificar su contenido normativo es problemático y puede considerarse como un derecho autónomo a conocer un cierto estado de cosas como instrumental a la consecución de otros fines. Más allá de esto, se sostiene que memoria y verdad deben ocupar un espacio en el discurso constitucional. Ambos valores debieran ser analizados en el marco de las virtudes públicas.

Palabras clave: Memoria; Verdad; Sistema Interamericano de Derechos Humanos; Virtudes públicas.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “La Constitución Nacional ante el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: Control de Constitucionalidad e Interpretación Constitucional” de la Universidad Empresarial Siglo 21.

** Abogado de la Universidad Nacional de Córdoba, UNC de Argentina. Master en Derecho y argumentación jurídica de la Universidad Nacional de Córdoba, UNC. Master en Global Rule of Law and Constitutional Democracy de la Universidad de Génova. Docente de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba, UNC y Derecho Procesal IV de la Universidad Siglo 21. Correo electrónico: jmmoco

Memory and truth in Transitional Justice

Abstract

In this paper I present some problems related to truth and memory in the field of transitional justice. These difficulties are relevant because the right to the truth has a highly polysemic object; identify its normative content is problematic and it can be considered both as an autonomous right to know a certain status quo as instrumental to achieving other purposes. Beyond this, I maintain that memory and truth must occupy a space in the constitutional discourse. Both values should be analyzed in the context of public virtues.

Keywords: Memory; Truth; Interamerican Human Rights System; Public virtues.

Introducción

Este trabajo tiene una pretensión acotada ya que se busca presentar de un modo esquemático algunos problemas vinculados con la verdad y la memoria en el ámbito de la justicia transicional. Estas dificultades son relevantes por lo siguiente: en primer lugar, el derecho a la verdad tendría un objeto altamente polisémico¹, además, la identificación de su contenido normativo es problemático. Adviértase que o bien puede considerarse un derecho autónomo a conocer un determinado estado de cosas; o bien, puede ser un derecho instrumental a la consecución de otros fines.

En las diferentes experiencias históricas se le utilizó, en primer lugar, como una estrategia de *secondbest* para los casos en que no se podía lograr el castigo de los culpables. Si se daba este supuesto, debía garantizarse el derecho de las víctimas y sus familiares a saber qué ocurrió² y es que, “¿acaso puede una sociedad construir un futuro democrático sobre la base de una historia cegada, negada u olvidada?” (Hayner, 2008, p. 30)

Tal vez este hecho sea una consecuencia de que el “derecho a la verdad” puede tener diversas justificaciones subyacentes. Algunas lo vinculan de un modo estrecho con el castigo de los perpetradores de los peores crímenes. Es más, estas concepciones lo consideran un camino necesario para postular un derecho autónomo al castigo (Pastor, 2013).

Sin embargo, dada la pluralidad de razones que lo respaldan, este derecho podría dar, inclu-

so, fundamentos para la exoneración de aquellos criminales (Naqvi, 2006) así las cosas, es interesante señalar esta dificultad y cómo impacta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), pues, si es posible arribar a esas conclusiones en un discurso fincado en el derecho a la verdad y a la memoria -castigo o perdón- y si bien, ese Tribunal establece un vínculo conceptual entre el conocimiento de los hechos, la preservación de la memoria y el castigo, existen serios problemas en la construcción dogmática de sus soluciones.

A los efectos de arribar a esta posición, en este trabajo se utilizarán las herramientas provistas por el análisis conceptual para ofrecer una reconstrucción racional de los conceptos relevantes, como lo son el derecho a la verdad y justicia transicional. Asimismo, se empleará el análisis normativo, en particular las herramientas ofrecidas por los recientes desarrollos en el marco de la filosofía política republicana, para afrontar los problemas morales y políticos enunciados.

Por último, se efectuarán análisis de corte dogmático para proceder a la identificación, interpretación y sistematización de las cláusulas jurídicas pertinentes y aplicables dimanantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Todas estas herramientas serán utilizadas también para verificar la consistencia lógica y la plausibilidad moral de los argumentos proferidos por los tribunales auscultados en el ámbito de esta investigación.

Sin embargo, una vez, más este trabajo no pretende adelantar soluciones o encontrar grandes respuestas, solo quiere señalar algunos

1 Por ejemplo, siempre en el ámbito de la justicia transicional sin hacer referencia a cuestiones mucho más arduas desde un punto de vista epistemológico, Salazar (2014) identifica una “verdad judicial”, una “verdad narrativa”, “verdad social” y una “verdad curadora y reveladora”. Gil Domínguez (2004, p. 96-97) distingue una “verdad histórica”, como la existencia de un suceso fáctico determinado sin discutir su sentido positivo o negativo; “develar el acontecimiento fáctico y ponerlo a disposición de las personas” y otra “verdad axiológica” vinculada con los juicios de valor efectuados sobre los acontecimientos históricos.

2 Véase sobre las diversas experiencias transicionales y cómo el contenido del “derecho a la verdad” fue mutando, Hayner (2008). Esta autora, al analizar las Comisiones de la Verdad, demuestra que en aquellos casos en los que el castigo no fue posible “lo mínimo que se requería para conceder el perdón era escuchar la verdad completa sincera y sin adornos”.

interrogantes. Para ello, se hará lo siguiente: primero se plantearán unas consideraciones generales sobre este supuesto derecho y cómo impacta sobre ciertas concepciones respecto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; luego se expondrán (telegráficamente) dos dificultades y finalmente, se planteará la necesidad de sustituir, en este ámbito, el discurso de los derechos por el (menos restrictivo y más político) de las virtudes.

