

DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y MEMORIA HISTÓRICA

Desafíos del pasado y retos del futuro

Gabriel Ignacio Anitua
Agustina Iglesias Skulj
José Antonio Ramos Vázquez
Mónica Zapico Barbeito
(coordinadores)

Prólogo: La memoria y la justicia penal. Reflexiones desde Argentina sobre los problemas de España.

Gabriel Ignacio Anitua

Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona

Profesor de derecho penal y criminología,

Universidad de Buenos Aires

1.

Es un honor prologar el presente libro. Un honor concedido generosamente por los verdaderos organizadores del mismo. Debo a los profesores Agustina Iglesias, José Antonio Ramos Vázquez y Mónica Zapico ese presente, y el no menor, y quizás menos merecido, de aparecer junto a ellos como coordinador de la publicación que ahora presentaré. En verdad, confesaré ya mismo que mi participación se limita a posibilitar su edición en la Argentina, tarea que fue sumamente fácil gracias a la cordial recepción que hizo de nuestra propuesta el editor Fabián Di Plácido, quien es el verdadero responsable de las bondades que tiene la edición de este libro.

Por lo dicho, son todas ventajas las que me ha proporcionado hacer de puente, de contacto, entre los jóvenes y brillantes investigadores españoles, y el más veterano pero igualmente eficaz y cumplidor editor argentino. Este y aquellos han realizado el trabajo, y yo comparto los créditos.

Esto resulta especialmente grato pero implica una gran responsabilidad. De alguna forma, y por ayudar a que esta publicación llegue a las manos del lector, queda claro que comparto y hago míos los contenidos de los trabajos y la intención final del conjunto. Además, me veo obligado a decir algo más sobre estas intenciones, cosa que puedo hacer precisamente por el favor otorgado de realizar este prólogo.

Los objetivos son bastante explícitos en la compilación, y ya fueron puestos en consideración por los coorganizadores de este libro al realizar, previamente, el Congreso internacional “Derecho penal internacional y memoria histórica: desafíos del pasado y retos del futuro en la protección de los Derechos humanos”, de donde provienen los artículos que presentaré.

Debo decir también que el verdadero, o mayor, provecho para mi persona, de esta colaboración para que este libro se edite en Argentina, es la puesta en contacto con los integrantes del equipo de investigación ECRIM, compuesto por miembros del Área de Derecho penal de la Universidad de A Coruña.

En forma previa ya conocía y admiraba a profesores destacados de esa Universidad, como Carlos Martínez-Buján, Patricia Faraldo, o José Ángel Brandáriz. El contacto con este último en actividades académicas en España y Argentina es el que me acercó a los investigadores más jóvenes que integran y le dan vida al equipo de investigación conocido como ECRIM. Luego, esta tarea de coordinación conjunta del presente libro es un punto de concreción, de llegada, pero también de inicio, de partida, para nuevas colaboraciones.

El ECRIM, como grupo de investigación sobre delincuencia y justicia criminal para el siglo XXI, es un equipo que verdaderamente trabaja como tal: es también un honor que me hagan sentir parte del mismo, y haber hecho junto a ellos este libro, producto del “general intellect”, que no solo piensa sino que también hace. Entre otras cosas, este libro. Aquí, las inteligencias y capacidades individuales se han puesto en común para pensar y producir en equipo, algo inusitado en el mundo académico.

Es esta capacidad del ECRIM de ser un equipo lo que hace que esta obra hecha por todos tenga un sentido y objetivo claro y definido.

Los integrantes del equipo de investigación ECRIM, cada año organizan un evento científico que permite profundizar en alguno de los temas clave de la política criminal. El presente libro tiene por contenido, precisamente, y como ya se ha dicho, los trabajos presentados en el Congreso internacional “Derecho penal internacional y memoria histórica: desafíos del pasado y retos del futuro en la protección de los Derechos humanos”, celebrado en A Coruña en noviembre de 2010.

