

Volumen de homenaje a Salomón Lerner Febres con motivo de la celebración de sus 70 años

# LA VERDAD NOS HACE LIBRES

Sobre las relaciones entre filosofía, derechos humanos, religión y universidad

EDITORES

Miguel Giusti

Gustavo Gutiérrez

Elizabeth Salmón



## Capítulo 6



FONDO  
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

*La verdad nos hace libres. Sobre las relaciones entre filosofía, derechos humanos, religión y universidad*

Miguel Giusti, Gustavo Gutiérrez y Elizabeth Salmón (editores)

© Miguel Giusti, Gustavo Gutiérrez y Elizabeth Salmón, 2015

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Diseño de cubierta: Gisella Scheuch, sobre la base de la escultura *Logos*, de Margarita Checa, fotografiada por Alicia Benavides

Diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2015

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-08108

ISBN: 978-612-317-114-8

Registro del Proyecto Editorial: 31501361500583

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

## MEMORIA Y JUSTICIA. REFLEXIONES SOBRE LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y LAS COMISIONES DE LA VERDAD

Reyes Mate, Consejo Superior de Investigaciones Científicas

*Verdad y memoria están llamadas a prestar sus servicios al rescate de un proyecto democrático en el Perú*

Salomón Lerner Febres

Es imposible no toparse con el concepto de justicia transicional cuando se transita actualmente por el amplio campo de la justicia penal. Se puede discutir sobre su novedad, pero no sobre su importancia. Si queremos garantizar el desarrollo de los derechos fundamentales, hay que tomarla muy en serio. Si queremos abordar con rigor la superación de un conflicto violento, es decir, si queremos poner bases sólidas para acabar con la violencia y que el pasado violento no se repita, tenemos que colocar en el epicentro de la escena a la justicia transicional.

Nadie discute su importancia, pero sí su novedad. Hay quien piensa que es una novedad absoluta en la historia del derecho, mientras que otros sostienen que la cosa viene de muy atrás. Puede que así sea, pero lo cierto es que hoy ha tomado una forma hasta ahora desconocida. Si en el pasado mandaban los intereses de los agentes políticos, hoy prima algo así como la justicia debida a las víctimas o, dicho de otra manera, la justicia frente a los crímenes perpetrados en un contexto de violencia o terrorismo.

### 1. ¿UNA JUSTICIA TRANSICIONAL DE LOS ANTIGUOS?

Hay quien, como Jon Elster, piensa que «la justicia transicional democrática es tan antigua como la democracia misma» (2006, p. 17). Es vieja esta figura jurídico-política, especializada en saldar cuentas con el pasado y que aparece en los momentos de transición de un régimen político a otro, por ejemplo, de la dictadura a la democracia. En la medida en que el nuevo régimen llega con pretensiones de justicia, tiene que habérselas con los atropellos del régimen anterior, sobre todo cuando este ha sido una dictadura.

Las reacciones del nuevo régimen ante las injusticias del antiguo han sido muy variadas. Los atenienses, por ejemplo, cambiaron de estrategia en menos de 10 años. La transición de la dictadura del Consejo de los Cuatrocientos a la democracia de Atenas, en 411 a. C., puso en marcha una justicia transicional dura y exigente, porque lo que buscaban los nuevos dirigentes era el castigo de los dictadores y la reparación del daño causado a los demócratas. Actitud muy diferente fue la que presidió la transición de la dictadura de los Treinta Tiranos a la democracia en el año 403 a. C. Fue una transición dispuesta a utilizar todos los medios a su alcance para lograr la reconciliación, de ahí el decreto de amnistía. Con la amnistía no solo se borraban los delitos cometidos, sino que se perseguía algo mucho más contundente, a saber, condenar a quien recordara. Prueba de la seriedad de la medida es esa pena de muerte que, según cuenta Aristóteles en *La constitución de Atenas*, fue aplicada a un exiliado recién llegado a Atenas que osó recordar sus males pasados. El resultado fue que «después de que este hombre fuera muerto, nadie más quebró la amnistía» (Elster, 2006, p. 29). La memoria resultaba letal para quien la practicara, pero no porque los recuerdos propios resultaran insoportables, sino porque la autoridad política no los toleraba, ya que había anclado la legitimidad de su poder en una supuesta «reconciliación nacional» que se sentía amenazada por la memoria de los crímenes cometidos por una de la partes «reconciliadas».

Suerte dispar corrieron, igualmente, las transiciones políticas que tuvieron lugar en Francia en el momento de la Restauración de 1814 y la de 1815. La primera fue blanda, pese a que la aplicaron los derrotados por la Revolución de 1789, los cuales volvieron sin haber aprendido nada ni olvidado nada del exilio. Tan blanda que permitió el regreso del propio Napoleón Bonaparte. No hubo juicios, ni justicia política, sino solo unas pocas purgas en la administración pública. La segunda Restauración fue mucho más dura, consciente de que la «mano blanda» había facilitado el resurgir de Napoleón.

Lo propio de esta vieja justicia transicional es que el pasado es visto desde la óptica del presente, es decir, desde los intereses presentes de los que ahora mandan. Si conviene, abrimos la mano y pasamos la página; si no conviene, que se paguen las culpas todas juntas. En esas prácticas se retuerce el derecho para complacer a los príncipes y nada hay que invoque el sufrimiento de las víctimas, sobre todo si estas ya no están ahí. Si el centro de gravedad de la justicia es el presente, será inevitable la querencia a pasar la página o a canjear justicia por paz.