1. El derecho a la verdad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: una panorámica

El impacto de la “convencionalización del derecho” sobre la justicia transicional es notorio³. En efecto, ella i) obliga a perseguir y castigar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos; ii) prohíbe recurrir a institutos -como prescripción, amnistía e indulto- que limiten o condicionen y iii) garantiza el *derecho a la verdad*, derecho inalienable del pueblo

que se conforma con el deber de recordar que pesa sobre el Estado, para preservar del olvido la memoria colectiva (Principios de Joinet)⁴.

Ahora bien, este último contenido es ambiguo⁵. Puede ser usado tanto para justificar el castigo de los perpetradores de los peores crímenes, como para evitar su persecución⁶. En efecto, como sostiene Naqvi (2006), puede ser usado tanto para justificar la no persecución de los perpetradores de los peores crímenes, como para su exoneración. Pues en procura de obtener la paz social puede otorgarse inmunidad o amnistía para alcanzar la verdad.

Nótese que si se desea restaurar la paz social y obtener un amplio conocimiento de lo ocurrido, podría ser necesario evitar la persecución penal de esos hechos. Pero a su vez, puede sostenerse que asegurar este derecho a la verdad impone a las instituciones comprometerse con un modelo penal que busque el castigo a los culpables. En cualquier caso, su justificación subyacente es determinante para dilucidar la ambigüedad. Es que, si no estamos en condiciones de alcanzar esta justificación, no podre-

3 Se emplea el término “convencionalización” para hacer referencia a un proceso semejante al que Guastini (2001) refiere con el término constitucionalización. El neologismo propuesto hace referencia a los rasgos invasores, no ya de la constitución, sino de la CADH. Este instrumento tendría una respuesta para un conjunto de problemas que, anteriormente, eran vistos como cuestiones relegadas a la legislación interna de los Estados. Con este alcance, podrían comprenderse ciertas decisiones recientes de la Corte IDH que por ejemplo, imponen que los jueces y todas las autoridades estatales, aun de oficio, efectúen un “control de convencionalidad”. Conf. Corte IDH. “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) [26/09/006], Serie C No. 154. También, Corte IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) [26/11/2010], Serie C No. 220, párr. 225. Estas decisiones repercutieron en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Véase, por todos, CSJN, “Rodríguez Pereyra, Juan Antonio c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios” (27/12/2012).

4 La enumeración realizada es una simplificación. No se desconoce que, incluso, se ha cuestionado la corrección de estas inferencias por parte de la Corte IDH. Sin embargo, no es necesario que se analice aquí ni esas conclusiones ni en las críticas realizadas. Para eso, véase Elías (2011) Respecto del impacto de esos principios en nuestro país, véase CSJN, *Fallos*, 328:341 [“Arancibia Clavel”] (reconoce la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad). Análisis del caso en Basterra (2004); Carrió (2004); Cianciardo (2004); García Belsunce (2004); Gelli (2004); Gil Domínguez (2004) y Morlachetti (2005). Además, CSJN, *Fallos*, 328:2056 [“Simón”] (declara la inconstitucionalidad de las leyes de “Punto Final” y “Obediencia debida”). Vid. Badeni (2005); Elías (2006); Gil Domínguez (2005); Manili (2005) y Salomoni (2005). Finalmente, CSJN, *Fallos*, 330:3248 [“Mazzeo”] (declara la inconstitucionalidad de los decretos de indulto dictados por el ex presidente Menem). Conf. Barcesat (2007) y Pizzolo (2007). Análisis más críticos de la actuación de la Corte en Malarino (2009); Sabelli y Santiago (2008) y Pastor (2007).

5 Respecto de la posición en el ámbito del SIDH, véase CIDH, (2014).

6 Sobre las dificultades de aunar derecho a la verdad y castigo, vid. Maculan y Pastor, (2013).

mos determinar las consecuencias normativas que se siguen.

Las instituciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pretenden otorgarle un contenido específico que evite estas dificultades. Aun ante la inexistencia de una regla expresa que lo consagre, hasta hace unos años era considerado un “principio emergente”, pues se pensaba que lo que hacía era “generar la obligación del Estado de investigar y dar a conocer los hechos que se puedan establecer fehacientemente” (Méndez, 1997, p. 516).

En la actualidad, la jurisprudencia de la Corte IDH asume una comprensión particular de este derecho. Se trata de una interpretación evolutiva de los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a partir de lo cual, identifica un derecho a la verdad acerca (i) de los crímenes ocurridos; (ii) de su comisión; y (iii) del destino y paradero de las víctimas. Pero, además, identifica un vínculo instrumental entre el derecho a la verdad y una finalidad más amplia: obtener el esclarecimiento de los hechos y la atribución de las responsabilidades correspondientes (“Barrios Altos”).

De este modo, pareciera ser que es el fundamento de una pretensión jurídica autónoma de carácter penal, con el objeto de averiguar lo sucedido respecto de la comisión de crímenes atroces y aberrantes. Vale decir que el derecho a la verdad no es el vehículo para la satisfacción de un interés de su portador sino que, por el contrario, lo que hace este “derecho” es justificar una nueva pretensión. Y esta no es otra que un *claim* de índole penal: obtener su satisfacción con el castigo de los culpables.

2. Algunas dificultades

Más allá de eso, el derecho a la verdad en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos adquiere dos dimensiones: individual (derecho de víctimas y familiares a saber qué ocurrió) y colectiva (derecho de la sociedad a acceder a la información esencial para el desarrollo del sistema democrático). Esta última, además, estaría enderezada a cumplir un efecto preventivo y disuasorio: evitar futuras violaciones a gran escala de los derechos humanos, según lo señalado por (Maculan, 2013).

Es así que la Corte IDH, respecto del derecho a la verdad, por un lado identificó una “verdad del caso” referido al derecho de los individuos interesados directamente en el conocimiento de lo sucedido con sus allegados y por otro lado, un derecho de toda la sociedad a saber todo lo ocurrido (verdad global), (Galain, 2011 y Vervaele 2013)⁷. Ahora, pueden existir conflictos entre ambos aspectos. Por ejemplo, puede ser el caso que el castigo a los responsables (aspecto individual) genere resultados subóptimos en función del conocimiento cuantitativo de la verdad de los hechos ocurridos (dimensión colectiva).