Si este de la memoria histórica y del derecho penal internacional era ya un tema central entonces, como se evidencia de la lectura de las conferencias y ponencias del libro, quizás mucho más lo sea actualmente. Sobre todo en el reino de España.

2.

El libro, en sus diversas colaboraciones individuales, atiende no sólo cuestiones de Derecho penal internacional sino también de justicia transicional. Es sabido que en España no existió una tal justicia transicional, a pesar de haber sido el modelo de “transición” que se mencionó en muchos otros sitios, sobre todo en Latinoamérica.

Tengo para mí que esa ausencia es la responsable de muchos de los problemas políticos del reino peninsular, sobremanera de la persistencia de ideologías que deberían estar condenadas al baúl de la terrible historia del siglo XX. Precisamente para remediar esos problemas, se dictó allí uno de los objetos de atención de este libro: la mal llamada ley de Memoria histórica (Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura franquista). Esta ley se sancionó en un contexto en que parecían abrirse grietas contra las imposiciones de los triunfadores de esa guerra y beneficiados por la dictadura.

Pero, al poco de andar, y poco más de un año después de las discusiones sobre los textos que aparecen en este libro, las noticias no son halagüeñas. Por un lado, el triunfo político de las fuerzas de la derecha aunadas en el llamado Partido Popular, en medio de una crisis económica y moral sin precedentes en esa aún joven democracia. Por el otro, diversos avances políticos y judiciales contra el incipiente paso dado para la revisión del pasado criminal español, ente otras cosas por aquella ley.

En estos momentos, todo indica que la crisis moral, política y económica de España iría a peor. Y en ello me parece que las dos cuestiones mencionadas como malas noticias, van de la mano. Están insertas en la política social que insiste en negar las tres radicaciones geográficas de esas crisis: crisis del modelo globalizador, crisis del modelo de integración europeo, y crisis del modelo “transicional” español. Me quedaré con ésta última.

Dicha transición política española (“modélica” para los defensores del olvido y del *statu quo*) es la que dejó intacto el poder económico de la parasitaria casta oligárquica que se había beneficiado de la guerra y de la dictadura, la que mantuvo el poder fáctico de las burocracias judiciales y militares (y del Estado en general) moldeado por los miembros del Opus Dei en aquellos años, la que mantuvo una jefatura de Estado (y una forma de gobierno) impuesta por el dictador, la que se negó a resolver el conflicto territorial de acuerdo al principio de autodeterminación de los pueblos y la que, en síntesis y como explicación de todo aquello, renunció a juzgar, y aun a recordar, los crímenes de la dictadura y de los vencedores en la guerra.

Los cambios ocurridos parecen ir en contra de la revisión de esa política. Incluso en lo que hace a la mencionada ley de Memoria histórica (tan endeble, tan criticada por insuficiente: entre otras cosas, no menciona el caso de los niños “perdidos” del franquismo, a pesar de que se trata del mayor caso de desaparición forzada específicamente infantil perpetrado en la Europa contemporánea).

Pero que indudablemente era un primer paso para que España cumpliera, entre otras, con la obligación de los Estados de emprender por propia iniciativa de sus autoridades (y no de los familiares o asociaciones privadas) una “investigación oficial efectiva e independiente” en todos los casos de desaparición forzada de los que se tenga noticia, que se desprende de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, reafirmada por jurisprudencia constante del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

No es de extrañar el interés de los investigadores honestos de la justicia penal española en esa ausente justicia penal transicional. Interés que a veces linda con la perplejidad, ya que España ha sido el país pionero en la asunción por sus tribunales de la universalidad de su jurisdicción penal, que expresa su compromiso con el carácter universal de los derechos humanos. También abundan los estudiosos y estudiosas españoles sobre esta temática, de la que este libro da debida cuenta.