Es difícil imaginar en esos casos a un juez que, sobre la base del mero derecho, aunque este sea el internacional, procese a un exmandatario del gobierno de otra nación, y que además lo haga contra la opinión de la fiscalía del propio país. Es inimaginable en esa justicia transicional de los antiguos un caso que se parezca

al procesamiento de Augusto Pinochet, llevado a cabo por iniciativa de un juez independiente, Baltasar Garzón, contra el parecer de los unos (la fiscalía española) y la indignación de los otros (el gobierno español y el chileno).

Si se juzga el pasado en función del presente, lo lógico es pasar la página. Esto interesa, desde luego, a los antiguos verdugos, pero también a los nuevos amos que valoran más la pacificación que la justicia. En ellos puede más el deseo de paz que el de hacer justicia con el pasado. Este mecanismo se observa, por ejemplo, incluso en los protagonistas de la Revolución Francesa, los cuales no castigaron a las antiguas cúpulas por delitos pasados ni compensaron al campesinado por lo que les habían robado. Los cargos presentados contra los aristócratas durante el Terror se basaron en lo que habían hecho después de la Revolución. Asimismo, sería inexacto decir que la abolición de los deberes feudales fue la «reparación de una injusticia pasada. Los decretos del 5 de agosto de 1789 apuntaban a eliminar la injusticia de cara al futuro, sin ninguna compensación adicional por injusticias pasadas» (2006, p. 66).

Como se pone el acento en la convivencia actual, el interés por las injusticias pasadas decrece conforme se alejen del momento actual. Hay un texto de John Stuart Mill, tomado de sus *Principios de economía política*, que expresa muy bien el fatal destino de la justicia transicional tal y como hoy la entendemos. Dice el filósofo inglés lo siguiente:

[...] después de algún tiempo, la tenencia que no fue cuestionada legalmente se convierte en un título de propiedad. Así ocurre en todo el mundo. Incluso en el caso de que la posesión fuere injusta, el despojo de los poseedores actuales —probablemente *bona fide*, después de transcurrida una generación—, haciendo revivir un derecho que ha estado oculto durante mucho tiempo, sería, por lo general, una injusticia mayor y casi siempre ocasionaría más daño público y privado que dejar sin expiar la injusticia original. Puede parecer un poco fuerte que un derecho que en un principio era justo desaparezca por el mero paso del tiempo; pero transcurrido cierto tiempo [...] la balanza de la injusticia se inclina hacia el otro lado. Sucede con las injusticias de los hombres lo que con los desastres de la naturaleza, que cuanto más se tarda en repararlos, mayores son los obstáculos para llevar a cabo la reparación, por las malezas que hay que arrancar o abatir» (citado en Elster, 2006, pp. 201-202).

Revolver el pasado puede suponer «una injusticia mayor que dejar sin expiar la injusticia originaria».

Este texto es muy significativo. El paso del tiempo se convierte en árbitro de la justicia, en principio de lo justo e injusto. La justicia tiene que luchar contra la historia. Parece entonces sarcástica la tesis hegeliana que entroniza a la historia como tribunal del mundo («*die Weltgeschichte als Weltgericht*»), porque la historia, el paso del tiempo, está preñada de olvido.

Pero, ¿es eso así? ¿El «paso del tiempo» borra realmente el pasado? Por «paso del tiempo» entendemos un espacio temporal en el que nadie ha querido hacer valer ese pasado injusto, de suerte que la historia de unos y otros se ha ido conformando sin que ese pasado haya tenido peso alguno. Y si, de repente, viene alguien y reclama unas tierras que robaron al bisabuelo o justicia por un asesinato perpetrado contra el abuelo, se le dirá que no es de este mundo, que está anclado en el pasado, como un espectro. Hacer caso a esas demandas es lo que, a los ojos de Stuart Mill, causaría una injusticia mayor que la que se quiere reparar.

El error de este planteamiento consiste en pensar que existe «un espacio temporal en el que nadie ha querido hacer valer ese pasado injusto». La víctima lo ha querido hacer valer, pero su voz era inaudible. Para ella, el tiempo no pasa, sino que está suspendido, esperando que se le haga justicia. Es verdad que la historia de unos y otros se ha conformado sin que ese pasado haya tenido peso alguno. La historia de España, durante el franquismo, se hizo sin que pesara la Segunda República; y, en el Chile de Pinochet, poco espacio podía haber para Allende, pero eso no significa que la historia real sea el tribunal de la historia.

La realidad es, en cualquier caso, algo más que lo que ha ocurrido de hecho, algo más que la pura facticidad. De la realidad forman parte los no-hechos: lo que pudo ser y no se permitió, incluso lo que tuvo lugar, pero fue derrotado y, así, sepultado por el peso de los triunfadores. Allende era el espectro de Pinochet, como la democracia lo era del franquismo. No hay que confundir ausencia con «espacio temporal» vacío. Gracias a esos espectros del pasado hoy hablamos, en España, más de República que de franquismo; y, en Chile, de Allende más que de Pinochet.

## 2. LA JUSTICIA TRANSICIONAL DE LOS MODERNOS

Si, como quiere Elster, incluimos en la historia de la justicia transicional estas prácticas políticas que tenían en cuenta los crímenes de los regímenes anteriores, pero que los enjuiciaban según la conveniencia del momento, habrá que distinguir entre la justicia transicional antigua y la moderna. Dónde colocar el corte, he ahí un tema harto vidrioso. Todo depende del criterio de división que adoptemos.