No se trata de un ejemplo inasible, pensemos en el siguiente caso: una de las heridas más lacerantes que arrastra nuestra joven democracia es la ausencia de los cientos de niños y bebés apropiados durante la última dictadura militar. Ni siquiera sabemos, a ciencia cierta, cuántos son los casos de apropiaciones y supresiones de identidad⁸ (Ferrante, 2011, p. 227). Esta situación genera muchos problemas: morales, jurídicos y políticos. De todos modos, aquí interesa señalar dos: primero, uno ya resuelto (no sin dificultades)

7 Conf. Corte IDH, caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia del 14 de marzo 2001, par. 43 y Corte IDH, caso Myrna Mack vs. Guatemala, sentencia del 25 de noviembre 2001, par. 209-211.

8 De todos modos, se “estima en que alrededor de quinientos niños y niñas fueron separados de ese modo de sus familias y entregados a centros de adopción como niños de identidad desconocida (llamados NN) o directamente a familias que los adoptaron ilegalmente”.

por la práctica de nuestro derecho y segundo, un aspecto vinculado con las limitaciones del proceso penal para arribar a la verdad, pero también por los pobres incentivos que genera un diseño institucional rígido como el descripto.

2.1. Investigaciones penales, derecho a la verdad y autonomía

El primer problema se refiere a los supuestos en los que existe una voluntad explícita de parte de la supuesta víctima del delito de rechazar la realización de una prueba genética de identidad⁹. Esta medida probatoria, implicaría una (pequeña) intervención sobre su persona a los efectos de extraer el material genético necesario para efectuar una comparación con el repositorio existente en el Banco Nacional de Datos Genéticos¹⁰. El problema, es obvio, surge en los casos en los que los supuestos hijos de personas desaparecidas y que habrían sido víctimas de apropiación de la sustracción de su identidad, se niegan a colaborar en el proceso.

Ferrante (2011, p. 230-231) señala que el tratamiento jurisprudencial respecto de la “pretensión de no colaboración” ha sido dispar. Por caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo que la resolución judicial que ordenaba la extracción compulsiva del material genético era inválida por afectar un derecho constitucionalmente protegido¹¹. En este supuesto, existiría un conflicto entre el derecho individual a la autonomía de ese sujeto y el derecho, tal vez colectivo, de la sociedad de conocer qué es lo que ha ocurrido en el caso de que se trata.

El primer aspecto, a su vez, se sostiene en que existiría “un derecho del hijo a no contribuir con evidencia a la persecución penal de sus padres adoptivos” (Ferrante, 2011, p. 232). Lo que, de alguna manera, se sostiene sobre la presuposición de que este derecho tendría una prevalencia por sobre el interés de castigar a quien ha cometido un delito de la gravedad de los analizados. Es decir que las consideraciones se reducen al derecho a la autonomía para negar la participación en el proceso y la falta de justificación de la interferencia en el ámbito de las relaciones familiares por parte del proceso penal.

Adviértase bien, el supuesto es interesante para los propósitos de este trabajo porque se vincula a la posibilidad de acceder a cierto conjunto de elementos facticos relevantes para conocer lo ocurrido. Aun cuando se trata de uno de los hechos más aberrantes cometidos por la última dictadura militar, genera algunos problemas serios jurídicos.

La reforma operada por la Ley 26.549 al Código Procesal Penal intentó dar una respuesta a este problema. En efecto, incorporó el Artículo 218 bis, que otorga al juzgador la potestad para ordenar la obtención de una muestra de ADN, del imputado o de otra persona, “cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación” y además, minimiza la intervención en la intimidad de la persona que debe ser sometida al procedimiento.

De esta manera, advertimos que en el conflicto entre el derecho a la verdad y al conocimiento de los individuos respecto de lo que ocurrió en la última dictadura militar, la legis-

9 Entiendo, siguiendo a Ferrante (2011:228) por prueba de identidad genética “una medida probatoria dirigida a determinada la identidad genética de la persona que se alega ha sido sustraída de sus padres o familiares legítimos, y cuya identidad verdadera ha sido sustituida por otra”

10 El Banco Nacional de Datos Genéticos fue creado en 1987 por la Ley 23511 a fin de obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación.

11 Véase, CSJN, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación”, fallado el 30 de septiembre de 2003 y “GualtieriRugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años – causa n°46/85 A” (Extracción compulsiva de sangre) fallado el 11 de agosto de 2009)

lación argentina toma una clara decisión. Favorece la verdad, aun a costa de la voluntad explícita del individuo respecto de cuya identidad se trata. En este caso, pareciera que es la solución adecuada para la finalidad que se busca.

2.2 Investigaciones penales, incentivos institucionales y derecho a la verdad: una justificación autodestructiva

Ahora bien, pensemos en un caso semejante pero con alguna propiedad fáctica distinta, situémonos ahora, en un estadio anterior. Imaginemos una persona que tiene dudas genuinas respecto de su identidad, es más, tiene una fuerte intuición de que es hijo de desaparecidos. A su vez, esta persona siente un fervoroso lazo de lealtad hacia su familia adoptiva, realmente siente afecto por ellos y no quisiera que nada malo les ocurra. No quiere que sus acciones sean las que los lleven a sufrir una condena social y menos aún, una penal.

Aquí debemos interrogarnos por los incentivos que genera el derecho argentino para que esta persona intente averiguar la verdad respecto de su identidad. No es esta una cuestión vinculada al lazo afectivo que lo une con su familia adoptiva/apropiadora. Antes bien, es un claro problema institucional. Como se vio, el derecho argentino, una vez promovido el proceso penal, obliga a la persona a colaborar y en este sentido, el derecho a la verdad va de la mano de la idea del castigo. Pero se trata de una estrategia rígida, cerrada a variantes intermedias que, por ejemplo, “premién” la colaboración.