Los términos en los que está recogido el principio de justicia penal universal en la legislación española, han permitido la persecución de los más graves ataques institucionalizados contra los derechos humanos con la condena y castigo de un buen número de criminales así como evitado que otros puedan moverse impunemente por el mundo.

Por cierto que, como se refiere en este volumen, ese principio excede la legislación española y se impone (incluso contra una hipotética reforma de aquella) en los tratados internacionales.

3.

Pero es justamente por el desarrollo legal, jurisprudencial y académico de ese principio en España que no deja de producir general estupor lo acontecido en estos días en que escribo este prólogo, aunque en verdad la cuestión se prolongaba desde hace casi dos años, llegando ahora a su principio de fin.

Me refiero al proceso contra Baltasar Garzón por prevaricación en la investigación del franquismo (que justo en estos días, el 27 de febrero de 2012, terminó con absolución y vergüenza), que se adunó a otros procesos contra este juez, que por cierto ha dejado de serlo como consecuencia de la condena a once años de inhabilitación por prevaricación por ordenar las escuchas entre abogados y detenidos (práctica contraria al mínimo respeto al derecho de defensa, pero habitual en este juez y en la Audiencia que integra) en el llamado “caso Gürtel”.

No creo casual que ese proceso por abusos en la investigación de delitos de blanqueo de capitales, fraude fiscal, cohecho y tráfico de influencias por parte de empresarios y políticos cercanos al Partido Popular, se haya abierto a la vez que el que se siguió por prevaricar en su decisión de investigar las desapariciones registradas durante la Guerra Civil y la dictadura franquista. Tampoco es casual que este último caso haya sido absuelto, una vez que en el primero se lo había condenado.

En efecto, el 27 de febrero de 2012, los magistrados del Tribunal Supremo fundaron la esperada absolución ya que sostuvieron que la decisión de Garzón de declararse competente para investigar los crímenes del franquismo fue “errónea”, pero

no prevaricadora. Lo vergonzante radica en que la sentencia del Supremo establece que para que un juez pueda investigar los crímenes del franquismo se debe derogar previamente la ley de Amnistía desde el Parlamento. "Precisamente, porque la transición fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento". Además, estima que "el derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal".

Esta decisión, por lo tanto, no puede desligarse de la férrea resistencia de la derecha española (y de parte de la izquierda) a revisar, sobre todo en sede judicial, el mencionado pacto de olvido que la transición supuso respecto de lo ocurrido durante la dictadura. Se debe recordar que tras esta denuncia y acusación se encuentran connotadas organizaciones de ultraderecha, ligadas al régimen franquista, como Manos Limpias y Falange. Estas organizaciones han conseguido llegar a los tribunales las versiones más extremas de algunas de las tesis sobre la "memoria histórica" defendidas, entre otros resabios dictatoriales, por el propio Partido Popular. Ello hubiera sido imposible, desde luego, sin el beneplácito de un sector importante del aparato judicial.

Más allá de las tendencias políticas, es indudable que se restringe la autonomía de los jueces de grado al llevar adelante un juicio que comporta una restricción en los márgenes de lo jurídicamente discutible. Y, a la vez, se aumenta la propia discrecionalidad, con la deliberada subestimación de ciertas normas jurídicas que marcan la imprescriptibilidad de los crímenes franquistas: desde los tratados internacionales sobre derechos humanos y contra el genocidio y la tortura ratificados por el Estado español, hasta las propias interpretaciones que de la ley de Amnistía ha realizado el Tribunal Constitucional de ese reino.

No avanzar en la revisión judicial, y penal, del pasado español también implica no analizar genealógicamente al propio Tribunal Supremo o a la Audiencia Nacional, heredera del franquista Tribunal de Orden Público (a su vez heredero del Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo rememorado por el profesor Portilla en este libro), y de infausta memoria. Por cierto que Garzón es, también él, una pieza de ese aparato judicial. El Garzón impulsor de la justicia universal también es el juez de la Audiencia Nacional responsable de serias vulneraciones en derechos elementales de los detenidos, así como en la libertad ideológica y de expresión. Pero, como ha dicho el Supremo en la sentencia de condena, esas vulneraciones (se refieren a la escucha de conversaciones entre abogados y detenidos) sólo pueden hacerse "excepcionalmente" y nunca en la investigación de delitos de corrupción.