Si tomamos como criterio de división el derecho, es decir, la respuesta legal a los crímenes cometidos por un régimen anterior, tal y como hace Ruti Teitel (2011, pp. 135-173), podemos reconocer en la justicia transicional moderna en el siglo XX, el cual ha conocido un gran desarrollo de esa justicia, tres fases bien delimitadas. La primera se remontaría al Tratado de Versalles, con el que los aliados castigan a la Alemania que, al desencadenar la Primera Guerra Mundial, es culpable de los «daños y pérdidas infligidos a los gobiernos aliados». En ese caso, se recurre al derecho penal

internacional para castigar a un país entero y también para determinar responsabilidades individuales.

Pero es en la posguerra de la Segunda Guerra Mundial cuando se despliegan las potencialidades de la justicia internacional. El buque insignia de esa práctica es el Juicio de Núremberg, el cual penalizó crímenes de Estado a partir de exigencias del derecho universal. Ese enfoque tuvo desarrollos tan decisivos como la regulación internacional de los conflictos armados y la Convención Contra el Genocidio de 1948 (p. 142).

La Guerra Fría supuso un freno a esta dinámica y hubo que esperar a la caída del muro de Berlín y al derrumbe de la Unión Soviética para que se iniciara una nueva modalidad de justicia transicional en el contexto de transiciones a la democracia a partir de regímenes totalitarios o represivos. Esto ocurrió con los nuevos Estados que emergieron de la descomposición del imperio soviético, pero también en muchos Estados de América Latina y África, alcanzados por la onda expansiva que vino de la ex Unión Soviética, sin olvidar casos como el de España y Portugal que tuvieron lugar en plena Guerra Fría.

Para esta segunda fase, desarrollada en tiempos de la Posguerra Fría, el modelo Núremberg no vale. Primero, porque las transiciones se hacen desde el propio país y, con frecuencia, por los mismos protagonistas del régimen anterior. Aunque el derecho internacional juega un papel, el acento es nacional. No se da la situación de vencedores y vencidos que explica el juicio de Núremberg. En segundo lugar, esas transiciones se hacen en situaciones precarias: un poder judicial sin suficiente autonomía, leyes de autoamnistía y sociedades profundamente divididas.

Aparecen entonces problemas transicionales que desbordan el campo de lo penal o jurídico, tales como sanar heridas, lograr la reconciliación o conocer la verdad de lo ocurrido con los desaparecidos. Son preocupaciones muy reales, pero que han sido consideradas ajenas del todo o en parte al derecho. Se produce entonces una extraña situación: se incorporan al lenguaje de la «justicia transicional» prácticas extrañas al derecho, como las comisiones de la verdad, pero al precio de «hacer concesiones cruciales al derecho» para poder llevarlas a cabo (p. 148).

Si el buque insignia de la primera fase era el Juicio de Núremberg, el de esta segunda son las comisiones de la verdad. Si lo que guiaba a la primera fase era la aplicación del derecho penal internacional, lo que guía a esta segunda fase es la atención a la pluralidad de daños causados por la violencia a la sociedad.

Esta situación incomoda al derecho porque entiende que, por un lado, «se sacrifica el objetivo de la justicia por la meta más modesta de la paz» (p. 153). Por otro lado, se canjea verdad por amnistía, como hizo la Comisión de la Verdad en Sudáfrica, algo que a los juristas les suena a impunidad. No solo se sacrifica el derecho a cambio

de la paz o la verdad, sino que se privatiza de alguna manera la justicia transicional al situar la reconciliación en el marco de un encuentro entre víctimas y victimarios.

Hay en esta fase una cierta desnaturalización de la justicia, al sustituir el rigor del derecho por un lenguaje moral o religioso —hablar de perdón, culpa, reconciliación—, lo cual transforma el derecho en una religión secularizada. Sin olvidar, finalmente, el atentado que todo esto supone contra el Estado liberal, el cual es el caldo de cultivo de una justicia independiente y universal. En esta fase, se introducen categorías teológicas en la esfera pública, lo que acarrea una privatización del derecho<sup>1</sup>.

Todo esto ha permitido, por un lado, un desarrollo espectacular de la justicia transicional que implica a amplios sectores sociales y no solo a los jurídicos. Pero ello, para nuestra autora, ha ocurrido al precio de desnaturalizar la justicia, ya que con tantos elementos extraños al derecho no se sabe si todavía estamos en el terreno de la justicia o en el de la teología. Preocuparse por la verdad, el perdón o la culpa es digno de encomio, pero queda pendiente determinar si eso contribuye a resolver las injusticias cometidas o a distraerlas (p. 164).

Con el cambio de siglo, se produce un cambio de tendencia, lo que nos permite hablar de una tercera fase, caracterizada por la normalización de la justicia transicional. Ha dejado de ser un capítulo especial debido a situaciones excepcionales y se ha convertido en un aspecto necesario del Estado de derecho. Esa normalización de la justicia transicional tiene que ver con la normalización del conflicto, de la fragmentación política o de la debilidad de los Estados, en una palabra, con lo que constituye este mundo nuestro que camina entre la posmodernidad y la globalización. Cobra fuerza en nuestro mundo el derecho internacional humanitario, pero proyectado no solo hacia instancias internacionales como la Corte Penal Internacional sino también hacia los Estados.