Es decir, el sistema institucional no genera incentivos en quienes atesoran la información respecto de lo ocurrido para que ellos decidan compartirla (Tamburri, 2012 y Hilb 2013^a, 2013^b y 2014), pero, lo que es peor, tampoco genera incentivos adecuados a las propias víctimas de esa apropiación y sustracción de identidad, en el caso en que ellas sientan fuertes lazos de lealtad y afecto con sus apropiadores o con quienes colaboraron con ellos. Entonces, el derecho argentino no genera incentivos en quien (i) tiene dudas sobre su identidad, (ii) siente un lazo afectivo fuerte respecto de su familia adoptiva y (iii) no quiere que sean perjudicados por sus acciones desde un punto de vista penal.

La salida aquí no puede ser coactiva, al menos, sin violar la autonomía individual. El problema que presentamos surge por la falta de independencia práctica del derecho a la verdad y la pretensión de castigo. En efecto, si el derecho a la verdad únicamente quisiera decir “conocer la verdad de lo ocurrido y mantener viva la memoria del pasado para que nunca más vuelva a ocurrir”, en estos casos el derecho debería incentivar a que aquellos que tienen dudas genuinas sorbe su identidad, intenten resolverlas. Sin embargo, este no es el caso.

En este mismo sentido, Tamburrini (2012) contrapone dos enfoques con respecto a las políticas penales implementadas por los gobiernos de transición. Así, distingue entre un “enfoque pragmático”, representado por los gobiernos de transición históricamente situados y los que abrazan el retributivismo clásico, identificada con la posición de la mayoría de las víctimas de violaciones de los Derechos Humanos¹².

12 Tamburrini (2012, p. 200-201) caracteriza el “retribucionismo clásico” por las siguientes notas: (i) son irrelevantes, al momento de la evaluación del reproche penal, consideraciones de carácter prospectivo -solo consideraciones relativas al pasado determinan la necesidad y justificación del castigo de un individuo-; (ii) el *quantum* de la pena a distribuir debe ser proporcional a la falta cometida -debe existir proporcionalidad entre el castigo a aplicar y el hecho merecedor de reproche; (iii) la demanda punitiva no puede ser derrotada por otras consideraciones, en especial por motivaciones basadas en objetivos diferenciados al propio castigo; (iv) el brazo de la ley debe alcanzar a todos los responsables de violaciones a los derechos humanos. Por su parte, el retribucionismo radical lleva a la “exigencia de castigo se presenta como una obligación absoluta de las autoridades estatales a cumplir mediante la imposición de un castigo lo suficientemente severo como para corresponder al carácter horrendo de los delitos”.

Lo anterior, le lleva a denunciar la “paradoja de la concepción retributiva radical”, según la cual muchas de las víctimas, así como los criminales, ya no están vivos; por lo tanto, documentar los hechos y recolectar la evidencia material, se hace cada vez más difícil por el paso del tiempo o por la destrucción u ocultamiento de pruebas.

Adicionalmente “la teoría retributiva radical no tiene en cuenta elementos psicológicos elementales relacionados con la forma en que generalmente se espera reaccionen los imputados. Ser amenazado con duros castigos constituye un poderoso incentivo a negarse a revelar los hechos (...). Este fenómeno se torna aún más probable, considerando que los abusos contra los Derechos Humanos se caracterizan por un fuerte componente ideológico. Por lo tanto, al insistir en infligir severos castigos a todos los condenados por graves violaciones a los Derechos Humanos, la teoría retributiva radical no logra identificar y por lo tanto, castigar a todos los responsables por esas violaciones” (Tamburrini, 2012, p. 205).

Esta no es una consecuencia imprevisible sino que, antes bien, “es la consecuencia natural de la reticencia de los retribucionistas radicales a negociar reducciones de penas a cambio de información ulterior sobre, entre otras cosas, otros militares que han estado involucrados en los abusos y quienes han sido los civiles que apoyaron el plan de los militares. A este respecto, la teoría retributiva radical solidifica una cadena negativa de silencio entre los responsables de graves violaciones a los Derechos Humanos” (Tamburrini, 2012, p. 205).

Debemos diseñar instituciones adecuadas para los objetivos propuestos, si el objetivo es obtener la mayor información posible respec-

to de las atrocidades masivas experimentadas, debiéramos promover institutos que faciliten y no perjudiquen, la consecución de esa finalidad. Por eso, como propone Tamburri (2012), resulta plausible aplicar un modelo de negociación, que ofrezca reducciones de penas a cambio de confesiones completas de los criminales.

Las respuestas rígidas a estos conflictos dificultan soluciones negociadas. El punto es que no puede lograrse al mismo tiempo (i) el conocimiento total sobre lo sucedido (derecho a la verdad) y (ii) el castigo total a los responsables (derecho al castigo), o bien, al menos, (ii) no genera los incentivos adecuados para arribar al conocimiento total de los hechos.

Como dice Hilb (2014, p. 67), “en tanto la escena de los juicios dispone el castigo como opción exclusiva, el reconocimiento público de los actos, su relato detallado, no solo no es exigido sino que es contrario a los intereses del inculpado: su confesión solo puede contribuir al castigo”. Según este modelo, el culpable debería recibir una sanción más leve, o incluso su completa suspensión, siempre y cuando las dos condiciones siguientes se cumplan: (a) El acusado revela toda la información que posea y (b) que esa información sea valiosa para la investigación (Tamburrini, 2012, p. 206).

2.3 Derivaciones

A partir de esto, se pueden resaltar los siguientes postulados:

- (i). Existen dificultades para aceptar la existencia de un derecho autónomo a la verdad;
- (ii). La necesidad de cualquier discurso comprometido con la memoria y la verdad de rechazar soluciones rígidas;¹³

13 Böhmer (2014) cuestiona la posibilidad de organizar una política pública comprensiva y adecuada para cualquier país en cualquier coyuntura histórica. También, Botero y Restrepo (2005) señalan que no existen respuestas correctas únicas y universales que resuelvan de una vez y para siempre los problemas de la justicia transicional; aun cuando sostienen que existen algunos parámetros básicos que serían obligatorios, en el mismo sentido se pronuncia Mocoora (2014).

(iii). Es menester sustraer a la verdad y la memoria del ámbito del discurso de los derechos, en particular cuando se les vincula con un derecho al castigo, para situarlas en el ámbito de las virtudes cívicas (Böhmer, 2014).

Respecto de (i) existen dificultades conceptuales -con carácter inasible de la verdad como un interés jurídicamente tutelable *qua* contenido de un derecho-, institucionales -dificultades epistemológicas del proceso penal para arribar a la verdad en un sentido político relevante- y normativas -el derecho a la verdad se justifica vinculado instrumentalmente con un derecho al castigo que, en ciertas condiciones, puede considerarse un discurso autodestructivo- (Pastor, 2013)¹⁴.

Mientras que vinculado a (ii) y (iii), si el objetivo general es la tutela de algo así como “la memoria colectiva”, no resulta necesario establecer un “derecho” con los alcances del que se ha descrito -vinculado instrumentalmente con el castigo de los perpetradores de los peores crímenes- (Valcarcel, 2010, p.12)¹⁵, es que esa memoria no es un valor únicamente cognitivo; es, antes bien, político.

Se trata, como dice Osiel (2000) de mantener una tutela estable de esos relatos de

una sociedad acerca de los momentos y eventos en su historia, que más profundamente afectaron las vidas de sus miembros y más despiertan sus pasiones por periodos muy largos¹⁶. Y esto, además, porque la justicia transicional se emparenta con hechos que en principio, rompen nuestros esquemas morales. La primera reacción ante su conocimiento, como Arendt, es de incredulidad. Luego, rechazo: “Esto no debería haber ocurrido” (Filippi, 2007, p. 60-61)¹⁷.

No se trata de un acto anecdótico ni extraordinario, es la primera y espontánea reacción ante la atrocidad e inhumanidad. Esto se corrobora, incluso, con el proceder de los regímenes totalitarios; ellos intentan borrar lo acontecido, que no quede resquicio ni datos de ello. La dictadura argentina, por ejemplo, es un caso paradigmático de esto: su metodología no solo consistió en aniquilar y matar; fue moralmente peor porque creó “desaparecidos”¹⁸.

El horror de esto es que con ese acto se intentó borrar su existencia y al mismo tiempo, promover su no-muerte. Nadie sabría dónde estaban, quizás la intuición era que nadie los recordaría por eso. Pero, además, nadie les cree-

14 Este mismo autor señala dentro de los problemas teleológicos -las herramientas del derecho penal no es posible investigar cualquier cosa de cualquier manera-; metodológicos -el método probatorio del proceso penal no sería adecuado para el logro de los objetivos deseados-; puramente técnicos -la imputación es para la averiguación de hechos punibles concretos- y políticos -las experiencias históricas son tan disímiles que nadie podría creerse con derecho a formular una regla general aceptable.

15 Cuando se habla de “memoria colectiva”, se piensa en la memoria como “los recuerdos que tenemos en común (...) porque nos dice de nosotros y conforma nuestra identidad” expresado por Valcarcel.

16 El enfoque de este mismo autor, no es ingenuo en el sentido que acepta que el concepto es confuso (*woolly*), es más señala que diversos autores, distinguieron analíticamente diez usos del concepto de “memoria colectiva”. No obstante, aclara que el suyo es un acercamiento *pragmático*.

17 Las manifestaciones completa de Arendt, son como sigue: “Y no me refiero solo a la cantidad de víctimas: me refiero al método, a la industrialización de cadáveres y todo lo demás (...)”. Antes de estas afirmaciones, decía: “Lo decisivo fue el día que nos enteramos de Auschwitz (...), al principio no lo creíamos, si bien mi marido y yo siempre habíamos dicho que de esa horda esperábamos cualquier cosa. Pero no podíamos creerlo porque desde el punto de vista militar era algo innecesario y no requerido (...) y luego, medio año después finalmente lo creímos, porque teníamos pruebas (...), esto era algo distinto, era como si un abismo se hubiese abierto”, lo anterior señalado por Filippi.

18 En una entrevista televisiva de los años setenta, el por entonces presidente de facto Videla, fue terminante: “Los desaparecidos no están, no existen, están desaparecidos”.

ría sus padecimientos¹⁹ aceptar esto, es volver a ultrajar a las víctimas, volver a cometer actos de inhumanidad en su contra²⁰ y es contra esta cosificación que la “memoria colectiva” debe actuar, lo anterior sostenido por (Levi, 2005, p. 475), (Guinzburg, 2007, p. 91) y (Glover, 2007).

2.4 Memoria colectiva y derecho

Como se sostuvo en el acápite anterior, es posible pensar que la memoria colectiva debe ser protegida y además, se relaciona con la identidad de los miembros de una comunidad política, las consecuencias para el derecho deben ser importantes. Contemplamos que existen al menos dos posibilidades en el mundo jurídico:

Primero, establecer un “derecho a la verdad” y segundo, el *enforcement* de ese derecho, a través del establecimiento de sanciones penales para aquellos que transgredan los límites de la memoria colectiva. Por ejemplo, crear delitos de “negacionismo”. El problema de esto, es proteger, no ya la memoria colectiva sino algo así como una “verdad oficial”; quienes se oponen, sostienen que “la verdad histórica jamás debería transformarse en una verdad oficial” (Guinzbourg, 2007, p. 94).

En cualquier caso, la configuración de este derecho debe estar desvinculada del derecho penal. Se trata, sin dudas, de un derecho de raíz colectiva, cuyo contenido se extiende a conocer los hechos de que se trata y a la identificación de sus responsables. Intuyo que este derecho colectivo se apoya sobre una razón bifronte, mira hacia el pasado pero, al mismo tiempo, también lo hace al futuro. Como dice Filippi (2007, p. 85)

“se trata no solo de no olvidar el pasado de la opresión, represión o muerte, sino también de no olvidar los ideales de justicia y libertad, de emancipación e igualdad por los cuales se ha resistido y luchado contra las dictaduras y los totalitarismos”.

Es una cuestión netamente política; en todos los casos el recuerdo y su protección, se efectúa mirando el pasado y el porvenir. El objetivo, siempre debe ser el establecimiento de una mejor comunidad política que genere fuertes lazos de autogobierno y libertad. Ahora bien, nada de esto puede hacerse sobre el olvido y menos aún, sobre la mentira. La verdad debe florecer y con ello, la autonomía política de los ciudadanos. El Estado tiene que proteger esa memoria como fuente del pasado común, un pasado que no se quiere repetir y un futuro que se quiere compartir.

Una buena herramienta para esto es una noción robusta de las virtudes cívicas, pues es relevante para una comunidad política referirse a determinados hechos que jalonan su pasado y que debería estar justificado que sea protegida por vía del Estado esta cuestión, en tanto virtud cívica y pública necesaria para la existencia de una comunidad política decente.

Esta incursión, en fin, rechaza una tutela monopolizada por el derecho penal. Como se señaló, la verdad y la memoria histórica tienen un valor epistémico como político, por eso su tutela es relevante para las víctimas -frente al olvido- y para la sociedad toda -al generar incentivos para ampliar el universo de conocimiento-. Se trata de construir una memoria común que sea “capaz de transmitir un sentido del pasado a las nuevas

19 Igualmente Levi señala que recuerda que los oficiales nazis se vanagloriaban del hecho de que nadie les creería a las víctimas. El dilema para ellas era irreductible: o morirían o no serían tomados en serio: “De cualquier manera que termine esta guerra, la guerra contra vosotros la hemos ganado; ninguno de vosotros quedará para contarla, pero incluso si alguno lograra escapar, el mundo no le creería”. También recuerda esta circunstancia, Guinzburg.

20 Glover, utilizo el término “inhumanidad” como opuesto a “humanidad”; de esta manera se acentúa el carácter cruel y bárbaro de los hechos y una forma kantiana de comprenderlos.

generaciones” (Crenzel, 2010, p. 23)²¹, con el fin de que (i) se afirme el reconocimiento de justicia, (ii) se sancione lo que no puede ser perdonado y (iii) se contribuya a conocer lo que no puede ser ignorado (Crenzel, 2014, p. 52).

Las dificultades, además, vienen de la mano de las limitaciones epistemológicas del proceso penal. El proceso penal no es un diseño institucional adecuado para revisar la historia (Maculan y Pastor, 2013), (Silva, 2009), (Malumad, 2000), (Martín, 2014) y (Duff, 2010)²². Está diseñado, desde sus orígenes, para la verificación de un enunciado factico sobre el acaecimiento de un hecho relevante para el proceso, para que, de esta manera, se aplique el derecho sustantivo a un individuo²³ (Laudan, 2013), pero el peligro también es político: que el Estado asuma una “verdad oficial”²⁴ (Todorov, 2002), (Böhmer, 2014, p. 125) y (Maculan y Pastor, 2013).

Finalmente, debemos cuestionar un diseño institucional que explícitamente genera obstáculos serios y previsibles, para conocer las atrocidades sufridas. Esto es, debemos decidir si el diseño institucional más adecuado para conocer lo ocurrido, es aquel que hace explícitas nuestras pulsiones de castigo y reproche o uno

que favorezca la revelación de hechos desconocidos hasta el momento.

Conclusiones

El concepto de memoria es ambiguo (Etxebarria, 2006). Puede referirse a cuestiones individuales o colectivas, este último es el relevante en los casos de interés para la justicia transicional. Se trata, en rigor, de recordar hechos que jalonan la historia de un país; corrompen las bases morales de convivencia humana; fracturan la auto-percepción política de la comunidad, eliminan la individualidad y dignidad de las víctimas y en fin, corroen la posibilidad de establecer una comunidad basada en el respeto de los derechos individuales. El olvido, en cualquiera de sus formas, revictimiza. Hace parecer que el sufrimiento fue merecido. Esto no puede aceptarse.

El respeto por la “memoria colectiva”, su protección y desarrollo, debe considerarse una virtud cívica que debe ser fomentada por el Estado. El compromiso es con el recuerdo por las víctimas, su memoria y su lucha, pero también con los miembros futuros de la comunidad. Es una forma de no dar la espalda a ese pasado, de

21 Crenzel expresa también que en este sentido y respecto del *Nunca Más*, se consagro un nuevo régimen de memoria sobre el pasado reciente. Se trataría de configuraciones de sentido que se tornan hegemónicas en la esfera pública al instaurar, mediante diversas prácticas y discursos, marcos de selección de lo memorable y claves interpretativas y narrativas para pensar, evocar y transmitir el pasado.

22 En el mismo sentido, Silva señala que la reconstrucción procesal del hecho histórico no pretende declarar la verdad de lo acontecido, sino sencillamente sentar las bases para una atribución de responsabilidad. También, Malamud desecha la capacidad de los tribunales de tramitar, con toda su amplitud, las consecuencias de los conflictos políticos, los que, al menos a priori, no pueden subsumirse en la lógica de inocencia y culpabilidad, respecto del carácter simbólico de los juicios *qua* escena que muestra “la institución de un nuevo régimen político”, según lo señalado también por Martín. Además de esto, debe haber una forma alternativa de analizar la relación entre autoridad, comunidad, reproche y juicios, según Duff.

23 Según Laudan, respecto de los objetivos básicos del proceso penal en relación con la verdad: (i) reducción del error -averiguar la verdad sobre el delito y evitar pronunciamiento de veredictos falsos-; (ii) distribución del error -si existirán errores, qué clase de error-; (iii) valores de política pública no epistémicos.

24 Sobre el peligro de que el Estado legisle favoreciendo alguna de esas memorias, Todorov afirma para quien. También, Böhmer, señala que una sociedad democrática debe poder lidiar con narrativas plurales y más aún las sociedades que viven bajo la sombra de un episodio reciente de maldad absoluta, la búsqueda de formas comunitarias de tratar con la disidencia y los conflictos, es la llave para la creación de una sociedad decente y la idea de una sola verdad sobre el pasado puede hacer peligrar ese objetivo, en el mismo sentido se expresan Maculan y Pastor.

asegurar un “nunca más” colectivo. Y para ello, el primer paso *siempre* es el recuerdo.

En este breve escrito se sostuvieron algunas dificultades del derecho a la verdad y a la memoria. Sin embargo, se puede concluir que memoria y verdad deben ocupar un espacio en el discurso constitucional; aunque no debieran estar encorsetadas en el lenguaje de los derechos, sino que antes bien, debieran estarlo en el más restrictivo de las virtudes.

Las dificultades conceptuales del llamado derecho a la verdad, no debieran evitar que la tutela de la memoria colectiva sea parte de la agenda de las instituciones democráticas del estado de derecho. Debiéramos cambiar el léxico que empleamos: la invitación que se cursa es a abandonar el lenguaje del liberalismo y abrazar el republicanismo. Torcer la ecuación a la que estamos acostumbrados, permitiría:

- i) Resolver las aporías conceptuales del llamado derecho a la verdad;
- ii) adoptar una concepción comunitaria constitucional lo suficientemente poderosa, como para fomentar virtudes cívicas enraizadas en ciertos acontecimientos que jalonan el pasado de una comunidad y en algún sentido, determinan su futuro y
- iii) favorecer diseños institucionales adecuados para el logro de los objetivos propuestos.

No obstante, vale decir que en este escrito solo se pudieron presentar los aspectos negativos de la cuestión. Los aspectos positivos, merecen un trabajo a parte y detenido.

Referencias bibliográficas

- Badeni, G. (2005). *El caso 'Simón' y la supremacía constitucional*. La Ley, 2005-D, 639.
- Barcesat, E. (2007). *La nulidad de los indultos respecto de autores y partícipes de crímenes de lesa humanidad*. La Ley, 2007-D, 423.
- Basterra, M. (2004). *Arancibia Clavel: Una sentencia que dispara un arduo y dificultoso debate*. La Ley, 2004-F, 293.
- Böhmer, M. (2014). *¿Puede que no haya una sola respuesta correcta?* en Hilb, C. et al, 2014.
- Botero, C. y Restrepo, E. (2005). *Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia en Rettberg, Angelika. Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional*. Bogotá. Universidad de Los Andes.
- Carrío, A. (2004). *Principio de legalidad y crímenes aberrantes: una justificación alternativa a su imprescriptibilidad*. La Ley, 2004- E, 122.
- Cianciardo, J. (2004). *La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y la aplicación retroactiva de la ley penal*. La Ley, 2004-F, 307.
- Crenzel, E. (2010). *Políticas de la memoria. La historia del informe Nunca Más*. Papeles del CEIC, 61. Septiembre, 2010-2.
- Crenzel, E. (2014). *La historia política del Nunca más. La memoria de las desapariciones en Argentina*. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores.
- Diana, N. y Kodelia, G. (2005). *Sinceridad y justicia: 18 años después*. La Ley, 2005-E, 320.
- Duff, A. (2010). *Authority and responsibility in International Law* en Besson, S. & Tasioulas, J. (Eds.) *The Philosophy of International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Elías, J. (2006). *O de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho*. *Semanario Jurisprudencia Argentina*, 27/9/2006.
- Elías, J. (2011). *Justicia transicional y justicia internacional (a propósito del caso Gomes Lund)*. *Revista de Derecho Comparado*, 19, Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.
- Ettxeberria, X. (2006). *Memoria y víctimas: una perspectiva ético filosófica* en
- Gómez Isa, Felipe (Dir.), *El Derecho a la memoria*. Bilbao. Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe. Universidad de Deusto.
- Ferrante, M. (2011). *La prueba de la identidad en la persecución penal por apropiación de niños y sustitución de su identidad* en CELS, *Hacer Justicia: nuevos*

- debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores.
- Ferreira, M. (2005). *La Corte Suprema ratifica la nulidad de las 'leyes de impunidad': los distintos fundamentos, la conclusión implícita y la última respuesta (el espectro de la víctima)*. *Semanario Jurisprudencia Argentina*, 2/11/2005.
- Filippi, A. (2007). "Damnationemoriae y humanitas del derecho" en Otero, J. y Eiroa, P., 2007.
- Galain, P. (2011). *Relaciones entre el derecho a la verdad y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional* (Ed.), Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional, Montevideo. Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung.
- García, H. (2004). *Reflexiones jurídicas en torno a la doctrina de la Corte Suprema en el caso Arancibia Clavel*. La Ley, 2004-F, 321.
- Gelli, M. (2004). *El alcance de la irretroactividad penal y las fuentes del ordenamiento jurídico en el caso Arancibia Clavel*. La Ley, 2004-F, 906.
- Gil, A. (2004). *Constitución y derechos humanos. Las normas de olvido en la República Argentina*. Buenos Aires. Ed. Ediar.
- Gil, A. (2004). *El caso Arancibia Clavel: un fallo fundante en torno a la aplicabilidad*. La Ley, 2004-F, 337.
- Gil, A. (2005). *En el nombre de la justicia, la memoria y la verdad*. La Ley, 2005-C, 839.
- Glover, J. (2007). *Humanidad e inhumanidad. Una historia moral del siglo XX*,
- Marco Aurelio Galmarini (Trad.), Madrid: Cátedra, 2da. Edición.
- Guastini, R. (2001). *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico*, en Id.,
- Ensayos de Teoría Constitucional, José María Lujambio (Trad.), México. Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM.
- Guinzburg, C. (2007). *La prueba, la memoria y el olvido* en Otero, J. y Eiroa, P., 2007.
- Hayner, P. (2008). *Verdades innombrables. El reto de las Comisiones de Verdad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hilb, C. (2013^a). *La virtud de la justicia y su precio en verdad. Una reflexión sobre los Juicios a las Juntas en la Argentina, a la luz de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Usos del pasado, qué hacemos hoy con los setenta*, Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores.
- Hilb, C. (2013^b). *¿Cómo fundar una comunidad después del crimen? Una reflexión sobre el carácter político del perdón y la reconciliación a la luz de los Juicios a las Juntas en la Argentina y de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación*. *Discusiones*, 12, Universidad Nacional del Sur, pp. 31-58.
- Hilb, C. (2014^a). *Justicia, reconciliación, perdón. Cómo fundar una comunidad después del crimen* en Hilbet all, 2014.
- Hilb, C. (2014^b). *Lesas Humanidad. Argentina y Sudáfrica: reflexiones después del mal*. Buenos Aires. Ed. Katz.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Carmen Vázquez y Edgar Aguilera (Trad.). Buenos Aires. Ed. Marcial Pons.
- Levi, P. (2005). *Los hundidos y los salvados en Trilogía de Auschwitz*, Pilar Gomez Bedate (Trad.). Barcelona. Ed. Océano.
- Maculan, E. (2013^a). *Los juicios por la verdad en Argentina ¿Un mecanismo novedoso de la justicia de transición o un paliativo con carácter provisional?* en Maculan y Pastor, 2013.
- Maculan, E. (2013^a). *Los juicios por la verdad en Argentina ¿Un mecanismo novedoso de la justicia de transición o un paliativo con carácter provisional?* en Maculan y Pastor, 2013.
- Maculan, E. (2013^b). *La expansión de los juicios por la verdad* en Maculan y Pastor, 2013.
- Maculan, E. y Pastor, P. (2013). *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*. Buenos Aires. Ed. Hammurabi.
- Malamud, J. (2000). *Terror y justicia en la Argentina. Responsabilidad y ¿democracia después de los juicios al terrorismo de Estado*. Buenos Aires. Ediciones de la Flor.

- Malarino. (2009). La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón. EIDial.com, 14/09/2009.
- Manili, P. (2005). *Primeras reflexiones sobre el fallo Simón: Una disidencia ajustada a derecho*. La Ley, 2005-F, 15.
- Martín, L. (2014). *Regímenes criminales, refundaciones democráticas y formas de justicia (Argentina, Sudáfrica, Uruguay)* en Hilb, C. et al, 2014.
- Mocoora, J. (2014). *Justicia transicional, Amnistía y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una propuesta para justificar políticas transicionales*. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, 3, Abeledo-Perrot, pp. 479-491.
- Morlachetti, A. (2005). *El caso 'Arancibia Clavel'. Principio de legalidad e imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. ¿Una nueva exegesis del art. 18 CN.?. Semanario Jurisprudencia Argentina, 27/4/2005.*
- Naqvi, Y. (2006). *The right to the truth in international law: fact or fiction?*
- International Review of the Red Cross, Volume 88, Number 862, June, pp. 245-273.
- Osiel, M. (2000). *Mass atrocity, collective memory, and the law*. New Brunswick, Transaction Publishers.
- Otero, J. y Eiroa, P. (2007). *Memoria y derecho Penal*. Buenos Aires. Fabián Di Placido Editor.
- Pastor, D. (2007). *El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema*. Buenos Aires. Editorial Ad - Hoc.
- Pastor, D. (2013^a). *Acerca de la verdad como derecho y como objeto exclusivo del proceso penal* en Maculan y Pastor, 2013.
- Pastor, D. (2013b). *Auctoritas facit veritas. La imposición judicial de una versión histórica no comprobada legalmente* en Maculan y Pastor, 2013.
- Pizzolo, C. 2007. *Para no olvidar*. La Ley, 2007-D, 398.
- Sabelli, H. y Santiago, A. (2008). *Tiempo, constitución y ley penal*. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot.
- Salazar, P. (2014). *La reconciliación como modo de vida ética de la república* en Hilb, C. 2014.
- Salomoni, J. (2005). *Acerca del fallo Simón de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*". La Ley, 2005-D, 1340.
- Silva, J. (2009). *Una crítica a las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor*. Revista de Estudios de la Justicia, N. 11, p. 35-56.
- Tamburrini, C. (2012). *¿Trocar verdad por justicia?* Revista de Derecho Penal, Año 1, N. 1. Buenos Aires. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Todorov, T. (2002). *Memoria del mal, tentación del bien*, Manuel Serrat Crespo (Trad.). Península, Barcelona.
- Valcarcel, A. (2010). *La memoria y el perdón*. Barcelona. Ed. Herder.
- Vervaele, J. (2013) *Graves violaciones de Derechos Humanos y Delitos Internacionales: del Ius (Non) Puniendi del Estado-Nación a un deber puniendimperativo de iuscogens?* Revista Eletrónica de Direito Penal e Política Criminal, UFRGS, Vol. 1, N° 1, p. 3-36.