Pero volveré al tema de este libro. Las investigaciones penales sobre el pasado criminal no son ni pueden ser sólo un asunto jurídico. En el asunto español, más allá del caso Garzón, lo que está en juego es el derecho de las víctimas a una reparación moral, el derecho colectivo a la memoria, a poder establecer oficialmente, sobre la base de atrocidades demostradas, que el franquismo fue una abominación. Y que su impunidad es insoportable. Es por ello que no lo es sólo, pero también es un asunto jurídico.

4.

De entre esas cuestiones eminentemente jurídicas, y de gran dificultad y actualidad, hay una sobre la cual en el libro que presento se realizan importantes aportes. Me refiero a la dimensión internacional del tema, que de hecho aparecía

ampliamente referenciada en el dichoso Auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción número 5, dictado por Baltasar Garzón, y la cual no fue suficientemente tenida en cuenta en la sentencia en que se le absuelve.

En el Derecho internacional se han registrado una serie de desarrollos relacionados con las graves violaciones de los derechos humanos cometidas por regímenes autoritarios. Entre otros, deben tenerse presente los trabajos desarrollados en relación con la impunidad en el seno de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, en momentos sucesivos. De allí surgen los principios (tal cual resultan de la revisión efectuada en el año 2005) que se concretan en una serie de obligaciones generales de los Estados en relación con la lucha contra la impunidad, así como en la afirmación de la tríada “derecho a saber, derecho a la justicia y derecho a obtener reparación/garantías de que no se repitan las violaciones”. Entre esos principios aparece la obligación estatal de investigar pues, “La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones”¹.

Si bien estos principios parecen adoptar la forma de recomendaciones, lo cierto es que expresan reglas jurídicas existentes, tanto por encontrarse recogidas en tratados internacionales en vigor, como por constituir exponentes “de una práctica generalmente aceptada como Derecho”, que en derecho internacional tiene amplio significado.

Este derecho internacional, surgido tras los horrores del nazismo, como una especie de “transición” de la cultura jurídica y democrática mundial, puso final al viejo paradigma del modelo de Wefalia difundido tres siglos antes. El derecho internacional se transformó estructuralmente, dejando de ser un sistema práctico, basado en tratados bilaterales *inter pares*, y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal: ya no es un simple *pactum associationis*, sino, además, un *pactum subiectionis*. En el nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional no solo los Estados, sino también los individuos y los pueblos².

Poco a poco, ello también va siendo puesto en consideración por los juristas especialistas en derecho penal.

En la primera parte de este libro se exponen otras consecuencias de un tal derecho internacional, pero aquí, y para volver sobre lo que ya venía diciendo, me interesa relacionar estos principios con el tema de la amnistía o los indultos. La jurisprudencia internacional (y también la jurisprudencia argentina) ha tendido a limitar la operatividad de este tipo de leyes en los casos en los que su establecimiento tuviera por efecto consolidar de forma flagrante situaciones de impunidad frente a graves violaciones de los derechos humanos. Se ha llegado así a la conclusión jurídica de que los delitos cometidos por el Estado que implican una violación de los más elementales principios de convivencia humana civilizada, quedan inmunizados de decisiones dis-

¹ Principio 1. Obligaciones generales de los Estados de adoptar medidas eficaces para luchar contra la impunidad, en Promoción y Protección de los derechos humanos: Impunidad, Informe de Diane ORENTLICHER, Adición: Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, Doc. NU, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, p. 7.

² FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 145.

crecionales de cualquiera de los poderes del propio Estado que impidan la averiguación de la verdad y el enjuiciamiento de los responsables.