Esta normalización de la justicia transicional no despeja todas las dudas del jurista en la etapa anterior. Porque, si ya no hay diferencia entre el funcionamiento del Estado de derecho en una sociedad democráticamente consolidada y otra en transición, lo que se desprende es una pérdida de rigor en la aplicación del Estado de derecho en una sociedad democrática consolidada. Al fin y al cabo, la justicia transicional va ligada a circunstancias políticas excepcionales, de ahí la flexibilidad en su aplicación; sin olvidar, por otro lado, todas esas adherencias metajurídicas con las que se ha cargado o recargado la justicia transicional en la etapa anterior (p. 169).

---

<sup>1</sup> Teitel invoca la autoridad de Habermas para denunciar estas prácticas. Es una invocación indebida, ya que Habermas defiende la presencia pública de toda voz social, incluida la de las tradiciones religiosas, a condición de que defiendan sus argumentos en un lenguaje comunicable (véase Mate, 2008).

### **3. LA CONTINUIDAD DEL ESTADO Y LA PARCIALIDAD REPRESENTATIVA DEL ESTADO: DOS PRINCIPIOS EXPLICATIVOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

Si nos preguntamos por la división en tres fases que propone Teitel, tenemos que decir que resulta paradójica. En efecto, si el criterio de análisis es el derecho, entonces tendríamos ante nosotros la curiosa paradoja de que lo más novedoso de la justicia transicional es lo que menos relación tiene con el criterio de la división en fases: el derecho. Ahora bien, el que categorías como perdón, paz, verdad o reconciliación casen mal con el derecho penal no significa que no tengan que ver con la justicia, al menos con el concepto filosófico de justicia.

Decir que esos elementos son extraños al derecho porque provienen de otras tradiciones de pensamiento, como la teología, no es decir mucho porque, como bien vio Hegel, la religión pertenece a la historia de lo racional y, sin ir tan lejos, el jurista Carl Schmitt reconoce que no hay una sola categoría política que no tenga un antecedente teológico. El problema no son los orígenes o el «pedigrí», sino la capacidad de metabolización de esas categorías en conceptos de justicia. La pregunta que nos tenemos que hacer es si la preocupación por la verdad o por la paz o por el perdón o por la reconciliación o por la culpa tienen que ver con la justicia o son meras prédicas morales. A nadie se le oculta que la respuesta depende de cómo entendamos la relación del derecho con la justicia: ¿agotan las leyes el campo de la justicia?, ¿cabe hablar de una relación entre justicia y verdad o justicia y paz o justicia y culpa? Volveremos luego sobre ello.

Para poder explicar la novedad de la justicia transicional importa aclarar cómo se hace presente la víctima y no solo el crimen o, mejor dicho, tenemos que entender que el crimen, la figura jurídica central en el derecho penal, emerge de la mano de la víctima, que es el sujeto real de la justicia. Pues bien, la visibilización de la víctima tiene que ver con el Estado, con un cambio en la apreciación del Estado. Ese cambio tiene dos movimientos que son producto de experiencias políticas históricas y que podemos agrupar en torno a estas dos proposiciones: (1) el principio de la «identidad o continuidad del Estado» y (2) el principio de la «parcialidad representativa del Estado».

- (1) Lo que dice el primer principio es que «el Estado continúa siendo el mismo, a los efectos del ordenamiento jurídico internacional, cualquiera que sea el cambio o cambios ocurridos en su organización interna» (Chinchón Álvarez, 2009, p. 343). Consecuente con este principio, Napoleón declaró, cuando se hizo con el poder, lo siguiente: «asumo la responsabilidad de lo que ha hecho Francia desde los tiempos de Carlomagno hasta Robespierre» (véase Arendt, 1999, p. 9).

El Estado español o brasileño es el mismo aun cuando en un tiempo haya tomado la forma de un gobierno dictatorial seguido de otro democrático. Y esto vale particularmente para los compromisos internacionales, de suerte

que, si nos preguntamos qué papel debería jugar el derecho internacional en un proceso de transición, habría que decir que «el mismo que si ese proceso no se hubiera iniciado, no se estuviera desarrollando o no hubiera culminado con mayor o menor éxito» (Chinchón Álvarez, 2009, p. 344). Los cambios de gobierno no modifican la responsabilidad adquirida. Esto significa que los procesos de transición no son circunstancias que justifiquen la tuidad alguna en el cumplimiento de las obligaciones legales. Si no se cumplen, no es porque la justicia decaiga, sino porque la violencia —cualquiera que sea su forma: presión militar o flojera de los jueces— lo impide. Tampoco vale decir que las obligaciones derivadas del derecho internacional afectan solo al tiempo político llamado de transición, de suerte que, una vez cancelado oficialmente este, lo que entonces no se cumplió debe declararse periclitado. Si el Estado no fue capaz de juzgar a los torturadores en su momento, habrá que esperar tiempos mejores, pero lo que no se puede es pasar la página una vez concluida oficialmente la transición política. A esas formas de prescripción, amnistías o leyes de punto final habrá que decir lo que estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a saber, que

considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendían impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (véase Chinchón Álvarez, 2009, p. 351).

La voluntad de los políticos que pilotan una transición no puede suspender la responsabilidad de los jueces que tienen que cumplir las leyes vigentes. La transición política no puede ser un tiempo de rebajas legales. Como dicen el ex fiscal anticorrupción Carlos Jiménez Villarejo y el magistrado Antonio Doñate, al analizar la sentencia del Tribunal Supremo español (27 de febrero de 2012) contra el juez Garzón, la judicatura española se negó a aplicar las normas positivas, vigentes cuando se produjeron los hechos, que la obligaban a perseguir los delitos. Muchos de los crímenes franquistas siguen impunes porque contravinieron leyes republicanas y acuerdos internacionales vigentes cuando los golpistas atentaron contra la legalidad en vigor. A su vez, no hay que olvidar, por un lado, acuerdos internacionales como «la cláusula Mertens»<sup>2</sup>, ni, por otro lado, que, de acuerdo con el derecho

---

<sup>2</sup> La cláusula Mertens dice que «los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios de derechos de gentes». Véase Jiménez Villarejo & Doñate Martín (2012, pp. 209 y ss.).

internacional humanitario, hay delitos que por su gravedad son siempre perseguibles. Si los jueces no cumplieron con su papel, y se sumaron incondicionalmente, salvo excepciones, al proyecto de olvido de los políticos, no fue en nombre de la legalidad, sino en su contra. En modelos de transición política «a la española»<sup>3</sup>, la primera víctima no es la justicia transicional, sino la justicia *tout court*. Si fuera para recordar estas obviedades, no tendría sentido hablar de justicia transicional. Si se habla de ella, es porque hay algo más que la pura legalidad. Es porque el Estado tiene que hacerse cargo de una responsabilidad política de la que es necesario hablar.

Hannah Arendt entiende que es necesario hablar de una «responsabilidad colectiva» para designar ciertas encrucijadas políticas que quedan fuera del campo «legal» y de lo «moral». Aunque lo legal y lo moral son bastante distintos, tienen, sin embargo, en común que «hacen siempre referencia a la persona y a lo que la persona ha hecho» (Arendt, 1999, p. 9). No cabe hablar, pues, de legalidad o moralidad colectivas. Para que haya responsabilidad colectiva han de darse dos condiciones: a saber, que se haga responsable a alguien de algo que no ha cometido y que se dé su pertenencia a un grupo, pertenencia que un acto de su voluntad no puede disolver. Pues bien, este tipo de responsabilidad es siempre política, tanto si aparece en la forma más antigua de una comunidad que hace suyo lo que alguien haya hecho en particular (matar al padre), como si la responsabilidad colectiva deriva de que alguien ha hecho algo en nombre de esa comunidad a la que pertenece (matar en nombre del «pueblo vasco»). La comunidad hace suyo lo que se haya hecho en nombre de ella. La responsabilidad colectiva alcanza a todas las comunidades políticas: toda nación, todo gobierno, recibe un patrimonio que hace suyo. Y esto vale incluso para los gobiernos revolucionarios que, más allá de sus diferencias, están atados por la continuidad del Estado. El que recoge este principio es Napoleón, en la ya citada frase de «asumo la responsabilidad de lo que ha hecho Francia desde los tiempos de Carlomagno hasta Robespierre». Esta frase afirma que lo que aquellos hicieron también lo hicieron en su propio nombre, pues él pertenece a esa nación en cuyo nombre lo hicieron. Se impone, entonces, distinguir bien entre responsabilidad política y culpabilidad moral o legal, sin que se contradigan.

---

<sup>3</sup> Así lo reconoce Jon Elster: «El caso español es único dentro de las transiciones a la democracia, por el hecho de que hubo una decisión deliberada y consensuada de evitar la justicia transicional». Elster menciona la amnistía parcial de 1976, que implicó la salida de presos políticos; así como la Ley de Amnistía de 1977, ley de punto final para evitar procesamientos de los miembros del régimen saliente (2006, p. 81).

Existen, sin embargo, casos en los que los criterios morales y los políticos entran en conflicto. Es lo que ocurre en los casos que dan origen a la «responsabilidad colectiva»: son hechos en los que uno no ha participado, pero de los que se derivan responsabilidades que le atañen por pertenecer a ese colectivo. La responsabilidad se deriva del hecho de que ese colectivo, o quien lo representa, ha tomado decisiones que han resultado fatales para terceros. El que yo no haya participado directamente o me haya mostrado indiferente o, incluso, que lo haya reprobado en la intimidad, no me exime de responsabilidad por lo hecho y tampoco, por tanto, por la reparación.

Más allá de los agentes directamente implicados —víctimas y victimarios—, hay un deber de justicia que alcanza al conjunto de la sociedad y que tiene por objeto los daños personales y sociales derivados de aquellas acciones que se hicieron en nuestro nombre. Esta justicia puede tomar múltiples formas: desde las comisiones de la verdad hasta actuaciones artísticas que recuerden injusticias concretas o cobardías colectivas, pasando por relatos que cuenten la fragilidad de un patrimonio acumulado bajo el lema «el robo es punible; el fruto del robo, sagrado».

- (2) El otro factor que interviene es el descubrimiento de «la parcialidad representativa del Estado moderno». El hombre moderno o ilustrado entra en la escena histórica armado de una convicción innegociable, a saber, la idea de que el ser humano, por ser racional, posee una dignidad en virtud de la cual no obedece ninguna ley salvo la que se dé simultáneamente a sí mismo. El hombre ilustrado no acepta más ley que la que él se da, es decir, es al mismo tiempo legislador y súbdito. Está, pues, guiado por la firme convicción de que cualquiera que sea la institución política que se dé, tiene que estar fundada en su autonomía, en una decisión libre.