5.

La otra cuestión, no menos jurídica, a pesar de todo, es la que se refleja en la última parte del libro y que alude a la “justicia transicional”.

Como ha dicho 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”, quien añade que “en los hechos esta decisión consensuada de ignorar el pasado no tuvo imitadores directos”³. De allí la importancia de las reflexiones que se hacen sobre esta excepción jurídica en este libro, así como los aportes que se hacen desde Argentina, en base al principio de jurisdicción universal, para remediarlo, y que son explicitados por la profesora Mesutti.

Si bien esta mención da cuenta de la universalidad de esos procesos históricos, y de que los Estados están limitados por normas superiores, ningún pueblo está totalmente solo, y los individuos están más protegidos en la actualidad, lo cierto es que como bien señala Elster, cada proceso transicional local es producto de, y a la vez produce, particulares normas jurídicas.

La transición española está basada en un determinado andamiaje jurídico local, que tiene su principal herramienta en la denominada ley de Amnistía, y en la consecuente política de olvido llevada adelante por los poderes políticos y judicial. Es por ello que el caso español puede ser visto como una no transición, o como una “transición amnésica”⁴. Se ha intentado explicar ese fenómeno único por la perdurabilidad del régimen dictatorial y por la falta de empeño internacional en revisar ese pasado, que en algunos casos era visto como muy lejano.

También es cierto que la mayoría de los procesos transicionales, con excepción de los que siguieron tras la derrota del nazi-fascismo europeo tras la II Guerra Mundial, se produjeron en los años ochenta y noventa. Pues bien, en esos procesos tuvieron un importante protagonismo las reivindicaciones de las víctimas y se adoptaron y adoptan medidas de diverso signo y en circunstancias muy diversas, orientadas a dar satisfacción a esos derechos, en instancias judiciales y en todo caso con un objetivo en la búsqueda de la verdad.

Una de las ventajas de la en este libro mencionada ley de Memoria histórica, es que en España se comenzó a realizar esa demorada y necesaria transición, rompiendo el silencio que pretende mantenerse desde sectores políticos y judiciales. Pero también esa ley tiene sus problemas. Uno de ellos es que se “privatiza” el enorme crimen de las desapariciones (se confía a las familias, y a las asociaciones que constituyeron para reivindicar justicia, las tareas de indagación de la suerte de quienes fueron ejecutados y de los que desaparecieron por la acción criminal del aparato del estado) y con ello se pierde la oportunidad de hacer de la justicia y de la verdad puntos de partida de una verdadera democracia y de un nuevo ordenamiento jurídico.

La judicialización de la memoria, pone en relación a los crímenes contra la humanidad y la emergencia de la memoria democrática, como su contracara.

³ ELSTER, Jon *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006, p. 80 y 81

⁴ TRAVERSO, Enzo, *El pasado, Instrucciones de uso (Historia, memoria, política)*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 46. También MATE, Reyes, *Tratado de la injusticia*, Rubí (Barcelona), Anthropos, 2011.

6.

No tan sólo las propias víctimas y los grupos solidarios con ellas, sino muchos otros seres humanos consideran que la única forma de asentar regímenes democráticos perdurables, pasa por denunciar las gravísimas violaciones de derechos humanos cometidos desde la implantación de los diferentes terrorismos de Estado. Y por alcanzar la verdad.

La verdad, la recuperación de la memoria y su, eventual, aplicación jurídica para depurar el pasado, juega un papel decisivo para descubrir el inconsciente colectivo que toda sociedad posee. Es necesario volver a insistir aquí sobre la importancia de lo jurídico para aquella tarea colectiva de recuperar la memoria histórica y construir una verdadera democracia.