Hegel da un paso más e identifica esa institución con el Estado, al que otorga la insuperable distinción de ser una «totalidad ética», una expresión que suena grandiosa, aunque un tanto paradójica: al fin y al cabo, ética remite a libertad y eso parece casar mal con la idea de totalidad. Pero, si Hegel arriesga tanto con el lenguaje, es porque considera que, con la figura del Estado, el ser humano alcanza la cima de la construcción política, pues el Estado consigue conciliar los intereses de los individuos con el de la comunidad. El individuo hará bien en someterse a los mandatos del Estado porque lo que en el fondo hará es proteger sus propios intereses. Hobbes había dicho algo parecido, aunque con un lenguaje mucho más descarnado o materialista, al plantear en *Leviatán* el pacto social entre el Estado y los individuos: estos entregan al Estado el monopolio de la violencia a cambio de que proteja sus vidas y haciendas.

Con estos materiales se ha construido la virtud del patriotismo, en cuyo nombre tantos miembros del Estado han entregado sus vidas por un presunto bien común. Las guerras se han alimentado con estas ideologías. Pero cabe preguntarse si esas muertes o sacrificios por la patria significaban de alguna manera la realización de los sacrificados.

Puesto que estamos ante una figura superior, adornada con el título de «totalidad ética», habrá que preguntarse si la construcción de los Estados y su mantenimiento han respondido a esa máxima exigencia. El Estado, ¿ha representado los intereses de todos o de una parte? Para Hegel, el gran defensor del modelo, el asunto está claro: los Estados se han construido, primero, excluyendo a unos, considerados extraños, y sacrificando a otros, que eran de los nuestros. La historia, que es una forma abstracta de nombrar los procesos de construcción de los pueblos, es como una inmensa ara sacrificial en el cual «han sido sacrificadas la dicha de los pueblos, la sabiduría de los Estados y la virtud de los individuos» y ante la que «siempre surge al pensamiento necesariamente la pregunta: ¿a quién, a qué fin último ha sido ofrecido este enorme sacrificio?» (1970, p. 35; 2005, p. 144). Lo llamativo no es la pregunta final, sino lo que dice antes, a saber, que la historia se ha construido sacrificando la dicha de los pueblos, la sabiduría política y la virtud de los ciudadanos. Y eso le sorprende porque esa brutalidad no le parece propia del *homo sapiens*. Está claro que aquí Hegel no se inventa nada, sino que resume la historia de la violencia.

Lo que pasa es que a Hegel el asombro humanitario le dura dos páginas, porque enseguida zanja el asunto: las víctimas son el precio del progreso y como este es indiscutible, las víctimas son insignificantes. ¡Qué le vamos a hacer! *¡Vae victis!* Hay una parte de la sociedad para la que el Estado no ha sido representativo, es decir, no ha cumplido su papel y se le pueden pedir responsabilidades. Walter Benjamin radicaliza la crítica al decir que «para los oprimidos el estado de excepción es permanente». Hay una parte de la sociedad para la que el Estado, incluso el Estado de derecho, no es significativo. Viven, al interior del mismo, bajo la cláusula del estado de excepción, es decir, viven privados de sus derechos porque estos han sido suspendidos para ellos.

El Estado, tanto en su versión hobbesiana como hegeliana, ha invisibilizado a las víctimas.

Estos dos momentos —me refiero al «principio de la identidad o continuidad del Estado» y al de la «parcialidad representativa del Estado»— aclaran mejor la aparición reciente de la justicia transicional.

El primero de esos principios explica la responsabilidad del Estado que ha sobrevenido al tiempo de dictadura, por ejemplo, frente a hechos que ni él ha cometido ni han tenido lugar en su tiempo. El Estado democrático es, sin embargo, responsable de los crímenes pasados porque la responsabilidad no deriva exclusivamente de los actos libremente realizados, sino que hay también responsabilidad por la herencia recibida. No se trata de sentirse competente para tomar decisiones políticas sobre hechos que pesan sobre el presente (eso sería restaurar el modelo antiguo de justicia transicional), sino de saberse legítimamente interpelado por las injusticias pasadas.

El segundo principio afecta a la sociedad. No hay razón de Estado que dispense a la sociedad de su derecho a pedir cuentas al Estado (o a las instituciones del Estado) o a tomar a iniciativa para que se reparen daños pasados. Es lo que en España, por ejemplo, está ocurriendo con las Asociaciones para la Recuperación de la Memoria Histórica: piden al Estado y piden a los jueces que, en nombre de leyes internacionales vigentes, exhumen e identifiquen cadáveres que yacen en fosas comunes desde hace más de 70 años.

Desde este doble supuesto se abre considerablemente el marco de la justicia transicional, puesto que debería hacerse cargo de todos los daños causados que no hayan sido objeto de la justicia. Los daños son múltiples y esto explica las muchas variantes de la justicia transicional. Para quien pone el acento en conocer los hechos, prima el derecho a la verdad; para otros, que ponen el acento en la convivencia, la justicia se convierte en un momento de reconciliación; y, para aquellos para quienes lo decisivo sea el castigo al culpable, la justicia transicional es sobre todo derecho penal.

#### 4. MEMORIA Y JUSTICIA TRANSICIONAL

Lo que sí se puede decir es que los contenidos de la justicia transicional están muy ligados a la memoria de la injusticia. Mientras mayor sea el músculo anamnético, más ambiciosa será la justicia transicional. Y la más constreñida será aquella que identifique la justicia con el derecho penal. Expliquemos esto.

- (1) La legalidad no explica, por sí misma, ni el gesto de Napoleón, asumiendo una responsabilidad histórica, ni tampoco la figura de la comisión de la verdad, con la que la víctima busca saber lo que pasó o que le pidan perdón.
- (2) Hay un desplazamiento de la justicia: del castigo al culpable a la atención a las víctimas. No hay que entenderlo como impunidad, sino como forma más ambiciosa de justicia.
- (3) Procede, entonces, a partir del daño a la víctima, el cual es múltiple. La violencia política ejercida por regímenes totalitarios, por ejemplo, provoca daños individuales, pero también sociales.