En las postrimerías de la derrota del nazi-fascismo europeo, el juicio de Nüremberg dio comienzo a una serie de procesos donde se juzgaron los que se darían en conocer como crímenes contra la humanidad. Ni en ese juicio ni en algunos de los que le sucedieron se obvió la importancia de reflejar y difundir públicamente lo que allí se hacía. La función simbólica fue especialmente cuidada, lo mismo que el valor histórico del proceso. Actualmente podemos ver imágenes grabadas del juicio a través de las cámaras de filmación y aquella no es de las consecuencias del juicio menos importantes. En su propio tiempo también fue valioso el conocimiento acerca de la verdad de los crímenes nazis, para rescatar a las víctimas y para impedir el negacionismo y con él la repetición del pasado.

Como también se ve en este libro, en los últimos años se han producido, en el plano internacional, algunos sucesos que han servido para robustecer la creencia de que efectivamente la jurisdicción y el derecho penal pueden desempeñar una cierta capacidad recuperadora de la memoria histórica. Me refiero, por un lado, a la tarea de construir un Tribunal Penal Internacional, orientado –al igual que sus homólogos *ad hoc* sobre Ruanda y Yugoslavia- hacia la represión de los crímenes de Estado. Por el otro, a la adopción de decisiones jurisdiccionales que comenzaron a señalar el camino para poner en práctica el principio de la extensión de jurisdicción o de justicia universal para aprehender y castigar a los autores de dichos delitos de lesa humanidad. Ambos temas se abordan en este libro sobre el derecho, que lo es también de historia.

En efecto, la memoria y lo jurídico deben estar íntimamente entrelazados. El uso público de la historia del que habló Habermas, comprende, entre otros elementos, también la participación del derecho penal. Esto parece indubitable en los procesos de constitución de una conciencia colectiva, como ya había previsto Durkheim.

Aunque ya he dicho algo al respecto en otra oportunidad, es importante insistir en ello aquí, al presentar este libro, y ahora, cuando se escuchan voces que reclaman silencio. Silencio en la sala. Pero la sala de justicia tiene que hablar.

En el fenómeno penal aparece en primer plano la justicia, el valor de lo jurídico, que sirve para la recreación del conflicto pueda otorgar un sentido ya no tan sólo para la víctima y el victimario sino también para la comunidad y para el juicio histórico futuro. En las audiencias de Nüremberg y las otras del mismo tipo que le siguieron (los procesos seguidos tras la caída de dictaduras en Latinoamérica, tras la caída del comunismo en el Este europeo, y tras la caída del régimen de *apharteid* en Sudáfrica), lo que allí sucedía fue seguido por toda la población y por lo tanto tales juicios se convirtieron en actos fundacionales de nuevos períodos democratizadores o de transición hacia la democracia. Es cierto que en algunos casos se crearon más expectativas de la que dichos procesos tuvieron a bien cumplir. En aquellos casos,

quienes pusieron mayor interés, y expectativas, en el ritual judicial fueron menos decepcionados que quienes lo hicieron sobre los castigos impuestos, siempre incapaces de abarcar todo el horror causado por los responsables de severas vulneraciones a los derechos humanos. A pesar de todo, y con todos los efectos que tuvieron luego los incumplimientos de las sanciones, una verdad jurídica basada en el conocimiento histórico informaba el nacimiento de la democracia.

Indaga Cohen, al señalar la relación entre conocimiento y responsabilidad por un hecho, “si los rituales convencionales de prueba de acuerdo al modelo del derecho penal ofrecen una forma efectiva de lograr conocimiento. Después de todo, es eso lo que el proceso penal ordinario pretende, tanto en su forma inquisitiva como acusatoria”. En efecto, el mismo juicio penal puede cumplir las funciones de conocimiento del pasado, así como la ya expuesta de reconocimiento de las víctimas. También podría lograrse un reconocimiento de la culpa, a través de la censura, necesaria asimismo para una efectiva “reintegración”. Cohen se hace preguntas sobre estas posibilidades del juicio penal, en especial en los casos de delitos realizados por regímenes estatales previos. Señala así cinco debates en torno al tratamiento de los crímenes de aquellos regímenes: el del “conocimiento” (que puede lograrse mediante comisiones especiales, pero también mediante juicios penales), el de la “responsabilidad” (exclusivamente limitado al juicio penal y emprendido por pocas “transiciones”), el de la “impunidad” (el modelo que requiere también del desconocimiento), el de la “expiación” (mediante purgas rituales que van más allá de lo realizado en un juicio penal), y el de la “reconciliación” (que debe partir de la censura, salvo que la reconciliación sea falsa y se utilice como una “continuidad” del anterior régimen). De acuerdo a lo mencionado más arriba sobre la función de la verdad para equiparar la discriminación hacia la víctima, ninguna democracia verdadera puede afirmarse en la impunidad y en el olvido, y requiere por tanto algún tipo de ritual político o judicial⁵.

También Ferrajoli le otorga importancia política al mismo ritual judicial estatal y supraestatal en determinados casos aberrantes, aún cuando su “veredicto” no imponga castigos sino que se limite a imponer “verdades”. Destaca la labor de aquellos tribunales llamados “de opinión” (puesto que no tienen posibilidad de ejecutar sus juicios y condenas) tales como los Tribunales “Russell” I y II, sobre los crímenes en Vietnam y en Latinoamérica, o el Tribunal Permanente de los Pueblos, que él mismo integró. Además de la importante función de denuncia, y de estigmatización moral y política a los crímenes contra la humanidad, en ellos también se denunciaba la ausencia de un derecho idóneo y se intentaba reconstruir el sentido de los valores maltratados. Se verifica en particular en este caso que la ausencia de sanción no es un problema si se afirma la verdad, puesto que el sentido común de la justicia se va formando en torno al ejercicio simbólico del tribunal en la práctica social, y con el valor normativo que se le atribuye en la comunicación política desde el mismo. El castigo no necesariamente modifica el sentido común sobre los valores puestos en juego. Es precisamente este sentido común en torno a los derechos humanos el que ha contribuido a formar el hecho de realizar un “juicio” -aunque sólo moral-, contrarrestando la pérdida de sentido de tales valores en regímenes de violencia y de no derecho. Recuerda, en especial, Ferrajoli el Tribunal para los crímenes de la dictadura de Stroessner en Paraguay, que integró junto a Salvatore Senese. Según cuenta, éste juicio se desarrolló en una gran sala frente a cientos de personas, con la presencia de la prensa y la televisión, y vio desfilar decenas de pobres campesinos que venían a mostrar las señales de las torturas sufridas

⁵ COHEN, Stanley *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento Stanley Cohen*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho UBA y British Council Argentina, 2005

en su cuerpo, a denunciar masacres y desapariciones, violaciones, violencias y expoliaciones. Se trató de una toma de conciencia colectiva⁶.

La conciencia colectiva se construye, indudablemente, con la ayuda del arsenal jurídico. Lo jurídico, con los valores de verdad y justicia, tiene una capacidad fundamental para imponer determinados valores y determinadas verdades, que se aferrarán en la conciencia y en la memoria histórica de los individuos. Sobremanera en la redefinición de los valores propiamente jurídicos de la “justicia”, algo alejado de la pena en tanto mera violencia. Los casos mencionados (y, como ejemplo de lo contrario, los múltiples casos en que nunca se realizaron tales rituales judiciales sobre esos regímenes como el aquí más mencionado de los crímenes cometidos por la dictadura de Franco) son un ejemplo mayúsculo de la impronta y valor simbólico y significativo de la actuación del derecho en conjunción con la memoria. En verdad, esa y no otra es la función del derecho, la de generar creencias: la condena (y la absolución) en materia penal apunta a convencer sobre cómo fue el pasado. Parece que, de la forma que fuera, en esas circunstancias (en esos juicios) se puede discutir sobre ese pasado. En cambio mediante la ausencia de esa discusión jurídica se permite obviar tal discusión y llegar a la negación del mismo y, posteriormente, sólo hay un paso para la glorificación de los victimarios.

Se ha insistido, en numerosas oportunidades, sobre la importancia de la recuperación de la memoria histórica y su aplicación para “depurar” el pasado por parte de las jurisdicciones democráticas. Aunque, ciertamente, no se puede delegar el establecimiento de la historia en los tribunales, pues eso no sería bueno ni para la historia ni para la justicia, las consecuencias de los enjuiciamientos públicos en la consolidación de la memoria no pueden ser despreciadas.

7.

Y tampoco debe despreciarse la importancia de las discusiones académicas. Después de lo dicho, cobra mucho mayor valor la amistad hecha con los jóvenes y valientes investigadores de A Coruña. Su juventud nos llena de optimismo sobre el futuro de la universidad, la justicia y la democracia en España.

La actualidad e interés de los temas aquí tratados surgen de la lectura del índice del libro. Esa misma lectura invita a profundizar y nos demuestra la cantidad de aristas que presenta la debatida cuestión de la justicia penal internacional y de los procesos transicionales. Más allá de esa complejidad, se ha dividido el libro en cuatro apartados.

La primera parte se dedica al Derecho penal internacional. Allí se engloban trabajos, de los autores más prestigiosos (como De la Cuesta, Zaffaroni, Faraldo) que estudian el sentido y la funcionalidad que aquél puede tener en el momento actual, el nacimiento del pacifismo jurídico de la mano de Kelsen, la mencionada cuestión del negacionismo como delito, o diversas cuestiones dogmáticas sobre la prescripción, la autoría mediata o la violencia contra las mujeres en este ámbito.

Un segundo grupo de artículos acerca al lector la realidad (y la problemática) de los tribunales penales internacionales, a los que se dedicaron dos artículos.

Un tercer capítulo engloba los estudios dedicados al Derecho penal internacional con tres trabajos acerca del principio de justicia universal que, como allí se expone, ha sufrido una importantísima reforma en España en 2009 y también desde Argentina tiene algo que decir sobre los crímenes cometidos por la dictadura franquista.

⁶ FERRAJOLI, Luigi “El Tribunal Penal Internacional: Una decisión histórica para la cual también nosotros hemos trabajado” en *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.

La última y más extensa sección se dedica a la memoria histórica y a la justicia transicional. También allí intervienen prestigiosos académicos (Portilla, Terradillos, Pérez Machío) para dar cuenta de la Ley de memoria histórica española, de la posibilidad de juzgar los crímenes del franquismo, otras cuestiones históricas de aquel país referidas a su Guerra civil, y también otros dando cuenta de la situación en otros países que están viviendo procesos de justicia transicional (concretamente, Colombia) y de cómo afecta (o debería afectar) la visión de género a esta clase de procesos.

Esta breve presentación de los textos para el lector pretende ser la más sincera invitación a introducirse de inmediato en su lectura.

Respecto a los autores, puede apreciarse que, junto a reconocidos especialistas, hay una gran cantidad de investigadores jóvenes (becarios de investigación, técnicos de proyectos, doctorandos, jóvenes doctores, etc.). A la diversidad de perspectivas sobre el fondo de los temas tratados se une, por consiguiente, una enorme variedad en la extracción académica de los que han contribuido a este libro. Ello es producto del Congreso, en el que se presentaron tanto ponencias como comunicaciones. Dada la alta calidad de dichas comunicaciones, algo que el lector comprobará por sí mismo, se ha decidido colocar a algunas de ellas junto a los textos de los autores más conocidos. No solamente esa calidad de los trabajos lleva a elogiar dicha decisión. Es precisamente en los jóvenes, como ya he dicho, donde radica la expectativa de futuros mejores, y que no olvide el pasado, reivindicando para esa mejora a las historias truncadas de las víctimas.