- (4) Hacer justicia en esos casos implica depurar responsabilidades penales, morales y políticas. Las responsabilidades penales y morales, aun siendo diversas, tienen en común el ser individuales e intransferibles, por eso hablamos de culpa. Culpables son los individuos. La justicia penal se substancia ante un tribunal competente y la moral ante el tribunal de la conciencia.
- (5) Los daños sociales convocan responsabilidades que afectan a un conjunto de ciudadanos, es decir, que no son necesariamente individuales y que son transferibles de una generación a otra.
- (6) Los daños a la sociedad que ha podido causar la violencia represora suponen no una forma menor de justicia, sino una mayor. Esta afirmación nos remite a un debate antiguo sobre la naturaleza del crimen: un atentado contra la ley o contra la sociedad. De la respuesta que demos depende que entendamos la justicia como restauración de la autoridad de la ley («dejando caer sobre el autor todo el peso de la ley») o reconstrucción del daño hecho a la sociedad (fundamentalmente, el crimen divide y empobrece a la sociedad). Es el debate entre Kant y Hegel (véase Mate, 1991, pp. 62-71). El peligro que encierra es interpretar, en el caso de Kant, la justicia como mera punición del culpable y, en el caso de Hegel, como impunidad.
- (7) Lo decisivo en estos conflictos es la memoria de las víctimas, lo que no implica olvido de la ley, sino reconocimiento de que tanto la construcción del derecho, en particular, como la de la historia, en general, se han construido invisibilizando el sufrimiento de una parte de la sociedad. Hay una parte de la sociedad a la que no alcanza el derecho y contra quien va la lógica de la historia. No alcanza el derecho, en efecto, a los oprimidos para los que «el estado de excepción es permanente», según declara Benjamin en la Tesis Octava. Y contra aquella parte de la sociedad va la lógica con la que se construye la historia, a saber, el progreso que da por descontado que se produzcan víctimas
- (8) Las víctimas no son el precio de la paz, sino el sujeto de la paz. Y lo son en tanto en cuanto se las considera sujetos de la injusticia o de la violencia injusta. No cabe canjear paz por justicia, ni paz por verdad. Eso sería confundir paz con olvido. La memoria de la injusticia es capaz de relacionar paz y verdad con justicia. La memoria de las víctimas significa, en efecto, no solo la *centralidad de la víctimas* al momento de impartir justicia, sino también reconocer que nuestro presente, tan democrático como quiera verse, es el resultado de un acuerdo o consenso logrado sobre mucho sufrimiento fundamentalmente invisibilizado, esto es, significa reconocer que la historia se ha construido sobre el *olvido de las víctimas*.

Todo se ha sacrificado a la paz. Y la paz es un valor político supremo porque supone la negación de la violencia. Pero conviene entenderla bien. La paz no puede ser vista solo como el sometimiento callado a los violentos o a los militares o a los golpistas venidos a menos pero con capacidad de maniobra. Tampoco, claro, como el olvido de la injusticia. La paz debe significar la renuncia a la violencia a la hora de construir la realidad. Pero eso solo es posible si reconocemos la violencia pasada perpetuada luego bajo formas más flexibles que han dado paso a la transición.

Ese reconocimiento de la violencia subyacente es un ejercicio de verdad: por eso hay que reconocer el peso de la violencia. Y es también un ejercicio de justicia, siempre y cuando se reconozca la injusticia cometida, incluso más allá de toda posibilidad de reparación. La memoria de la injusticia es un momento esencial de esa justicia, sin olvidar que hay formas de sanción social contra el crimen distintas a la pena de cárcel.

- (9) Nada de esto es impunidad, aunque, al introducir la verdad y la memoria como momentos de la paz, podemos modular de muchas maneras la práctica de la justicia, sobre todo de la justicia penal. Contribuye más a la justicia el reconocimiento del daño causado que el castigo en la cárcel.
- (10) El objetivo de la memoria de las víctimas es la paz, efectivamente, pero entendida como un proceso que pasa por la reparación de lo reparable y la memoria de lo irreparable; por el reconocimiento del daño causado (arrepentimiento); por la petición de perdón; y por una buena dosis de generosidad.

Se lo debemos a las nuevas generaciones, a las mismas a las que se dirigía Manuel Azaña, el presidente de la Segunda República Española, quien, al año de comenzar la Guerra Civil, se dirigió a sus compatriotas pidiendo «paz, piedad, perdón»<sup>4</sup>. Abogaba por la paz, que era el objetivo prioritario. Y la veía como consecuencia de un perdón. Había que perdonar porque había una culpa, ya que quien recurre a las armas para solucionar un conflicto político siembra el mundo de sufrimiento. Azaña reconoce en los muertos de la Guerra Civil a verdaderos héroes. Pues bien, incluso esos, los héroes, son culpables y tienen que pedir perdón. Y, finalmente, la grandeza de la compasión que nos invita a fijarnos en el sufrimiento ajeno más que en el propio.

---

<sup>4</sup> Decía Azaña: «es obligación moral sacar de la maza del escarmiento el mayor bien posible. Y cuando la antorcha pase a otras generaciones, piensen en los muertos y escuchen su lección: esos hombres han caído por un ideal grandioso y ahora que ya no tienen odio ni rencor, nos envían el mensaje de la patria que dice a todos sus hijos: paz, piedad, perdón» (discurso radiofónico de 18 de julio de 1938).

\*\*\*

Este intento de abrir la justicia transicional a dimensiones que desbordan el código penal porque tienen en cuenta la dimensión moral y social de la violencia se alimenta de ideas antiguas y prácticas modernas, como las que han llevado a cabo las comisiones de la verdad. Por ejemplo, la Comisión de la Verdad del Perú, creada el día 4 de junio de 2001 por el gobierno de Valentín Paniagua Corazao y presidida por Salomón Lerner Febres.

Cuando el profesor Lerner ha echado la vista atrás para analizar el trabajo de la Comisión, quedan claros algunos aspectos de capital importancia. En primer lugar, la centralidad de las víctimas. Aquí las víctimas no son tomadas por el precio de la historia, sino que representan el lugar desde el que se ha de juzgar la historia. Y hace una apreciación del mayor interés: «en sociedades donde campea la desigualdad, la violencia afecta también de manera diferenciada a las personas» (2006, p. 118). En el caso peruano, las víctimas pertenecían en su mayor parte a las capas más humildes, campesinos y pastores indígenas, olvidados por el Estado e ignorados por el ciudadano. Estas víctimas no solo se enfrentaron a la indiferencia de buena parte de la sociedad peruana, sino a la sevicia de los terroristas que decían defenderlos.

Esa centralidad de la víctima no incita a trocar justicia por venganza, sino por civilidad y mejora democrática. Solo en la medida en que reconozcamos el daño social que provoca la victimización de los más débiles, podremos construir un modo de convivencia que no se sostenga sobre la opresión de una parte de la sociedad. Hay, además, indicaciones del valor cívico de las víctimas. En un momento, Salomón Lerner recuerda un dato elocuente, a saber, «la impresionante frecuencia con la cual las víctimas invitadas por la Comisión reclamaban, a manera de resarcimiento, mejores oportunidades de educación para sus hijos» (2006, p. 129).

También es significativa la relación que establece entre pasado y futuro, es decir, entre la justicia para las víctimas del pasado y la posibilidad de un mejor futuro democrático para el país. Eso lo lleva a proponer a la Comisión que no solo investigue hechos (algo imprescindible), sino que los interprete para precisar el alcance de sus daños (necesario hacer justicia) y saque las consecuencias para el futuro. Por eso, la Comisión extrae del sufrimiento de las víctimas una serie de lecciones o recomendaciones dirigidas a las generaciones presentes y futuras con las que fundamentar un sistema de convivencia que no solo evite errores pasados, sino que, sobre todo, sea cualitativamente mejor. Entre ellas figura «la preservación de la memoria histórica», esto es, la conciencia de que la violencia pasada no estaba escrita en los astros, sino que fue obra humana; la no impunidad, porque el que se hable de dimensiones morales o sociales del crimen no significa que se borre la responsabilidad penal; la reparación de lo reparable y la memoria de lo irreparable; la necesidad de reformas institucionales dirigidas a lograr la independencia del poder judicial, el sometimiento de las fuerzas

y cuerpos de seguridad al poder civil o la mejora del sistema educativo. Finalmente, la reconciliación. Una comisión de la verdad puede abrir heridas, pero su objetivo es cerrarlas de verdad y no en falso. Lo que busca es la reconciliación y eso significa recuperar para la sociedad a esa parte hasta ahora olvidada, además de victimizada por la violencia, pero también recuperar a los victimarios y a quienes de una manera u otra los han hecho posibles. Por eso el repaso del presidente de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú a los trabajos de la Comisión acaba hablando de perdón como virtud cívica. De ese perdón al que se refería Arendt como condición de «un nuevo comienzo» y que solo es posible si quien fuera verdugo reconoce la gravedad del daño causado y pide una segunda oportunidad para demostrar que, además de hacer el mal que hizo, es capaz de integrarse fraternalmente en un proyecto político.

Al profesor Salomón Lerner le debe mucho la reflexión que, desde muchos puntos del planeta, se esfuerza por construir un mundo mejor escuchando el sufrimiento de las víctimas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arendt, Hannah (1999). Nazismo y responsabilidad colectiva. Traducción de Agustín Serrano de Haro. *Claves de razón práctica*, 95, 4-11.
- Chinchón Álvarez, Javier (2009). Formulando las preguntas correctas sobre los problemas de cumplimiento de las obligaciones de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes pasados. En Jessica Almqvist y Carlos D. Esposito (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica* (pp. 343-367). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Elster, Jon (2006). *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1970). *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte. Werke, XII*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (2005). *Lecciones sobre filosofía de la historia universal*. Traducción de José Gaos. Madrid: Alianza.
- Jiménez Villarejo, Carlos & Antonio Doñate Martín (2012). *Jueces, pero parciales. La pervivencia del franquismo en el poder judicial*. Barcelona: Pasado & Presente.
- Lerner Febres, Salomón (2006). La memoria, la justicia y el rescate del proyecto democrático: reflexiones a partir de la violencia en el Perú. *Tribuna Americana. Revista de Reflexión política*, 6, 116-131.
- Mate, Reyes (1991). *La razón de los vencidos*. Barcelona: Anthropos.
- Mate, Reyes (2008). La religión en una sociedad postsecular. *Claves de Razón Práctica*, 181, 28-33.
- Teitel, Ruti (2011). Genealogía de la justicia transicional. En Félix Reátegui (ed.), *Justicia transicional. Manual para América Latina* (pp. 135-171). Brasilia: Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil.