



TESIS DOCTORAL

Los procesos de democratización como un fenómeno complejo: análisis histórico-jurídico basado en Derechos Humanos desde la ruptura con el Antiguo Régimen hasta la actualidad

Autor:

Sara Arrazola Ruiz

Directores:

Enrique San Miguel Pérez
Leandro Martínez Peñas

Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas

Escuela Internacional de Doctorado

2022

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.....	7
BLOQUE I: MARCO CONCEPTUAL: JUSTICIA TRANSICIONAL Y EL IDEAL DE JUSTICIA BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS	11
1. UN IDEAL DE JUSTICIA BASADO EN DERECHOS HUMANOS. LA BASE DE LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA	11
a. UNA APROXIMACIÓN A UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA.....	11
b. JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA SOCIAL. EL FUNDAMENTO DEMOCRÁTICO	33
2. LA JUSTICIA TRANSICIONAL: CONTEXTO Y CONCEPTO.....	51
a. TEORÍA FUNDAMENTAL SOBRE TRANSICIONES POLÍTICAS.....	51
b. APORTACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS AL CONCEPTO DE JUSTICIA TRANSICIONAL.....	76
BLOQUE II: EL SURGIMIENTO DEL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO COMO GERMEN DEN EFOQUE DE DERECHOS HUMANOS EN LAS RELACIONES ENTRE CIUDADANÍA Y PODER.....	92
1. LAS REFLEXIONES SOBRE DERECHO, PODER Y LEGITIMIDAD DEL PERIODO MEDIEVAL: UNA APORTACIÓN EN EL CAMINO A LA DEMOCRACIA	92
2. LA RUPTURA CON EL ANTIGUO RÉGIMEN COMO GERMEN DE LA CONSTRUCCIÓN DEL IDEAL DE JUSTICIA BASADO EN DERECHOS HUMANOS	110
3. LA REVOLUCIÓN COMO HERRAMIENTA DE CAMBIO POLÍTICO: DE LA RUPTURA CON EL ANTIGUO RÉGIMEN A LA REVOLUCIÓN SOVIÉTICA.....	126
a. LA REVOLUCIÓN AMERICANA. APORTES.	126
b. LA REVOLUCIÓN FRANCESA. EL PRIMER EMPLEO DE LA MASIFICACIÓN POLÍTICA.....	141
c. LAS REVOLUCIONES LIBERALES EN EL MARCO DE LA DESCOLONIZACIÓN. COLOMBIA Y BRASIL, DOS MODELOS.	155
i. El caso colombiano	160
ii. El caso brasileño	172
4. EL CONCEPTO DE CLASE Y EL CONCEPTO DE MASA A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX. SU IMPACTO EN MATERIA DE DEMOCRATIZACIONES	187
a. LA REVOLUCIÓN DE CLASE Y LA REVOLUCIÓN DE MASAS	187
b. REFLEXIONES Y APORTES DE LAS REVOLUCIONES A LAS DEMOCRATIZACIONES.....	204
BLOQUE III: LA JUSTICIA PENAL EN SEDE INTERNACIONAL: UNA PERSPECTIVA COMPARADA A TRAVÉS DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	221
1. APROXIMACIONES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL A LOS PROCESOS TRANSICIONALES	221

a.	EL CASO YUGOSLAVO	228
b.	EL CASO RUANDÉS	257
c.	REFLEXIÓN SOBRE LAS APORTACIONES DEL DPI A LA JUSTICIA TRANSICIONAL.....	276
	BLOQUE IV: LA VERDAD: UN NUEVO DERECHO EN SEDE TRANSICIONAL	288
1.	APROXIMACIONES A LA VERDAD COMO CONCEPTO TRANSICIONAL.	288
a.	LA CONVIVENCIA ENTRE VERDAD Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UNA APROXIMACIÓN PRÁCTICA	294
b.	LA VERDAD. SU LUGAR EN LA JUSTICIA TRANSICIÓN	308
c.	LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y EL DERECHO A LA VERDAD. APLICACIÓN TRANSICIONAL	311
d.	LA VERDAD COMO DERECHO.....	317
2.	APROXIMACIONES PRÁCTICAS A LA VERDAD. ESTUDIOS DE CASO	331
a.	Argentina.....	331
i.	La dictadura argentina	331
ii.	La transición en Argentina	343
iii.	La verdad en la transición Argentina.....	356
b.	Chile.....	370
i.	La dictadura chilena.....	370
ii.	La transición chilena	386
iii.	Informe Rettig y otras medidas de verdad en Chile.....	402
c.	Sudáfrica	411
i.	El apartheid. Algo más que una política de discriminación.....	411
ii.	Transición y verdad en Sudáfrica	427
d.	España	440
i.	Consideraciones previas entorno a la idea de minoría, pueblo y nación.	440
ii.	El camino desde la Segunda República	456
iii.	La dictadura franquista.....	475
iv.	Terrorismo y dictadura. El surgimiento de ETA	488
v.	La transición, de la ejemplaridad a la ausencia de herramientas transicionales	501
vi.	Una transición en democracia. Elementos restaurativos en el final de ETA.....	521
	BLOQUE V: CONSIDERACIONES FINALES	537
1.	REFLEXIONES: UNA VISIÓN TRANSVERSAL SOBRE LA RELACIÓN ENTRE JUSTICIA TRANSICIONAL Y DERECHOS HUMANOS	537
2.	CONCLUSIONES	549
	BIBLIOGRAFÍA	554
	LIBROS	554
	ARTÍCULOS ACADÉMICOS	578

SENTENCIAS Y TEXTOS LEGALES.....	593
Textos legales.....	593
CIDH y Corte IDH.....	594
CIJ.....	596
CPI.....	596
TEDH.....	596
TPIY.....	597
TPIR.....	598
TRIBUNALES ESPAÑOLES	599
OTRAS DECISIONES JUDICIALES	599
DOCUMENTOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.....	600
UNIÓN EUROPEA	600
OEA	600
ONU.....	600
CDI.....	604
CONSEJO DE EUROPA.....	604
OTROS	604
ARTÍCULOS DE PERIÓDICOS Y PUBLICACIONES SIMILARES.....	604
OTROS	605

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS	ACNUDH
COMISIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS	CIDH
CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS	CADH
CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	CEDH
CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS	CORTE IDH
CORTE PENAL INTERNACIONAL	CPI
DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	DUDH
DERECHOS HUMANOS	DDHH
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	DIDH
DERECHO INTERNACIONAL GENERAL	DIG
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	DIH
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	DIP
DERECHO PENAL INTERNACIONAL	DPI
ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS	ONU
PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS	PIDCP
PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	PIDESC
TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	TEDH
TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA	TPIY
TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA	TPIR

Esta tesis va dedicada a mi familia, en particular a mis padres, Pedro y Pilar, a mis dos hermanas, Lucía y Celia, a mi pareja, Paris, y a mis dos directores, Leandro y Enrique. a todos ellos, por su paciencia, por su tiempo, por su acompañamiento y por su confianza.

También se la dedico a todos los defensores y defensoras de los Derechos Humanos a lo largo y ancho del globo por su labor incansable, por el riesgo que corren al alzar la voz y a todos los que defienden, practican e inculcan los valores democráticos.

A todos vosotros, a todos ellos, gracias.

INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

Los últimos años han sido el escenario de una serie de cambios y convulsiones a nivel político e institucional en todo el mundo. Se ha visto el resurgir de la idea de la democratización, ya casi olvidada con los éxitos de los años 80 del siglo XX y se ha visto resurgir a los movimientos ciudadanos ante la parálisis institucional. Este contexto ha generado la necesidad de replantearse los fundamentos políticos y sociales que rigen las comunidades actuales y, especialmente, que se desea que rijan las comunidades futuras.

Ante una situación en la que los índices de calidad democrática han llegado a mínimos históricos en las conocidas como democracias consolidadas y ante una situación en la que reviven los fantasmas de la llamada radicalización política, resulta pertinente cuestionar las bases sobre las que se han construido nuestras sociedades actuales, estas sociedades catalogadas como democráticas, como libres y como respetuosas con los Derechos Humanos (en adelante DDHH). A esto, se le debe sumar una situación de descontento, de desconfianza, de deslegitimidad ante unas instituciones que aparentemente habían sido modeladas sobre los pilares inquebrantables del modelo de justicia y ciudadanía basado en los DDHH.

Hay dos preguntas esenciales a este respecto:

La primera de ellas, ¿cuáles son esos pilares y qué los hace tan aparentemente sólidos y frágiles al mismo tiempo?

La segunda de ellas, ¿por qué han quedado paralizados los movimientos democratizadores a nivel universal o internacional?

El fenómeno de la democratización ha sido tradicionalmente abordado desde el plano de la politología, quedando su análisis restringido a la existencia de una serie de condicionantes vinculados a la interacción entre los distintos y heterogéneos grupos sociales que participan en las relaciones entre poder y ciudadanía. En un sentido similar, la cuestión sobre los DDHH ha quedado limitada al campo del Derecho y, especialmente, al campo del Derecho Internacional Público eliminándolos casi de la esfera doméstica y cotidiana y situándolos en una posición de preferencia en términos de jerarquía, pero de inaplicación en términos prácticos.

La conjunción entre esas dos circunstancias ha derivado en un déficit de estudios sobre la materia y sobre su posible interacción.

La presente tesis pretende combinar ambos elementos de la siguiente manera:

En primer lugar, se parte de la inserción del movimiento democratizador en el seno del llamado ideal de justicia basado en los DDHH que encuentra su mayor exponente desde mediados

del siglo XX. En este sentido se abordan dos cuestiones, a saber, los fundamentos y el significado de ese ideal de justicia basado en DDHH; y la teoría sobre transiciones democráticas. La idea es delimitar en primera instancia los elementos conceptuales más relevantes y dotar al trabajo de una justificación y de unos fundamentos teóricos que combinen lo politológico con el sostén jurídico ofrecido por la Filosofía del Derecho.

En segundo lugar, se presenta la teoría de las generaciones de los DDHH como el hilo histórico conductor de la consecución de la democracia. A este respecto, se han seleccionado dos hitos fundamentales, dígame, las revoluciones liberales y la sintetización de la justicia transicional.

Las revoluciones liberales constituyen el primer gran elemento de apertura hacia la democratización por suponer el paso de las prerrogativas o concesiones hacia la idea misma de derecho entendido como derecho subjetivo. En este punto, se ha realizado un análisis de los elementos tanto puramente históricos como de las modificaciones que en materia legislativa y política supusieron estos eventos. Se ofrece también un apunte sobre el fenómeno mismo de la internacionalización o universalización de estas revoluciones liberales en el seno colonial.

La justicia transicional es el siguiente gran paso en la materia porque viene a suponer la convergencia entre lo jurídico y lo político al determinarse que el cambio político lleva intrínsecos una serie de derechos y de obligaciones cuyo cumplimiento determina y afecta al propio proceso transicional y a la consolidación ulterior.

El concepto de justicia transicional está vinculado, como consolidación teórica de una práctica ya extendida, esencialmente a la conjunción entre dos circunstancias fácticas en el ámbito internacional; a saber, la caída de los regímenes militares latinoamericanos, especialmente el chileno y el argentino, y la caída de los regímenes de corte soviético con la finalización progresiva de la Guerra Fría; y un elemento jurídico, concretamente, el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) como una disciplina diferenciada dentro del Derecho Internacional Público. El ámbito de actuación del DIDH es el de la promoción y garantía de los DDHH así como el desarrollo de mecanismos efectivos para su protección.

Puede establecerse que existen entonces dos vertientes: la primera es la de la teoría de transiciones y la segunda vertiente es la de la propia justicia transicional. La interrelación entre ambas viene definida por el hecho de que el ámbito de surgimiento, desarrollo, impulso o fundamento de las acciones de justicia transicional está necesariamente vinculado a una transición política, bien porque es un elemento de apoyo a la misma, bien porque el proceso transicional - entendido de forma global y no meramente como cambios en el sistema de gobierno o de

beligerancia-, no se entiende culminado en tanto en cuanto no se realicen acciones de justicia transicional.

La inserción cada vez más amplia e intensa del DIDH en todo el Derecho Internacional Público y el proceso de internacionalización que caracteriza a las sociedades de hoy, han determinado que los procesos transicionales dejen de ser algo doméstico y han insertado de lleno el componente internacional en una esfera tradicional de la soberanía como son la forma política del Estado, la justicia penal y la memoria.

La justicia transicional se presenta desgranada en cuatro ejes: justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición. Para el desarrollo de la tesis aquí propuesta se han seleccionado únicamente los dos elementos de justicia y verdad entendiéndose o considerando que las reparaciones pueden venir determinadas por ambas herramientas y que las garantías de no repetición son aquellos instrumentos jurídicos que definen el nuevo régimen respecto al saliente y cuyo objetivo es evitar la regresión en términos políticos; en otras palabras, esto viene a suponer que las garantías de no repetición son los elementos de configuración jurídica de las relaciones entre Derecho, ciudadanía y Poder del nuevo régimen y no, verdaderamente, herramientas transicionales.

Se aborda, entonces, mediante el método de estudios de caso, la incidencia del Derecho Penal Internacional como justicia en sede transicional directamente fundamentada en las características de los DDHH, internacionalizadas mediante el Derecho Internacional Público y el fuerte crecimiento de su incidencia. Y, posteriormente, siguiendo la misma metodología, se exponen las aportaciones de ese entendimiento de la justicia basado en DDHH al campo de la memoria colectiva y de la verdad.

Los objetivos planteados son:

- Determinar la existencia de una vinculación entre el fenómeno de la universalización de la democracia y las generaciones de DDHH.
- Determinar si la democratización es un proceso de una o varias fases.
- Redefinir el concepto de justicia transicional diferenciando las herramientas transicionales, de sus consecuencias y de los elementos de definición estatal.
- Reflexionar sobre la relación entre DDHH y democracia.
- Reflexionar sobre la deseabilidad de la democracia como sistema político de referencia en el ideal de justicia basado en DDHH.
- Ofrecer estudios de caso reales y descriptivos de las distintas realidades político-sociales que inciden en el camino a la democracia.

- Extraer conclusiones acerca de la exportabilidad de la democracia.
- Extraer conclusiones acerca de los tiempos y mecanismos necesarios para la exportabilidad de la democracia.

Las fuentes empleadas son múltiples e interdisciplinarias ya que se incluyen artículos, libros y estudios académicos de contenido historiográfico, jurídico, filosófico y político; testimonios directos e indirectos de los casos propuestos y textos jurídicos dentro de los cuales se ha empleado normativa nacional e internacional, análisis de sentencias nacionales e internacionales y decisiones de organismos internacionales determinando el carácter vinculante o no y la capacidad ejecutiva o el impacto ulterior de dichos pronunciamientos.

La metodología escogida se acerca más al plano inductivo toda vez que los casos particulares escogidos pretenden ser una muestra con capacidad para la obtención de conclusiones generales; no obstante lo anterior, la primera parte de la tesis sigue una metodología más cercana a lo expositivo y argumentativo por la complejidad de la definición teórica del estado de la cuestión, y la necesidad de justificar el enfoque propuesto en materia de generaciones de DDHH y justicia transicional.

Por ello, esta investigación pretende, en la medida de lo posible, vincular de manera definitiva democracia con DDHH y democratización con tiempo y complejidad.

BLOQUE I: MARCO CONCEPTUAL: JUSTICIA TRANSICIONAL Y EL IDEAL DE JUSTICIA BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS

1. UN IDEAL DE JUSTICIA BASADO EN DERECHOS HUMANOS. LA BASE DE LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA

a. UNA APROXIMACIÓN A UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA

Sócrates sostenía que la justicia es una cosa más preciosa que el oro¹ y Aristóteles que ni la estrella vespertina ni el lucero del alba son tan maravillosos como la justicia². La justicia se asocia en una aproximación primaria con el Derecho pero es un concepto no solo transversal desde el punto de vista de las Ciencias Sociales sino también integrador del conjunto de relaciones, interacciones y fenómenos sociales, de tal forma que desde la Filosofía se la concibe como más que un valor en sí misma, como un supervalor, concretamente el supervalor.

La justicia es un concepto cuyo contenido ha sido cambiante y eso lo hace en cierta manera abstracto, no solamente porque no tiene una equivalencia material sino porque está integrada por el conjunto de valores que definen a una sociedad en un momento determinado. Es la aspiración del sistema social y del ordenamiento jurídico y como apunta Squella,

“Se dice a menudo que el derecho existe para realizar la justicia y cada vez que se afirma algo semejante se piensa más en el contenido de las normas, principios y otros estándares del derecho que en los métodos o procedimientos formales a través de los cuales tiene lugar la producción y aplicación de tales normas, principios y estándares.”³

Esa afirmación permite establecer una serie de premisas en torno a la justicia que son de interés para obtener un análisis completo del concepto:

La primera de ellas es que la justicia tiene algún tipo de relación con lo jurídico en la más amplia de las concepciones de lo jurídico, es decir, entendiendo el Derecho no solo como un conjunto de normas o desde una vertiente puramente positivista, sino como

¹ PLATÓN, *La República*, Libro Primero, párr. 336.

² ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Libro Cuatro -De la Justicia.

³³ SQUELLA, A., “Algunas concepciones de la justicia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº44, 2010, pp. 175-216, pp. 175-176.

un sistema completo donde normas en vigor, costumbre, eficacia y universalismo convergen.

La segunda de ellas es que la justicia no solamente se relaciona con lo estrictamente jurídico sino con los mecanismos de aplicación de ese Derecho en un sentido formal y en un sentido informal o menos procesalista por cuanto que sus cauces de realización no se limitan a los procedimientos jurídicamente establecidos sino también a las interacciones sociales y a los procesos de evolución del Derecho positivo vía hermeneútica y actividad interpretadora.

La tercera de ellas es que la justicia no solo se determina en relación a normativa sino también en relación a estándares. La cuestión en torno a los estándares no está exenta de polémica por cuanto que cabe cuestionarse acerca de la naturaleza de dichos estándares en el sentido de concebirllos como de máximos o estándares de mínimos. En otras palabras, el debate se centra en torno a la pregunta de si la justicia debe establecer la máxima calidad de vida, cuyo contenido también habrá de ser definido, o es el supervalor que impone una serie de limitaciones irrebasables a los operadores sociales y jurídicos, unos mínimos a cumplir, respetar y garantizar de forma universal sujetos a mejoras de corte más opcional o voluntario.

La cuarta de ellas es en torno a la idea de universalidad y sus implicaciones lo que supone abordar en cierta manera la propia definición de la justicia partiendo de una contradicción, a saber, que el contenido y alcance mismo del concepto no es estable, sino que ha estado y está sujeto a los avatares de la Historia y los fenómenos sociales. Desde la vertiente universalista, lo que se entiende en torno a la justicia es que se trata de una supervalor de contenido progresivo y acumulativo, pero casi irreversible.

Kolm es el autor que en su obra *Modern Theories of Justice* recoge esa caracterización múltiple de la Justicia al exponer que:

“¿Qué se debería hacer cuando los diversos deseos e intereses de la gente, generalmente opuestos entre sí, no pueden ser satisfechos plenamente? Justicia es la respuesta que justifica a esta pregunta y su ciencia se denomina teoría de la justicia. El tópico de justicia, más exactamente, es el componente más extenso de la ética social (la ciencia sobre las respuestas últimas y definitivas a la pregunta “qué se debería hacer en la sociedad”) y de la definición sobre el óptimo social y de lo que

es correcto o bueno para la sociedad, enfocada sobre las condiciones de los seres humanos, ya sea como individuos o en grupos.”⁴

La asociación casi inmediata entre justicia y Derecho nace de la propia evolución histórica puesto que una mayor justicia se ha asociado con una mejora en términos de derechos y garantías y el contenido propio de la justicia en la actualidad entronca directamente con la historia misma de los derechos; no obstante, esa asociación no debe servir para limitar la justicia a una aplicación jurídica sino para dotar al Derecho y sus manifestaciones de un análisis más profundo y vinculado a su eficacia en términos sociales de aceptación y rechazo, cumplimiento e incumplimiento y/o funcionalidad, utilidad e inaplicación.

En síntesis y siguiendo a de Lucas, “la justicia se encuentra en la intersección entre vida personal y vida social (...) no se refiere primariamente a uno mismo como las demás virtudes, sino a otro, y por ello se orienta a lo social e institucional.”⁵

La cuestión esencial es, entonces, que hablar de Justicia supone abordar la dialéctica entre Derecho y Moral, la capacidad de influencia y crítica que entronca estos dos fenómenos y que condiciona el entramado social, la legitimidad social y política y el funcionamiento mismo de una sociedad bien ordenada siguiendo lo establecido por Rawls. Es esa dualidad la que permite en determinada manera ahondar en fenómenos como la llamada desobediencia civil, entendiéndola como un cuestionamiento a lo positivamente establecido con base en la existencia de una moral distinta y con mayor legitimidad social que el Derecho vigente y apelando a la necesidad de una mayor o mejor justicia social.

Actualmente hay una asociación evidente entre justicia y DDHH (en adelante DDHH), es decir, el ideal de justicia vigente no es que sea el fundamento de los DDHH, sino que se define en relación a ellos. Esto supone que se ha alcanzado un cierto consenso en torno a los mínimos que integran o deben necesariamente integrar el concepto y aplicación de la justicia partiendo de un acuerdo de magnitud *quasi* internacional y fundamentado en la universalidad y en la propia naturaleza humana. Sin pretender la realización de una exposición jurídica excesivamente técnica, sí es pertinente abordar qué

⁴ KOLM, S.C., *Modern Theories of Justice*, Ed. The MIT Press, Cambridge, 1998, p. 4.

⁵ DE LUCAS, J., *Entre el derecho y la moral*, Ed. Fontamara, México, 1993.

son los DDHH y qué implican como elemento esencial e integrador del supervalor llamado justicia puesto que sino su definición sería complicada.

Es cierto que existen posicionamientos como el de Millas que tienden a separar justicia y derecho entendiendo que

“ni su esencia ni su efectiva realidad se hallan inexorablemente ligadas en principio al derecho. El derecho contribuye a realizarla, puede incluso ser la condición de hecho necesaria para que haya justicia entre los hombres, pero su idea y la posibilidad de vida que ella involucra, no contiene la idea de vida jurídica como ingrediente esencial. También es concebible teóricamente una comunidad de hombres en donde, por el solo imperio de los valores religiosos y morales impera la justicia en plenitud, aunque esa organización carezca de organización jurídica.”⁶

Desde una aproximación teórica sus premisas son válidas, pero el propósito planteado no es el de obtener una definición en abstracto de la justicia, sino una definición o caracterización práctica para su inclusión en el entramado social y ello no puede implicar su estudio en aislado, sino en relación al propio sistema social en el que el supervalor justicia tiende o debe realizarse. En este sentido, dos vinculaciones son necesarias, la primera es justicia y DDHH, y, la segunda es justicia y democracia. El orden no es casual puesto que cualquier otro planteamiento de la justicia fuera del ámbito de los DDHH carece hoy no solo de falta de consenso o aceptación, sino también de la pretensión de universalidad.

Otro planteamiento supondría una aproximación subjetiva a la justicia, es decir, a la justicia como un valor del individuo que, si bien puede ser interesante o útil en otros estudios o para otros fines, no lo es cuando la pretensión deseada es la de apreciar un valor interseccional entre las disciplinas sociales que requiere de algún elemento de concreción como es lo jurídico. Esto no supone obviar lo individual o la importancia del análisis de la justicia como valor subjetivo puesto que los valores subjetivos reflejan en buena medida el índice de aplicabilidad, aceptación y puesta en práctica de los valores sociales definidos objetivamente, simplemente se trata de dejar en una primera fase de estudio lo subjetivo a un lado, para ahondar en sí la justicia como supervalor tiene elementos de cohesión o de distanciamiento social, si es integrador o disgregador. Así

⁶ MILLAS, J., *Filosofía del derecho*, Ed. Lex, Santiago, 1970, p. 92.

como diría, Coing, “el derecho es mediación entre ideal de justicia y exigencias de la vida humana asociada.”⁷

Esta aproximación requiere de un breve estudio sobre los DDHH y sus principales caracteres pues solo así se entenderán las implicaciones que tienen sobre la concepción actual de la justicia o sobre la teoría de la justicia en términos más técnicos. Cualquier teoría de la justicia supone partir de una sociedad estructurada que necesita de mejoras para su buen funcionamiento o, en otras palabras, para ser más justa. Hasta la configuración actual de los DDHH, cualquier cambio en el entendimiento de la justicia implicaba la adquisición de uno o varios nuevos derechos en detrimento de otros existente, no obstante, los DDHH vienen a aportar un principio de complementariedad, acumulación y progreso en el entendimiento de los derechos. Cabe plantearse si su planteamiento es, entonces, meramente cuantitativo, o si cuenta también con elementos cualitativos. Es cierto que desde la instauración de los DDHH como criterio de justicia en la modernidad y con el consenso global y multicultural que supuso la DUDH se ha generado un movimiento de insatisfacción y de continua demanda de nuevos derechos. Si se pone el foco de atención en que históricamente la lucha por los derechos y los nuevos derechos han sido fruto de algún tipo de fractura social, puede establecerse una relación entre las demandas continuas de nuevos y mejorados derechos y los altos niveles de insatisfacción de las sociedades de hoy. Sin pretender plantear un debate existencialista, sí es relevante apreciar como nuestros sistemas políticos y económicos que tan exitosos o tan beneficiosos se reputaban hace medio siglo, han llegado a una especie de punto muerto o colapso donde el individuo se encuentra desamparado ante las instituciones. Dicho de otra forma, las demandas continuas de nuevos derechos no son el resultado de la acumulación progresiva precedente, sino un síntoma de algún tipo de problema social cuya solución no radicará ni en la pura negación de derechos ni en la concesión no garantizada. Hasta ahora, la lucha por los derechos se decía que era la historia de los excluidos, pero ahora, en una época de desasosiego generalizado o masivo, parece que va camino de convertirse en la historia de la mayoría.

Esa idea se relaciona directamente con la característica de la universalidad, si bien es cierto que el camino hacia su consecución ha sido americano y europeo. La Filosofía del Derecho especialmente, se ha ocupado de definir qué elementos deben integrar una teoría de la justicia más universalizable, más generalizada y el análisis que subyace no es

⁷ COING, H., *Fundamentos filosóficos del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1961.

el de la multiculturalidad sino el de encontrar algún hilo conductor común a la especie humana; en este sentido, racionalidad, empatía, vulnerabilidad y libertad parecen ser los pilares de cualquier teoría de la justicia que tenga una pretensión de universalización entendiéndose como criterios que definen a los seres humanos con independencia de las experiencias fácticas que rodean nuestra existencia personal o individual, nacional o estatal e incluso regional o continental. Sobre esa idea, la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), ha definido los DDHH como “*derechos inherentes a los seres humanos, sin distinción de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, lengua, religión o cualquier otra distinción.*”⁸

Consideración importante es que las causas de distinción expresamente tasadas en la definición obedecen a las circunstancias históricas de discriminación pero que la propia definición deja abierta la posibilidad de incluir otras o perceptibles en el momento de redacción de la DUDH o que surjan como consecuencia del desarrollo y el devenir históricos. La propia DUDH establece que se trata de la manifestación o el acuerdo sobre

“ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos.”⁹

Estas concepciones de los DDHH les otorgan una caracterización no estática, pero sí de difícil progresión en tanto en cuanto los entienden como intrínsecos a la propia naturaleza del ser humano, invariables y atribuibles sin que exista reconocimiento como tal. Es cierto que la DUDH incluye la labor estatal e institucional como elemento clave en su garantía, dígase, en su efectividad; pero, es igualmente cierto que esos postulados iusnaturalistas impiden o dificultan tanto la adaptabilidad de esos DDHH a los contextos sociales, como la configuración de nuevos derechos como tales en el sentido de que los nuevos derechos no estarán dotados de la misma fuerza al ser creaciones fruto de la experiencia y necesidades sociales. Por ello, otras definiciones de los derechos son más útiles o más concordes y adecuadas a lo que la Historia nos muestra: “pretensiones, poderes, facultades y capacidades de actuación del sujeto dirigidos a satisfacer aquellas

⁸ ONU, *Derechos Humanos*. Disponible en: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>

⁹ Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

necesidades humanas que en cada momento y lugar se consideran necesarias para el desarrollo integral de las personas.”¹⁰

Este planteamiento aporta una triple concepción de los DDHH puesto que contempla los que se cumplen, los que están garantizados en una norma jurídica y aquellos que están siendo o serán reivindicados porque no están protegidos en ese momento histórico concreto y son aspiraciones susceptibles de ser politizadas. Así pues, el entendimiento de la justicia actualmente pasa por cinco caracteres: universalidad en el sentido de existir un mínimo común válido en todo tiempo y lugar; dignidad humana en el sentido de concebir al ser humano en el sentido kantiano, como un fin en sí mismo; historicidad, es decir, a pesar de estar relacionados desde el punto de vista teórico o por fines de legitimidad, con la propia naturaleza humana, son fruto de una creación social y política para dar respuesta a necesidades concretas vinculadas a la imposición de límites a las instituciones y a la libertad individual como eje fundamental de la realización humana plena; interdependencia por su carácter acumulativo y de cobertura de deficiencias en la aplicación de derechos anteriormente reconocidos; e interrelación por conformar todos ellos un todo y no actuar en forma de departamentos estancos.

La universalidad ha sido, quizás, la característica más trabajada, especialmente en la segunda mitad del siglo XX y es, al mismo tiempo, la que mayor problemática político-social genera. La teoría actual de la justicia construida sobre los DDHH se encuentra a caballo entre dos fases, la de la intersubjetividad e internacionalización, y una nueva caracterizada por la abstracción y la colectividad. La cuestión de la intersubjetividad e internacionalización tiene que ver con el hecho de que los DDHH han dejado de ser una mera abstracción ética o una mera actividad normativa de los Estados para convertirse en la manifestación de un consenso internacional con mayor o menor intensidad, entendiendo la intensidad en el sentido de que los Estados en la Comunidad Internacional han generado normas de obligado cumplimiento en la materia, pero también instrumentos de lo que se conoce como “*soft law*”. Esa internacionalización refuerza la universalidad y el argumento de su conexión con la propia naturaleza humana dotando a este entendimiento de la justicia de una legitimidad sin precedentes.

¹⁰ SÁNCHEZ, M. A., “Fundamentos de los Derechos Humanos”, *Seminario sobre Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Conferencia impartida en la Universidad de Alcalá de Henares, 4 de octubre de 2019.

La universalidad se entiende que actúa en tres planos diferenciados: el lógico o puramente racional en función del cual se adscribe la titularidad de estos derechos a todos los seres humanos; el temporal en el sentido de que los derechos adquiridos son válidos en todo tiempo y solo su acumulación y evolución es fruto del devenir histórico; y espacial por cuanto es la cultura de los DDHH y este ideal de la justicia es extensible a cualquier sociedad política. La dimensión moral con la que cuenta la universalidad parece menos cuestionable o, es menos cuestionada en el debate actual entendiendo que hay una suerte de patrimonio inmaterial común a la Humanidad que es la dignidad humana; sin embargo, la dimensión más política sí produce fricciones en tanto que hay una conexión con tradiciones culturales y religiosas occidentales y una marcada influencia liberal en su sentido político, pero también del liberalismo económico por la posición central atribuida al individuo y por la protección a la propiedad privada. Esto último plantea la necesidad de diferenciar entre ese entendimiento nuevo y compartido sobre los mínimos que integran el supervalor de la justicia, y el papel de cada sociedad política en el plano de la interacción grupal, vecinal, regional, nacional y supranacional en la definición de sus máximos de justicia exigibles.

Los problemas que se enfrentan en este periodo de transición de la internacionalización a la especificación vienen dados por la colectividad que supone no una quiebra en sí misma al principio de universalidad, pero sí el dotar de una primacía al valor de la igualdad como integrador de la concepción de justicia y la incorporación efectiva del valor de la solidaridad a la concepción de la justicia. En términos puramente teóricos es la ruptura con la concepción político-liberal donde el valor de la libertad individual es el principal y el merecedor de una especial protección para abordar los problemas de la discriminación. La discriminación no es un fenómeno nuevo, ha formado parte de nuestras sociedades en todo momento, pero ahora el propósito es establecer una serie de criterios que permitan identificar qué tipo de discriminación genera efectos negativos en la vida de las personas y en el desarrollo y progreso social. Puede definirse discriminar como

“seleccionar excluyendo; esto es, dar un trato de inferioridad a personas o a grupos, a causa de su origen étnico o nacional, religión, edad, género, opiniones, preferencias políticas y sexuales, condiciones de salud, discapacidades, estado civil u otra causa.”¹¹

¹¹ COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE MÉXICO, *La discriminación y el derecho a la no discriminación*, Ed. D. R., México, 2012, p. 5.

La idea es apreciar qué colectivos sufren elementos negativos de discriminación y potenciar la igualdad corrigiendo esa situación, tanto en el plano de las discriminaciones de hecho o de componente social no normativizado, como en el plano de las llamadas discriminaciones de derecho fruto de actividades normativas que establecen una desigualdad injustificada, es decir, no fundada en condiciones de proporcionalidad, finalidad legítima o medios adecuados y necesarios. Esto genera el surgimiento de los llamados derechos colectivos dirigidos a colectividades específicas con vistas a otorgarles una protección mayor de suerte que esa discriminación que sufren se corrija y puedan disfrutar en la misma medida de los derechos universales. Esta idea entronca directamente con las cuestiones de pluralismo, tolerancia y participación que convierten, como antes se referenciaba, a la democracia en una de las condiciones de prosperabilidad de esta nueva concepción de la justicia que serán abordadas más adelante.

El fundamento es la llamada igualdad formal o ante y en la aplicación de la ley entendiendo que las normas no pueden generar situaciones de desigualdad negativa en sí mismas ni de su aplicación pueden derivarse esas consecuencias. El elemento corrector tradicionalmente ha sido la otra cara de la moneda o la igualdad material entendida de forma similar a la de la libertad positiva o a la capacidad y responsabilidad institucionales por establecer un sistema de garantías capaz de remover obstáculos a la igualdad formal y de generar un estado de equidad o igualdad de oportunidades. Esto no supone una homogeneidad social o una ruptura con la diferencia puesto que el pluralismo está protegido pero sí representa, de alguna manera, la incorporación de la solidaridad como valor rector de la actividad pública y del conjunto de la ciudadanía superando posiciones jerarquizadas como las de la caridad y secularizándola en favor de la universalidad. Siguiendo a Kant, se trata de encontrar una suerte de equilibrio entre la libertad de uno y la libertad de todos. Las causas tradicionales de desigualdad o discriminación siguen vigentes no tanto en términos normativos puesto que este ideal de justicia impide su normativización pero sí en términos prácticos, indirectos y múltiples. La enorme complejidad e interculturalidad del mundo global si bien genera sinergias e intercambios de enorme repercusión, también supone un reto en términos de realización efectiva de este ideal de justicia y de esta igualdad en la libertad puesto que las causas tradicionales de discriminación se acumulan sobre colectivos determinados generando una situación de desigualdad estructural. La propia Comisión Europea en un comunicado de 2008 establecería las consecuencias de esta situación sobre la plena realización de esta

concepción de la justicia: “destruye la vida de los individuos, perjudica también a la economía y a la sociedad en su conjunto, y, además, mina el apoyo y la confianza en los valores fundamentales europeos de la igualdad y el Estado de Derecho.”¹²

A pesar de que el origen de los estudios y el protagonismo político e institucional de la llamada discriminación múltiple o interseccional esté vinculado con la xenofobia y los estudios de Kimberlé Crenshaw¹³ para la Conferencia de Durban o Conferencia de ONU contra el Racismo, “lo que pone de manifiesto no es la existencia efectiva de elementos de dominación social entre grupos, sino de una suerte de jerarquización entre grupos sociales que se extiende a muchos aspectos de la vida ordinaria de las personas.”¹⁴

Este entendimiento si bien es cierto es mucho más complejo de analizar y de tratar, también es mucho más realista y adecuado para la realización efectiva del ideal de justicia basado en los DDHH puesto que tal y como se expone en el Informe de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario del año 2001, permite ahondar en las consecuencias humanas de la discriminación, individualiza la discriminación como un fenómeno multidireccional, se adecúa a los cambios en los patrones sociales y considera no solo el enfoque basado en los DDHH reconocidos sino en esa dimensión ya tratada sobre los DDHH como pretensiones futuras.¹⁵ Aquí entra en juego una distinción que si bien debería haber sido únicamente teórica, ha devenido en práctica entre las distintas tipologías de derechos y el valor que tienen para la realización de esta concepción de la justicia.

Otra cuestión que se plantea en torno a la concepción de la justicia es si es un fenómeno presentista o con connotaciones a futuro dentro de esa universalidad o, en otras palabras, si la universalidad es respecto a las generaciones presentes o abarca también unos mínimos para las generaciones futuras. Es un debate en curso que se plantea en relación a nuevos derechos como la paz o el medio ambiente como condiciones óptimas

¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - No discriminación e igualdad de oportunidades: un compromiso renovado, SEC(2008) 2172, COM/2008/0420 final.

¹³ CRENSHAW, K., “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, Issue 1, 1989, pp. 139- 167.

¹⁴ WEATHERSPOON, F. D., “Remedying Employment Discrimination Against African-American Males: Stereotypical Biases Engender a Case of Race Plus Sex Discrimination”, *Washburn Law Journal*, n° 23, vol. 36, 1996, pp. 23-88.

¹⁵ Documento de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario, *Un enfoque interseccional de la discriminación. Tratando múltiples rasgos en las demandas de Derechos Humanos*, Ontario, 9 de octubre de 2001.

para el desarrollo humano en cualquier momento, para el mundo de hoy y para el mundo de mañana. El mayor problema no es en términos de reconocimiento o no, sino en términos de responsabilidad y eficiencia. El espíritu es ambicioso y parece contar con legitimidad al menos en el plano teórico; el preámbulo de la Declaración de Santiago sobre el derecho a la paz recoge las ideas esenciales al exponer que:

“la concepción positiva de la paz, que va más allá de la estricta ausencia de conflicto armado y que se vincula a la eliminación de todo tipo de violencia, ya sea directa, política, estructural, económica o cultural en los ámbitos público y privado, lo que exige el desarrollo económico, social y cultural de los pueblos como condición para satisfacer las necesidades de los seres humanos, así como el respeto efectivo de todos los derechos humanos y de la dignidad inherente de todos los miembros de la familia humana; (...) la paz es inseparable de la diversidad de la vida y las culturas, siendo la identidad la base de la vida; y afirmando, por tanto, que el derecho a la vida es el más importante entre todos los derechos, del cual derivan otros derechos y libertades, especialmente el derecho de todas las personas a vivir en paz.”¹⁶

Dos son las condiciones de prosperabilidad para este concepto de la justicia, a saber, la paz y la democracia. En cierta manera, ambas condiciones van de la mano puesto que difícil es la democracia sin un mínimo de paz en el más amplio de sus sentidos, es decir, como ausencia de guerra y como reducción de la conflictividad social puesto que esta siempre tiene algún tipo de manifestación ya que la igualdad en términos absolutos es inalcanzable o utópica; y la paz como resolución pacífica de conflictos solo encuentra su manifestación en un contexto democrático. Es cierto que tiende a asociarse democracia con forma de gobierno y, si bien es cierto que es un elemento de la forma de gobierno y que tiene un significado politológico, el hecho de que la democracia sea una de las condiciones que hagan posible la realización efectiva de este ideal de justicia no debe significar o ser visto como una suerte de imposición política que colisiona con el principio de soberanía nacional y, concretamente, con la capacidad de cada Estado para definir sus instituciones. Mucho se ha estudiado la cuestión de la exportación de la democracia y el propio concepto de exportación ya parece encerrar connotaciones de cierta imposición de unos sobre otros, esto se relaciona principalmente con la concepción acerca de la ayuda y cooperación al desarrollo que imperaba tras la Segunda Guerra Mundial y que parece seguir vigente en la práctica aunque no lo sea en términos teóricos o, en otras palabras, esa presentación del occidental como el salvador o el dominante frente al mundo en vías

¹⁶ Preámbulo de la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz.

de desarrollo. Ese no es el enfoque que este ideal de justicia confiere a la democracia por varias razones:

La primera de ellas es porque este ideal de justicia lleva el principio de igualdad a su máxima expresión o a todos los planos lo que conlleva que no es solo igualdad entre los ciudadanos en el plano nacional sino también igualdad entre las naciones en el plano internacional.

La segunda de ellas es porque este ideal de justicia es fruto de una serie de cambios y revoluciones que no se han producido en un corto plazo, sino que comienzan con la caída del Antiguo Régimen, se consolidan con las revoluciones liberales, se reafirman y proclaman internacionalmente válidos tras la Segunda Guerra Mundial y culminan como el ideal mayoritario con las democratizaciones de finales del siglo XX. Es un proceso largo, con regresiones, en ciertas etapas ha sido un proceso violento y está en constante evolución, puesto que sus aspiraciones requieren de un continuado estudio sobre las condiciones de vida y mejoras en tanto en cuanto los mínimos de una vida digna cada vez son mayores.

La tercera de ellas es que la democracia no debe verse como un único sistema sino como un mecanismo de gestión que va de la mano del Estado de Derecho pero que admite una multiplicidad de formas y sistemas de gobierno, de organizaciones territoriales, de distribuciones competenciales regionales y de sistemas de salvaguarda y control. En otras palabras, y aquí está la clave de la posibilidad de universalización de la democracia como parte de este entendimiento de la justicia de carácter universal, concibe a la democracia en sus términos formales y no en sus manifestaciones materiales. No se trata de determinar la forma o el modelo de gobierno sino de garantizar un sistema que cumpla lo expresado por Lipset¹⁷, a saber, que democracia es instaurar cauces de participación accesibles para toda la población de suerte que la mayoría sea la forma de decisión, pero asegurando que la minoría tenga participación, no se vea excluida en la toma de decisiones y esté protegida. Esta última precisión se encuadra dentro de la tesis propuesta por Sartori en el sentido de que el elemento definitorio de la democracia es lo que el autor denomina *demoprotección*, esto es, protección frente a la tiranía o estado de derecho¹⁸ Consiste, en esencia, en la sujeción de todas las instituciones, actos y decisiones públicas

¹⁷ LIPSET, S. M., *El hombre político: las bases sociales de la política*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 41.

¹⁸ SARTORI, G., "How far can free government travel?", *Journal of democracy*, vol. 7, nº3, 1992, pp. 101-111.

a los límites refrendados primero en sede constitucional y después en el desarrollo del ordenamiento jurídico. La universalidad que caracteriza a esta nueva concepción de la justicia ha determinado la exigencia de unos estándares mínimos de calidad y control en el ejercicio del poder y ha posicionado al estado como titular de obligaciones ya no solo en el plano internacional, sino también respecto a los individuos. La universalización de la democracia, en palabras de Sartori, pasa por entenderla en este sentido, como una protección frente a los abusos de todo tipo, incluidos los políticos, las violaciones de DDHH y las infracciones del DIH. La democracia no es sino una garantía en sí misma para frenar abusos de poder que pretendan conculcar este ideal de justicia.

Hay una serie de elementos clave en ese papel de garantía que juega la democracia: el pluralismo, la protección a las minorías a pesar de que la regla base es la de las mayorías, y el Estado de Derecho cuyos principios parecían estar definidos e incluso en cierta manera jerarquizados hasta el siglo XXI, pero que van adquiriendo un contenido más amplio y más equilibrado.

En cuanto a la relación entre pluralismo, democracia y el concepto de justicia, hay una primera precisión importante y es la ruptura con ese ideal ilustrado y racionalista de que la única cultura válida era la europea. El pluralismo en todas sus facetas y su manifestación vía interculturalidad es un desafío al propio principio de igualdad, pero al mismo tiempo sin él no sería necesaria la conceptualización de la igualdad, puesto que todo sería homogéneo. Picotti conecta pluralismo e interculturalidad entendiendo que:

“la interculturalidad no es entendida solo en su dimensión racional, lógica o filosófica, sino como una experiencia en el mundo cotidiano, en el que compartimos vida e historia con otros; se trata de cultivar ese saber práctico de manera reflexiva para organizarnos alternativamente desde él.”¹⁹

Lo que viene a sintetizar es que la interculturalidad plantea la necesidad de abrir la mente y confrontarse frente a los demás con una mentalidad plural. Trasladado a la democracia, es Sartori quien define en buena manera qué es el pluralismo en democracia estableciendo tres tipos:

El pluralismo como creencia, estableciendo que

¹⁹ PICOTTI, D.V., “Interculturalidad y globalización”, *Stromatta*, nº56, 2000, pp. 323-329, p. 325.

“el pluralismo está obligado a respetar una multiplicidad cultural (...) en la medida en que el multiculturalismo actual separa, es agresivo e intolerante, en esa misma medida el multiculturalismo en cuestión es la negación del pluralismo (...). El intento primario del pluralismo es asegurar la paz intercultural.”²⁰

El pluralismo social, entendiendo que es un tipo de estructura social que va más allá de la mera diferenciación o complejidad, tiene lugar cuando las identidades religiosas, lingüísticas o étnicas se superponen creando líneas de división transversales y cruzadas.²¹

El pluralismo político como la existencia no solo de diversos partidos políticos sino de grupos de opinión diversos y definido como “un proceso de ajuste entre mentes e intereses discrepantes.”²²

El pluralismo no es solo el conglomerado de muchas y diferentes ideas, visiones o manifestaciones culturales, sino que cuenta con algún tipo de elemento de cohesión social a través de los principios de consenso, tolerancia, respeto, afirmación de la diversidad, disenso y conflicto. En esencia y siguiendo a Sartori, el pluralismo es una forma de gestión de la diversidad que escapa a la idea de la dominación cultural como una extensión de la tesis marxista de la lucha de clases para asentar unos principios de convivencia en la diversidad. Su relación con la democracia se articula a través de la aceptación por parte de esos intereses divergentes de unas reglas del juego, de una forma de toma de decisiones, de unos mecanismos de participación y de unos canales de acción y asociación. La idea esencial es que esos grupos diferenciados son capaces de convivir en un régimen de tolerancia recíproca a través de unas instituciones políticas comunes²³ basadas en tres principios clave, a saber, la capacidad de argumentar, de exponer y de establecer que cuestiones no son tolerables; la capacidad de no tolerar aquello que produce un daño o un perjuicio; y la reciprocidad en la tolerancia. Esto supone, en definitiva, el establecimiento de unos mínimos a cumplir por los grupos para que sus concepciones sean tolerables y admisibles en esa situación de convivencia y cohesión social; esos mínimos los fija este ideal de justicia universal. Frente a la multiculturalidad, el pluralismo va un paso más allá y es la clave de la integración frente al fraccionamiento, una idea clave en una sociedad democrática donde las decisiones no siempre son

²⁰ SARTORI, G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Ed. Santillana, Madrid, 2001, p. 32.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

conformes para todos y donde a pesar de que la regla de las mayorías es la forma de toma de decisiones, la clave radica en el consenso como una aceptación tácita generalizada de lo acordado y la asunción de que existen cauces formales, procesales y temporales para el cambio político. De la misma manera, las minorías aparecen protegidas puesto que los límites en torno a la tolerancia establecen que ni siquiera la regla de las mayorías justifica la tiranía o la conformación de decisiones intolerantes.

En relación a las minorías dos elementos son clave en democracia: participación y tolerancia. La primera cuestión acerca de las minorías es la de no caer en que la identificación de rasgos definitorios degeneren en algún tipo de exclusión social o diferenciación injustificada, es por ello que la democracia se articula como el mejor sistema frente a otros postulados como los totalitarios. Hay que matizar también que la categorización como minoría no obedece, o al menos no debería obedecer de forma exclusiva a consideraciones cuantitativas por cuanto que se trata de un fenómeno social, es por ello que la definición de Rose parece idónea al definir a las minorías como

“un grupo de personas —distintas de otras de la misma sociedad por su raza, nacionalidad, religión o lengua— que se consideran y son consideradas como grupo diferenciado con connotaciones negativas. Más aún, carecen de poder, en términos relativos, y de aquí que sean sometidas a algunas exclusiones, discriminaciones y otras diferencias de trato.”²⁴

Quedan excluidas de esa definición las denominadas minorías políticas *stricto sensu* puesto que estas son propias del funcionamiento electoral. Afirma Kymlicka²⁵ que el sistema democrático liberal está más pensado para la resolución de problemas de índole material que para atender aquellos que son de identidad colectiva, pero esta afirmación supone la limitación de la minoría al reconocimiento institucional cuando lo que define a la democracia es el elemento de la denominada como *demoprotección* o protección frente a la tiranía, incluida la de las propias reglas de mayorías. Colwill apunta en una línea similar que

“el derecho a igual protección jurídica significa simplemente que el derecho debe tratar a todo el mundo de la misma manera; los poseedores de estos derechos

²⁴ ROSE, A. M., “Minorías”, en SILLS, D. L. (dir.), *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Ed. Aguilar, Madrid, 1975, pp. 134-139, p. 134.

²⁵ RUBIO MARIN, R., “Liberalismo y derechos de las minorías etnoculturales. Conversación con Will Kymlicka”, *Claves de la razón práctica*, nº97, 1999, pp. 43-52.

son, con otras palabras, individuos despojados de todas sus diferencias y sacados de sus contextos culturales, sociales y económicos.”²⁶

Es cierto que, en un primer momento, la cuestión de la universalidad presupone una suerte de homogeneidad de derechos pero como ya se adelantó, los derechos colectivos forman parte de este ideal de justicia incluso aún cuando desde un punto de vista estrictamente jurídico sean problemáticos en su categorización. Quizás sea una de las pocas excepciones en las que el ámbito normativo ha sabido escapar de la problemática sobre su teorización para adecuarse a la realidad social y, en este caso concreto, identitaria puesto que tal y como apunta Sartori, la democracia no se concibe como un sistema llamado a resolver de forma exclusiva problemas sobre la titularidad del poder sino sobre sus formas de ejercicio.²⁷ Biglino sintetizaría esta idea al exponer que

“En efecto, la democracia es, sobre todo, procedimiento. Como antes se señalaba, exige que las cámaras actúen conforme al principio de la mayoría, pero también con respeto a los derechos de la minoría y garantizando la publicidad. Estos requisitos son necesarios para la elaboración de la ley, pero también para la realización de casi todos los demás actos parlamentarios.”²⁸

Bobbio ya adelantó que la regla de las mayorías no es la única válida en democracia y que el establecimiento de reglas matemáticas de conformación de la voluntad debe ir acompañado de un cierto consenso, entendido como un sistema de concesiones recíprocas²⁹, complementado a su vez con una participación e inclusión en el proceso de toma de decisiones y de formulación de las propuestas de los grupos minoritarios, convirtiendo así a una decisión tomada de forma definitiva a través de una regla de mayorías en una decisión compuesta por diferentes pareceres y plural.³⁰

Es cierto que el planteamiento parece demasiado abstracto, pero se trata de que el contenido material de las decisiones y no tanto la rigidez formal de su adopción, sean

²⁶ COLWILL, J., “Los derechos humanos, la protección de las minorías y el agotamiento del universalismo”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 31, 1994, pp. 209-218, p. 214.

²⁷ SARTORI, G., “How far...”, *op. cit.*

²⁸ BIGLINO CAMPOS, P., “Algunas reflexiones sobre el principio democrático como fundamento y límite del parlamento”, en MORODO LENONCIO, R. y DE VEGA GARCÍA, P. (coords.), *Estudio de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, pp. 735-754, p. 747.

²⁹ BOBBIO, N., OFFE, C. y LOMBARDINI, S., *Democrazia, Maggioranza e Minoranze*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 1981, pp. 33.

³⁰ REQUEJO, P., *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2000, pp. 27-ss.

plurales en el sentido de que prima una protección efectiva a la minoría por encima de postulaciones de carácter formalista; en palabras de Freijedo, la relación entre democracia y minorías radica en que la primera

“establece los cauces para que cualquier individuo pueda participar en el sistema con cualquier demanda de acción u omisión y, a la vez, tener la certeza de que no va a ser de antemano rechazada y la confianza de que podrá ser satisfecha en la mayor medida posible.”³¹

De Otto y Pardo, aportan la conclusión definitiva sobre esta simbiosis entre el concepto actual de justicia fundamentado en unos DDHH que tienden a la colectividad y a la abstracción en un afán por completar al máximo posible la definición de justicia, ya de por sí compleja, y las garantías propias de la democracia como sistema ideal donde realizarse. Convergen cuestiones de diversa índole y que tradicionalmente han venido siendo analizadas de manera separada cuando es su interacción la que genera la complejidad democrática, la complejidad del pluralismo, y la complejidad de encontrar el equilibrio justo o el justo término. Hay un componente de estructura social, hay un componente de manifestación cultural, hay un componente de juego político y hay un componente de instrumentos jurídicos pero sus dinámicas pueden resumirse en términos de utilidad sobre la base de que

“En la democracia, no se trata tan solo de asegurar la supremacía de la voluntad popular mayoritaria, sino de mantener abierto el pluralismo mediante el reconocimiento de las libertades individuales y colectivas. El relativismo propio de la democracia no supone el reconocimiento de que es la mayoría la que define la verdad, sino el de que no hay más verdad que la que resulta del libre juego de opiniones, que precisamente por esa razón debe encontrarse garantizado.”³²

En torno a las implicaciones que este concepto de justicia tiene en el plano del Estado de Derecho, hay un elemento significativo o aclarador sobre cuáles son los mínimos exigibles. Es posible encontrarlos en el objetivo número dieciséis de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. No es aquí preciso realizar un comentario sobre dicho plan de acción ni sobre su organización o nivel de aplicación, pero sí es pertinente mencionarlo porque supone un acuerdo de mínimos en torno a las características del Estado de Derecho en un contexto de interacción institucional público-privada no solo

³¹ BASTIDA FREIJEDO, F., “La soberanía borrosa: la democracia, fundamentos”, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº1, 1998, pp. 381-460, p. 409.

³² DE OTTO y PARDO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ed. Ariel, Barcelona, 1987, p. 143.

elementos de contenido estrictamente jurídico, sino también de corte social y colaborativo situando no solo a las instituciones como garantes sino también a las empresas, movimientos asociativos, profesionales e individuos. Se manifiesta así el carácter participativo de la democracia y la idea de una ciudadanía completa activa y necesaria en la consecución o en la realización de este concepto universal de la justicia vía no solo fórmulas estrictas de determinación de obligaciones y responsabilidades como puede ser la responsabilidad social corporativa, sino también a través de la responsabilidad ciudadana y profesional. Es cierto que, aunque supone un paso adelante, sigue manteniéndose una diferenciación importante entre lo formal y lo social en el sentido de que lo primero está no solo judicializado, sino sujeto a mecanismos estrictos de control y fuera prácticamente del margen de la autonomía de la voluntad, pero lo segundo, queda dentro de esa capacidad de elección o de opción. Incluso, la propia aportación de esta agenda sigue sin ser del todo clara, precisa o nítida en torno a esas ideas de justicia social, gobernanza y participación ciudadana. A título de ejemplo, cuando se refiere a justicia y Estado de Derecho, este objetivo 16 centra el análisis en³³:

Primero, en que, Estado de Derecho y desarrollo tienen una interrelación significativa y se refuerzan mutuamente y se basa en la promoción de un acceso universal a la justicia y la construcción de instituciones responsables y eficaces a todos los niveles. Para ello, es necesario acabar con la corrupción existente en el poder judicial y en la Policía de muchos países empleando como indicador principal el de la proporción de las víctimas de violencia en los doce meses anteriores que notificaron su victimización a las autoridades competentes u otros mecanismos de resolución de conflictos reconocidos oficialmente.

Segundo, en cuanto a los niveles de corrupción y transparencia donde se afirma que, desde un punto de vista analítico los estados con una gobernabilidad deficiente e instituciones frágiles se ven embebidos con los mayores índices de corrupción, en contra posición a los estados que gozan de gobierno abierto, libertad de prensa, libertades civiles y sistemas judiciales independientes que, si bien no quedan exentos de la corrupción más absoluta, han mitigado sus efectos.

Tercero, en torno a la adopción de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades, emplea dos grandes indicadores:

³³ ONU, *Objetivo 16: Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas*. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>

proporciones de posiciones (por sexo, edad, personas con discapacidad y grupos de población) en las instituciones públicas (asambleas legislativas nacionales y locales, administración pública y poder judicial), en comparación con las distribuciones nacionales; y proporción de la población que considera que la adopción de decisiones es inclusiva y participativa, desglosada por sexo, edad, discapacidad y grupo de población, centrándose principalmente en la brecha de género.

Este entendimiento ya da buena cuenta de una diferencia sustancial que la doctrina ha clasificado en dos bloques: el referido a derechos civiles y políticos, y el de los derechos económicos, sociales y culturales. Sin pretender un análisis jurídico, hay dos pactos internacionales que representan bien esta idea: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC). El artículo segundo de cada uno de estos pactos es el que define la manera en que los Estados deben garantizar y proteger los derechos en ellos incluidos pero la obligatoriedad y los tiempos son distintos en uno y en otro.

En el PIDCP se establece que

“1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”³⁴

Mientras que en el PIDESC se expone que:

“1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios

³⁴ Artículo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”³⁵

La diferencia entre uno y otro es llamativa en el sentido de que mientras que en relación a los primeros derechos se establece una obligatoriedad inmediata, respecto a los segundos, se permite un establecimiento progresivo en su garantía. Esto tiene que ver directamente con tres consideraciones: la primera de ellas es puramente contextual ya que estos pactos tienen lugar durante el periodo de la Guerra Fría y el PIDCP forma parte de las demandas del mundo capitalista mientras que el PIDESC es una aspiración del mundo soviético. La segunda, es una cuestión de temporalidad puesto que las demandas sobre derechos civiles propias de las revoluciones liberales preceden a las sindicalistas, de servicios públicos o de mejoras en las condiciones laborales posteriores a las revoluciones industriales. Y, la tercera, obedece a una apreciación o valorización monetaria o económica del coste que supone la garantía de unos y otros derechos.

Estas tres consideraciones han determinado que si bien en un plano estrictamente teórico, todos los derechos gocen o deban gozar del mismo régimen de protección, en la práctica se entienda que los derechos civiles y políticos son de fácil y primordial garantía mientras que los derechos económicos, sociales y culturales dependen de las capacidades estatales para la oferta de servicios y coberturas públicas y que no son exigibles o realizables en todo momento o de manera universal casi haciendo pensar que existen derechos de primera y derechos de segunda categoría. Hasta finales del siglo XX este postulado parecía incuestionable, pero cabe detenerse a reflexionar sobre las capacidades reales de disfrute de los derechos civiles y políticos cuando los derechos económicos, sociales y culturales no están garantizados y sobre cómo las desigualdades producidas en los términos de la segunda tipología de derechos afectan a la operatividad del principio de igualdad reconocido en los primeros. Guerra González escribió un artículo titulado *Los derechos económicos en una sociedad decente y en teorías de la justicia*; una rúbrica no polémica pero sí en cierta manera inspiradora o transgresora que sintetiza excepcionalmente la problemática aquí planteada.

Para la definición de una sociedad decente, es interesante lo expuesto por Margalit quien entiende que es

³⁵ Artículo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

“aquella cuyas instituciones no humillan a las personas. Y distingo entre una sociedad decente y una sociedad civilizada. Una sociedad civilizada es aquella cuyos miembros no se humillan unos a otros, mientras que una sociedad decente es aquella cuyas instituciones no humillan a las personas (...). Aquella que combate las condiciones que justifican que quienes forman parte de ella se consideren humillados. Una sociedad es decente si sus instituciones no actúan de manera que las personas sujetas a su autoridad crean tener razones para sentirse humilladas.”³⁶

El elemento esencial recae sobre las condiciones que generan la realización de esta tipología concreta de derechos y sobre el hecho de si se trata de condiciones casi innatas o si deben favorecerse y quién tiene la responsabilidad en esta tarea. En este sentido, Dieterlen es quien ofrece una visión renovadora en el sentido de que una parte de la responsabilidad recae en la sociedad como sujeto activo en la exigencia por la realización de estos derechos, y otra parte recae en labores de buena gestión por quienes ostentan el poder no pudiendo quedar sujeta a las derivas económicas su garantía.³⁷ En otras palabras, y simplificando la cuestión al máximo, nadie se plantea que en una época de crisis económica no se celebren elecciones por el elevado coste que conllevan, pero sí se plantea que un trabajador deje de cobrar la indemnización que le corresponde por quiebra o concurso de la empresa, o que un profesor deba ser responsable de un aula saturada. Esta es la realidad con la que se convive en el marco de las decisiones gubernamentales y de los procesos burocráticos, dejando al margen elementos clave de la realidad social que son los que convierten a este ideal de justicia en realidad o en utopía, en algo factible o en pura ilusión; siguiendo con el ejemplo, nadie cuestiona el derecho a voto, pero no se plantea que una educación de calidad sea necesaria para el ejercicio de un derecho al voto informado o nadie cuestiona en términos económicos que si una empresa no tiene fondos, no se puede pagar, pero tampoco se plantea que como consecuencia de ese impago una familia puede acabar en riesgo severo de exclusión social con las consecuencias en términos de salud, alimentación, vivienda, educación y trabajo que eso conlleva a largo plazo.

La clave o el desafío que enfrenta este ideal de justicia basado en derechos es doble en el sentido de que necesariamente debe existir un contrapunto en deberes y obligaciones y en que más que centrar el análisis en una suerte de ponderación o jerarquía entre derechos, este debe centrarse en las interacciones entre derechos para generar el

³⁶ MARGALIT, A., *La sociedad decente*, Ed. Paidós, Barcelona, 2010, pp. 15-22.

³⁷ DIETERLEN, P., “Los derechos humanos en el ámbito de las teorías de la justicia distributiva” en ORCÍ, L. y MARTÍNEZ, V. M. (eds.), *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales*, Ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2007, pp. 35-63, p. 61.

mayor número posible de sinergias positivas. Margalit lo sintetiza en relación al trabajo de la siguiente manera:

“Una sociedad decente no está obligada a dar empleo para que la gente se gane la vida si tiene otros medios de asegurar unos ingresos mínimos, pero está obligada a proporcionar a cada uno de sus miembros una ocupación con sentido, como la posibilidad de estudiar.”³⁸

Es Rawls quien propone la idea básica de los derechos económicos, sociales y culturales entendiendo que evidentemente no se trata de establecer equivalencia o igualdades en términos puramente economicistas sino en establecer y promover una igualdad efectiva de oportunidades a través de condiciones de vida dignas para todos:

“Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo y unidos a los cargos y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades.”³⁹

Este planteamiento es el que concibe los derechos económicos, sociales y culturales como parte esencial del contenido de justicia al entender que esta no debe ser un ideal sino estar orientada al servicio de las personas y esto supone siguiendo a Sen que:

“El desarrollo exige eliminar las principales fuentes de falta de libertad: la pobreza, la tiranía, la escasez de oportunidades económicas y las privaciones sistemáticas, el abandono en que pueden encontrarse los servicios públicos y la intolerancia o el exceso de intervención de Estados represivos.”⁴⁰

La gran complejidad del concepto actual de justicia consiste en aunar, combinar y hacer funcionar todos sus elementos integradores al unísono porque establece principios que exceden al ámbito propio del Derecho para erigirse en elementos definitorios del entramado social y las relaciones entre grupos e individuos y porque establece los principios rectores de la toma de decisiones y gestión gubernamental de forma universal. Dos son las herramientas clave: una de corte conceptual como es la justicia social, y otra

³⁸ MARGALIT, A., *La sociedad...*, op. cit., p. 197.

³⁹ RAWLS, J., *Teoría...*, op. cit., p. 202.

⁴⁰ SEN, A., “Ética de la empresa y desarrollo económico” en CORTINA, A. (coord.), *Construir confianza: ética de la empresa en la sociedad de la información y las comunicaciones*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 39-54, p. 40.

de corte prestacional como es la educación no solo como vehículo sino también como espacio de trabajo en favor de la garantía máxima de estas consideraciones.

b. JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA SOCIAL. EL FUNDAMENTO DEMOCRÁTICO

La justicia social se enmarca siguiendo a Castán en el ideal de justicia por cuanto que este obedece “en cada momento histórico a condiciones políticas y circunstancias de ambiente social, estado de cultura y necesidades de todo orden, que hayan de ser satisfechas, lo que les da amplia variabilidad.”⁴¹ Así pues, y citando al mismo autor, la justicia social es una manifestación nueva de las respuestas sociales que debe ofrecer la justicia como ideal en un contexto y en un momento concreto, el actual, que parece haber dejado obsoletas las antiguas divisiones doctrinales en torno a la justicia y reclamar una aplicación efectiva de un ideal de justicia con algún componente material que permita la efectividad del principio de igualdad entendiéndola como aquella justicia que

“constituye una aplicación de la idea de justicia propia de nuestro tiempo, traída por las exigencias de la vida actual, económica o social y también espiritual, y que difiere fundamentalmente de la aplicación que en siglos pasados se hacía del concepto de la justicia y de las clases de ella.”⁴²

Es el resultado de una combinación de tres elementos: contractualismo, utilitarismo y democracia. Si bien es cierto que las discusiones en torno al término son numerosas y que no existe una definición uniforme, sí se coincide en que el debate existe en tanto que ninguno de los postulados de la justicia social a pesar de iniciarse con la Revolución Industrial de los siglos XVIII y XIX, tiene una aplicación efectiva. La idea que subyace es la corregir las desigualdades en la medida de lo posible entendiendo que una mayor y generalizado bienestar social repercute positivamente en todos los aspectos de la vida pública. La primera mención al término la realiza Luigi Taparelli d'Azeglio, sacerdote italiano al exponer que “...la justicia social debe igualar de hecho a todos los hombres en lo tocante a los derechos de humanidad.”⁴³

⁴¹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *La idea de la justicia en la tradición filosófica del mundo occidental y en el pensamiento español*, Ed. Reus, Madrid, 1946.

⁴² CASTÁN TOBEÑAS, J., *La idea de justicia social*, Ed. Reus, Madrid, 1966, p. 34.

⁴³ TAPARELLI, L., *Saggio teorético di diritto naturale, appogato sul fatto*, Ed. La Civiltà Católica, Roma, 1949.

Tiene tres dimensiones: distribución, reconocimiento y participación y aunque es cierto que la doctrina ha tendido a encasillarse en una de esas tres ramas diferenciadas, estas convergen y están sumamente interrelacionadas

La primera de las aproximaciones centrada en la distribución tiene como representante principal a Rawls quien relaciona las capacidades de desarrollo de las personas en condiciones justas con el acceso universal a una serie de bienes que entiende indispensables para el desarrollo del ser humano. Esta concepción supone en buena manera el establecimiento de unas reglas algo rígidas y de difícil manejo en la práctica:

En primer lugar, la regla igualitaria en atención a la cual cada persona debería recibir una parte igual de bienes básicos en los términos de Rawls, beneficios y lastres sociales.

En segundo lugar, la regla de la necesidad según la cual, la necesidad es el factor que puede marcar algún tipo de diferenciación en ese reparto igualitario ofreciendo mayores cantidades a quienes más lo requieran.

En tercer lugar, la regla de los méritos sobre la base de que quienes contribuyen a una mejora y progreso social tienen derecho a obtener alguna compensación por su labor.

Las tres reglas enfrentan tremendos problemas de aplicación práctica por varias razones. La primera de ellas es la predeterminación social, es decir, los seres humanos no nacemos en vacío, sino que acarreamos un contexto social, cultural, económico y familiar concreto y particular propio de cada persona. La segunda de ellas es que alguien debe concretar qué se entiende por necesidad y de alguna manera proceder a una valoración o cuantificación de la misma que no siempre resulta sencillo por cuanto que la necesidad tiene un componente de subjetividad ineludible. La tercera razón es que los méritos no solo deben cuantificarse sino también definirse y deben existir contrapesos o mecanismos de control y evaluación para evitar situaciones de abusos de poder. Se trata de una conceptualización de la justicia social que, si bien en el campo teórico encuentra un fuerte respaldo, enfrenta enormes dificultades en su aplicación práctica, especialmente en un contexto de interculturalidad y desigualdad como características esenciales del entramado social.

Piketty sintetiza bien la problemática de la justicia social entendida tanto en los términos del enfoque de DDHH como en los términos de su aplicación práctica al exponer que:

“en un nivel puramente teórico existe realmente cierto consenso-en parte artificial- sobre los principios de justicia social. Los desacuerdos se manifiestan de manera mucho más clara cuando se intenta dar un poco de sustancia a esos derechos sociales y a esas desigualdades. En la práctica, los conflictos se refieren más bien a los medios para hacer progresar real y eficazmente las condiciones de vida de quienes tienen desventajas, a la extensión precisa de los derechos que es posible atribuir a todos (teniendo en cuenta sobre todo las limitaciones económicas y presupuestarias, las múltiples incertidumbres vinculadas a ellas) o también la delimitación exacta de los factores que los individuos controlan o no.”⁴⁴

Las dificultades, entonces, en torno a la justicia social, no se manifiestan en el sentido de su conceptualización sino en el paso de la teoría a la práctica, puesto que sin ese enfoque de lucha efectiva frente a las desigualdades o la inequidad la justicia social estaría vacía de contenido. Es una importante diferencia la que aporta este concepto porque supone no solo el establecimiento de todos esos mecanismos de carácter formal que caracterizan al ideal de justicia actual, sino que plantean mecanismos de aplicación efectiva dando un salto específicamente cualitativo por cuanto que no se trata de establecer un mayor número de derechos sino de igualarlos en efectividad. Es cierto que la justicia social también cuenta con ese componente acumulativo que se veía en torno al ideal de justicia, pero lo tiene desde un enfoque práctico y orientado a la realidad social. Un ejemplo clarificador puede ser el siguiente: la justicia social incluye en su seno todos los temas relativos al acceso a internet porque actualmente, la calidad de vida o el mínimo de calidad de vida, requiere de una cierta conexión cibernética y de unas ciertas habilidades o posibilidades de disposición tecnológica. Desde el punto de vista estricto del ideal de justicia, esta condición puramente material no es que no sea necesaria o no sea abarcable por el concepto, sino que escapa a su actuación propiamente dicha en cuanto que los mecanismos estatales e institucionales de protección de los derechos están activados. La incidencia expresa y directa de la justicia social sobre los recursos es la que genera problemas no solo en el ámbito de su formulación teórica, sino también en sus ámbitos de aplicación en relación a los límites y las responsabilidades.

⁴⁴ PIKETTY, T., *El capital en el siglo XXI*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2014, pp. 530 y 531.

La justicia social se inserta dentro de la vertiente comparativista de la filosofía porque no pretende centrarse en la justicia institucional sino en “*la eliminación de la justicia manifiesta en el mundo que observaban.*”⁴⁵ Ahora bien, partiendo de que la apreciación de la injusticia o la desigualdad cuenta con un componente subjetivo y basado en las experiencias individuales y las propias de cada grupo o categoría social clasificables en atención a diversos criterios como son renta o formación, la justicia social pretende mantener una cierta universalidad y ser de aplicación, al menos en su formulación a una sociedad global, eliminando en cierta manera aquellas concepciones no solo deterministas sino también culturalistas que alegan elementos de índole cultural para justificar prácticas desiguales o discriminatorias. Expone, en este sentido, Sen que

*“la gente se agita para exigir más justicia global y subrayo el término comparativo “más”, no está reclamando un tipo de humanitarismo mínimo. Tampoco la gente se moviliza a favor de una sociedad mundial perfectamente justa, sino tan solo por la supresión de algunos arreglos escandalosamente injusto y, por el avance de la justicia global.”*⁴⁶

Es interesante ver que la evolución del término ha mantenido, de alguna manera, la idea primaria de Rawls sobre el velo de la ignorancia en atención a la cual, los miembros de una sociedad, global o no, deben tomar las decisiones en torno a los principios de justicia por unanimidad y desconociendo cuáles son sus roles sociales o condiciones de vida. Esto implica que se tomen decisiones donde todo el mundo busca salir de una u otra manera favorecido en el sentido de que sus condiciones sociales posteriores no le dejen en una posición de desigualdad o desventaja comparativa. Evidentemente esta aproximación es imposible desde un enfoque práctico, puesto que nacemos con un bagaje cultural y social a nuestras espaldas, pero sí da buena cuenta de cómo el egoísmo o el individualismo acumulado genera condiciones en cierta manera generales, universales, únicas y más igualitarias. Rawls no es, tampoco, un idealista y entiende que las sociedades son desiguales, pero quiere actuar en el plano de las llamadas desigualdades negativas o, dicho de otra manera, injusticias formulando dos principios interesantes a efectos de la plena realización de la justicia social: el primero, en atención al cual hay una igualdad en derechos y libertades individuales y colectivas; y, el segundo que implica la equitativa igualdad de oportunidades y la discriminación positiva.⁴⁷

⁴⁵ SEN, A., *La idea de la justicia*, Ed. Paidós, Barcelona, 2012, pp. 38-39.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 57 y 58.

⁴⁷ RAWLS, J., *Teoría...*, *op. cit.*, p. 27.

A estos planteamientos hay que añadir la cuestión de la distribución en Rawls ya que la regla es imprecisa desde un punto de vista inclusive teórico, porque Rawls combina un enfoque cuantitativo con uno cualitativo en el sentido de entender que la distribución debe realizar de tal manera que todas las personas adquieran esos bienes primarios que les permitan realizar plenamente sus fines sin entorpecer el desarrollo de otros. Hay un problema de falta de concreción, de abstracción e incluso de subjetividad o relativismo en esta formulación, sin embargo, supuso un primer paso hacia nuevos postulados ya que el foco de atención de Rawls radicaba en la libertad como eje central de todas las relaciones y de cualquier idea de justicia, permitiendo que, tal y como expone Sen:

“al insistir en la necesidad de la equidad procedimental de acuerdo con la primera parte del segundo principio (...) aportó un significativo enriquecimiento de la bibliografía de las ciencias sociales en materia de desigualdad, que con frecuencia ha tendido a concentrarse demasiado en las disparidades relacionadas con el estado social o los ingresos económicos, y ha ignorado las disparidades en los procesos, por ejemplo, en los casos de discriminación laboral por motivos de raza, color o género.”⁴⁸

El concepto de los más desaventajados es el que mayor aplicación práctica tiene en el sentido de que, partiendo de la base de un cierto consenso en torno a los mínimos deseables, la primera actuación de la justicia social debe ser la de hacer llegar a todos los miembros del grupo social a esos mínimos pero sin que su ambición resulte alcanzada con esos mínimos de mínimos. Es por ello, que más que en términos de libertades, el enfoque definitivo de la justicia social se enmarca en las capacidades y los bienes, en las posibilidades y en las dificultades entendiendo que, si bien es cierto que las libertades suponen un pilar definitivo para la realización de una verdadera justicia social, estas se ven limitadas por aspectos puramente capacitadores y de posibilidades y dificultades. Es decir, partiendo de que las libertades están garantizadas por el ideal de justicia actual, la justicia social quiere incidir en los impedimentos efectivos y reales a su disfrute pleno. Un ejemplo de ello es que todas las personas tenemos garantizada la libertad de pensamiento y la libertad de expresión, pero estas carecen de significado o de contenido propiamente dicho cuando una persona se encuentra desnutrida o en riesgo de pobreza extrema, puesto que sus intereses inmediatos son alimento y salud por encima de expresar su opinión, incluso puede ser que su opinión se restrinja a tener satisfechas esas necesidades vitales. Lo mismo ocurre con los derechos, por ejemplo, si se piensa en el

⁴⁸ SEN, A., *La idea...*, op. cit., p. 93.

derecho a la educación, garantizado en los Estados democráticos, este no encontrará su plena realización sin recursos para la adquisición de material escolar dejando en una situación de desventaja comparativa a quien no los posee y disminuyendo sus posibilidades de ejercicio y aprovechamiento del derecho. En la concurrencia entre libertades y derechos también se enfrenta el mismo problema, por ejemplo, libertad de conciencia y derecho a la educación convergen en el sentido de que se puede optar por una educación que incluya ese componente ideológico o religioso pero esto solo es accesible si se tienen plenos recursos económicos; aquí, es cierto que los servicios públicos juegan un papel esencial en tanto en cuanto que la escuela pública parece cubrir la esfera del derecho a la educación, al menos en parte, pero deja fuera esa interacción entre derechos y libertades, que es donde actúa plenamente la justicia social en tanto en cuanto la escuela pública, con carácter general se reputa neutral. No obstante, la neutralidad no debe confundirse con el abandono o con el relegar a un segundo plano la interculturalidad, sino que en un enfoque de justicia social y para garantizar un pleno disfrute y convergencia de derechos y libertades, la escuela pública debería ser inclusiva y aceptadora de cualquier tipo de manifestación cultural, siempre que respete, evidentemente, ese consenso común en torno al ideal universal de justicia que impera en la actualidad.

En cierta manera, la justicia social opera como un mandato a nivel social de solidaridad, pero, sobre todo, a nivel institucional en el sentido de exigir que los elementos de corrección de las desigualdades bajo la responsabilidad de las instituciones integren sus mandatos con vistas a no perpetuar situaciones de desigualdad y de servir como eje de aplicación de la justicia social en todas sus facetas. Esta idea la expresa Sen a través del *niti* y el *nyaya*, siendo el primero el carácter idóneo y correctivo de las instituciones, y el segundo, la aplicación omnicomprendensiva del concepto de justicia y de la justicia social a las consecuencias de una aplicación no evaluada del *niti*. En esencia,

“la conexión básica entre el razonamiento público, por una parte, y las exigencias sociales participativas, por la otra, es clave, no solo para el desafío práctico de hacer más efectiva la democracia, sino también para el problema conceptual de fundar una idea articulada de justicia social sobre las exigencias de la elección social y la equidad.”⁴⁹

La justicia social pretende romper con esa suerte de determinismo que ya apreció Gramsci para que los problemas de desigualdad se conviertan en una cuestión de

⁴⁹ *Ibidem*, p. 122.

trascendencia universal y dejen de ser una cuestión de grupos sociales en desventaja.

Partiendo de la base de que

“al adquirir una concepción del mundo, uno siempre pertenece a un grupo particular que es el de todos los elementos sociales que comparten el mismo modo de pensar y actuar. Somos siempre conformistas, de un conformismo u otro, somos siempre el hombre en la masa o el hombre en el colectivo.”⁵⁰

No es una perspectiva puramente moralista o puramente idealista la que propone la justicia social sino que se trata de que en un entorno universal, unas condiciones mínimas de vida estén fijadas, consensuadas y garantizadas con independencia de la herencia social y cultural de cada uno siguiendo el planteamiento de Smith⁵¹ sobre la imparcialidad abierta en tanto que los componentes culturales a la hora de definir el contenido de la justicia social limitan su alcance y esta debe ser una herramienta para la plena realización cultural. Sen lo resume a la perfección:

“la evaluación de la justicia exige compromiso con los ojos de la humanidad; primero, porque podemos identificarnos con los otros y no solo con nuestra comunidad local; segundo, porque nuestras opciones y acciones pueden afectar la vida de otros aquí y allá; y tercero, porque lo que los otros ven desde sus perspectivas históricas y geográficas puede ayudarnos a superar nuestro propio parroquianismo.”⁵²

Desde ese enfoque, que se aproxima en buena manera a la interdisciplinariedad, puede apreciarse que las decisiones no se toman como consecuencia de la pertenencia de los individuos como agentes sociales y quienes ostentan el poder, atendiendo únicamente a su pertenencia a un único grupo social, muchas características son las que definen a los seres humanos y cada una de ellas les hace partícipes de un grupo social de mayor o menor amplitud hasta obtener la complejidad individual. La aplicación de este enfoque a la justicia es la que propone la justicia social, una toma de decisiones y una repartición de los recursos realizados de forma omnicomprendiva. Este enfoque es el que se ha empleado en conceptualizaciones como la del desarrollo sostenible, entendido en términos de que las sociedades de hoy están obligadas a dejar el mundo en un estado suficientemente bueno como para garantizar unos niveles de vida mínimos a las sociedades futuras y que éstas hagan lo mismo con las generaciones venideras. La justicia social pretende aplicar

⁵⁰ GRAMSCI, A., *Cartas desde la cárcel*, Ed. Nueva Visión, Argentina, 2006, p. 64.

⁵¹ SMITH, A., *Teoría de los sentimientos morales*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2013.

⁵² SEN, A., *La idea...*, *op. cit.*, p. 184.

esa concepción al mundo de hoy procurando que la libertad de uno sea la de mucho y que esta se extienda más de los intereses y capacidades propios. Por ello, el análisis que de cualquier disciplina se desprende al aplicar el enfoque de justicia social debe partir necesariamente de “entender la naturaleza y las fuentes de la privación de capacidades y de la inequidad es, en efecto, esencial para eliminar injusticias manifiestas que puedan ser identificadas mediante razonamiento público, con un buen acuerdo parcial.”⁵³

En resumen, el enfoque de la justicia social supone pasar de los medios a los fines reales y de consideraciones en abstracto a impacto real. Se condensa esta idea de la siguiente forma:

“la evaluación del desarrollo no puede divorciarse de las vidas que las gentes pueden vivir y de la libertad que pueden disfrutar. El desarrollo escasamente puede verse solo desde el punto de vista del mejoramiento de objetos inanimados de conveniencia, tales como un incremento del producto nacional bruto (o de los ingresos personales), o la industrialización, a pesar de la importancia de estos medios para los fines reales. Su valor tiene que depender de su impacto en las vidas y libertades de las personas implicadas, que debe ser central para la idea de desarrollo.”⁵⁴

Muchas variables aparecen conectadas: pobreza, educación, identidad, sanidad, participación, inclusión, género, color de piel, etc.

Es cierto que desde el enfoque de la llamada interseccionalidad hay un factor casi constante como es el de la pobreza, de ahí que, en el marco de la justicia social, hayan sido frecuentes los trabajos en la materia. Es una cuestión práctica y casi evidente que la falta de recursos económicos genera una fuerte desigualdad en todos los ámbitos pues influye en la calidad y cantidad de la alimentación, en el acceso a la salud, en las formas y medios para la enseñanza y en los criterios para la toma de decisiones puesto que el no tener necesidades básicas cubiertas hace que los individuos no se preocupen por algunas libertades esenciales en el modelo actual de justicia. Esto no supone que las menosprecien, sino que poca libertad existe cuando la preocupación es la supervivencia. Ravallion y Lokshin lo exponen de la siguiente manera:

“la línea de pobreza puede definirse como el dinero necesario para lograr el nivel mínimo de bienestar que se requiere para no ser juzgado como pobre (...). La pregunta más difícil es, ¿qué concepto de bienestar debe servir como base para las líneas de pobreza? Para los economistas la respuesta obvia es la utilidad. Una

⁵³ *Ibidem*, p. 255.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 377-378.

justificación para las líneas de pobreza consistente en que la utilidad puede encontrarse aplicando los principios estándar del bienestar económico para la medición de la pobreza. Estos principios consisten en que las valoraciones de bienestar social (incluso las medidas de pobreza) deberían depender solamente de las utilidades. Las personas que presentan la misma utilidad inicial deben ser tratadas de la misma manera, y el bienestar social no debería ser decreciente en cualquier utilidad.”⁵⁵

La clave radica en la identificación de las necesidades que definen la pobreza y si estas son absolutas, es decir, unos mínimos válidos en todo tiempo y lugar, o relativas y vinculadas a los ingresos u otros parámetros económicos propios de un momento y contexto determinado. La justicia social pretende incidir en dos cuestiones: la existencia de un mínimo absoluto no revocable que no tiene porqué estar necesariamente fijado en términos monetarios sino en otras unidades como puede ser una cesta básica de productos; y, en que el avance social aporta nuevos elementos a esas necesidades básicas conjugando así un absolutismo y un relativismo en su visión omnicomprendiva de la pobreza y su incidencia social y en el disfrute de la libertad. De alguna manera la complejidad estriba en definir qué privaciones de acceso a determinados bienes y servicios son las que condicionan el ejercicio de las libertades y aíslan al individuo de los beneficios del bienestar y de ahí subyace la crítica de la justicia social a conceptos puramente monetarios sobre la pobreza o la injusticia y lo que justifica que la justicia social emplee también un enfoque de capacidades y recursos desprendiéndose que “cuando se aplica el enfoque sobre la capacidad a la ventaja de una persona, lo que interesa es evaluarla en términos de su habilidad real para lograr funcionamientos valiosos como parte de la vida.”⁵⁶

Esta concepción incluye una cuestión tan esencial como es la capacidad de elección o de opción, ya que la posibilidad de elegir es síntoma de bienestar y de libertad; no es un enfoque meramente cuantitativo en atención al cual cuantas mayores opciones, mayor justicia social en términos generales, sino en el sentido de entender que cuantas mayores decisiones puede tomar el individuo en relación a cuestiones instrumentales de su vida, mayor es el grado de libertad del que goza y extendido esto a una sociedad en su conjunto, mayores niveles de justicia social manifiesta. No se centra en los resultados ya que las elecciones individuales los condicionarán haciendo que las consecuencias sean diferentes para unos y para otros por lo que marca también una diferencia notable entre

⁵⁵ RAVALLION, M. y LOKSHIN, M., “On the Utility Consistency of Poverty Lines”, *Policy Research Working Paper n° 3157*, World Bank, Washington, October 2003, p.4.

⁵⁶ SEN, A., “Capacidad y bienestar” en NUSSBAUM, M. y SEN, A., *Calidad de vida*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 54-83, p. 55.

igualdad y homogeneidad social o perspectiva comunitarista. Este es el nexo de unión más evidente entre justicia social e igualdad por cuanto que la justicia social comprende las dos perspectivas de la igualdad: la de remoción de los obstáculos que nieguen la condición de moral o válido a los individuos por cualquier razón, y la de algún mecanismo de redistribución de los recursos que permita igualdad en la oportunidad para que cada persona pueda desarrollar su propio plan de vida, su propia hoja de ruta de manera autónoma, con opciones de progreso y libremente.

La relación entre justicia social e igualdad formal no debe ser entendida en el sentido de aislar los componentes culturales diferenciadores, dejarlos de lado o no tenerlos en cuenta, sino que se basa en el entendimiento de que dichas cualidades no deben ser la justificación para la toma de decisiones injustas. Se admite y se protege la diferencia, pero se matizan que cuestiones diferenciadoras pueden ser tomadas o no en cuenta a la hora de la toma de decisiones a nivel institucional y cuáles no. Enlaza con las causas tradicionales de discriminación y con nuevas circunstancias; un ejemplo claro puede ser el de las personas transgénero y la necesidad de que, a la hora de tomar de decisiones institucionales, el sexo con el que se identifica el solicitante sea o no relevante o si necesariamente deben las personas sentirse encasilladas en un único sexo o en único rol de género social y tradicionalmente atribuido. Singer fue, polémico en sus consideraciones, pero tajante en sus conclusiones sobre si esas cuestiones aún teniendo un posible y presunto respaldo científico que las justificase, podrían tener incidencia en esta interacción entre justicia social e igualdad al determinar que:

“suponemos que un grupo étnico resulta efectivamente poseer un cociente intelectual (CI) medio superior a otro, y que parte de esta diferencia tiene una base genética? Un interrogante similar podría plantearse acerca del impacto producido por las teorías de las diferencias biológicas entre los sexos. En ninguno de los dos casos la pregunta supone aceptar que las teorías sean ciertas, pero no sería adecuado que nuestro escepticismo sobre estos temas nos llevara a dejar a un lado estos interrogantes y posteriormente se descubrieran, de forma inesperada, pruebas que confirmaran las teorías, teniendo como consecuencia que una opinión pública no preparada y confusa pensara que dichas teorías tienen repercusión en el ideal de igualdad, cuando en realidad no la tienen.”⁵⁷

Villavicencio resume lo expresado anteriormente en seis tesis, a saber, todos los seres humanos deben ser tratados como iguales, es un marco de medida de la legitimación normativa, fáctica y de actuación institucional, supone descartar las diferencias o

⁵⁷ SINGER, P., *Ética práctica*, Ed. Cambridge University Press, Madrid, 1995, p. 34.

resaltarlas para obtener fenómenos de discriminación necesaria por su positividad, es decir, por su participación en la realización efectiva de la igualdad, hay una igualdad por equiparación y otra por diferenciación, requiere fundamentar de forma racional las diferencias y, solo hay opción a tratamiento desigual cuando hay razones suficientes.⁵⁸

No obstante, su aplicación no siempre resulta sencilla en un contexto de recursos limitados; por ejemplo, situando el análisis en España, algunas Comunidades Autónomas tuvieron un sistema de gratuidad total en los libros de la enseñanza obligatoria. Esto supone una aplicación de la igualdad por equiparación; sin embargo, en el contexto de crisis económica y ante la imposibilidad de asumir el coste de adquisición de la totalidad de los libros nuevos, se decidió que se iba a aplicar un criterio de renta familiar, siendo entonces la regla general la no gratuidad de los libros de los libros de enseñanza obligatoria y la regla excepcional, su gratuidad por criterios económicos; esto es igualdad por diferenciación. Ambos postulados son válidos y encajan en esa primera vertiente de la idea de igualdad propuesta por la justicia social y para ambas medidas hay apreciaciones de injusticia perfectamente válidas, a saber, en cuanto a la gratuidad generalizada, podría plantearse que las desigualdades en los recursos son un criterio a tener en cuenta y que los recursos destinados a la adquisición de libros para quienes, en atención a su renta, podían adquirirlos por sí mismos, suponía una desigualdad en términos relativos ya que podían destinarse a otros ámbitos. Al mismo tiempo, cabe plantearse que atendiendo al carácter obligatorio de la escolarización y al contexto de escuela pública, puesto que el deber de educar se ha convertido en una obligación impuesta por el Estado en términos formales y materiales, es perfectamente justo que todos los niños/as tengan sus libros de forma gratuita. En el caso contrario, los argumentos serían los mismos, pero en sentido inverso. Esta es la complejidad que enfrenta la justicia social: ¿qué parámetros son más eficientes para obtener una “mayor cantidad” de justicia social en términos generales y no en un único ámbito?

La otra cara de la moneda la ofrecen justicia social e igualdad material. No se ha incidido anteriormente en que de alguna manera la historia de la Justicia como ideal y, especialmente, la historia de la justicia como supervalor fundamentado en los DDHH, es la historia de los discriminados, de los oprimidos, de los subyugados. Cada avance ha supuesto dotar de legitimidad a un grupo excluido de la esfera pública y social, por ello,

⁵⁸ VILLAVICENCIO, L., “Justicia social y el principio de igualdad”, *Hybris*, vol. 9, nº1, 2018, pp. 43-74, p. 60.

el enfoque que adopta la justicia social es doble en este sentido: redistribución y reconocimiento de la diferencia entendiendo que cualquier concepción de la igualdad que no incorpore la redistribución y el reconocimiento de las diferencias debilitará el principio.⁵⁹

Se plantea la necesidad de diferenciar entre dos conceptos para hacer compatibles estas dos visiones en el marco de la justicia social, concretamente, la distinción entre gustos y necesidades en el sentido de distinguir qué fenómenos aunque desde una perspectiva puramente económica puedan parecer innecesarios o excesivamente costosos, forman parte de las necesidades básicas y si de manera social y política y en favor de la convivencia la justicia social debe abarcar solamente necesidades vitales de carácter físico o también las espirituales. Hay dos tendencias claras, la del filósofo británico Barry quien entiende que las distinciones basadas en creencias religiosas o culturales no son necesarias y la de Sen que propone un acercamiento a la diversidad como parte esencial de la justicia social.

García propone que la justicia social debe integrar una concepción no monista de la realidad y plural.⁶⁰ Así pues, son necesarias las acciones de afirmación positiva que consisten según Figueroa en *“una política adoptada por alguna entidad estatal o privada que tiene por finalidad mejorar la participación e inclusión de grupos histórica y sistemáticamente desventajados, excluidos o discriminados en determinados sectores de la sociedad.”*⁶¹ Entendiendo, entonces, que es desventajado

“un grupo afectado por una acción estatal sistemática y persistente que produce un específico resultado: colocar al grupo en una posición de desventaja tan profunda que aunque se eliminen las barreras y normas discriminatorias y aunque se garanticen los mismos derechos, aquel grupo no podrá salir de su situación de desventaja o podría tomarle muchísimo tiempo.”⁶²

Uno de los grandes aportes ha sido el del feminismo, puesto que su premisa parte de una situación institucionalizada de desventaja, no obstante y a pesar de los esfuerzos del colectivo por la defensa de la igualdad, lo cierto que las pautas tradicionales de lucha

⁵⁹ FORST, R., *Justificación y crítica. Perspectivas de una teoría crítica de la política*, Ed. Katz-Editores y Clave Intelectual, Madrid, 2014, pp. 129-147.

⁶⁰ GARCÍA, F., “La pluralidad del igualismo democrático”, *Revista de Filosofía*, vol. 41, nº1, 2016, pp. 79-96, p. 90.

⁶¹ FIGUEROA, R., “¿Son constitucionales las cuotas de género para el parlamento?”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 42, nº1, 2015, pp. 189-2014, p. 195.

⁶² *Ibidem*.

contra la desigualdad se han mostrado ineficaces por su falta de tenencia en cuenta del componente de la maternidad y de la división sexual del trabajo derivando en que, si bien es cierto que se ha mitigado la brecha de género, esta siga existiendo casi con la misma intensidad en determinados ámbitos. No debe pensarse, por el contrario, que las acciones de afirmación tiendan a una suerte de asimilación cultural u homogeneización en tanto en cuanto la idea sobre la que recaen es la posibilidad de crear condiciones en que las elecciones y decisiones personales sean tomadas de la manera más libre posible, no deseando imponer ni un único modelo de maternidad ni una maternidad impuesta, ni rechazar de pleno la maternidad. Es cierto que el propio planteamiento genera dudas y roces en el sentido de que parece complicado abordar ciertas temáticas sin crear una cierta suspicacia y que determinadas cuestiones como puede ser esta de la maternidad deben ir necesariamente acompañadas de una reconfiguración de la paternidad y de una atención a nuevas formas de familia que escapen a los modelos tradicionales y que deben ser abordadas con la misma mirada inclusiva, aún más, en el caso de familias monoparentales o de familias de progenitores con otras opciones sexuales y con otras identificaciones propias de sexo y género ya que en ellas se da una discriminación aún mayor. La barrera que debe superar la justicia social es que, si bien es cierto que nuestros modelos de estado justo y democrático tienden a respetar una amplia esfera de privacidad del individuo en cuanto a sus elecciones vitales, cuando de dichas elecciones perfectamente válidas se desprende una posición de inferioridad o desigualdad social, son las instituciones en todas sus variantes quienes deban actuar para corregirlo. Especial valor y especial papel juega también la sociedad en su conjunto pues los patrones de discriminación son difícilmente institucionalizables en el marco del ideal de justicia actual y se producen más desigualdades propiciadas por el puro devenir socio-cultural y por el carácter economicista de la sociedad de hoy, lo que representa un inmenso margen de actuación y muchas tareas aún por realizar. Las sociedades justas no son simplemente una cuestión normativa o institucional, son una cuestión de contenido y alcance social y global que pasa por la adquisición de valores compartidos como la empatía o la solidaridad, de ahí que las aulas se reputen espacios idóneos para iniciar ese cambio de pensamiento y esa ruptura con visiones monistas o excesivamente normativizadas de la justicia, y más aún de la justicia social.

Pateman y Young lo sintetizan bien en relación al papel de la mujer al exponer que:

Por un lado, “solo será posible obtener un análisis y una explicación completa de la estructura y de la forma en la que opera el capitalismo cuando, además de la figura del trabajador, se tenga en cuenta también la del ama de casa.”⁶³

Y, por otro, que

“No ha sido difícil para las feministas demostrar que la opresión de las mujeres consiste, en parte, en una transferencia, sistemática y no recíproca de poderes de las mujeres a los hombres. La opresión de las mujeres no consiste meramente en una desigualdad de estatus, poder y riqueza resultante de la práctica por la cual los hombres han excluido a las mujeres de las actividades privilegiadas. La libertad, poder, estatus y autorrealización de los hombres es posible precisamente porque las mujeres trabajan para ellos.”⁶⁴

En otras palabras, el componente fáctico de la justicia social aparece continuamente y muestra una divergencia clara con el ideal absoluto de justicia actual en el sentido de que exige ir más allá de lo meramente normativo y el compromiso activo de todos los componentes del entramado social de forma que se adapte al particularismo que exige la diversidad y la complejidad social del mundo de hoy. Puede decirse que se trata de una fórmula frente a la rigidez y abstracción jurídica que convierte a la justicia en algo más que un ideal y en algo que excede a lo jurídico para impregnar el conjunto de relaciones sociales de una forma y desde unas perspectivas más amplias que la del derecho y la economía.

Además, supone la introducción de una cierta responsabilidad y compromisos sociales llevando la responsabilidad más allá de lo estándares comúnmente aceptados en el plano jurídico. Esto implica que la justicia social debe impregnar todos los ámbitos de actuación públicos y que también establece algún tipo de exigencia en el marco de las actuaciones privadas, aunque sin el mismo nivel de exigibilidad. En cierta manera supone la conceptualización de lo expuesto por Marín, García y Llano al entender que los problemas sociales son complejos, las sociedades cambiantes y en continuo cambio y

⁶³ PATEMAN. C., “Críticas feministas a la dicotomía público/privado” en CASTELLS, C. (coord.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Ed. Paidós, Barcelona, 1996, pp. 31-52, p. 48.

⁶⁴ YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, Ed. Cátedra, Madrid, 2000, p. 89.

transformación y que las soluciones meramente individuales no dan una respuesta eficaz a los problemas que van apareciendo.⁶⁵

Es, en cierta manera, una reformulación de la definición de justicia de Bobbio. Este autor entendía que la justicia era “el conjunto de los valores, bienes o intereses para cuya protección o incremento los hombres recurren a esa técnica de convivencia a la que sabemos dar el nombre de derecho.” La justicia social es lo mismo, pero sustituyendo la parte final relativa al derecho para darle la denominación de sistema completo de convivencia justa y pacífica. Este matiz es sumamente importante pues solo entendiéndolo plenamente puede llegarse a las conclusiones sobre la importancia de la justicia social y su encuadre, valga la redundancia, puramente social en el mundo de hoy.

Cotler realizaba en el año 2011 un análisis sobre la justicia en América Latina que es relevante a efectos generales, especialmente por la afirmación que realiza en torno a la inclusión social y a la interrelación de todos los sistemas para la efectividad de la justicia social:

“los agudos índices de desigualdad económica se acompañan con elevado niveles de pobreza y deterioro ambiental, y determinan que vastos sectores participe solo de manera restringida en el mercado y en los servicios calificados como “públicos”; que estas limitaciones bloqueen el desarrollo del “capital humano”, el crecimiento económico y la movilidad social; y, por otro lado, refuerzan las escisiones sociales y la fragmentación de, lo que contribuye a consolidar la histórica segmentación y heterogeneidad.”⁶⁶

El bloqueo al desarrollo del capital humano en todo su esplendor, la segmentarización del conocimiento, la estandarización extrema de los patrones y contenidos del aprendizaje suponen un punto de quiebra con el factor del capital humano que es, a su vez, el único capaz de compensar los déficits económicos o las deficiencias de los sistemas políticos, sociales, culturales y económicos. En el plano de la economía, el factor humano ha sido entendido como un factor esencial dentro del desarrollo y esta conclusión es la que utiliza la justicia social, pero en relación al progreso que no solo se entiende en términos capitalizados, sino en términos más amplios de convivencia y

⁶⁵ MARÍN, A., “Importancia del estudio de las organizaciones” en MARÍN, A., GARCÍA, P. y LLANO, S., *Sociología de las organizaciones: influencia de las tecnologías de información y la comunicación*, Ed. Fragua, Bogotá, 2002, pp. 11-24, p. 12.

⁶⁶ COTLER, J., “Las desigualdades en el Perú: introducción” en COTLER, J. y CUENCA, R. (eds.), *Las desigualdades en el Perú: balances críticos*, Ed. Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2011, pp. 9-30, p. 10.

cohesión social, bienestar, acceso a servicios, libertad cultural y autonomía. En este sentido, autores como Wallerstein han entendido que debe propiciarse una participación y un componente activo de los miembros de la sociedad de forma que haya opción al cambio de estrato social y de suerte que los méritos se vean recompensados con algún tipo de beneficio que no tiene porqué ser ni inmediato ni económico.⁶⁷ Se trata de una combinación de talento y esfuerzo que debe generar lo que Dubet ejemplifica de una manera muy clara:

*“en este modelo, la justicia ordena que los hijos de los obreros tengan el mismo derecho de convertirse en ejecutivos que los propios hijos de los ejecutivos, sin poner en cuestión la brecha que existen entre las posiciones de los obreros y de los ejecutivos.”*⁶⁸

El llamado Informe Coleman de 1996 ya apuntaba a la necesidad de combinar justicia social y educación sobre la base de que las aulas no son espacios asépticos sino lugares de una gran diversidad donde debe trabajarse en el campo de la igualdad de oportunidades y en la introducción de todos los conceptos mencionados para dotar de efectividad al sistema de justicia que se ha construido.⁶⁹

Como expone Cuenca, “resultaba pues, que la educación para la justicia social requeriría, más allá de su sola existencia, acreditar el suficiente (y mejor) capital cultural; ese que permitiera distinguirse de entre los demás.”⁷⁰ El mayor problema a resolver es si el hecho de que la educación sea concebida un derecho humano y como un espacio creador de igualdad de oportunidades ya genera por sí solo un impacto social significativo o si se trata de una mera ilusión que no corrige más que de forma temporal unas desigualdades que terminan existiendo y reiterándose en otras etapas posteriores de la vida. En otras palabras, si es necesario complementar esa cierta igualdad de oportunidades en el ámbito educativo con una educación en justicia social de suerte que cada individuo pueda ser verdaderamente dueño de su futuro y de sus elecciones sin que pesen sobre él de forma determinante su bagaje cultural, familiar, económico y social precedente. Barba sostiene que depende del enfoque que se de y de cómo se midan la calidad y los resultados

⁶⁷ WALLERSTEIN, I., *Las incertidumbres del saber*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2005.

⁶⁸ DUBET, F., *Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*, Ed. Siglo XXI, Argentina, 2011, p. 12.

⁶⁹ COLEMAN, J. S., CAMPBELL, E. Q., HOBSON, C. J., MCPARTLAND, J., MOOD, A. M., WEINFELD, F. D. y YORK, R. L., *Equality of educational opportunity*, Ed. US Government Printing Office, Washington, 1996.

⁷⁰ CUENCA, R., “Sobre justicia social y su relación con la educación en tiempos de desigualdad”, *Revista internacional de educación para la justicia social*, vol. 1, nº1, 2012, pp. 79-93, p. 86.

de esas acciones educativas, entendiendo que la inclusión de cuestiones como la interculturalidad, la diversidad y los DDHH aportan un valor añadido a la educación y escapan a una tendencia a medir solo por razón de resultados cuantificables y alejados de la realidad o del impacto en un largo plazo:

“estos enfoques alternativos tienen la gran ventaja de que la cuestión de la calidad de la educación tiene una virtud perenne: nos hace volver la atención a los individuos, a las personas en tanto poseedoras originarias del derecho a la educación y, por ello, a ocuparnos de las vicisitudes de tal derecho, del cual depende la vida de las sociedades.”⁷¹

La UNESCO concluyó en el año 2007 que ni una ni otra postura deben ser analizadas en abstracto ni desechadas por sí solas sino que deben convivir y crear una relación simbiótica que depende no solo de las instituciones sino también del profesorado, de su libertad de cátedra y de sus posibilidades de influencia e impacto sobre la vida de sus educandos:

“La primera concibe la educación como la base de la convivencia y la democracia, dando importancia a las dimensiones ciudadanas, cívicas y valóricas. La segunda se relaciona con los efectos socioeconómicos de la educación, en términos de limitaciones o aportes al crecimiento económico, el acceso a empleo y la integración social.”⁷²

En esencia, se trata de partir de la existencia de las diferencias para elaborar una estrategia inclusiva y educativa que comprenda la justicia social como metodología y como contenido en sí mismo teniendo como base, guía y fundamento que dentro del ideal actual de justicia, la educación aparece como un derecho humano, lo que le dota de una cualidad y de una calificación y legitimidad superior a la de cualquier otro mecanismo de acción con impacto social. El entendimiento del derecho humano a la educación es esencial para comprender, no solo los mínimos educativos a cumplir, sino su importancia en el seno de comunidades democráticas y plurales. Partiendo de un análisis previo que debe contemplar que la homogeneidad en el acceso a la educación no determina en sí misma una igualdad en términos prácticos ni operativos y que ese enfoque poco profundo de la cuestión ha llevado, como exponen Fitoussi y Rosanvallon, a la “aparición nuevas

⁷¹ BARBA, B., “Entre las revoluciones y la burocracia: gobernar para la calidad de la educación”, *Revista Electrónica Iberoamericana sobre calidad, eficacia y cambios en la educación*, vol. 5, nº3, 2007, pp. 22-25, p. 22.

⁷² OREALC-UNESCO, *Educación de calidad para todos: un asunto de derechos humanos*, Ed. OREALC-UNESCO, Chile, 2007, p. 26.

desigualdades, que proceden de la recalificación de diferencias dentro de categorías a las que antes se juzgaban homogéneas.”⁷³

La interacción necesaria entre educación y justicia social debe fundamentarse y abogar por un fortalecimiento de la democracia, por una realización de las distintas identidades personales y por el reforzamiento de una serie de valores comunes que propicien esa cohesión social en la diferencia y esa capacidad de convivencia en el pluralismo sin establecer jerarquías en el orden social, diferenciaciones discriminatorias o perpetuación de situaciones de desventaja. Debe trabajarse en el ámbito formal y en el ámbito de la conciencia y los ideales, en el convencimiento de que la democracia es una forma de crecimiento y perfeccionamiento continuo a la que todos los miembros de la sociedad deben contribuir de una u otra manera. En palabras de Nussbaum,

“Nos referimos a la capacidad de desarrollar un pensamiento crítico; la capacidad de trascender las lealtades nacionales y de afrontar los problemas internacionales ‘ciudadanos del mundo’; y, por último, la capacidad de imaginar con compasión las dificultades del prójimo.”⁷⁴

Solo de esta manera es posible alcanzar un progreso no uniforme, pero sí justo desde el punto de vista jurídico y social.

La categorización de la educación como Derecho Humano es la que le dota de esa especialidad y de esas capacidades de acción y de impacto, por ello, es relevante entender qué es el derecho a la educación, qué aspectos comprende y cómo se integra dentro del ideal de justicia toda vez que tiene un componente mixto entre derecho civil y político, y derecho económico, social y cultural lo que implicaría una protección extra o reforzada en el marco teórico, pero que supone, en la práctica, que se encuentre en un limbo o en una situación de fácil modulación político-institucional.

⁷³ FITOUSSI, J.P., y ROSANVALLON, P., *La nueva era de las desigualdades*, Ed. Manantial, Argentina, 1997, p. 74.

⁷⁴ NUSSBAUM, M., *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Ed. Katz, Argentina, 2010, p. 26.

2. LA JUSTICIA TRANSICIONAL: CONTEXTO Y CONCEPTO.

a. TEORÍA FUNDAMENTAL SOBRE TRANSICIONES POLÍTICAS.

El concepto de justicia transicional es una construcción propia de la segunda mitad del siglo XX y vinculada esencialmente a la conjunción entre dos circunstancias fácticas en el ámbito internacional, a saber, la caída de los regímenes militares latinoamericanos, especialmente el chileno y el argentino, y la caída de los regímenes de corte soviético con la finalización progresiva de la Guerra Fría; y un elemento jurídico, concretamente, el desarrollo progresivo del DIDH como una disciplina diferenciada dentro del Derecho Internacional Público (en adelante DIP) cuyo ámbito de actuación es el de la promoción y garantía de los DDHH así como el desarrollo de mecanismos efectivos para su protección y cuyo impacto en el DIP ha sido condensado por Villán Durán y Faleh Pérez al establecer que “el peso progresivo de los DDHH en la esfera internacional ha actuado de punta de lanza, forzando las transformaciones contemporáneas más significativas del actual D. internacional público.”⁷⁵ De la combinación entre los fenómenos mencionados surgió un doble análisis que, si bien es cierto, tiende a tratarse de forma separada en el plano doctrinal al tener la primera vertiente un contenido politológico predominante y la segunda un encaje esencialmente jurídico, operan de forma conjunta, que no necesariamente coetánea, en la práctica.

Así pues, la primera vertiente es la de la teoría de transiciones y la segunda vertiente es la de la propia justicia transicional. La interrelación entre ambas viene definida por el hecho de que el ámbito de surgimiento, desarrollo, impulso o fundamento de las acciones de justicia transicional está necesariamente vinculado a una transición política, bien porque es un elemento de apoyo a la misma, bien porque el proceso transicional entendido de forma global y no meramente como cambios en el sistema de

⁷⁵ VILLÁN, C. y FALEH, C., *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. AEDIH y Universidad de Alcalá de Henares, XVI Máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos, Alcalá de Henares, 2019, p. 16.

gobierno o de beligerancia, no se entiende culminado en tanto en cuanto no se realicen acciones de justicia transicional.

Un primer acercamiento, entonces, al concepto de justicia transicional pasa por un análisis del contexto con el que, de una forma u otra está vinculado. Una transición es por definición la “acción y efecto de pasar de un modo de ser o estar a otro distinto”⁷⁶; concretamente, una transición política ha sido definida, *grosso modo*, como el cambio de un régimen dictatorial a un régimen democrático, o, como el cambio de una situación de conflicto a una situación de cese de las hostilidades, convivencia pacífica y democracia.

En el primero de sus sentidos politológicos, dígame, siguiendo la teoría desarrollada por Huntington, una transición es el lapso temporal durante el cual se produce el paso de un régimen dictatorial a uno democrático, por lo que, siguiendo al mismo autor, el término transición puede ser equiparablemente sustituido por el de democratización.⁷⁷ En este sentido, hay varios aspectos a reseñar:

En primer lugar, la delimitación de lo que puede entenderse por régimen dictatorial o, en palabras del autor de referencia, Linz, por un régimen moderno no democrático, es decir, por un régimen autoritario⁷⁸, siendo el mismo un sistema político con pluralismo y no responsable, sin una elaborada ideología-guía, pero con mentalidades características, sin movilización política intensa o extensa salvo en momentos precisos de su desarrollo y con un líder u oligarquía que ejerce el poder dentro de límites formales mal definidos pero en realidad bastante predecibles.⁷⁹ La categoría de autoritarismo responde a la necesidad surgida tras la Segunda Guerra Mundial de encontrar una terminología adecuada dentro del análisis político para categorizar a regímenes tan dispares, pero al mismo tiempo, y paradójicamente, similares por compartir elementos del totalitarismo, como la España franquista, el Portugal de Salazar, o los llamados regímenes unipartidistas progresistas de las regiones en vías de desarrollo; sistemas de gobierno donde, tal y como expuso Raymond Aron, “no hay partido único ni

⁷⁶ Definición de la Real Academia Española. Disponible para consulta en: <https://dle.rae.es/?w=transici%C3%B3n>

⁷⁷ HUNTINGTON, S. P., *La tercera ola*, Ed. Paidós, Colección Estado y Sociedad, Buenos Aires, 1994, p. 19.

⁷⁸ LINZ, J. J., *Transiciones a la democracia*, Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS), nº51, 1990, pp. 7-34, p. 8.

⁷⁹ LINZ, J. J., “Una teoría del régimen autoritario: el caso de España” en MONTERO, J. R. y MILEY, T. J. (eds.), *Juan J. Linz. Sistemas totalitarios y regímenes autoritarios*, vol. III, Colección Obras Escogidas, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 23-60, p. 28.

multiplicidad de partidos, no están basados en una legitimidad electoral ni en una legitimidad revolucionaria.”⁸⁰

De los rasgos característicos ya expuestos pueden desprenderse varias conclusiones: en primer lugar, que frente al modelo antipluralista de los totalitarismos, los regímenes autoritarios optan por un pluralismo estructural siguiendo la terminología de Almond⁸¹, cuyas implicaciones son el reconocimiento de la participación política de determinados colectivos que representan los intereses del régimen de forma organizada y que pueden llegar a ser un elemento posible de quiebra del régimen o de incentivo, cuanto menos, al cambio, punto de partida, también, de una posible transición futura. El elemento de la participación política durante el régimen autoritario tiene importancia a efectos de configurar la transición estrictamente política, y las propias acciones de justicia transicional ya que la forma de toma de las decisiones determinará un nivel u otro de responsabilidad y una mayor o menor transparencia en la toma de decisiones y, por extensión, en el futuro conocimiento de la verdad. Algunos autores como Linz prefieren hablar de pluralismo limitado y no de pluralismo estructural ya que admiten la existencia de una simbiosis entre los grupos representados de influencia y el régimen puesto que estos encuentran su legitimidad en su connivencia con el poder, y este último encuentra su supervivencia, en el equilibrio entre esas fuerzas. A título ejemplificante, la España franquista ilustra esta idea al coexistir desde el propio inicio del alzamiento una amalgama de fuerzas militares, católicas, tradicionalistas y, posteriormente falangistas; sin embargo, ni la existencia de un único partido suponía, en palabras de Serrano Suñer, que este fuese

“el único instrumento y en cierto modo, el único depositario del poder”, ni “ha dejado de existir nunca merced a una política de equilibrio y por la pervivencia de aquellos elementos unificados, sin llegar jamás a fundirse ni resolverse en una total preeminencia.”⁸²

Siguiendo con el mismo ejemplo, uno de los grupos predominantes y representados era una confesión religiosa que generó lo que los historiadores han denominado *nacionalcatolicismo*, y que no es sino una muestra del componente semipluralista de los regímenes autoritarios ya que el cuerpo religioso si bien se inserta

⁸⁰ ARON, R., *Sociologie des sociétés industrielles. Esquisse d'une théorie des régimes politiques*, Ed. Centre de Documentation Universitaire, Les Cours de la Sorbonne, Paris, 1958, p. 50-51.

⁸¹ ALMOND, G. A., “Comparative political systems”, *Journal of Politics*, nº18, 1956, pp. 391-409.

⁸² SERRANO, R., *Entre Hendaya y Gibraltar (Noticia y reflexión frente a una leyenda sobre nuestra política en dos guerras)*, Ed. Ediciones y publicaciones españolas, Madrid, 1947, p. 38-39.

dentro de la dinámica política nacional, tiene un carácter autónomo y una autoridad fuera de lo político.

En segundo lugar, que el elemento de la ideología-guía se aproxima más a lo que Geiger⁸³ calificó de mentalidad, a saber, un sentimiento de pertenencia, de carácter próximo y emocional que determina pautas de actuación y que no requiere del carácter eminentemente elaborado o intelectual de una ideología pura. A título, nuevamente de ejemplo, cabe señalar el discurso de Getulio Vargas en el Brasil de 1930, donde no hay mención alguna a una corriente filosófica o a principios ideológicos, sino una llamada al sentimiento, a la patria y al apoyo de los colectivos representados:

“amparados por el apoyo de la opinión pública, con el prestigio que nos da la adhesión de los brasileños (...) contando con la simpatía de las Fuerzas Armadas(...) fortalecidos por la justicia y por las armas (...)”⁸⁴

En tercer lugar, ese pluralismo instrumentalizado y la ausencia de una filosofía política, determinan que la participación, o mejor dicho, su estadio anterior, a saber, el de la movilización, queden relegados a un segundo plano como garantía de estabilidad del régimen ya instaurado; esto no supone, como establece de nuevo Linz, la inexistencia de cualquier tipo de movilización política, sino su canalización en el caso de antecedentes especialmente populistas en el surgimiento del régimen, o, como expone Ridruejo, la circunscripción del ciudadano “sobre el ámbito de su vida privada, sin otros intereses ni horizontes, tal como lo deseaban los grupos socialmente amenazados por la popularización del Estado y tal como lo apetecía la propia clase tradicional.”⁸⁵

En cuarto y último lugar, la dinámica en el ejercicio del poder por parte de la élite autoritaria tiene un influencia determinante sobre el proceso transicional ulterior y está vinculada a dos factores, concretamente, a la pervivencia o duración del régimen en términos temporales; y a la necesidad o no de luchar contra un mayor o menor grado de oposición, sobre todo, aquella que es notablemente evidente; en otras palabras, una mayor estabilidad del régimen autoritario vinculada a la ausencia de episodios permanentes y explícitos de alzamiento y a la extensión del régimen en el tiempo, debería derivar en un

⁸³ GEIGER, T., *Die soziale schichtung des deutschen wolkes*, Ed. Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1932, p. 77-79.

⁸⁴ VARGAS, G., *Nova política de Brasil. Da aliança liberal as realizações do primeiro ano de governo 1930-1931*, Ed. Livraria José Olimpo, Río de Janeiro, 1938, p. 63.

⁸⁵ RIDRUEJO, R., *Escrito en España*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1962, pp. 90-91.

mayor grado de certeza o institucionalización en el y del ejercicio del poder; retomando el caso español, a partir de los años 60 hay un cambio en el régimen económico y administrativo del régimen que no va acompañado de una apertura absoluta en la ideología-guía, pero que permite un crecimiento económico y el desarrollo de instituciones burocráticas claves para incitar al proceso transicional ya que los estudios sociológicos avalan una mayor movilización y asociacionismo con un mejor nivel de vida, y no tanto con elementos de carácter educativo; dentro de la misma dinámica, la existencia de engranajes y una maquinaria burocrática e institucional evita vacíos de poder en el periodo de democratización.

En definitiva, la importancia de señalar, al menos, las características más esenciales de un régimen autoritario tiene su utilidad, ya que condiciona ineludible y completamente el proceso transicional, su naturaleza, sus tiempos y las acciones que lo componen; en este sentido, la cuarta de las conclusiones mencionadas viene a agrupar las anteriores y a condicionar de forma exhaustiva el marco transicional ya que la existencia de un proceso de liberalización durante el régimen, a saber, según O'Donnell⁸⁶, de un proceso de concesión desde arriba, diferencia esencial frente a la idea del contrato social o del Estado de Derecho, de mayores derechos y libertades políticas y civiles, nunca amplias ni completas, pero que permiten la organización controlada de la sociedad civil, iniciado por el propio régimen con el propósito de consolidarse en el poder fruto de una necesidad, bien de legitimación interna, bien de legitimación ante la Comunidad Internacional (en adelante CI) o bien, de ambas, genera un incremento, que no un establecimiento, ya que la capacidad decisoria aunque no monopolística del régimen pervive, de la aplicabilidad del valor seguridad jurídica, un aumento del asociacionismo y un clima de menor tensionamiento en el plano político, puesto que junto a la liberalización se generan dos fenómenos:

Por un lado, el aumento de las expectativas sobre una apertura o sobre el comienzo de una transición, pero, por otro lado, hace nacer una responsabilidad en relación a los líderes políticos de la naciente oposición pública, pues es sobre ellos sobre quienes recae el peso de modular la exigencias de mayor liberalización; el término responsabilidad aquí se refiere concretamente a que un exceso en el enfrentamiento público puede derivar en una regresión autoritaria que no significa sino la finalización del periodo de liberalización,

⁸⁶ O'DONNELL, G. Y SCHMITTER, P., *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*, Ed. Prometeo, Bueno Aires, 2010.

por ejemplo como en la Polonia de 1981 con la declaración del estado de guerra y fuerte represión de Jaruzelski tras las huelgas convocadas por el Sindicato Solidaridad, y la pérdida de expectativas sobre una transición, cuanto menos aquellas de corte pacifista.

Junto a la existencia o no de un proceso de liberalización, hay otros dos factores determinantes del proceso transicional, dígame, la forma de quiebra del régimen autoritario o, si se prefiere, el equivalente al *casus belli* de los conflictos armados, cuya naturaleza y características determinarán bien la existencia de disturbios internos o guerra civil, en función de la intensidad en el uso de la fuerza, bien una transición de corte pacifista, y, el liderazgo político transicional cuyos caracteres servirán también para definir uno de los elementos claves en materia de justicia transicional, a saber, la participación política institucionalizada y sometida a las reglas del juego democrático de los miembros del régimen cesado.

En cuanto a la primera de las cuestiones, es cierto que el tipo de régimen autoritario en concreto supone una serie de particularidades, si bien es cierto que para el análisis de las acciones de justicia transicional es suficiente con realizar una distinción entre aquellos procesos de democratización vinculados a regímenes fruto de lo que Huntington ha calificado como “*segunda contraola*”⁸⁷, y aquellos que son fenómenos propios de la tercera ola; en este sentido, si bien todos los procesos transicionales objeto de este trabajo forman parte temporal del eje de la tercera ola de Huntington, lo cierto es que hay regímenes cuya creación estuvo vinculada a una reacción burocrático-autoritaria frente a la segunda ola de democratizaciones, derivando en regímenes autoritarios a partir de los años 60, como puede ser el caso de, sin ser una enumeración completa, Perú (1962), Brasil y Bolivia (1964), Argentina (1966), Uruguay y Chile (1973) o Grecia (1965). Mientras que otros son transiciones vinculadas únicamente a lo que una parte de la doctrina representada por Sartori ha venido a denominar el proceso de universalización de la democracia⁸⁸, (cuyo estudio será abordado más adelante) es el caso de, entre otros, España (1975), Ecuador (1978), Portugal (1974), Hungría (1988) o Polonia (1989). Todos los procesos tienen en común el margen temporal de producción y el carácter autoritario del régimen previo, pero los modelos tanto de gobierno autoritario como de transición son diferentes; en estos dos ámbitos hay que diferenciar entonces, aquellas dictaduras de partido único adscritas al satélite soviético, de aquellos regímenes militares fruto de un

⁸⁷ HUNTINGTON, S. P., *La tercera...*, *op.cit.*, p. 31.

⁸⁸ SARTORI, G., *How far...*, *op. cit.*

golpe de estado que supuso un reemplazo bien de un gobierno civil totalitario, bien de un modelo democrático, y de aquellas conocidas como dictaduras personalistas donde el líder es la fuente única de autoridad. Es necesario también identificar qué modelo de transición de los señalados por Huntington⁸⁹, Linz⁹⁰ o Mainwaring⁹¹ es el acaecido, o en procesos pendientes, el más probablemente exitoso o preferible ya que

“el porqué y el cómo de la democratización están entrelazados pero, a estas alturas del análisis, el énfasis cambia del primero al último, de las causas a los procesos: los caminos por los que los líderes políticos y los funcionarios terminaron con los sistemas autoritarios en las décadas de 1970 y 1980 y crearon otros democráticos. Las vías del cambio fueron diversas, como lo fueron los responsables originarios de facilitar el cambio.”⁹²

En esencia, las vías del cambio identificadas son tres:

Primero, la transformación o reforma que supone la asunción del liderazgo transicional por la élite en el poder; en otras palabras, hay una quiebra o interrupción del régimen, pero controlada por él mismo y que es propia de regímenes donde, o bien hay una necesidad de apertura, por ejemplo vinculada a condicionamientos democráticos para la aceptación en una organización internacional regional de integración como puede ser la Unión Europea, y/o una oposición existente pero moderada; o bien, se trata de regímenes militares de larga duración, estables y con una cierta rodadura institucional y económica en los que, de forma condicionada, los militares ceden el control político y de gobierno a los civiles. Es un modelo pacífico de transición dentro del que encaja el caso español, chileno, brasileño o húngaro.

Segundo, el traspaso o ruptura que es un modelo basado en un equilibrio de fuerzas entre un régimen debilitado y una oposición con riesgo de fracturación; es un proceso más largo, más tedioso, más incierto y menos pacífico ya que se combinan avances en la democratización con regresiones autoritarias y empleo del uso de la fuerza hasta que ambas partes, en términos estrictamente economicistas pero ilustrativos, no están en disposición de asumir ni los costes de un alto grado de represión, ni los costes de

⁸⁹ HUNTINGTON, S. P., *La tercera...*, *op.cit.*, p. 111.

⁹⁰ LINZ, J. J., *Transiciones...*, *op. cit.*

⁹¹ SHARE, D. y MAINWARING, S., “Transiciones vía transacción: la democracia en Brasil y en España”, *Revista de Estudios Políticos*, nº49, Enero-febrero, Madrid, 1986, pp. 87-136.

⁹² HUNTINGTON, S. P., *La tercera...*, *op.cit.*, p. 107.

una movilización excesiva. Es un modelo que incrementa la incertidumbre y el grado de violencia empleada y donde encaja el caso polaco, checo, nicaragüense o sudafricano.

Y, tercero, el reemplazo o ruptura que es el más violento de los tres modelos transicionales ya que viene definido por el factor de requerir un elemento que evidencie y determine necesariamente la falta de apoyo hacia el régimen como puede ser una derrota militar importante, caso típico de Argentina en 1980 con la guerra de las Maldivas; la pérdida del sostenimiento de una potencia extranjera como es el caso de Rumanía tras la caída de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (en adelante URSS); o la unión de una parte importante del ejército a los movimientos sociales de cambio como es el escenario portugués. El hecho de que sea la más violenta de las tres versiones transicionales no es el mayor de sus inconvenientes, ya que la característica aquí es la unión de la oposición política hasta la caída del régimen y, su fragmentación posterior que pone en riesgo el éxito transicional.

En lo concerniente a la cuestión mencionada acerca del liderazgo transicional, la referencia más importante vuelve a aportarla Linz en su estudio del liderazgo durante la transición española, destacando que hay una conjugación entre el papel del pueblo como un actor principal y el juego, unas veces afortunado como en el caso español, y otras veces no tanto, entre líderes clave apoyados por líderes de segundo nivel, convirtiendo al liderazgo en la respuesta a una situación que requiere de una gestión inteligente, y no en una suma de apoyos o mayorías populares.⁹³ En el marco de procesos transicionales, lo que destaca o quiere defender Linz, es que si bien el alcance de la popularidad social de los líderes políticos tiene relevancia, su posicionamiento y su solidez a nivel institucional pueden compensar una base social de carácter débil ya que las mayores virtudes de un buen líder transicional son, a diferencia de las que serán las del cabeza de partido en el juego democrático: capacidad de negociación, capacidad de hacer comprensible el plan de ruta a los votantes y empleo del factor tiempo.⁹⁴ En otras palabras, el liderazgo no tiene un carácter populista, basado en el temor o adulador como en los regímenes precedentes, sino que se basa en la asunción personalizada de los deberes y exigencias de la democracia con vistas a contribuir e iniciar una nueva cultura política, innovadora, basada en el consenso, que fomente el debate y no la confrontación política y que permita construir la

⁹³ LINZ, J. J., “El liderazgo innovador en la transición a la democracia y en una nueva democracia” en MONTERO, J. R. y MILEY, T. J. (eds.), *Juan J. Linz. Democracias: quiebras, transiciones y retos*, vol. IV, Colección Obras Escogidas, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 393-426, p. 393.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 402 y 405.

base de legitimidad institucional y social sobre la que se articulará el futuro gobierno; se trata de una postura puente, de un liderazgo, en palabras de Linz, innovador y que es contrario por definición, tanto al liderazgo anterior y autoritario, como al liderazgo posterior y partidista.

El tipo de transición no escogida, pero sí empleada, va a condicionar totalmente los procesos de justicia transicional posteriores ya que la existencia o no de una negociación primaria supondrá la existencia o no de leyes de amnistía, la existencia, moderación o inexistencia de enjuiciamientos penales por las violaciones de DDHH cometidas durante el régimen, la creación o no de comisiones de la verdad y su influencia en la determinación de una posible responsabilidad penal, la posibilidad de participación política democratizada de los antiguos partidarios del régimen, así como la propia legitimidad y configuración del sistema democrático y el estado de derecho posterior como garante principal de la no repetición.

Esta última reflexión conecta con la raíz del objeto del estudio, es decir, con el hecho de por qué elegir el tránsito a la democracia como ámbito de aplicación de los principios de justicia transicional, y el modelo democrático y de estado de derecho, como uno de los contenidos mínimos de la justicia transicional. Para abordarlo, hay dos precisiones necesarias, la del concepto de justicia transicional, y la del concepto democracia y estado de derecho como finalidad de la transición estrictamente política y como uno de los cuatro ejes de actuación de la justicia transicional.

Para comprender el alcance de la justicia transicional, hay que ir un paso más allá en el propio concepto de transición analizándolo desde el DDHH, perspectiva que permite entender que el objetivo de la misma no es otro que el de alcanzar las dos condiciones que generan el surgimiento, desarrollo y garantía de los DDHH, a saber, la democracia y la paz⁹⁵ con la idea de, según la profesora Rincón, “enfrentar los crímenes cometidos.”⁹⁶ En definitiva, la pretensión no es otra que la de combinar las características histórico-políticas ya definidas que condicionan las transiciones, con el carácter reparador de las violaciones de DDHH cometidas durante el periodo dictatorial que aporta la justicia transicional, obteniendo así un análisis completo de la complejidad de la democratización; en otras palabras, a las dificultades y tensiones propias de lo estrictamente politológico,

⁹⁵CHRISTIANO, T., “An Instrumental Argument for a Human Right to Democracy”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 39, n°2, 2011, pp. 142-176.

⁹⁶RINCÓN, T., *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 26.

se une “la tensión entre negociación e impunidad”⁹⁷ y el debate entre “trazar una línea gruesa sobre el pasado y mirar al futuro” y “los que olvidan los errores del pasado están condenados a repetirlos”⁹⁸ en un momento temporal especialmente sensible y caracterizado por el conflicto y la negociación sobre la determinación de las nuevas reglas del juego democrático, la incertidumbre sobre el éxito del proceso y la imposición de límites al poder a través de la instauración de un estado de derecho. Ambos enfoques actúan de manera complementaria ya que, siguiendo a Orozco, los elementos contextuales imponen límites a la intensidad y fuerza de las normas aplicables⁹⁹, generando, entonces, que sea acertada la caracterización que de la justicia transicional hace Pablo de Greiff al calificarla de imperfecta.¹⁰⁰ Estas dificultades son más evidentes cuando la justicia transicional queda reducida al denominado, según las directrices Joinet, derecho a la sanción que viene definido desde una doble perspectiva, la de la víctima, que supone “la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso equitativo y efectivo, sobre todo para lograr que su opresor sea juzgado y obtener reparación”¹⁰¹; y la del estado, que implica la obligación de “investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si se establece su culpabilidad, hacer que sean sancionados.”¹⁰² Dicha perspectiva penalista, reparativa y punitiva de la justicia transicional choca con uno de los elementos básicos de la transición política ya expuestos, como es el del manejo del tiempo y el equilibrio entre los poderes ya que la justicia transicional debe ser, o al menos, el concepto es concebido, como un elemento de apoyo y empuje tanto a la transición como a la consolidación democrática, no debiendo convertirse en un factor de riesgo de regresión autoritaria sino en una reafirmación en el compromiso de lucha contra la impunidad y reelección del estado de derecho deseado y en construcción.¹⁰³

⁹⁷ Intervención del señor Michael Frühling, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el Seminario Internacional “*Experiencias de alternatividad penal en procesos de paz*”, Barcelona, 28 de febrero de 2004. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/imprimir.php3?texto=po0436.txt>

⁹⁸ CHINCHÓN, J., *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Ed. Ediciones Parthenon, Sevilla, 2007, p. 281.

⁹⁹ OROZCO, I., *Justicia transicional en el tiempo del deber de memoria*, Ed. Temis, Bogotá, 2009.

¹⁰⁰ DE GREIFF, P., “Reparations efforts in international perspective: what a compensation contributes to the achievement of imperfect justice”, en DOXTADER, E. y VILLA-VICENCIO, C. (eds.), *To repair the irreparable: reparations and reconstruction in South Africa*, Ed. David Philip Publishers, Claremont, 2004, pp. 321-359.

¹⁰¹ COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones, las directrices de Joinet revisadas*, Ed. Opciones Gráficas, Bogotá, 2007, p. 77.

¹⁰² *Ibidem*, párr. 27, p. 77.

¹⁰³ PELED, Y. y ROUHANA, N. N., “Transitional justice and the right of return of the Palestinian refugees”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. V, n°2, 2004, pp. 317-332, p. 320.

Sobre esta idea sintetizada por Arbour¹⁰⁴, de que la cohesión social es un elemento primordial en la etapa transicional pero que su valor se incrementa a medio y largo plazo cuando esta se sustenta en el respeto y establecimiento de mecanismos de protección a los DDHH, y no en la impunidad, que solo supone un éxito cortoplacista y, a largo plazo, rupturista socialmente, se asienta la cuádruple caracterización de la justicia transicional a través de justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición. El hecho de circunscribir la justicia transicional al marco de la democratización, no supone, en ningún caso, que los mecanismos que la sustentan no puedan ser de utilidad en otras situaciones o puedan convertirse en mecanismos propios de una sociedad democrática.¹⁰⁵ Así se entendió en el informe del Secretario General de la ONU en el informe titulado *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos* al describir la justicia de transición como

“toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación.”¹⁰⁶

Esta aproximación a la justicia transicional permite vincularla tanto a los procesos ya definidos de democratización, como a la perspectiva aportada por juristas como Greiff, Elster o Teitel¹⁰⁷, dígase, incorporarla al tránsito que abarca desde una situación donde se cometen graves violaciones de DDHH, hasta la consecución de la justicia, rendición de cuentas y la reconciliación, objetivos recogidos por la Comisión de DDHH de la ONU¹⁰⁸, pero que siempre está marcado por el cambio político.¹⁰⁹ Es, por tanto, importante reseñar aquí que si bien hay una parte de la doctrina representada por Boraine que propone el término justicia postconflictual, lo cierto es que asociarla únicamente a un conflicto

¹⁰⁴ ARBOUR, L., *Economic and social justice for societies in transition*, Second Annual Transitional Justice Lecture hosted by the New York University School of Law Center of Human Rights and Global Justice and by the International Center for Transitional Justice, 25 octubre 2006, Ed. New York University School, New York, 2006, p. 16.

¹⁰⁵ ALIJA, R. A., “La multidimensionalidad de la justicia transicional: un balance entre los límites internacionales y los límites de lo jurídico” en BONET, J. y ALIJA, R. A., *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos nº53, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 93-167, p. 96.

¹⁰⁶ Report of the Secretary General to Security Council, “The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”, UN Documents S/2004/616, 23 august 2004, párr. 8

¹⁰⁷ RUBIO, R. y DE GREIFF, P., “Women and reparations”, *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, Issue 3, 2007, pp. 318–337.

¹⁰⁸ Resolución 2005/70 de la Comisión de Derechos Humanos de 20 de abril de 2005, preámbulo.

¹⁰⁹ TEITEL, R. G., “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, nº16, 2003, pp. 69-94, p. 69.

armado supone obviar la complejidad de las transformaciones políticas, que no necesariamente deben ser de carácter bélico, y que siempre forman parte del contexto de la justicia transicional ya que incluso restringiendo su aplicabilidad a los contextos de conflicto armado, internacional o no internacional, esa situación genera un déficit democrático y en la aplicación de los mecanismos del estado de derecho, y la suspensión de una serie de garantías, aunque sea solo respecto a los combatientes, por ejemplo, la inaplicabilidad de uno de los valores básicos de los DDHH como es el de la seguridad en su vertiente física.

El nexo de unión entre la existencia de un conflicto armado y la justicia transicional como vía de reparación de las graves violaciones de DDHH fue identificado por Sassòli y Bouvier¹¹⁰ al demostrar la existencia de una concatenación de elementos: graves violaciones de los DDHH, fractura social, alta probabilidad de estallido de un conflicto armado, aumento del riesgo de incumplimiento de las normas de Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) y mayores dificultades en la reconciliación. Es esta relación la que permite también vincular la necesidad de acciones de justicia transicional en el contexto subsiguiente a un conflicto armado ya que la labor de desarrollo progresivo del DIH impulsada desde el seno del Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR) ha sido la de cambiar el paradigma definido por Escobar Hernández¹¹¹ según el cual, la aplicación del DIDH era siempre posterior a los conflictos ya que su finalidad no era la de condenar al estado infractor sino la de asegurar el ejercicio pleno de los derechos, y convertir al DIDH en protagonista a través de tres mecanismos: prevención, control y sanción.¹¹² En el seno del último de los mecanismos, recae el peso de la justicia transicional al poder articularse sobre la base de obligaciones asumidas internacionalmente tanto en el plano del DIH (crímenes de guerra), como en el plano del DIDH (crímenes de lesa humanidad). Dicho de otra forma, si bien los estados gozan de un margen de apreciación en la forma de gestión de la transición, determinadas normas internacionales propias del DIH, del DIDH y de la interacción entre ambos, constituyen, en palabras de la profesora Rincón, “*el núcleo normativo duro de la Justicia Transicional*”¹¹³, en aplicación del consagrado y estipulado por el artículo 26 de la

¹¹⁰ SASSÒLI, M. y BOUVIER, A., “International Humanitarian Law and International Human Rights Law” en SASSÒLI, M., BOUVIER, A. y QUINTIN, A., *How does law protect in war?*, Ed. CICR, Ginebra, 1999, pp. 351-370, p. 359.

¹¹¹ ESCOBAR, C., “La protección internacional de los derechos humanos” en DÍEZ, M. (coord.), *Instituciones de derechos internacional público*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 535-585, p. 537.

¹¹² CRUZ ROJA ESPAÑOLA, *Manual básico de derechos humanos y derecho internacional humanitario*, Ed. Cruz Roja Española, Madrid, p. 45.

¹¹³ RINCÓN, T., *Verdad...*, *op.cit.*, p. 25.

Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, principio *pacta sunt servanda*.

Sobre la base de que las sociedades que enfrentan estos procesos no encajan en la definición propuesta por Rawls de “*sociedades bien ordenadas*”¹¹⁴, y en las que no todos sus miembros, como consecuencia de las violaciones de DDHH ocurridas durante el periodo autoritario, se encuentran con los mismos derechos y deberes para participar en la realización del proyecto cooperativo de justicia¹¹⁵, o, en otras palabras, donde no existe una noción común de justicia y se generan intereses divergentes, se ha ido desarrollando progresivamente a través de instrumentos directos de *soft law*, y por la vía indirecta a través de instrumentos vinculantes propios del Derecho Penal Internacional (en adelante DPI), toda una doctrina dentro del DIP sobre lo qué es y debiera ser la justicia transicional. En consecuencia, la justicia transicional es entendida con un enfoque global siguiendo lo expresado en la Resolución A/HRC/9/28 de 8 de diciembre de 2008 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,

“en la importancia de aplicar a la justicia de transición un enfoque global que abarque toda la gama de medidas judiciales y no judiciales, como los enjuiciamientos individuales, las reparaciones, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de los antecedentes de los empleados o funcionarios públicos, o bien una combinación apropiada de estas medidas, a fin de, entre otras cosas, garantizar la rendición de cuentas, hacer justicia, brindar vías de reparación a las víctimas, fomentar la recuperación de la normalidad y la reconciliación, establecer entidades independientes que supervisen los sistemas de seguridad, restablecer la confianza en las instituciones del Estado y promover el estado de derecho de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.”¹¹⁶

Y, goza de un régimen internacional de protección por tres razones; la primera de ellas es la posibilidad de que una parte de las acciones de justicia transicional se sustancien directamente en el plano internacional, no existiendo ninguna disposición que exima del carácter transicional a los procedimientos judiciales penales internacionales en el plano de la determinación de la responsabilidad penal internacional, ni a las sentencias de los órganos de protección regionales de los DDHH en la determinación de las obligaciones del estado en materia transicional respecto a las graves violaciones de DDHH cometidas en el periodo anterior y que inciden especialmente, en el derecho a la

¹¹⁴ RAWLS, J., *Teoría, ... op. cit.*, p. 69.

¹¹⁵ NAVARRO, L., LUQUETA, D. y BELTRÁN, C., “Aproximación a los conceptos de justicia, sociedad bien ordenada y sujeto político en John Rawls”, *Revista Amauta*, nº29, 2017, pp. 45-64, p. 47.

¹¹⁶ Informe sobre el noveno periodo de sesiones (8 a 24 de septiembre de 2008) del Consejo de Derechos Humanos presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de diciembre de 2008, A/HRC/9/28, p. 35.

verdad y en la obligación, matizada por el principio *aut dedere aut judicare*, de persecución penal, siguiendo Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y, en menor medida, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH).

La segunda de ellas es que el desarrollo e incardinación en abanico del DIDH en todo el DIP ha implicado la inserción de derechos cuya titularidad es del individuo dentro de los mecanismos de justicia transicional, y, en contrapartida, obligaciones a cargo del Estado; siguiendo la línea expresada por la profesora Rincón, no se trata de insertar a los DDHH en el seno de la justicia transicional sino de enfocar esta, al menos en su vertiente normativa, desde dicha perspectiva. La tercera de ellas consiste en que, si bien la vertiente política queda dentro del Derecho Constitucional, el contenido propio de la justicia transicional incide en el mismo al exigir garantías de no repetición, siéndole de aplicación los mismos estándares y las mismas perspectivas ya indicadas en las razones precedentes. Combinando estas perspectivas se entiende que, en el plano universal, la justicia transicional sea considerada un elemento clave para el mantenimiento de la paz internacional consagrado en el artículo 1.1 de la Carta de las ONU calificándola el Consejo de Seguridad como “*un requisito indispensable para lograr la paz de forma sostenible*”¹¹⁷, y, que al mismo tiempo, si bien se respetan las necesidades de cada sociedad, existan una serie de limitaciones cristalizadas en obligaciones internacionales impuestas por el DIDH, DIH y DPI.

En el plano universal hay dos instrumentos específicos de carácter no vinculante que definen el paradigma de la justicia transicional y conviven junto con instrumentos tangenciales de contenido vinculante. En relación a los dos primeros, estos son los principios para la protección y promoción de los DDHH mediante la lucha contra la impunidad (en adelante principios contra la impunidad) propuestos en el año 1997, actualizados en el 2005 y que, si bien no han sido adoptados ni siquiera en el marco del Consejo de Derechos Humanos para poder ser considerados parte del *soft law*, evidencian una tendencia hacia la limitación de las amnistías que es ya jurisprudencia consolidada de la Corte IDH y se asientan sobre el mandato mismo de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) expresado en el preámbulo del Estatuto de Roma, a saber, “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos

¹¹⁷ Informe del Secretario General sobre la Misión Integrada de las Naciones Unidas en Timor-Leste correspondiente al periodo comprendido entre el 9 de agosto de 2006 y el 26 de enero de 2007, presentado ante el Consejo de Seguridad el 1 de febrero de 2007, S/2007/50, párr. 8.

crímenes” puesto que identifican la transición con la acción de “tomar medidas contra la impunidad y la repetición de las violaciones de los DDHH.”¹¹⁸ Y, los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de DDHH y de violaciones graves del DIH a interponer recursos y obtener reparaciones (en adelante principios y directrices sobre recursos y reparaciones) aprobados por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005 y que sí son *soft law* y evidencian un consenso creciente entre la comunidad internacional, acerca de la necesidad de reparar las graves violaciones de DDHH.

Unidos esos instrumentos a lo expresado por el Relator Especial Philip Alston en su informe de 2 de mayo del 2008 sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, se obtiene el contenido completo de la justicia transicional en el plano universal, de *soft law* y de desarrollo progresivo del DIDH:

“una comisión puede prestar a un gobierno asesoramiento bien documentado acerca de las reformas institucionales necesarias para impedir que se repitan incidentes análogos en el futuro (...) Y, lo que es importante, cuando resulte que las instituciones ordinarias sean incapaces de combatir la impunidad, una comisión puede proponer reformas estructurales o de largo plazo para subsanar las deficiencias institucionales de la justicia penal (...) la creación de una comisión o el anuncio de tal creación, no debería librar a un gobierno de la presión para que luche contra la impunidad de las violaciones ni debería silenciar a las instancias internacionales.”¹¹⁹

Está plasmando, en definitiva, una interacción entre elementos de corte jurisdiccional, del derecho a la verdad, del derecho a la reparación y político-institucionales de no repetición.

En cuanto a las medidas de corte jurisdiccional, estas serán abordadas de forma más detallada en el siguiente capítulo, pero sí es conveniente mencionar brevemente el contenido de los tres elementos restantes de la justicia transicional y su interacción.

En lo referente al derecho a la verdad, este viene definido en el principio segundo de los principios contra la impunidad como

“el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de

¹¹⁸ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, referencia E/CN.4/2005/102/Add. 1, 18 de febrero del 2005 en COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *op.cit.*, pp. 33- 55, p. 37.

¹¹⁹ Informe del Relator Especial Philip Alston sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y *arbitrarias*, A/HRC/8/3, 2 de mayo de 2008, párr. 23.

las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes”¹²⁰

Engloba, por tanto y siguiendo el Informe Joinet, dos dimensiones, tanto la dimensión individual que no es sino el derecho de las víctimas y/o sus familiares a conocer “*lo que ocurrió*”¹²¹; como la dimensión colectiva también denominada como el derecho a saber que incluye, no solo los episodios individuales, sino la totalidad de las prácticas contrarias a Derecho cometidas durante el régimen precedente y constitutivas, entonces, de graves violaciones de DDHH y que, siguiendo la tesis de Ignatieff¹²², se entienden como parte del patrimonio socio-colectivo. El objetivo es evitar episodios revisionistas o negacionistas. Y, en última instancia, el derecho a la verdad cuenta con una tercera manifestación vinculada al concepto historiográfico y politológico de conservación de la memoria histórica, concretamente, lo que se ha denominado desde el ámbito jurídico como el derecho a recordar; este derecho se articula como una obligación de carácter estatal que se ve satisfecha con la conservación de los archivos, testimonios y documentos de carácter oficial que atestiguan las violaciones de derechos¹²³ cometidas y que permiten cumplir con la obligación de no olvidar.

El hecho de incluir tanto en la perspectiva transicional como en los principios contra la impunidad este derecho a la verdad, que no goza de un régimen convencional de reconocimiento más allá de la sentencia de la Corte IDH relativa al caso Gelman contra Uruguay¹²⁴, encuentra su fundamento en la necesidad de dotar a la justicia transicional de mecanismos complementarios a la propia justicia penal. Tamarit Sumalla identifica los problemas que enfrenta el ejercicio de la justicia penal, tanto a nivel nacional como internacional, en los procesos transicionales, a saber, el carácter masivo de las violaciones, el gran número de víctimas e imputados, las leyes limitativas o de amnistía, los frágiles equilibrios entre las fuerzas transicionales, las limitaciones en la competencia *ratione materiae* y *ratione temporis* que enfrenta la CPI, la ausencia de una obligación

¹²⁰ Principio 2 del conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad incluido en COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS: *Principios ...*, *op.cit.*, p. 38.

¹²¹ *Ibidem*, p. 74.

¹²² IGNATIEFF, M., *El honor del guerrero. Guerra étnica y conciencia moderna*, Ed. Taurus, Madrid, 1999.

¹²³ Principio 3 del conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad incluido en COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *Principios...*, *op. cit.*, p. 39.

¹²⁴ Sentencia sobre fondo y reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Gelman contra Uruguay de 24 de febrero de 2001, párr. 192 y 199.

internacional en materia de justicia universal más allá que en el caso de las graves violaciones del DIH, los matices políticos del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial y los problemas de prueba y extradición vinculados a los procesos internacionales o transnacionales.¹²⁵ Como un mecanismo alternativo, complementario y, hasta sustitutivo en ocasiones, de los procesos judiciales penales, surgen las llamadas comisiones de la verdad que según Roth-Arriaza¹²⁶ son órganos de carácter temporal autorizados por el estado naciente para la investigación y emisión de un informe relativo a las prácticas violadoras de los DDHH cometidas por el régimen autoritario durante un periodo determinado; Freeman¹²⁷ complementa esas funciones añadiendo que son investigadoras pero no sentenciadoras, que su función consiste en relatar no solo los hechos sino sus causas, consecuencias inmediatas y secuelas y que están directamente orientadas hacia las víctimas.

A efectos del estudio planteado, son dos los aspectos reseñables en el marco del derecho a la verdad en relación con su posible incidencia en los procesos de justicia penal, a saber: en qué forma interactúan la justicia penal y la justicia reparadora y hasta qué punto, tomando como principal ejemplo la experiencia sudafricana, las comisiones de la verdad pueden excluir la responsabilidad penal individual.

En el marco del papel que, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, desempeña la justicia penal en procesos transicionales, el análisis se sitúa en la juridificación de conductas que poseen, según Garapon¹²⁸, una naturaleza política ya que los crímenes internacionales y/o las violaciones de DDHH cometidas durante el régimen autoritario se enmarcan dentro de un programa político y no siguen los patrones de finalidad de la criminalidad común ni suponen una transgresión de la legalidad interna vigente en el momento de su comisión ya que, siguiendo al mismo autor, si algo caracteriza al marco jurídico de un régimen autoritario es la existencia de una ley con todas las características formales que le son propias, pero “sin ostentar el lugar que le corresponde a la ley en la democracia: el de una exterioridad que no puede ser objeto de

¹²⁵ TAMARIT, J., “Justicia penal, justicia reparadora y comisiones de la verdad” en TAMARIT, J. (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, pp. 45-72, p. 45.

¹²⁶ ROHT-ARRIAZA, N., “The new landscape of transitional justice” en ROTH-ARRIAZA, N. y MARIEZ, J., *Transitional justice in the Twenty First Century*, Ed. Cambridge U.P., Cambridge, 2006, pp. 1-16, p.3.

¹²⁷ FREEMAN, M., *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Ed. Cambridge U.P., Cambridge, 2006, p. 14-19.

¹²⁸ GARAPON, A., “Justicia transicional y justicia reconstitutiva”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº29, 2014, pp. 24-43, p. 26.

apropiación por nadie.”¹²⁹ De la misma forma, los impactos que producen tienen un alcance mayor y van más allá de la mera afectación de un bien jurídico de carácter individual hasta alcanzar un impacto social y psicológico grave y generalizado. La intersección entre la justicia penal y los mecanismos de la verdad se encuentra en el núcleo mismo del *rule of law* y del rol a desempeñar en la sociedad democrática en construcción, dígase, según Bingham¹³⁰, en apelar a la función regeneradora y estabilizadora del derecho.

En este punto, es importante mencionar la distinción entre el papel que desempeñan las comisiones de la verdad en la obtención de lo que se ha venido denominando verdad real, frente al papel que pueden desempeñar comisiones extrajudiciales de investigación que dan lugar a lo que se conoce como verdad procesal. Ambos mecanismos son complementarios y pueden basarse en un trabajo conjunto, pero las consecuencias de uno y otro difieren. En el primero, se habla de justicia reparadora, mientras que, en el segundo, se habla de una posible modificación del marco jurídico penal a cambio de la colaboración de los implicados en la obtención del relato verídico sobre las violaciones de DDHH y su forma de comisión y partícipes.

En cuanto a la justicia reparadora, lo que se está debatiendo es, desde un extremo doctrinal, si las deficiencias de los sistemas internos de sanción penal derivan en que deban ser sustituidos por el perdón y, en última instancia, por la reconciliación nacional como mecanismos únicos del proceso de transición, o, desde el extremo opuesto, si es imposible hablar de justicia transicional sin justicia penal (todo ello partiendo de la base de que alguna medida transicional, al margen de la reforma institucional y política debe ser acometida en la transición, y alejando el análisis de supuestos como el español). La justicia restaurativa encuentra su fundamento doctrinal en Barnett y Christie¹³¹, que proponen que el estado cese en el monopolio de resolución de conflictos penales cuya pertenencia atribuyen a la ciudadanía; un concepto menos rígido lo encontramos en Beristain¹³² que sitúa a la víctima en el centro de un diálogo promovido por el estado. En el marco de la ONU, el instrumento de referencia es la Declaración sobre los Principios

¹²⁹ *Ibidem* p. 6.

¹³⁰ BINGHAM, T., *The Rule of Law*, Ed. Penguin Global, Londres, 2010.

¹³¹ - BARNETT, R., Restitution: A New Paradigm for Criminal Justice, *Ethics*, vol. 87, nº4, 1977, pp. 279-291.

- NILS, C., “Conflicts as Property”, *British Journal of Criminology*, vol. XVII, nº1, 1977, pp. 1-15.

¹³² BERISTAIN, A., *Criminología, victimología y cárceles*, Tomo I, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1996.

Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder aprobada por la Asamblea General el 29 de noviembre de 1985 y que incluye en su párrafo 18 a las víctimas que caracterizan a los procesos de transición al definir una categoría de víctimas como aquellas que

“hayan sufrido daños, (...), como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.”¹³³

En atención al Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa preparado en el año 2006 por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante UNODC), los elementos clave son: involucrar en el proceso restaurativo a la víctima, al ofensor, a las entidades de carácter social, las instituciones judiciales y la comunidad, flexibilidad en la adecuación de la respuesta a las circunstancias del delito, del autor y partícipes y de la víctima y la obtención de un perdón de la víctima que restaure y reconcilie el orden social. En esencia, sus pilares son, según Ness y Heetderks¹³⁴, la inclusión, el encuentro, la reparación del daño y la reinserción. Proponen Macías Sandoval, Puente Ochoa y de Paz González que la justicia restaurativa puede ser un elemento clave en el marco de los procesos transicionales, ya que supone otorgar un protagonismo a las víctimas, previa finalización de acciones específicas de búsqueda de la verdad.¹³⁵

En definitiva, la clave en el proceso transicional no está en sustituir las acciones penales por las comisiones de la verdad y el papel restaurador que puedan tener, sino en combinar ambas acciones. Este razonamiento ha sido el mantenido por el juez de la Corte IDH Alirio Abreu Burelli, al establecer que no debe

“interpretarse como sustitutiva de la obligación del Estado de reparar las consecuencias de la violación de los derechos humanos, pues, además, deberá el Estado sancionar a los responsables, adoptar las medidas para borrar los efectos de dichos crímenes y evitar que estos se repitan”¹³⁶.

¹³³ Resolución 40/34 de la Asamblea General sobre la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, 29 de noviembre de 1985, párr. 18.

¹³⁴ VAN NESS, D. W. y HEETDERKS, K., *Restoring justice: an introduction to restorative justice*, Ed. Routledge. Taylor & France Group, Londres, 2015.

¹³⁵ DEL REFUGIO, M., PUENTE, G. Y DE PAZ, I., “La justicia restaurativa en el Derecho Internacional Público y su relación con la justicia transicional”, *Iustitia*, nº15, 2017, pp. 9-30, p. 22.

¹³⁶ CIDH (ed.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo 1979-2004*, Ed. CIDH, San José, 2005, p. 145.

El juez del mismo órgano, Sergio García Ramírez, entendió que “la persecución de los delitos es una forma de satisfacción para el ofendido, pero ante todo permite mantener incólumes los bienes jurídicos colectivos que se atienden a través de la justicia penal.”¹³⁷

La propia Corte IDH, en línea con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante ACNUDH), ha establecido que

“las amnistías y otras medidas análogas contribuyen a la impunidad y constituyen un obstáculo para el derecho a la verdad al oponerse a una investigación a fondo sobre los hechos y que son, por lo tanto, incompatibles con las obligaciones que incumben a los Estados en virtud de diversas fuentes de derecho internacionales.”¹³⁸

En la línea planteada de combinación de elementos de justicia penal, verdad como obtención de un relato completo y justicia restaurativa, entra de lleno la cuestión de las reparaciones ya que, si bien la verdad se articula como un derecho de las víctimas, al menos desde la perspectiva del *soft law* en el plano universal (aunque también se incluye en los principios contra la impunidad que carecen, en atención a la forma que toma el instrumento, de todo elemento de fuerza jurídica), y con fuerza vinculante en base al principio del control de convencionalidad según los pronunciamientos emitidos por la Corte IDH iniciados con el ya mencionado caso Gelman contra Uruguay, la finalidad tanto de la justicia penal como de la verdad y de la justicia restaurativa no es sino la de obtener una reparación para las víctimas directas de las violaciones y una reconciliación social generalizada.

En su dimensión reparativa pura, la justicia transicional pretende, según el principio 34 de los principios contra la impunidad, servir para compensar la totalidad de los daños y perjuicios sufridos por la víctima y debe ser, según los principios y directrices sobre recursos y reparaciones, plena, efectiva, apropiada y proporcional a la gravedad de los daños causados.¹³⁹ La Corte IDH condensó esta perspectiva en la definición que de

¹³⁷ *Ibidem*, p. 30.

¹³⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Gelman, *op.cit.*, párr. 199.

¹³⁹ Principio 7 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho

reparación hizo en la sentencia sobre reparaciones y costas relativa al caso Loayza Tamayo contra Perú al establecer que “la reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido.”¹⁴⁰ Se contemplan distintas medidas de reparación individual como la restitución, la indemnización, la rehabilitación y la satisfacción. Son titulares de la condición de víctima y, por extensión, acreedores de las medidas reparadoras, aquel que ha sufrido el padecimiento fruto de la violación de DDHH o del DIH de forma directa o de forma indirecta ya que, siguiendo lo establecido en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder de 1985, los familiares también están reconocidos como titulares del derecho a reparación, siguiendo la línea planteada por los organismos jurisdiccionales regionales de protección de los DDHH.

De las vías de reparación, la preferente es la restitución siguiendo el artículo 35 del proyecto de la CDI sobre responsabilidad del Estado y en el principio 19 de los principios y directrices sobre recursos y reparaciones; no obstante, en pocas ocasiones es posible la restitución de la situación previa al crimen internacional o a la violación de DDHH ya que ambos afectan, con carácter general, a bienes jurídicos esenciales y no restituibles como la vida, la integridad física, la indemnidad y libertad sexual,... Cuando esta vía no es posible o no lo es en su totalidad, entran en juego el resto de mecanismos apreciados, a saber, la indemnización económica que debe comprender según el principio 20 del texto referido, daños materiales, daño emergente y lucro cesante, y según la Corte IDH, también debería integrar el concepto de daño al proyecto de vida definido, de nuevo, en el caso Loayza Tamayo contra Perú como la valoración de

“la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (...)no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable -no meramente posible- dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto.”¹⁴¹

internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones incluido en COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *op.cit.*, p. 223.

¹⁴⁰ Sentencia sobre reparaciones y costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Loayza Tamayo contra Perú de 29 de noviembre de 1998, párr. 85.

¹⁴¹ *Ibidem*, párr. 147 y 149.

El carácter integral de la indemnización compensatoria por violaciones del DIH como de los DDHH viene definido en el artículo 3 de la Convención de la Haya sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre, el artículo 91 de la Convención de Ginebra sobre protección de las víctimas de conflictos internacionales y la Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia expresada, entre otras, en la opinión consultiva de 9 de julio de 2004 sobre la construcción de un muro en territorio palestino ocupado¹⁴² y en el caso Chorzow.¹⁴³

En el marco de determinadas violaciones de los DDHH, concretamente en el caso de los actos de tortura o tratos inhumanos, crueles o degradantes, tal y como se contempla expresamente en la Convención contra la Tortura de 1984, es procedente reparar, de forma complementaria, con la rehabilitación física, mental y cívica del individuo según el ACNUDH.¹⁴⁴

En cuanto a la satisfacción, esta se refiere concretamente a acciones de carácter simbólico tal y como expone Pablo de Greiff¹⁴⁵ y dentro de esta modalidad se insertan, entre otras, las disculpas oficiales y públicas que son, a su vez, un elemento del derecho a la verdad y de la justicia restaurativa. Evidentemente, y tal como expuso el Comité de Derechos Humanos, hay una complementariedad entre todas las categorías de medidas reparatoras y una correlación entre la reparación y los mecanismos estatales articulados para su obtención ya que las tres primeras siguen un curso más procesal o judicial sobre la base de que “si no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del Pacto han sido violados, la obligación de proporcionar un recurso efectivo (...) no se cumple.”¹⁴⁶; y la última conecta con el derecho a la verdad.

En el marco de las reparaciones de carácter colectivo, lo cierto es que en el ámbito de un posible impacto directo estas no terminan de estar bien definidas, ya que el principio 13 de los principios y directrices sobre recursos y reparaciones y el principio 32 de los

¹⁴² Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado de 13 de julio de 2004, párr. 152.

¹⁴³ Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional relativa al caso concerniente a la Fábrica de Chorzów, solicitud de indemnización de Alemania contra Polonia, Sentencia nº 13 de fecha 13 de septiembre de 1928, Serie A, nº 17.

¹⁴⁴ ACNUDH, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programas de reparaciones*, Ed. Naciones Unidas, Ginebra, 2008, p. 33.

¹⁴⁵ DE GREIFF, P., “The role of apologies in national reconciliation processes” en GIBNEY, M. et al. (eds.), *The Age of Apology: facing up to the past*, Ed. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2007, pp. 120-137.

¹⁴⁶ Observación General nº31 del Comité de Derechos Humanos sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 29 de marzo de 2004, párr.15.

principios contra la impunidad las contemplan, pero sin especificar a qué tipo de medidas concretas podrían dar lugar. Sí se detalla un índice de acciones materiales como la provisión de bienes y servicios aunque no una vía de implementación ni la especificación acerca de su destino único a las víctimas o un alcance social generalizado. Es aquí donde puede situarse la cuestión de las garantías de no repetición, ya no como medida de reparación a los colectivos de víctimas, sino como medida de reparación a la totalidad de la sociedad afectada por el régimen autoritario; este es el razonamiento que permite situar el análisis de la justicia transicional en un proceso de democratización ya que, si entendemos la democracia desde una perspectiva formal se obtienen dos conclusiones: la primera de ellas, es que no se trata de determinar mediante el DIP la forma o el modelo de gobierno sino de garantizar un sistema que cumpla lo expresado por Lipset, a saber, que democracia es la instauración de

“un sistema político que suministra oportunidades constitucionales regulares para el cambio de los dirigentes gobernantes y un mecanismo social que permite a la mayor parte posible de la población influir sobre las decisiones más importantes, mediante la elección entre contendientes para los cargos públicos.”¹⁴⁷

En otras palabras, se trata de instaurar cauces de participación accesibles para toda la población de suerte que la mayoría sea la forma de decisión, pero la minoría tenga participación, no se vea excluida en la toma de decisiones y esté protegida. Esta última precisión se encuadra dentro de la segunda conclusión que no es otra que la tesis propuesta por Sartori¹⁴⁸ en el sentido de que el elemento definitorio de la democracia es lo que el autor denomina *demoprotección*, protección frente a la tiranía o estado de derecho. Es la sujeción de todas las instituciones, actos y decisiones públicas a los límites refrendados primero en sede constitucional y después en el desarrollo del ordenamiento jurídico. El impacto del DIP y el desarrollo del DIDH ha determinado la exigencia de unos estándares mínimos de calidad y control en el ejercicio del poder y ha posicionado al estado como titular de obligaciones ya no solo en el plano internacional, sino también respecto a los individuos; de la misma forma, el impacto del Derecho Regional, especialmente a través de la Unión Europea (en adelante UE), ha potenciado ese impacto en los estados parte y en los estados con deseos de incorporarse al club europeo tal y como se expone en los estudios sobre internalización de los DDHH a través de la labor promotora de las

¹⁴⁷ LIPSET, S. M., *El hombre...*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁴⁸ SARTORI, G., “How far...”, *op. cit.*

Organizaciones Internacionales (en adelante OOI) de Risse, Ropp y Sikkink.¹⁴⁹ La, en palabras de nuevo de Sartori, universalización de la democracia pasa por entenderla en este sentido, como una protección frente a los abusos de todo tipo, incluidos los políticos, las violaciones de DDHH y las infracciones del DIH, en otras palabras, la democracia no es sino la garantía de no repetición.

En lo concerniente a la segunda cuestión sobre la interacción entre las comisiones de la verdad, la justicia penal y la determinación de la responsabilidad penal internacional, la primera precisión que debe realizarse es que el contexto fáctico, geográfico y jurídico internacional ha determinado un modelo de interacción u otro, derivando en flexibilidad en el marco penal como ocurrió en Sudáfrica y actualmente en Colombia, relaciones diversas con los tribunales penales internacionales que abarcan desde la no transferencia de documentación tal y como ocurrió en Sierra Leona, hasta la negativa del tribunal a la propuesta de constitución de una comisión de la verdad como ocurrió en el caso yugoslavo o al seguimiento por la Fiscalía internacional como ocurre en el caso de la relación entre la CPI y los acuerdos de paz colombianos; y en una relación de publicación o no de los resultados de las investigaciones no judiciales como base para procesos penales nacionales.¹⁵⁰ El caso sudafricano es ilustrativo porque su Comisión de la Verdad y de la Reconciliación creada por la Ley de la Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación n°34 de 1995 realizó, por primera vez, audiencias para amnistías respecto a las violaciones de DDHH cometidas por motivaciones políticas en el periodo de 1960 a 1994 e incluía el *apartheid* como temática principal. Estuvo compuesta por tres comités, el de Violaciones de los DDHH, el de Amnistía, apoyado en la cláusula final de la Constitución de 1993 según la cual, “con el fin de avanzar en la reconciliación y la reconstrucción del país, deberá otorgarse amnistía en relación con todo acto, omisión u ofensa asociada con motivos políticos y en el curso de los conflictos del pasado”¹⁵¹, y el de Rehabilitación y Reparación.

Lo cierto es que más allá de la obtención del relato histórico y testimonial más amplio y certero posible, las reparaciones a las víctimas han sido mínimas y basadas en la satisfacción a través del perdón público y, con la excepción del enjuiciamiento de

¹⁴⁹ RISSE-KAPPEN, T., ROPP, S. C. y SIKKINK, K. (eds.), *The power of human rights: international norms and domestic change*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

¹⁵⁰ HAYNER, P. B., “Comisiones de la verdad. Resumen esquemático”, *International Review of Red Cross*, n°862, 2006, pp.1-18, p. 2.

¹⁵¹ RODRÍGUEZ, P., “Los límites del perdón. Notas sobre la justicia transicional en Sudáfrica, Centroamérica y Colombia”, *Justicia Juris*, vol. VII, n°2, 2011, pp. 52-66, p. 57.

Vlakplaas Eugene de Kock, la comisión de la verdad ha derivado en impunidad. El debate suscitado es, entonces, si desde un punto de vista social, esta forma de justicia restaurativa puede ser suficiente y apta para la reconciliación, y si desde un punto de vista jurídico, el estado tiene o no obligación de garantizar el enjuiciamiento, de ahí que sea necesario abordar las obligaciones internacionales y el alcance de las mismas que, en materia de justicia penal, tienen los estados tanto desde la perspectiva del DIDH como del DPI.

b. APORTACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS AL CONCEPTO DE JUSTICIA TRANSICIONAL

El primero de los elementos mencionados de la justicia transicional, se refiere de forma concreta a la justicia penal o, en otras palabras, a la necesidad de establecer mecanismos para la depuración de la responsabilidad penal por las violaciones de DDHH cometidas durante el periodo precedente al de la transición. Tradicionalmente ha sido asociado con el ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte del nuevo estado, aunque el desarrollo del DIP, DIDH y, especialmente, del DPI, han propiciado que también se asocie con los enjuiciamientos penales internacionales. No incluir en este punto los procedimientos internacionales de los órganos de protección internacional de los DDHH, y concretamente de los mecanismos regionales con capacidad para dictar sentencias se debe a que su naturaleza restringe su acción a la declaración o no de la existencia de una violación de los derechos recogidos en su instrumento convencional de referencia y al establecimiento de una reparación, de ahí que su labor sea incardinable en el elemento reparativo más que en el elemento de la justicia penal. Desde el punto de vista de la víctima, la manifestación más evidente de este elemento de la justicia transicional es la de la garantía del ejercicio efectivo de un recurso ante los tribunales que permita iniciar un procedimiento penal.

Como establecen los principios y directrices sobre recurso y reparaciones en su preámbulo, el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales a favor de cualquier persona víctima de violaciones de sus derechos fundamentales está reconocido en diversos instrumentos internacionales: el artículo 8 de la DUDH, que si bien en su adopción toma la forma de la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General y es, en consecuencia, un instrumento de *soft law*, siguiendo lo establecido en el artículo 13 de la Carta de la ONU sobre la no obligatoriedad de las decisiones adoptadas en el marco de dicho órgano y en la doctrina expresada por Díez de Velasco¹⁵² y Jiménez de Arechaga¹⁵³ en el sentido de que las resoluciones de la Asamblea General no forman parte de las fuentes del DIP enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), lo cierto es que ha existido una evolución en la percepción de su obligatoriedad, pasando por la opinión emitida por la Secretaría General de la ONU en

¹⁵² DIEZ, M. (coord.), *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 564.

¹⁵³ JIMENEZ, E., *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1980. p. 38.

1962 a solicitud de la Comisión de Derechos Humanos donde una declaración es definida de una forma algo más intensa al entender que es “un instrumento formal y solemne, adecuado para aquellas raras ocasiones en que principios permanentes y de gran importancia están siendo enunciados.”¹⁵⁴ Este posicionamiento asume lo defendido por Nikken¹⁵⁵ en el sentido de que representa la adhesión y apoyo de los estados a una serie de principios que se entienden de gran valor, hasta llegar a entender la DUDH como vinculante por haberse convertido en derecho consuetudinario ya que el elemento de la *opinio iuris* quedaría asentado al ser mencionada la DUDH en diversos instrumentos posteriores que destacan la vinculatoriedad de los principios en ella contenidos, y el elemento material quedaría confirmado porque, tal y como expone O'Donnell¹⁵⁶, forma parte de la práctica de los estados de la ONU y de los criterios expresados por la CIJ¹⁵⁷, según los cuales la práctica reiterada de una costumbre se prueba con la adecuación generalizada del comportamiento a la misma y la condena de la actuación contraria, admitiéndose, entonces, infracciones que no afectan al valor de la norma consuetudinaria.

También se reconoce en el artículo 2.3 apartado a) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), que incluye una mención a que tal violación haya sido realizada “por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”, y, por tanto, da un paso más allá en el reconocimiento de la legitimación activa de la víctima en los procedimientos de justicia transicional. Igualmente, aparece recogida en el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; más concretamente, en la Observación General nº3 del año 2014, el Comité contra la Tortura analizó la aplicación de las obligaciones contenidas en el artículo 14 ya que, si bien en su literalidad, su aplicabilidad parece reducirse al derecho a la reparación dejando al estado margen de apreciación en los cauces para obtenerla, la interpretación realizada por el órgano de control es en el sentido de asociar el contenido sustantivo del derecho a la reparación con la obligación de “impedir, investigar, enjuiciar y castigar” en consonancia con lo establecido en la Observación General precedente, y de

¹⁵⁴ Official Records of Economical Social Council, Suppl. Nº8, E/3616/ Rev. 1, 1962. 15 en FAÚNDEZ, H., “La Declaración Universal de Derechos Humanos 40 años después”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, nº 75, 1990, p.286.

¹⁵⁵ NIKKEN, P., “La Fuerza Obligatoria de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, nº75, 1990, p. 331.

¹⁵⁶ O'DONNELL, D., *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989, p. 24.

¹⁵⁷ I.C.J. Reports, 1986, párr.189 en *Íbidem*, p. 342.

prohibir las amnistías como vía de obstaculización a los enjuiciamientos por la comisión de actos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.¹⁵⁸

De la misma manera, aparece recogido en los artículos 8.2, 17.1 apartado f) y 20.2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, que impiden limitar de cualquier forma el acceso a los tribunales mientras no haya prescrito la acción, la amplían no solo a la víctima directa, sino a las víctimas indirectas o allegados y la protegen frente a cualquier acto de suspensión o limitación. También se incluye en el artículo 2, especialmente en su apartado c) cuando hace referencia a la canalización a través de los tribunales de la protección jurídica frente a la discriminación, de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, instrumento convencional que impide adoptar un trato diferenciado en la capacidad de acceso a los tribunales por razones de sexo. En la Recomendación General n°28 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) de 2010, se incluyen una serie de matices que imponen al estado la obligación, ya no solo de tener recursos disponibles y eficaces para la protección del principio de igualdad y del resto de derechos enunciados en la citada Convención, sino la de incoar él mismo los procedimientos penales en los casos en que junto al componente discriminatorio estén en juego otros bienes jurídicos protegidos por el DIDH.¹⁵⁹

De la misma forma, este derecho aparece recogido en el artículo 6 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que garantiza, de nuevo, el acceso a los tribunales para la tramitación de supuestos de discriminación racial que violen los DDHH; obligación dentro de la cual se incluye, en atención a la Observación General n°26 emitida por su órgano de control, no solo el castigo a los culpables sino también medidas de reparación directas a las víctimas.¹⁶⁰

Por otro lado, en relación a los conflictos armados, el derecho a recurso ha sido incluido de forma tangencial en el artículo 3 del IV Convenio de la Haya de 1907 y, en el mismo sentido, en el artículo 91 del Primer Protocolo Adicional a los Convenios de

¹⁵⁸ Observación General n° 3 del Comité contra la Tortura sobre la aplicación del artículo 14 por los Estados partes, 13 de diciembre de 2012, párr. 7, 22 y 41.

¹⁵⁹ Proyecto de Recomendación general n° 28 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 16 de diciembre de 2010, párr. 32, 33 y 34.

¹⁶⁰ Observación General n°26 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial relativa al artículo 6 de la Convención, 56º periodo de sesiones, 2000.

Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales; lo que determina la existencia de un estándar de derecho a indemnización y recurso en los supuestos en que se incumplan las leyes y costumbres que el DIH asocia a los conflictos armados internacionales. La cuestión es determinar si la misma precisión es atribuible a los conflictos armados no internacionales que son el supuesto clásico en los casos de transiciones políticas aunque los cambios en la tipología de los conflictos actuales y la incidencia o, mejor dicho, la internacionalización de los conflictos y lo que Morán Blanco y González Martín han categorizado de conflictos asimétricos intraestatales¹⁶¹ y que, consecuentemente, ha generado un impacto en los procesos transicionales, determina la hibridación en los conflictos y la necesidad de, en el plano estrictamente convencional, incardinar la intervención de terceros estados en función de su intensidad e intencionalidad en uno de los tipos contemplados de conflictos armados. Si bien la misma precisión respecto al derecho a indemnizar no se contempla en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, desde 1928, la Corte Permanente de Justicia Internacional dejó plasmado en su sentencia relativa al caso *Fábrica Chorzow*, el deber de los estados de reparar cuando les es atribuible un incumplimiento de las normas del DIP¹⁶²; no obstante, no se encuentran precisiones similares en el citado Protocolo Adicional II. Esto no implica directamente la inoperancia de la obligación asumida por el estado de tener recursos disponibles para canalizar las demandas por graves violaciones de los DDHH, sino que sitúa su fundamento legal, no en la citada obligación sino en lo que se conoce como la tríada de investigar, enjuiciar y sancionar en el caso de los conflictos armados no internacionales.

Siguiendo la línea planteada, muchos estudios se han planteado cuál es la utilidad de la citada tríada de investigar, enjuiciar y sancionar en el contexto transicional y si esta contribuye o no a la reconciliación; Bassiouni opta por el enfoque de su utilidad disuasoria y preventiva frente a futuras violaciones de los DDHH al dar una imagen contraria a la de la impunidad desde un punto de vista estrictamente jurídico ya que se reafirman los valores del estado naciente de corte democrático y de derecho sobre la inseguridad jurídica e impunidad caracterizadoras del periodo autoritario¹⁶³; aporta también un cierto componente de seguridad en el estado naciente al limitar de alguna forma una posible

¹⁶¹ MORÁN, S. y GONZÁLEZ, A., *Asimetría, guerras e información*, Ed. Dilex, Madrid, 2009, p. 81.

¹⁶² Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional relativo a la *Fábrica Chorzow*, *op. cit.*, p.47.

¹⁶³ BASSIOUNI, M. C., "Searching for peace and achieving justice: the need for accountability", *Law and contemporary problems*, vol. 59, nº 4, 1996, pp. 9-28.

capacidad reorganizativa, e involutiva en el proceso transicional, de los ultraconservadores o partidarios del régimen autoritario y, en última instancia, es un elemento de búsqueda de la verdad, la del caso particular, y de rehabilitación a las víctimas.¹⁶⁴ La cuestión que se plantea es la de determinar hasta qué punto dicha tríada constituye una obligación internacionalmente asumida por los estados ya que, según lo establecido por Orentlicher, el DIDH, DIH y DPI ofrecen un fundamento a las acciones judiciales de carácter totalmente despolitizado y eliminan el posible factor revancha o venganza de los procesos de justicia transicional.¹⁶⁵ Algunos instrumentos convencionales recogen de forma expresa dicha obligación en su articulado, a saber, el artículo 4 de la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio que contempla el castigo a los autores, su artículo 5 que impone la obligación de establecer sanciones penales para los mismos a los estados parte e incluso el artículo 7 que no solo incide en la vinculatoriedad de la tipificación y persecución del delito de genocidio en el plano interno sino que impone la naturaleza del delito excluyendo que pueda ser calificado como delito político y apoyando así la tesis planteada por Orentlicher de despolitización de la justicia transicional. La Convención sobre la Tortura de Naciones Unidas también contempla dicha obligación en su artículo 4 que incluye la tipificación, persecución e inicio de investigaciones de naturaleza penal en las que, de nuevo, se vea garantizado el principio de imparcialidad.

Al contrario que el mencionado derecho a recurso, contemplado en un número mayor de instrumentos internacionales, esta tríada no goza del mismo régimen de reconocimiento convencional explícito, ni siquiera en los tratados regionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), que contempla el recurso en su artículo 25, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) que, de nuevo, sí incluye el recurso en su artículo 13, o la Carta Africana que contempla el primero de los derechos tratados en su artículo 7 pero que, tampoco, menciona la tríada. No obstante, sí ha existido un desarrollo jurisprudencial de la tríada, especialmente, en el ámbito interamericano a partir de la sentencia relativa al caso Velásquez Rodríguez contra Honduras de 9 de julio de 1998 y en la que se discutía la falta de investigación acerca de las circunstancias que rodearon la detención y

¹⁶⁴ WESCHLER, L., "A Miracle, A Universe: Settling Accounts with Torturers", en KRITZ, N. J. (ed.), *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Vol. I, Ed. Institute of Peace Press, Washington, Washington, 1995, pp. 491-499.

¹⁶⁵ ORENTLICHER, D. F., "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", en *ibidem*, pp. 375-416, p. 382.

desaparición de Ángel Manfredo Velásquez por parte de las fuerzas de seguridad hondureñas y, según la Resolución 30/83 (confirmada por la Resolución 20/86) de la Comisión Interamericana (en adelante CIDH), ocurrida en el marco de desapariciones sistemáticas llevadas a cabo con la aquiescencia o participación del régimen. Dicha sentencia sigue la línea ya iniciada por la CIDH en el año 1985 cuando en el informe anual, la CIDH entendió que hay un derecho a la justicia para crímenes graves violatorios de los DDHH y que tiene una dimensión individual en el sentido de conceder a las víctimas el derecho de acceso a la justicia, y una colectiva de toda la sociedad a conocer lo que ocurrió¹⁶⁶, manifestación que supone un primer reconocimiento al derecho a la justicia y a la verdad de las víctimas de graves violaciones de DDHH. En la citada sentencia, la Corte IDH genera el primer pronunciamiento en el que se reconoce la existencia de obligaciones positivas de hacer a cargo de los estados en materia de investigación¹⁶⁷, enjuiciamiento¹⁶⁸, sanción¹⁶⁹, reparación¹⁷⁰ e instauración de garantías de no repetición para no dejar impunes las graves violaciones de DDHH a través de mecanismos de prevención y de la articulación de un sistema de configuración de las instituciones públicas que asegure el ejercicio pleno de los DDHH.¹⁷¹ El contenido de la sentencia determina, igualmente, el alcance de esta obligación llegando a establecer que una violación de los derechos enunciados en la CADH puede ser determinante de la responsabilidad internacional del estado aún no habiendo sido imputable la conducta directamente al mismo de suerte que

“puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.”¹⁷²

La importancia del pronunciamiento radica en su eficacia, definida en el artículo 62.1 de la CADH que instaura la competencia de la Corte IDH para la interpretación y aplicación de la CADH, y refrendada por los artículos 67 y 68 del mismo instrumento que se refieren a la inapelabilidad del fallo y al compromiso asumido por los estados de dar

¹⁶⁶ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986, presentado ante la Organización de Estados Americano el 26 de septiembre de 1986, p. 205.

¹⁶⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Velásquez Rodríguez contra Honduras de 9 de julio de 1998, párr. 166, 174 y 177.

¹⁶⁸ *Ibidem*, párr. 172 y 173

¹⁶⁹ *Ibidem*

¹⁷⁰ *Ibidem*, párr. 166 y 174

¹⁷¹ *Ibidem*, párr. 166, 172, 173, 174.

¹⁷² *Ibidem*, párr. 172

cumplimiento a sus sentencias. La categorización como una obligación de hacer se desprende, tanto de la propia naturaleza de la acción como de la apreciación de la Corte IDH según la cual,

“si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.”¹⁷³

En las subsiguientes sentencias en las que la Corte IDH ha abordado la misma obligación, sus estándares han ido definiéndose hasta considerar en el caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros contra Guatemala) de 19 de noviembre de 1999, que

“debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa... debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima.”¹⁷⁴

El TEDH también ha realizado pronunciamientos en la línea de considerar la existencia de dichas obligaciones positivas a cargo de los estados parte entendiendo que

“el Convenio no se contenta con obligar a las autoridades supremas de los Estados Partes a que respete los derechos y libertades que consagra (...) implica también que, para garantizar el disfrute de aquellos, dichas autoridades tienen que impedir o sancionar la violación en niveles inferiores.”¹⁷⁵

Es cierto que el pronunciamiento no responde necesariamente en las circunstancias fácticas al modelo transicional aquí definido, no obstante, se centra en la lucha contra el terrorismo que en el caso irlandés es un conflicto de naturaleza interna que también cuestiona los elementos de cohesión social, cauces democráticos y herramientas del estado de derecho en la lucha contra el terror, de ahí su relevancia a los efectos de este estudio.

¹⁷³ *Íbidem*, párr. 176

¹⁷⁴ Sentencia sobre fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala de 19 de noviembre de 1999, párr. 225 y 226.

¹⁷⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso Irlanda contra el Reino Unido de Gran Bretaña de 18 de enero de 1978, párr. 239.

En el mismo sentido, si bien el PIDCP no contiene una disposición que explícitamente articule la tríada analizada, el Comité de Derechos Humanos a partir de la Observación General nº 31 de 29 de marzo 2004, ha determinado la misma aplicabilidad de las obligaciones de investigar, enjuiciar y sancionar en relación a los derechos contenidos en el mencionado pacto, aplicando después este principio en la resolución de quejas individuales y certificando la violación de los derechos por parte del estado¹⁷⁶, de la siguiente forma:

“Sin embargo, solo se podrán cumplir plenamente las obligaciones positivas de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto (...). Puede haber circunstancias en las que, por no haberse garantizado los derechos reconocidos en el Pacto como se dispone en el artículo 2, los Estados Parte infrinjan estos derechos permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos o no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado.”

Elementos cuya aplicación ha sido plena en la tramitación de quejas individuales.

Esta tríada, también llamada derecho a la justicia, ha pasado, según Abellán Honrubia, a formar parte del Derecho Internacional General (en adelante DIG) como integrante de los principios generales y una pieza clave dentro del DIDH¹⁷⁷ exigiendo, especialmente en materia de procesos transicionales, que se haga efectivo como el medio más eficaz de lucha contra la impunidad. En este sentido, concretamente el TEDH, la Corte IDH y el Comité de Derechos Humanos han dotado a la citada tríada de dos estándares de calidad para considerar cumplida por el estado la obligación internacional:

El primero de ellos, es el adecuado funcionamiento del sistema judicial o, en palabras de la Corte IDH, la extensión de las garantías mínimas del debido proceso a todo tipo de procedimiento, incluyendo la independencia e imparcialidad del órgano decisorio.¹⁷⁸ Este estándar queda condensado en la descripción ofrecida por la misma

¹⁷⁶ Dictamen del Comité de Derechos Humanos relativo al caso Arhuacos contra Colombia de 19 de agosto de 1997, párr. 8.

¹⁷⁷ ABELLÁN, V., “La aportación de las Naciones Unidas a la internacionalización del derecho a la justicia” en INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS (ed.), *Los derechos Humanos en un Mundo Dividido*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp. 209-226, p. 214.

¹⁷⁸ Sentencia sobre excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso de la Comunidad Moiwana contra Suriname de 15 de junio de 2005, párr. 142.

Corte, a saber, la exigencia de “una investigación sin dilación, seria, imparcial y efectiva.”¹⁷⁹

El segundo, la efectividad de los recursos disponibles, es decir, su adecuación al propósito para el que fueron concebidos ya que, tal y como ha expresado el TEDH, la naturaleza de las quejas del demandante y la cualidad de los derechos en juego determina una variación en el tipo de procedimiento y/o recurso a emplear.¹⁸⁰ En este punto sí existen discrepancias en el marco convencional ya que mientras el artículo 25 de la CADH se refiere a recursos judiciales, los artículos 2 y 3 del PIDCP y 13 del CEDH no precalifican la vía de recurso sino la efectividad propia del mismo aunque matizando por un lado, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General nº31 de 2004 que en el caso de los derechos incluidos en los artículos 6, 7 y 9, “los estados deben velar porque los responsables sean sometidos a la justicia”¹⁸¹; derivando esta interpretación en que “la falta de sometimiento a la justicia de esas violaciones” generaría la misma consecuencia que “la insuficiencia a la investigación.”¹⁸² Y, por otro, el TEDH ha entendido que en el marco de los derechos inderogables del Convenio, se precisa la existencia de un recurso disponible a favor de la víctima o la posibilidad de iniciar una acción de oficio que derive en una investigación que permita identificar a los responsables y proceder a su castigo.¹⁸³

Desde la perspectiva del elemento justicia penal dentro de los mecanismos de justicia transicional, la fundamentación de lo expuesto radica en la labor punitiva y de retribución, aunque no debe quedar exento del elemento reparador que compone otra parte esencial de la justicia misma y de la justicia transicional. Así pues, en este punto del análisis, el derecho a la justicia se sitúa de lleno en el marco de la lucha contra la impunidad definida por los principios contra la impunidad como

“la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación,

¹⁷⁹ Sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Juan Humberto Sánchez contra Honduras de 7 de junio de 2003, párr. 127.

¹⁸⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso Bazorkina contra Rusia de 27 de julio de 2006, párr. 139.

¹⁸¹ Observación General nº3 del Comité de Derechos Humanos,...., *op. cit.*, párr. 18.

¹⁸² *Íbidem*

¹⁸³ - CASADEVALL, J., *El Conveni europeu de drets humans, el Tribunal d'Estraburg i la seva jurisprudencia*, Ed. ICDH/ Bosch International, Barcelona, 2007, p. 354.

- Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos expresada en el Caso Bazorkina contra Rusia, *op. cit.*, párr. 162.

detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.”¹⁸⁴

En el mismo sentido, el mismo conjunto de principios entiende que en materia del derecho a la justicia en procesos transicionales, las obligaciones del estado pueden sintetizarse, según el principio 19 en que

“los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente.”¹⁸⁵

Unos parámetros que, en su exigencia de estándares mínimos en torno a las características de las investigaciones, no está alejada del contenido convencional examinado, pero que en la formulación del objetivo final es algo más taxativa ya que incluye la condena y no únicamente el sometimiento a las acciones de la justicia penal, aunque, solo vinculado a los autores del crimen internacional, pareciendo excluir según aprecia Bonet Pérez, otros tipos de autoría penal.¹⁸⁶ En esencia, la cuestión de la impunidad por graves violaciones de DDHH atenta contra, según, de nuevo, Abellán Honrubia, “una de las normas imperativas del Derecho internacional de las que se derivan obligaciones jurídicas para todos los estados incluso al margen de su consentimiento.”¹⁸⁷ Se plasma, por tanto, en un comportamiento pasivo del estado por la ausencia de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y/o condena de los responsables de derechos internacionalmente protegidos¹⁸⁸, y en un comportamiento activo de carácter impeditivo. Gutiérrez¹⁸⁹ clasificó los diferentes tipos de impunidad, a saber, de hecho, investigativa, de congestión, legal y delictuosa; no obstante, en materia transicional, ha sido continua la aceptación de las amnistías como instrumento de viabilidad y

¹⁸⁴ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, Informe presentado ante la Comisión de Derechos Humanos, 8 de febrero de 2005, E/CN.4/2005/102/Add. 1, definición A, p. 6.

¹⁸⁵ *Íbidem*, principio nº19, p. 12

¹⁸⁶ BONET, J., “La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional” en BONET, J. y ALIJA, R. A., *Impunidad...*, *op.cit.*, pp. 15-92, p. 17.

¹⁸⁷ ABELLÁN, V., “La aportación...”, *op. cit.*, p. 220.

¹⁸⁸ Sentencia sobre fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) contra Guatemala de 8 de marzo de 1998, párr. 173.

¹⁸⁹ GUITÉRREZ, G., “Reflexiones sobre la impunidad” en CONSEJERÍA PRESIDENCIAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ed.), *Justicia, derechos humanos e impunidad*, Ed. Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Bogotá, 1991, pp. 219-251.

aseguramiento del proceso transicional, concediéndose carta blanca por parte del gestor entrante, a los perpetradores de las violaciones de DDHH acaecidas durante el régimen, a cambio de pasividad, ni siquiera de una colaboración activa, en el culmen del proceso transicional, siendo, entonces, la impunidad legal objeto de análisis desde la perspectiva del DIDH y caracterizándose estos procesos transicionales por incurrir en una contradicción, a saber, la de proclamarse los defensores del nuevo orden garantista y democrático, pero estar dispuestos a lo que en la Declaración de Santiago del Seminario Internacional titulado “Impunidad y sus efectos en los Procesos Democráticos” celebrado en Chile en diciembre de 1996, se denominó “la institucionalización de la injusticia por quienes están llamados a hacer justicia.”¹⁹⁰

Este modelo de amnistía llamado autoamnistía fue el empleado en España, Chile, Argentina (hasta su revocación por la aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH en aplicación del control difuso de convencionalidad), El Salvador, Brasil o Perú. La característica principal en su creación fue la propuesta y control de la redacción por parte de los miembros del régimen autoritario; y la característica principal en sus implicaciones es la ausencia de diferenciación entre delitos comunes, crímenes internacionales, graves violaciones de los DDHH o delitos políticos, creando una impunidad generalizada, una pasividad de los órganos estatales por tener un impedimento legal en la incoación de procesos de oficio, y una actividad desestimatoria plena de los tribunales nacionales aplicando una perspectiva constitucionalista y no internacionalista de la jerarquía normativa y amparándose, no solamente en la existencia de una ley nacional de amnistía, sino también en la prescripción penal y en el principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables. Si bien es cierto que, hasta la entrada en vigor del Estatuto de Roma, la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales no estaba definida en un instrumento convencional de forma general, los órganos de los mecanismos convencionales de la ONU seguían esa línea interpretativa sobre la base de instrumentos que determinaban la imprescriptibilidad pero en atención a contextos concretos, a saber, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de Naciones Unidas de 1968 o la Convención sobre la no aplicación de la prescripción a los crímenes contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra de 1974 del Consejo de Europa. Esa labor ha sido especialmente desarrollada por el Comité de

¹⁹⁰ Declaración de Santiago del Seminario Internacional “Impunidad y sus efectos en los procesos democráticos” celebrado en Chile del 13 al 16 de diciembre de 1996.

Derechos Humanos¹⁹¹ y el Comité contra la Tortura, amparándose este en la naturaleza de *ius cogens* de la prohibición de la tortura. La Corte IDH y el TEDH coinciden en este punto, la primera de ellas lo aplica a todos los derechos contemplados en la CADH entendiéndolo, con base en los principios del DIP y del propio DIDH que la inderogabilidad de los DDHH impide la prescripción de los actos que atentan contra ellos¹⁹²; mientras que el TEDH restringe la imprescriptibilidad del procedimiento, la justicia penal y la pena, al núcleo duro del CEDH.¹⁹³ En el mismo sentido enfocan los dos órganos jurisdiccionales, la cuestión sobre la irretroactividad, entendiéndolo que es necesario diferenciar actos instantáneos a los que se les aplicaría la garantía penal de la irretroactividad, de situaciones continuadas o del hecho complejo ante demandas de carácter conjunto donde todos los hechos son indicativos de violación¹⁹⁴, aunque no todos ocurrieran con posterioridad a la entrada en vigor del instrumento de referencia (de nuevo, la Corte IDH lo amplía a toda la CADH y el TEDH lo restringe al núcleo inderogable de derechos). Algo menos taxativa es la percepción del Comité de Derechos Humanos que si bien aboga por la imprescriptibilidad, solo lo hace respecto a derechos concretos y no de forma imperativa sino más bien de recomendación, aunque al ser reconocido como órgano de control, sus opiniones vinculan a los estados parte.¹⁹⁵ No obstante, aunque en el marco de las Observaciones Finales opta por una redacción más laxa, el Comité de Derechos Humanos es más claro en los dictámenes relativos a la tramitación de quejas individuales en este punto destacando, por ejemplo, el caso Hugo Rodríguez contra Uruguay donde indicó que las leyes de autoamnistía son incompatibles con el PIDCP, con el orden democrático y fomentan una cultura de impunidad.¹⁹⁶ De la misma manera, el Comité de Derechos Humanos entendió en 2004, y ha mantenido este mismo criterio, en la misma línea que el Comité contra la Tortura y el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, según el cual, deben eliminarse las justificaciones políticas,

¹⁹¹ Observación General n°31 del Comité de Derechos Humanos..., *op. cit.*

¹⁹² - Sentencia sobre fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso de las Masacres de Ituango contra Colombia de 1 de julio de 2006, párr. 93.

- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso de la Comunidad Moiwana contra Suriname, *op. cit.*, párr. 167.

¹⁹³ - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso Teren Aksakal contra Turquía de 11 de septiembre de 2007, párr. 88.

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso Abdülşamet contra Turquía de 2 de noviembre de 2004, párr. 55.

¹⁹⁴ Sentencia sobre excepciones preliminares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Blake contra Guatemala de 2 de julio de 1996, párr. 39.

¹⁹⁵ Observación General n°31 del Comité de Derechos Humanos..., *op. cit.*

¹⁹⁶ Dictamen del Comité de Derechos Humanos relativo al caso Hugo Rodríguez contra Uruguay, de 9 de agosto de 1994, párrs. 12.3 y 12.4.

sociales, económicas o culturales como causas válidas de incumplimiento de la obligación estatal de persecución¹⁹⁷

La Corte IDH es, realmente, el único órgano con capacidad para dictar resoluciones vinculantes que se ha pronunciado en contra de las amnistías; hasta 2001 no tuvo ningún pronunciamiento explícito acerca de las amnistías, pero la CIDH ya empleaba lo establecido en el fallo del caso Velásquez Rodríguez contra Honduras para invalidar las amnistías en sus informes de fondo¹⁹⁸. En la sentencia de 14 de marzo de 2001 relativa al caso Barrios Altos contra Perú, la Corte IDH se pronunció acerca de la compatibilidad entre las leyes de amnistía n°26479 y 26492 del Perú y las obligaciones contenidas en los artículos 1 y 2 de la CADH al conceder las primeras una suerte de inmunidad e impunidad completa al personal militar, policial y civil; en este sentido, la Corte IDH estimó que todas aquellas leyes limitativas en el acceso a la justicia y de la posible persecución de las graves violaciones de los DDHH, suponían una violación de los deberes positivos del estado¹⁹⁹ y declaró

“la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.”²⁰⁰

La Corte IDH, en este sentido, ha mantenido una línea jurisprudencial sólida llegando incluso a ponderar jerárquicamente entre el interés de la sociedad en que las graves violaciones de DDHH no queden impunes y las decisiones democráticas con ocasión del conocido caso Gelman contra Uruguay donde la ley de amnistía n° 15.848 de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, fue sometida a referéndum hasta en dos ocasiones, la primera en 1989 y la segunda en 2009 con ocasión de elecciones en el país y de una reforma constitucional que invalidaría el contenido de la citada ley; en ninguno de los dos referéndums consiguió ganar la revocación ya que, especialmente durante el

¹⁹⁷ Observación General n°31 del Comité de Derechos Humanos..., *op. cit.*, párr. 18.

¹⁹⁸ - Informe de la CIDH n° 8/00 relativo al caso 11.378 sobre Haití de 24 de febrero de 2000, párrs. 35 y 36.

- Informe de la CIDH de fondo n° 20/99 relativo al caso 11.317 sobre Perú, de 23 de febrero de 1999, párrs. 159 y 160.

¹⁹⁹ Sentencia sobre fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Barrios Altos contra Perú de 14 de marzo de 2001, párr. 45.

²⁰⁰ *Ibidem*, párr. 44

primero de ellos, el estamento militar presionó con un golpe de estado si el resultado era favorable a su derogación solo 4 años después del inicio del proceso transicional. Es en este momento donde la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere un carácter ya no sólido, sino consolidado al entender, siguiendo sus razonamientos anteriores, que por encima de la regla de las mayorías se encuentran los deberes positivos del estado en relación a la tríada de obligaciones vinculadas a las graves violaciones de DDHH ya que lo relevante no es el proceso o autoridad de adopción sino su *ratio legis*.²⁰¹

Los pronunciamientos del TEDH son menos numerosos y menos efectivos en su redacción ya que, a pesar de no considerar compatible el perdón o la amnistía en el caso de graves violaciones de DDHH que afectan al núcleo inderogable del Convenio²⁰², lo cierto es que con ocasión del caso Vasiliauskas contra Lituania donde se debatía el alcance de la definición de genocidio en relación con el artículo 7 del CEDH y, especialmente con su apartado segundo también conocido como cláusula de Nuremberg y que permite la retroactividad penal cuando las conductas eran delictivas con base en principios generales del derecho (incluidos los del DIP), el TEDH tuvo ahí la oportunidad de ser más contundente en su decisión sobre las amnistías pero finalmente, restringió sus conclusiones al caso concreto.²⁰³

Junto a dicha impunidad legal o normativa, convive lo que Chinchón Álvarez ha denominado impunidad fáctica que implicaría un incumplimiento claro de las obligaciones derivadas del derecho a la justicia por algún tipo de tensión interna asociada, generalmente, a la amenaza de regresiones o al riesgo de reacciones violentas militares o paramilitares.²⁰⁴ En este caso se genera, ya no un debate de prelación y jerarquía entre ordenamientos jurídicos, sino la cuestión de determinar hasta qué punto, no tanto el principio de soberanía nacional, pero sí el margen de flexibilidad que se concede a los estados para que afronten sus brechas sociales y, consecuentemente, sus procesos transicionales, opera en la investigación, enjuiciamiento y sanción de las graves violaciones de los DDHH. De un primer análisis, no parece advertirse que exista margen de apreciación por parte del estado en torno a la vinculatoriedad del contenido emanado del derecho a la justicia; así lo entendió la Corte IDH al establecer que “*las condiciones*

²⁰¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Gelman, *op. cit.*, párr. 229.

²⁰² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso Abdülsamet contra Turquía, *op. cit.*, párr. 55

²⁰³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso Vasiliauskas contra Lituania de 20 de octubre de 2015, párr. 59.

²⁰⁴ CHINCHÓN, J., *Derecho...*, *op.cit.*, p. 430.

del país, sin importar tan difíciles sean, no liberan a un estado de sus obligaciones convencionales.”²⁰⁵ Lo que sí se admite, o al menos esa es la tendencia creciente desde la operatividad del funcionamiento de las comisiones de la verdad respecto a la justicia penal en el caso sudafricano, es una cierta modulación de la rigidez legalista del Derecho Penal, sin afectar a los derechos propios del procesado o encausado ni de las víctimas, pero centrando más el proceso en la justicia restaurativa, el derecho a la verdad en su dimensión individual y colectiva y la colaboración a cambio de beneficios e incluso exenciones en el castigo. Así lo ha estimado la mayor parte de los jueces que componen la Corte IDH en el voto separado del fallo relativo al caso Masacre El Mozote contra El Salvador donde se contienen una serie de precisiones sobre las amnistías que, desde un punto de vista geopolítico, constituían un mensaje para impulsar la resolución del conflicto colombiano, y desde un punto de vista jurídico establecen una distinción importante en el enfoque de la justicia transicional desde el DIDH:

La primera de ellas es la distinción entre aquellos procesos transicionales a los que se les pueden aplicar únicamente los estándares del DIDH, de aquellos que, por estar vinculados a un conflicto armado no internacional, se caracterizan por una mayor intensidad de violencia y por la aplicación de las normas del DIH.

La segunda de ellas es que no existe en el DIDH una prohibición absoluta de las leyes de amnistía aunque sí una serie de matizaciones, especialmente en el marco de las Naciones Unidas que han planteado, textualmente, “que los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves a los DDHH”²⁰⁶; en la misma línea que el Estatuto de Roma impone dicha limitación respecto a los crímenes que recaen sobre la jurisdicción *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional.

Tercero, si bien no se está avalando la validez de las amnistías como medio para la paz, sí están contemplando la posibilidad de que en el marco de un conflicto armado exista una cierta flexibilidad en la interpretación de los instrumentos al alcance de la construcción de paz, permitiendo la amnistía para delitos políticos, pero no para graves violaciones de DDHH, y abriendo la posibilidad a nuevas vías de justicia penal que no sean la ordinaria y que integren el resto de elementos del concepto amplio de justicia

²⁰⁵ Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Goiburú y otros contra Paraguay de 22 de septiembre de 2006, párr. 89.

²⁰⁶ Report of the Secretary General to Security Council..., *op. cit.*, párr. 10.

internacional.²⁰⁷ Este voto razonado era un claro mensaje que ha ayudado en la instauración de la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia como un Sistema Integral de Verdad, Reparación y No Repetición que contempla reducciones por tramos, en atención a las penas fijadas para los tipos de delitos, y máximos efectivos de estancia en prisión para aquellas personas que colaboren en el esclarecimiento de la verdad.

²⁰⁷ Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador de 25 de octubre de 2012, Voto concurrente del juez García Sayán, pp. 151-160.

BLOQUE II: EL SURGIMIENTO DEL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO COMO GERMEN DEN EFOQUE DE DERECHOS HUMANOS EN LAS RELACIONES ENTRE CIUDADANÍA Y PODER

1. LAS REFLEXIONES SOBRE DERECHO, PODER Y LEGITIMIDAD DEL PERIODO MEDIEVAL: UNA APORTACIÓN EN EL CAMINO A LA DEMOCRACIA

El entendimiento de los procesos de democratización y de sus éxitos y fracasos pasa por una aproximación compleja a la relación histórica entre derecho y poder y a la huida de las tendencias a la dualidad o la simplificación en el pensamiento humano. En el plano de los estudios jurídico-politológicos sobre democratizaciones hay una tendencia a situar el inicio del proceso en el marco de las revoluciones liberales dejando al margen los procesos anteriores de cambio en las relaciones entre derecho y poder. Esto ensombrece la finalidad práctica de los estudios sobre democratizaciones, que no es otra que la de encontrar una fórmula básica de actuación para la universalización de la democracia.

El periodo medieval, en concreto, se encuentra subsumido en una suerte de leyenda negra, caracterizado en el ideario colectivo por tratarse de un periodo oscuro y de pocos avances. La realidad dista mucho de esta concepción puesto que, en el camino hacia la democratización, la ruptura con el Antiguo Régimen es el elemento que abre la puerta al resto de los avances. La idea que subyace en este estudio es la de visibilizar las contribuciones que en el campo de lo filosófico, de lo político y de lo jurídico dejó el periodo medieval y han tenido un reflejo y un calado en el ámbito de las democratizaciones, toda vez que es en este periodo cuando el mito y el logos encuentran de manera explícita sus respectivos ámbitos de actuación y cuando, en vez de oscurantismo, lo que hay es una complejidad social casi simbiótica en la que convergen una necesidad de estabilidad o pacificación con un afán por racionalizar, centralizar y administrativizar esa relación entre derecho y poder, entre soberano y súbditos.

La pretensión no es otra que la de dilucidar si el periodo medieval realmente cumple con esa configuración de ausencia de cambio en lo político y construcción de lo estrictamente territorial o geográfico, o si, por el contrario, hay aportaciones relevantes

en las relaciones jurídico políticas y cuál es la posible influencia que estas han tenido a largo plazo, toda vez que un análisis de las democratizaciones que sólo incide en dos fases de éxito, a saber, la liberal y las olas de Huntington, está avocado -y es lo que la realidad nos muestra- a un fracaso en su aplicación práctica. Es necesario realizar un esfuerzo intelectual que cubra los déficits que enfrentan las sociedades que pretenden transitar de una manera rápida a la democracia, y eso requiere acudir al germen, al origen del éxito. Se trata, en definitiva, de derribar varios mitos: el primero, el del obscurantismo medieval; el segundo, el de la democratización express; el tercero, el de la idealización de las revoluciones liberales y, el cuarto, el de asociar democracia con concurrencia competencia electoral simplemente. En la identificación y análisis de estos mitos, radica el éxito de la democratización universal y es en la Edad Media donde pueden identificarse varios aspectos clave: el primero, el de la posible convivencia entre filosofía y teología, o religión y poder político; el segundo, el de la profundidad de lo que democracia supone ya que esta supone el establecimiento de límites en el ejercicio del poder y de la ciudadanía, en la convivencia y en el pluralismo y, el tercero, la posibilidad de delimitar de manera precisa las instituciones, prácticas y costumbres que suponen una traba al proceso democratizador.

Convive también junto a estas pretensiones esa idea de la mitificación propuesta por García-Pelayo²⁰⁸ donde el reino se articulaba como la salvación; de hecho, se articula aún así en el planteamiento teológico de las tres grandes religiones, ya que frente a esa concepción de que religión y democracia no pueden ir de la mano y de que la primera representa lo irracional y la segunda lo racional, lo cierto es que el actual entendimiento de la democracia funciona de una manera similar a la del reino mitificado, por cuanto que parece ser la solución idílica a cualquier controversia o problemática socio-política sin entender que el funcionamiento, la calidad y la viabilidad democráticas requieren previamente de un cambio en el planteamiento, en la justificación y en el entendimiento de las relaciones entre derecho y poder, ciudadanos y gobernantes, instituciones y legitimidad que comienza a gestarse, si el modelo de referencia es el europeo, en la Edad Media.

Dentro de la división en dos que se hace del periodo medieval se aprecia un cambio significativo en las formas de entendimiento del Derecho, ya que, a grandes rasgos, mientras que en la Alta Edad Media *honor* y *iuris* se presentan como las dos caras

²⁰⁸ GARCÍA-PELAYO, M., *Los mitos políticos*, Ed. Alianza Universal, Madrid, 1981.

de la misma moneda, en la Baja Edad Media se aprecia el surgimiento del derecho legal, que no positivo u organizado, ya que ello vendrá de la mano del movimiento codificador. En atención a qué fuente o fuentes del Derecho se les otorga reconocimiento, se configuran también las legitimidades políticas puesto que la concepción que se tiene del Derecho supone la posibilidad o no de cuestionarlo y de asemejarlo o diferenciarlo de un concepto de justicia.

García-Pelayo ha realizado estudios relevantes sobre el derecho medieval. Su obra titulada *El reino de Dios, arquetipo político* ya presenta en el título la característica esencial del Derecho, de la sociedad y del poder en la Alta Edad Media: el teocentrismo. En la obra citada el propio autor describe la sociedad medieval como “*el Cristo continuado y socializado*.” Dos conceptos son lo que lo definen en ese periodo: iusnaturalismo teocéntrico y, según Brunner, la idea germánica de la *ewa*.²⁰⁹

Clavero establece una reflexión importante sobre la relación entre Derecho e Historia y sobre cómo el pasado determina en buena manera el presente que resulta oportuna a estos efectos. Así, establece que:

“la historia es conocimiento y el derecho es un ordenamiento de fenómenos sociales. (...). El problema en concreto es este: la historiografía puede ser derecho; la historiografía, es decir, la obra de los historiadores; derecho, esto es, ordenamiento de la sociedad. En el pasado es cosa normal y en el presente no resulta cosa rara que una comunidad humana se ordene mediante la tradición, a través de una idea determinada de su propia historia, ya entera, ya parcialmente, esto último con mayor frecuencia. En estas condiciones, la historiografía no puede ser, aunque se lo propusiera, una empresa de conocimiento del derecho pretérito desentendida del derecho presente.”²¹⁰

Esta reflexión es pertinente puesto que pone de manifiesto la necesidad de retrotraerse a las raíces para comprender la complejidad del mundo de hoy, de ahí que la Edad Media se articule como un periodo esencial, de tránsito, de cambio, de transición que permita ayudar y apoyar la comprensión de los procesos de transición en vez de entenderla como un periodo de mera oscuridad.

Como apunta de nuevo Clavero, el *ius* es sustituido en buena manera por *lo directum*, lo cristianamente recto pero esto no supone la desaparición del derecho ni un

²⁰⁹ BRUNNER, O., *Land und Herrschaft*, Ed. Rohrer, Wien, 1959, p. 133.

²¹⁰ CLAVERO, B., *Institución histórica del Derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 9.

acontecer sin impronta sino que va más allá, dejando “bastante más que el testimonio de un cambio de nombre para el ordenamiento.”²¹¹ La Alta Edad Media se caracteriza por la ausencia de un poder político con capacidad real para el establecimiento de normas autónomas conviviendo dos sistemas, el de la absoluta sujeción a los dictámenes eclesiásticos con el de las costumbres y fueros locales que suponen una fuerte diversidad o heterogeneidad de las normas jurídicas en su más amplio sentido.

En términos de eficacia es relevante señalar que hay una suerte de homogeneización cultural por la vía de la religión que en cierta manera facilita la convivencia; esto no debe confundirse con un pacifismo absoluto, pero sí supone un periodo de cierta estabilidad basada en la prohibición o el ocultamiento de lo diverso y lo diferente; por otro lado, el fuerte protagonismo de lo local y lo consuetudinario genera lo que será después una anomalía para el modelo de Estado nación, es decir, una suerte de pluralismo jurídico informal que dota de autonomía y adaptabilidad a las instituciones más próximas a la cotidianeidad de la vida medieval que ante la invasión musulmana pierde en cierta manera la herencia visigótica.

En la España cristiana se advierte una doble tendencia en cuanto a la instrumentalización, fines y ejercicio del poder, donde, por un lado, Castilla refleja el espíritu imperial y, por otro lado, Aragón diverge en la gestión a través del respeto a las instituciones y tradiciones locales propias. Esta distinción, aunque pudiese parecer nimia no lo es, pues ya permite intuir una de las constantes en la configuración política, concretamente, el debate entre centralismo y federalismo que tiene también, y casi de forma ineludible, consecuencias en el ámbito de los procesos de democratización y de adquisición paulatina de DDHH, pues si bien es cierto que ambas formas son admisibles, cada una encuentra tanto una legitimación como un funcionamiento y una idiosincrasia propia. Una de las consecuencias más visibles es la de la determinación del vínculo existente entre la población y el gobernante, entendiendo el término gobernante en su más amplio sentido, es decir, tanto a nivel local y/o noble como a nivel de monarquía. Apunta Gibert una nota interesante en el modelo centralista castellano al analizar el impacto de dos conceptos, el de ciudadanía y el de vecindad dentro de un sistema feudal. La atribución de una u otra condición estaba supeditada a una serie de condiciones y establecía una suerte de relaciones de exclusión entre la sujeción a la nobleza y la sujeción

²¹¹ *Ibidem*, p. 31.

a la monarquía, entre la libertad y la ciudadanía.²¹² Toda vez que aún no puede hablarse de derechos en sí mismos considerados, sino más bien de privilegios y prerrogativas, es relevante entender el impacto que estos tienen en materia de libertad y participación.

La primera y necesaria reflexión acerca de esta caracterización es que no se trata de derechos o capacidades para actuar, sino de libertades a poder realizar o no con un menor o mayor grado de limitación. La segunda reflexión es que hay un sistema de relación social y atribución de carácter doble que cuenta por un lado con relaciones en sentido vertical como el vasallaje o el propio sistema estamental y, por otro lado, con relaciones de carácter horizontal entre quienes se encuentran en el mismo escalón de honorabilidad. La tercera reflexión es que se trata de un régimen de concesión progresiva de prerrogativas en atención a una determinada posición social que no siempre respondía al esquema de un incremento de libertades, sino más bien a una adquisición progresiva de competencias de la *regalia* en favor del *dominus* mucho más profundo y latente en el sistema aragonés que en el sistema castellano, donde el papel del monarca y su relación con la divinidad fueron el eje sobre el que se sustentó su centralismo monárquico, aprovechando en cierta manera o, mejor dicho, haciendo valer el papel de dirigente asumido por la Iglesia Católica tras la desintegración del Imperio Romano para establecer un sistema de dominio político.²¹³ Esta concepción del monarca es relevante en ambos modelos porque parte de las conclusiones propias del Concilio o Sínodo de Charroux celebrado en el año 989. Ganuza ofrece una visión interesante sobre esta cuestión al exponer que:

“El mayor éxito obtenido por el catolicismo es su imposición de una forma política, de donde se deriva la instalación de representaciones colectivas con una visión “totalitaria” del mundo, incluyendo hábilmente todos los aspectos de la vida y la muerte, el trabajo, el descanso, vida cotidiana, la fiesta, la alegría y el dolor. El tiempo de la iglesia llenaba todo durante el Medioevo, controlaba el mundo espiritual, estipulando lo pensado y lo impensable; a su vez, los clérigos asegurarían su éxito, como contrapartida, profesando la pobreza como forma de ascenso celestial (...). El movimiento de las ideas gestado durante este período medieval produjo un impacto sobre el pensamiento político de la modernidad, con dos teorías de gobierno: (1) la ascendente, heredada de los germanos y (2) la descendente, donde el poder emanaba de un ser supremo. Ambos planteos entraron en conflicto durante esta etapa y marcaron el desarrollo, evolución política y elaboración de la transferencia del

²¹² GIBERT, R., “Libertades urbanas y rurales en León y Castilla durante la Edad Media”, en V.V.A.A., *Les libertes urbaines et rurales du XI au XIV^{ème} siècle*, Ed. Pro Civitate, Bruselas, 1968, pp. 187-218.

²¹³ BLOCH, M., *Les rois thaumaturges*, Ed. Gallimard, París 1983.

poder de Dios al emperador como su representante, imponiéndose de este modo la teoría descendente.”²¹⁴

Hay varios elementos interesantes de esta concepción del poder: el primero de ellos es que el poder político, terrenal o del monarca se inserta dentro de la organización eclesiástica, sin poder sobre ella por ser *la casa de Dios*, sin capacidad contravenirla y con posibilidad de realización terrenal de sus postulados. Es importante ver esta relación porque si bien es cierto que se presentaba como una suerte de simbiosis o colaboración de la que ambos sujetos salían beneficiados y, sin perjuicio de admitir como verdadera esta última premisa sobre el mutuo beneficio, lo cierto es que hay una subyugación o relación de jerarquía que, al mismo tiempo que legitimaba al monarca para el ejercicio del poder, lo privaba de ese carácter *quasi* omnipotente que se apreciará en el periodo absolutista. En otras palabras, esta caracterización del poder político o terrenal suponía al mismo tiempo una fuente de aceptación y una limitación en la actuación.

Conviene detenerse en la caracterización y el entendimiento del poder en tanto que cualquier decisión de contenido o alcance político y cualquier concesión de derechos o prerrogativas en su caso, debe contar con una fuente de legitimación. Establecía Weber la diferencia entre el poder entendido como la posibilidad de imponer la voluntad propia frente a toda resistencia en una relación social; la dominación como sinónimo de obediencia; y la disciplina como caracterizadora de la obediencia al hacerla rápida, incuestionada y automática.²¹⁵ Esta distinción es útil para el entendimiento de los roles y dinámicas del poder medievales porque ofrece una aproximación compleja a la cuestión de la legitimidad toda vez que esta puede tener una procedencia legal, tradicional o personal²¹⁶ que condiciona la forma en que se articulan las relaciones sociales otorgando un mayor o menor protagonismo al poder, a la dominación o a la disciplina.

A primera vista, esa triple configuración de la legitimidad ofrece una alternativa formal y dos de carácter informal en el sentido de que se asocia casi de forma instintiva la legitimidad legal con la existencia de algún tipo de procedimiento o garantía, mientras

²¹⁴ GANUZA, C., “Teorías para la construcción del poder temporal: el papado y la iglesia en el occidente europeo (siglos X-XIII)”, *Enfoques*, nº1, 2011, pp. 75-100, p. 77.

²¹⁵ GARCÍA, J.A., “Elementos de definición de los espacios de poder en la Edad Media” en DE LA IGLESIA, J. I. (coord.), *Los espacios de poder en la España medieval*, Ed. Instituto de Estudios Riojanos, Logroño, 2002, pp. 13- 46, p. 13.

²¹⁶ WEBER, M., *Economía y sociedad. Esbozo de psicología comprensiva*, Ed. Fondo de Cultura Económica de México, México, 1964, p. 172.

que la legitimidad tradicional y la legitimidad personal, tienen un componente humano y si bien no siempre directo, sí exento de requerimientos formales o procedimentales. Desde esta perspectiva cabría preguntarse acerca de la efectividad de uno y otro tipo de legitimidad, su durabilidad y su capacidad de lograr una estabilidad social. Como apunta García de Cortázar, estas distinciones son útiles para el análisis del medievo en el sentido de que la caracterización como dominación y no como poder parece más exacta o al menos, más apropiada, y porque en ausencia de codificaciones y a la luz de la importancia de la costumbre jurídica en esta época, la legitimidad es de corte tradicional casi en exclusiva en las relaciones entre el poder terrenal y los súbditos.²¹⁷ Es Giovanni Tabacco quien en su artículo titulado *Il cosmo del Medioevo come processo aperto di strutture instabili* determinaba la necesidad de entender el periodo medieval como un proceso abierto e inestable, donde el concepto de poder está en formación, incompleto aún.²¹⁸ Esta aproximación es más que útil porque huye de esas concepciones reduccionistas en las que la Historia se articula como una simple sucesión de esplendores y ocasos, en vez de como un proceso complejo y definitorio de distintas formas de relación social que buscan la perfección continua.

Es definitorio de la propia construcción del concepto de Estado y de poder en sí, ya que supone huir de aquellos entendimientos donde sólo existe poder allí donde hay Estado-Nación o allí donde existe una centralización de mayor o menor intensidad según se piense en modelos centralistas puros o modelos federalistas. El poder no es único y no se ejerce en un único nivel, ni tampoco es unidireccional, puesto que de asumir como ciertas esas premisas se estarían confundiendo soberanía y poder, ya sea a favor de tesis totalitarias o a favor de tesis anarquistas y reconociendo una única forma de ejercicio, la establecida a partir de los postulados contractualistas y los orígenes del Estado liberal. La Edad Media ofrece un abanico institucional amplio y exento del rigor y los formalismos propios de los estados liberales y sus sucesores, pero ese hecho no debe llevar al error ni de aproximar u orientar los estudios únicamente al ámbito formal, ni a descartar por completo su análisis por no seguir los parámetros propios de los orígenes del constitucionalismo. Stedman en su recensión sobre *Les formes de l'expérience* ya apuntaba esta idea al establecer que:

“En lugar de los antiguos corsés de los modelos determinantes, el acento se pone ahora en agentes activos, conscientes, prevenidos y ambivalentes que preservan

²¹⁷ GARCÍA, J.A., “Elementos...”, *op. cit.*, p. 16.

²¹⁸ TABACCO, G., “Il cosmo del Medioevo come processo aperto di strutture instabili”, *Società e storia*, nº7, 1980, pp. 1-33.

su libertad de acción a cada instante de su participación en la vida social. Son, por tanto, las convenciones y no los medios jurídicos los que aseguran a la sociedad su cohesión, pero estas convenciones y estas normas son el producto de una actividad social constante y difícil y son siempre provisionales, efímeras, inestables. De hecho, son puestas en práctica por actores sociales complejos que tienen la posibilidad de justificarse recurriendo simultáneamente a una pluralidad de esferas diferentes y a menudo contradictorias.”²¹⁹

Evidentemente, estas consideraciones fueron realizadas desde una perspectiva puramente antropológica y, aunque son útiles en el fondo, deben ser matizadas y analizadas de forma integradora y hermenéutica comprensiva de las aportaciones propias de la Teoría General del Derecho, ya que jurídico no es necesariamente sinónimo de normativo y menos aún en referencia al Medievo donde la labor de compilación y codificación no había tenido lugar. En aplicación de las corrientes más modernas de la Filosofía del Derecho, el enfoque tridimensional es el más conveniente, pues combina obligatoriedad y exigibilidad al mismo tiempo, convirtiendo al Derecho en hecho, norma y valor.²²⁰

En este sentido, y siguiendo a Radbruch, Carretero establece que la validez del Derecho viene dada por la validez moral o libre y responsable decisión de actuar conforme al mismo, la validez sociológica o la eficacia del Derecho como adaptado a una sistema social de convicciones que se impone de forma eficaz por la autoridad, y la vigencia entendida como sinónimo de legalidad o concordancia con el sistema de fuentes y creación normativa de cada momento.²²¹ Es cierto que tal y como recoge Legaz, todo el sistema de legalidad se basa en el aparato burocrático y su origen procede de las revoluciones liberales, pero eso no debe suponer una negación de legalidades preexistentes distintas a las propias de los Estados liberales ya que el ordenamiento jurídico no es más que un sistema “*delegaciones de procedimientos.*”²²² Se trata, por tanto, de insertar la idea de legitimidad propia de Gil Robles y consistente en la conformidad de las instituciones con la ley en todas sus dimensiones, divina, humana, natural, escrita y consuetudinaria²²³, en los estudios de las instituciones medievales.

²¹⁹ STEDMAN, G., « Une autre histoire sociale? », *Annales, histoire, sciences sociales*, nº 2, 1998, pp. 383-394, p. 387.

²²⁰ CARRETERO, S., *Sobre la filosofía del Derecho Moderna*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 143.

²²¹ *Íbidem.*

²²² LEGAZ, L., “Legalidad y legitimidad”, *Revista de estudios políticos*, nº101, 1958, pp. 5-21.

²²³ MONTORO, M. A., “La idea de democracia en el pensamiento de don Enrique Gil y Robles”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 174, 1970, pp. 89-112.

No puede dejarse el análisis de las instituciones medievales y sus aportaciones a los modelos de hoy, al amparo de la dicotomía entre positivación o socialización, toda vez que se trata de un debate doctrinal ya superado y toda vez que se ha reconocido la función social y necesaria del Derecho y sus instituciones en cualquier tipo de sociedad. El Derecho, tanto en su vertiente más formal o positiva como en su vertiente más interpretativa o de principios, debe contar ya no sólo con algún tipo de aceptación social en su origen, sino también en su contenido, ya que no sólo se cuestiona la legitimidad para dictar o establecer normas, sino la legitimidad propia de las normas articulándose la desobediencia, hoy caracterizada como desobediencia civil, como el recurso más efectivo para su cuestionamiento.

De forma lógica, esta caracterización del Derecho incide sobre la aplicación y puesta en práctica que tienen las normas, los límites para su ejecutoriedad y el nivel de aceptación social que poseen.

Desde esta perspectiva más amplia del Derecho, las particularidades locales de la Edad Media, sus hábitos devenidos en costumbre por la existencia de una práctica o elemento objetivo y de un convencimiento en su obligatoriedad o elementos subjetivo, convierten a las instituciones medievales en toda su heterogeneidad en auténticas instituciones jurídicas basadas en un elemento común y homogeneizador, la moral cristiana, y un elemento heterogéneo o disgregador, la variedad de situaciones y la ausencia de centralismo.

Recopilando los trabajos de Sánchez, Fossier y Espanha²²⁴ por separado se obtiene cuál debe ser el enfoque hacia las instituciones medievales, es decir, no debe optarse por buscar algún tipo de situación similar o asimilable a la del Estado moderno, ni siquiera la idea del protoestado, toda vez que las instituciones más generales sufrían un debilitamiento a favor de los conocidos como señoríos, figura similar a la del *dominus* romano. Grawitz y Leca en su *Tratado de Ciencia Política*²²⁵ determinan que lo esencial para establecer algún tipo de relación de poder es un tríptico donde confluyen: la capacidad de producir efectos sobre las personas, el consentimiento y la legitimidad en alguna de sus facetas, concretamente la de reverencia en el plano medieval, y la

²²⁴ SÁNCHEZ, J. E., *Espacio, economía y sociedad*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1991.

²²⁵ GRAWITZ, M. Y LECA, J., *Traité de science politique : La science politique, Science sociale, L'ordre politique*, Tomo I, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1985.

ambivalencia o capacidad de adaptación a las distintas circunstancias para dotarse de un amplio margen de reacción, coerción y control exponiendo una imagen de reciprocidad.

En el contexto medieval se ven todas estas caracterizaciones del ejercicio del poder, pero de una manera casi disgregada, toda vez que la España medieval fue un periodo especialmente convulso y fuertemente influenciado por la labor de reconquista. La determinación de las esferas de poder medieval debe transitar necesariamente por varios senderos convergentes en el tránsito hacia la modernidad. Uno de ellos es el de los fueros o, en otras palabras, la capacidad para dictar normas que regulasen la convivencia, pues esta es, en esencia, la función esencial de poder y Derecho y la causa de su necesaria interacción estableciendo así una jerarquía social y un uso de los recursos disponibles.²²⁶

El hecho de emplear en concreto una compilación sobre el funcionamiento de los fueros para abordar la cuestión de las normas no es caprichoso y obedece a que, si bien es cierto que en un primer momento hay un vínculo entre esa monarquía central y los titulares de su potestad de ejercicio delegado en el ámbito local, lo cierto es que, según se recibe la influencia de la filosofía aristotélica y hay una primigenia labor de escritura normativa sin llegar a tener las dimensiones del posterior fenómeno codificador, esa sujeción o delegación del poder más central hacia el local va desapareciendo y en tanto en cuanto hay una mayor recopilación de normas de carácter estable, contenido cierto y con elementos de coerción, menor es el vínculo entre poder local y poder regional a favor de la intensificación de la legitimidad de los poderes locales, siendo el arraigo y la aceptación o, al menos, el reconocimiento social del poder local en su ámbito de competencias, el criterio de elección más importante.

Es importante entender o, al menos no perder de vista, que el vínculo entre poder regional y poder local se trazaba en términos de utilidad y eficacia ya que desde la perspectiva del monarca, el poder local era un mero instrumento de eficacia normativa, es decir, quien velaba por el cumplimiento de las normas de convivencia; mientras que el vínculo entre poder local y los destinatarios o habitantes de la zona, se trazaba en términos de legitimidad y proximidad. Esta dualidad es, cuanto menos, justificativa de la pervivencia de los fueros en la España de hoy ya que permite apreciar por un lado, el fenómeno de la costumbre consolidada deviniendo en un Derecho de incuestionable vigencia sobre todo en los aspectos propios del Derecho Civil como son derechos reales,

²²⁶ ALVARADO, J. (coord.), *Espacios y fueros en Castilla la Mancha (siglos XI a XV). Una perspectiva metodológica*, Ed. Polifermo, Madrid, 1995.

sucesiones y relaciones matrimoniales y familiares; y, por otro lado, es una dualidad clarificadora de la cuestión y del peso que tiene la legitimidad del poder entendida en términos de origen y aceptación como base para la legitimidad de las normas de convivencia. Este fenómeno es el que justifica la importancia de la Edad Media como un periodo absolutamente definitorio del devenir de las relaciones entre poder y derecho y de los planteamientos acerca de la legitimidad del poder y sus límites propios de las revoluciones liberales y de sus herederas, las democracias modernas.

No debe perderse de vista que la legitimidad es la base del funcionamiento de nuestros sistemas organizados de gestión y gobierno social y que, si bien es cierto que se ha producido una suerte de fenómenos de homogeneización y homologación de dicha legitimidad a través del establecimiento de cauces procedimentales, el consenso desde el enfoque más teórico, y la regla de las mayorías, desde el enfoque más práctico, no son sino formas de medir la legitimidad y nivel de aceptación de un determinado poder a todos los niveles, dejando siempre un amplio margen de actuación a los poderes locales incluso en el más centralista de los sistemas y Estados actuales. Este enfoque, por tanto, permite diferenciar dos confrontaciones dentro del ejercicio del poder medieval: el choque entre poder terrenal y poder espiritual, entre Papado y monarquía; y, el choque entre el poder terrenal o político monárquico y el poder político de los señoríos a nivel local. En cualquiera de esas dos contraposiciones se encuentra implícito el gran eje del Medievo, a saber, la configuración y justificación del orden político toda vez que a través de la cristianización del Imperio Romano, de la conquista musulmana y de la presencia judía, la religión ocupa un papel esencial, justificador, definitorio y controlador de la vida humana individual y social. Bertelloni define esta problemática desde dos tesis:

“La primera sostiene que cuando la teoría política medieval debe fundamentar conceptualmente el nacimiento del orden político –llámese *civitas*, provincia, *communitas civitatis*, *regnum*, *civilitas* o *res publica*–, ella se revela deudora de la tradición clásico-aristotélica pero, al mismo tiempo, comienza a separarse de esa tradición clásica. La segunda sostiene que cuando la teoría política medieval procede a esa separación, anuncia novedosas tesis que parecen adelantar ideas políticas protomodernas.”²²⁷

Se observa que en la primera etapa de la Edad Media el principal problema estriba en categorizar el poder de alguna manera y dotarle de algún tipo de legitimidad, toda vez

²²⁷ BERTELLONI, F., “La teoría política medieval entre la tradición clásica y la modernidad”, en ROCHE, P. (coord.), *El pensamiento político en la Edad Media*, Ed. Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 2010, pp. 17-40, p. 17.

que la caída del Imperio Romano supone el fin del cesaropapismo o la concentración de ambos poderes, terrenal y religioso, en una sola figura. Es cierto que, si bien confluyen dos corrientes, una tendente a considerar que el fin del Imperio Romano estuvo vinculado al cristianismo, y una tendente a entenderlo como el resultado de una serie de problemas heredados y agravados, el cristianismo se mantiene como elemento de cohesión en el Mediterráneo y la conquista musulmana tan sólo refuerza el posicionamiento cristiano en vez de debilitarlo.

La Filosofía de San Agustín y el posicionamiento del Papa León I son los que definen esa primera etapa dando una respuesta a ese vacío de poder subsiguiente al Imperio Romano y que suponía la pérdida de un poder con potestades universales dando un sentido a las nuevas formas de poder, el establecimiento de la *civitas Dei*²²⁸ y determinando una subsunción del poder terrenal en el poder espiritual atendiendo a las cualidades y finalidades de uno y otro. Siguiendo a Dvornik, es el Papa Gelasio I quien termina de definir la existencia de dos poderes y la superioridad de uno frente a otro.²²⁹ Escribirá Hobbes que:

“Si un hombre considera el origen de este gran dominio eclesiástico percibirá con facilidad que el Papado no es sino el fantasma del fallecido Imperio romano, que se sienta coronado sobre su tumba. Porque así brotó súbitamente el Papado de las ruinas de ese poder pagano.”²³⁰

Al margen de las interpretaciones o connotaciones que puedan extraerse de esta afirmación de Hobbes, lo cierto es que es reveladora, no tanto de las intenciones papales, como de la funcionalidad de su posicionamiento, es decir, frente a la fragmentación ya no sólo del Imperio Romano sino de los territorios bajo su dominio en señoríos, ducados, principados y sus formas análogas, lo cierto es que la institución papal y la realización de esos fines espirituales aparece como un elemento unificador, de estabilidad y de solidez. No debe analizarse como una crítica ni mucho menos como una crítica hacia el cristianismo ya que fenómenos de similar naturaleza instrumentalizadora de la religión se aprecian en los periodos de crisis de la expansión musulmana. Como apunta Sarasa, aquí está el germen no sólo del Estado moderno sino del Estado-nación, es decir, dejando al

²²⁸RIBER, L. y BASTARDAS, L. (ed.), *La ciudad de Dios de San Agustín de Hipona*, Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2002.

²²⁹ DVORNIK, F., *Byzance et la primauté romaine*, Ed. Du Cerf, Paris, 1964, p. 52.

²³⁰ HOBBS, T., *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, cap. XLVIII.

margen la discusión más doctrinal y académica que práctica en esta etapa medieval sobre si existe o no un Estado, lo cierto es que ese fundamento común del poder basado en una homogeneidad cultural por la vía de la religión, esa idea de la contraposición con el resto de religiones y de la homogeneidad anticipa la idea propia del Estado-nación y es indiciaria de un problema histórico de gestión de la multiculturalidad y el pluralismo. Hay una intención doble, la de otorgar un fundamento incuestionable al poder estrictamente político o estrictamente práctico y la de mantener esa hegemonía moral del cristianismo sin desvirtuar el componente teológico de la institución papal y dejando la ejecución en manos del poder terrenal que, en esencia, sólo debía justificarse ante Dios.²³¹

Entiende, de nuevo Sarasa, que, salvando las distancias, el establecimiento de límites, la necesaria legitimidad y la exigencia de justificación al ejercicio del poder son los elementos clave y propios de los estados surgidos tras las revoluciones liberales²³² y este matiz es esencial ya que si bien en términos estrictamente jurídicos, la primera etapa medieval donde se abandonan los procedimientos e instituciones propias del Derecho Romano representa una involución normativa, el paso a esa doble legitimación y caracterización del poder es un avance respecto al modelo imperial pues impone límites procedentes de una institución diferenciada.

La segunda etapa medieval, sin embargo, procederá en modo inverso con un camino decidido hacia el absolutismo y una recuperación de las instituciones jurídicas. Esta ambivalencia es fundamental a efectos de entender el funcionamiento del paradigma democrático y su necesaria correspondencia con el Estado de Derecho y los DDHH ya que esa disfuncionalidad es la que lleva a la crisis del sistema feudal pero, al mismo tiempo, es ese fundamento incuestionable y aceptado sobre el origen de la legitimidad del poder lo que permite su pervivencia durante todo el medievo.

Es este proceso de desestructuración del Imperio y formación de pequeños Estados con sus lenguas y sus historias los que van dando paso a la idea de un patriotismo primigenio que se va gestando en la primera mitad del Medievo y que adquirirá un reforzamiento ideológico sólido con la idea de la reconquista española. Strayer lo expone de la siguiente manera:

²³¹ SARASA, E., "Fundamentos medievales del estado moderno", *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, nº 3-4, 1994-1995, pp. 487-498, p. 491.

²³² *Ibidem*, p. 490.

“En 1300 era evidente que la forma política dominante en la Europa occidental iba a ser el Estado soberano. El imperio universal nunca había pasado de ser un sueño; la iglesia universal debía admitir que la defensa del Estado individual tenía precedencia sobre las libertades eclesiásticas o los reclamos de la comunidad cristiana. La lealtad al Estado era más fuerte que ninguna otra, y para unos pocos (en su mayoría funcionarios del gobierno) iba adquiriendo los rasgos propios del patriotismo.”²³³

Este fenómeno viene sin duda determinado por el paso de una concepción dual donde potestad política y potestad religiosa tienen misiones o finalidades diferentes y actúan en planos diferenciados, hacia una concepción donde se plantea la verdadera funcionalidad y fundamento del poder terrenal o político partiendo de la idea de la *polis* aristotélica pero desprendiéndola de su contenido más político para dejarla casi en sus huesos económicos o de gestión privada de la vida pública, este viraje que se observa en la filosofía de Santo Tomás y que derivará en el absolutismo es fundamental para entender lo pragmático de la política medieval y subsiguiente. No se trata tanto de un intento de dominación por la mera dominación como de un intento de separación precisa entre una y otra potestad que pasa por atribuir esa facultad propia de la *polis* aristotélica de igualdad entre los hombres al ámbito religioso y deja en manos de la autoridad política la potestad diferenciadora. Habermas lo sintetiza de la siguiente forma:

“En Tomás está ausente la diferencia decididamente establecida por su Filósofo entre el poder económico del señor de la casa para disponer de sus súbditos y el poder de dominio político en el orden público: el poder despótico ejercido por el señor de la casa es dominio unilateral, monarquía; el poder ejercido en la *polis* es un dominio sobre libres e iguales.”²³⁴

El propio Habermas lo ha definido como una suerte de despolitización de lo político en el sentido de que lo político queda reducido a un mero ámbito de ejercicio de dominio sobre el resto que devienen en súbditos y desaparece la idea del gestor social para dar paso a la economicidad de lo político; en otras palabras, convive en la filosofía de Santo Tomás un intento por dotar de significado propio a lo político con una desvinculación de la propia política en el sentido griego o de virtud para dar paso a un entendimiento de lo político en términos de orden y jerarquía.

²³³ STRAYER, J. R., *Sobre los orígenes medievales del estado moderno*, Ed. Ariel, Barcelona, 1986, p. 79.

²³⁴ HABERMAS, J., *Teoría y praxis*, Ed. Tecnos, Madrid, 2008, p. 20.

Esta concepción se ha mantenido presente en buena parte de la filosofía moderna y en la concepción de la política si bien es cierto que las tesis contractualistas posteriores al absolutismo intentaron romper con esa postura de dominación en sentido estricto. Lo cierto es que se ha mantenido vigente esa asociación entre poder y orden y sigue aún presente en las sociedades actuales, no solamente por la pervivencia de regímenes dictatoriales sino por el casi incuestionable monopolio en el uso de la fuerza de los Estados salvando las distancias. Establece Habermas en su lectura de Santo Tomás que

“el criterio del orden no es la libertad de los ciudadanos, sino la tranquilidad y la pax, una interpretación sobre todo policial del concepto neotestamentario de la paz. Con ello desaparece el problema central de la vieja política, el problema de la calidad del gobierno.”²³⁵

Ya se percibe en Santo Tomás una parte de lo que definirá la filosofía posterior de Hobbes y es que Santo Tomás trata la cuestión del egoísmo y del individualismo como el fundamento para la existencia de un poder terrenal que procure una satisfacción general en su caso, asociada al orden y no tanto a la seguridad, es decir, justifica la existencia de un poder firme y dominante para evitar desvíos y conflictos propios de una perspectiva individualista; el monarca aparece como aquel que evita los conflictos reconduciendo los comportamientos propios de la realización individual para contribuir a ese fin colectivo máximo que es el orden.

Esta caracterización del poder, si bien es cierto que sirve de base para su ejercicio despótico, sienta las bases de las futuras reflexiones entorno a la naturaleza y límites del poder y realmente lo que se aprecia en esa evolución hacia los postulados democráticos es un intercambio de valores, de su prelación y lo mismo respecto a los fines. Es más, esa idea de orden y sus homólogos como la seguridad o la paz, son los que en buena manera y si se realiza una visión panorámica del devenir histórico desde entonces, han determinado los puntos de regresión o involución en el largo tránsito hacia la democracia. Cada momento de ruptura en ese progreso hacia la realización del ideal democrático y de la igualdad ha estado vinculado a supuestos de crisis y desconcierto, inestabilidades, inseguridad o conflictos que ha servido como justificación a la concentración y ejercicio no controlado del poder.

²³⁵ *Íbidem*, p. 21.

Como apunta Bayona cuando analiza la obra de Marsilio de Padua, se trata de teóricos del conflicto²³⁶, concretamente en el conflicto entre lo terrenal y lo espiritual pero esa lectura del *Defensor Pacis* es quizás la más aclaratoria y al mismo tiempo la más difusa pero en cualquier caso define bien las intenciones de la filosofía del momento categorizada por unos como filosofía política y por otros como meras disquisiciones entorno a la naturaleza de nuevas instituciones y de sistemas de gestión. Canning define la obra de Marsilio de Padua como la lectura acerca de la naturaleza del poder, su ejercicio y su posición en el seno de las comunidades humanas.²³⁷

Supone la ruptura definitiva con las tesis dualistas y deja lo religioso en un ámbito diferenciado, estanco y casi vinculado a la concepción individualista que fundamentaría el protestantismo. Lo político, sin embargo, está caracterizado por convertir en uno solo a lo que son muchos, por hacer de los hombres un cuerpo sobre el que de igual manera actúa el poder regio, uno sólo y unificado como garantía de paz y de estabilidad.²³⁸ Sus postulados van un paso más allá y marcan una ruptura absoluta entre lo civil y lo religioso, casi se trata de una desobediencia espiritual, de ahí que entre las diversas interpretaciones que se han hecho de sus postulados, se encuentre un incipiente principio de separación de poderes y un derecho primigenio a la desobediencia civil pero caracterizada de religiosa para luchar contra la invasión Papal de las potestades civiles.

Esta pretensión absolutamente decidida de encontrar un fundamento al poder político distinto del espiritual se traduce en que no prejuzga el modelo de gobierno; es más, aunque alude al concepto reino, lo hace de manera genérica o, mejor dicho, refiriéndose a comunidades ordenadas hasta el punto de que afirmará que:

“con la ayuda de este libro, tanto el gobernante como el súbdito pueden comprender cuáles son los primeros elementos *civilitatis cujuslibet*, que es preciso observar para conservar la paz y la libertad.”²³⁹

Uno de los elementos más contradictorios en esta última vertiente de la filosofía política medieval es la convivencia entre dos conceptos, el de consenso y el de súbditos,

²³⁶ BAYONA, B., “El fundamento del poder en Marsilio de Padua”, en ROCHE, P. (coord.), *El pensamiento...*, *op. cit.*, pp. 141- 168, p. 141.

²³⁷ CANNING, J., “The Role of Power in the Political Thought of Marsilius of Padua”, *History of Political Thought*, nº1, 1999, pp. 21–34.

²³⁸ BAYONA, B., “La paz en la obra de Marsilio de Padua”, *Contrastes. Revista internacional de Filosofía*, nº 1, 2006, pp. 45–63.

²³⁹ MARTÍNEZ, L. (trad.), *El defensor de la paz de Marsilio de Padua*, Ed. Tecnos, Madrid, 2021, p. 540.

es decir, uno de los fundamentos para el recto ejercicio del poder es el de la aceptación por los súbditos, si no se estaría ante un régimen tiránico. Es cierto que, si bien se trata de una afirmación categórica y avanzada a la concepción del momento, no genera consecuencias en términos de ejercicio, es decir, no cuestiona la forma en que se ejerce el poder sino la forma en que se origina lo que conlleva que dicho consenso existe en un momento inicial y como una aceptación generalizada o como una ausencia de posturas en contrario, pero no determina que el ejercicio del poder deba pasar por ese mismo filtro de legitimidad una vez instaurado. No obstante, anticipa un elemento esencial en la racionalización de la política y en los procesos de secularización concibiendo el ámbito civil como actividad racional y no como actividad natural. Entiende Quillet que:

“toda la edificación de la sociedad política es obra de la voluntad humana, de modo que a un naturalismo de principio viene a sumarse un no oculto artificialismo: el Estado es obra del arte político.”²⁴⁰

Más que relevante a estos efectos es el apunte en torno al ejercicio del poder, toda vez que su caracterización ya es propia de la racionalidad y, en cierta manera también, de una voluntad consciente de los hombres, se aprecia en Marsilio de Padua una primera conceptualización de la sumisión a la ley, es decir, allí donde hay una comunidad política, hay normas cuya legitimidad procede de esa consciencia de los hombres por politizar su vida en sociedad. Esta categorización de la ley y de la legalidad es importante para ver y para comprender la ambigüedad que pervive en Marsilio de Padua y para entender el sendero por el que se ha transitado, no sin desvíos, hacia la democracia formal y material. No está predeterminando una forma concreta de gobierno, pero sí le está atribuyendo una función, la de creación normativa y aceptación de esa potestad de legalidad por parte de los gobernados o súbditos. El fundamento, entonces, del poder, es el orden de la vida civil a través del ejercicio de una potestad reguladora que de forma racional y consciente los hombres atribuyen a quien ostenta el poder:

“Descubrir la ley tomada materialmente (...), a saber, como ciencia de lo justo y civilmente útil, compete a cualquier ciudadano, si bien esta indagación se puede hacer y llevar a cabo mejor por los que tienen posibilidad de dedicarse a ello, los ancianos y expertos en las cosas prácticas, llamados sabios (...). Pero como el conocimiento y el descubrimiento verdadero de lo justo y lo útil, y de sus opuestos, no es ley según su último y específico significado, el de constituir la regla de los actos humanos civiles, mientras no se emite un precepto coactivo para su obediencia, o no la promulgue bajo tal forma de precepto aquél con cuya autoridad deben y

²⁴⁰ Marsilio de Padua, en *Diccionario de Filosofía política*, Ed. Akal, Madrid, 2001, p. 496.

pueden ser castigados los transgresores, por eso conviene especificar quién o quiénes tienen autoridad para emitir tal precepto y para castigar a sus transgresores. Lo que equivale a indagar quién es el legislador o autor de la ley.”²⁴¹

He aquí una muestra de la dualidad presente en Marsilio de Padua y que le devuelve de lleno a su realidad y contexto medievales, la potestad de coacción como elemento de validez normativa, es decir, si bien en el origen del poder y en la atribución de potestad legislativa se encuentra un elemento pacificador, de consenso y casi pre-contractualista, en el ejercicio del poder vuelve a erigirse de forma plena el concepto de potestad no como atribución sino como capacidad de coerción. Este matiz es importante porque supone dejar en el campo de lo espiritual la determinación de lo justo y de lo injusto como verdades absolutas, y otorgar al ámbito civil no tanto una capacidad para errar, como una capacidad para hacer cumplir las normas terrenales incluso cuando estas puedan ser injustas desde el punto de vista de la moral cristiana ya que el único criterio de validez es formal o cuantitativo y relativo a la capacidad para obligar al cumplimiento forzoso. Esa diferenciación es esencial en lo que será la posterior caracterización de los derechos del hombre pues mientras que en este momento es el juicio universal de Dios el que determinará en última instancia lo justo y lo injusto, la progresiva conceptualización de los derechos como fruto de una perspectiva iusnaturalista supondrá dar paso a la inserción de límites cualitativos en el mundo terrenal bien respondiendo o bien heredando está idea de que la autoridad civil puede errar en su labor legal. Es cierto que junto a ese carácter coactivo convive una legitimación, ya que establece que “Y, por consiguiente, digo que las leyes y toda otra cosa instituida por elección deben obtener necesariamente la aprobación de esa misma autoridad primera, no de otra.”²⁴²

Hay una evolución evidente dentro del pensamiento político medieval que transita desde la dualidad de poderes hacia la reflexión acerca de la naturaleza y legitimidad del poder civil de forma independiente del religioso o espiritual. Esta evolución anticipa los procesos de secularización, sin confundir secularización ni con laicismo ni con laicidad y sin asemejarlo a la tolerancia religiosa, o a la universalidad de la participación en la vida política y es relevante como pervive el concepto de tiranía heredado de la filosofía griega. Coexiste, también, una búsqueda por legitimar al poder para extraerle ese componente

²⁴¹ MARTÍNEZ, L. (trad.), *El defensor...*, op. cit., p. 55.

²⁴² *Ibidem*, p. 60.

tiránico en su origen justificando su legitimidad primero por su reconocimiento y vínculo espiritual y después por algún tipo de aceptación o consenso social entorno a su legitimidad y facultades en busca no sólo de una justificación sino de una efectividad, eficacia y eficiencia en su ejercicio.

Los debates entorno al origen del poder son los que van permitiendo el cambio en las estructuras políticas civiles y los que poco a poco irán dando paso a los debates entorno a su ejercicio puesto que no basta el mero reconocimiento inicial sino la pervivencia de una legitimidad social en el tiempo, aspecto en el que Maquiavelo ofrece pautas de gobierno esenciales para la comprensión de las dinámicas de poder subsiguientes. Se aprecia en todas las reflexiones una preocupación por la tiranía y una intención de eliminarla de los fundamentos del poder y es esta inquietud la que hace de hilo conductor con la democracia y los DDHH ya que de la fundamentación del poder nacen sus propios límites de ejercicio.

2. LA RUPTURA CON EL ANTIGUO RÉGIMEN COMO GERMEN DE LA CONSTRUCCIÓN DEL IDEAL DE JUSTICIA BASADO EN DERECHOS HUMANOS

Cuando se habla de transición, la asociación directa es una ecuación en función de la cual transición es sinónimo o igual a democratización y el análisis, especialmente si se emplean como referencia los estudios politológicos, mayoritarios en la materia frente a la minoría de índole jurídica, se sitúa en el último tramo transicional, dígase, en esa fase donde el modelo o forma de gobierno que se obtiene es democrático. No obstante, lo cierto es que de un análisis integral de las transiciones, se desprende que estas se insertan dentro del nuevo paradigma del contexto internacional establecido a partir de 1945 con la creación de la ONU y con la DUDH lo que dota a los procesos de transición de un carácter privilegiado en el sentido de que suponen, o deberían suponer para entenderlos exitosos, la asunción del ideal de Justicia basado en el reconocimiento, garantía y protección de los DDHH sobre la base de que la democracia es el único sistema capaz de llevar a cabo de forma plena dichas labores.

Entendiendo así las transiciones, estas deben incardinarse en el análisis de los DDHH para ver hasta qué punto esa afirmación o esa concepción de la democracia como

sistema más garantista es real o no, hasta qué punto y en qué condiciones. El análisis de la evolución de los DDHH pasa necesariamente por el estudio de las revoluciones liberales, que son las que dan un primer paso en su positivización, pasando de concepciones meramente teóricas y iusnaturalistas a su reflejo en instrumentos que han ido adquiriendo cada vez un mayor reconocimiento y efectos jurídicos, desde las declaraciones hasta el constitucionalismo y la internacionalización. La cuestión es, en esencia, dilucidar si el camino hacia la democratización es monofásico o si, por el contrario, democratización es el cúmulo de transiciones de un tipo de régimen y sistema político a otro que suponen una acumulación progresiva y complementaria de derechos y libertades hasta la obtención final de la democracia; en resumen, si existe una relación entre las generaciones de DDHH definidas por la Filosofía del Derecho y los cambios en los ordenamientos jurídicos y sus legitimaciones del poder estudiados por la Historia del Derecho. En este sentido, es interesante también poner el foco de atención en el papel de las regresiones, es decir, de los periodos de limitación de derechos anteriormente conseguidos y en cómo estas influyen o han estado influenciadas por estancamientos en el plano de los DDHH a nivel internacional. La aplicación, por tanto, del enfoque de las generaciones de DDHH a un estudio integral de las transiciones pasa, necesariamente, por un primer acercamiento a las revoluciones liberales como puntos de ruptura con el Antiguo Régimen y como primer eslabón de las generaciones de DDHH.

Las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII y del siglo XIX suponen una ruptura definitiva con el Antiguo Régimen para dar paso a sociedades nuevas desde todos los puntos de vista, es decir, tanto en temas económicos, como de legitimidad política, como de posicionamiento de la población, como de categorizaciones y movilidad social y como de niveles de vida.

Las revoluciones liberales suponen, entonces, un cambio de paradigma que se manifiesta como una ruptura por el carácter revolucionario de los acontecimientos que dan pie al paso de uno a otro sistema, pero que, en realidad, son el culmen de un proceso de transición o de cambio en el entendimiento del orden político y jurídico que debe regir las relaciones entre los hombres. A efectos historiográficos, es necesaria la delimitación de una fecha para el cambio, pero eso no implica que ese resultado deje de ser el fruto de un largo y delicado proceso culminado por la vía de las revoluciones. Estas deben ser entendidas necesariamente como una manifestación de impaciencia frente a una postura gatopardista en el poder y en su gestión. Como señala Villoro, hablar de revolución

supone necesariamente hablar de modernidad y de corte de una etapa previa para iniciar un nuevo²⁴³ y, al menos desde el espíritu revolucionario, mejor periodo. Esta afirmación será cierta en tanto en cuanto la Historia sea percibida como un cúmulo de circunstancias sucesivas y aisladas y no como la expresión continuada de una serie de hechos relacionados de una u otra forma y en mayor o menor intensidad entre sí y que sin un análisis global perdería rigor; en otras palabras, el efectismo o capacidad sorpresiva de las revoluciones o del concepto mitificado de revolución, no debe ser una causa para obviar la línea o el hilo argumental que poseen los entresijos de la Historia. Especialmente, si se vislumbra un común denominador en las revoluciones, lo que todas representan es un cambio de actitudes, sostenido en una u otra ideología, pero en cualquier caso no son sino la transposición de un cambio de actitudes sociales al ámbito político y de convivencia mediante el empleo más o menos intenso de alguna forma de violencia o de algún método de protesta. Concretamente, las revoluciones liberales, su planteamiento y su extensión en el mundo Occidental consiguieron abrir de forma definitiva un camino hacia lo que hoy se entiende por democracia porque permitieron asentar los cimientos de un nuevo modelo de legitimidad política y de relaciones sociales intentando, con mayor o menor éxito, con o sin regresiones a políticas y regímenes conservadores y limitadores de Derechos, romper con un sistema integral de gobierno, legislación y organización social como era el Antiguo Régimen.

Si se plantea una perspectiva restringida, las revoluciones liberales comenzaron en el siglo XVIII con América y Francia como referentes, y finalizaron en el siglo XIX; si la perspectiva que se emplea es más amplia y se encaja dentro de ese entendimiento conjunto de la Historia, lo cierto es que las revoluciones liberales se encuentran en una constante y permanente labor de renovación, evaluación, adaptación y retroalimentación en tanto en cuanto han ido de la mano de los acontecimientos históricos modernos y contemporáneos, determinando cambios en el juego político y en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales e, incluso, podría decirse que han ido, al mismo tiempo, perdiendo y añadiendo contenidos y significados. Por ejemplo, mientras que sería casi imposible separar liberalismo político de liberalismo económico e industrialización en la etapa moderna, hoy en día es posible defender y diferenciar una postura de otra o mantenerlas unidas. En este sentido, y continuando con el ejemplo, cuando se habla de desarrollo hay dos posturas diferenciadas: la primera en virtud de la cual, desarrollo

²⁴³ VILLORO, L., "Sobre el concepto de revolución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº11, 1992, pp. 277-290, p. 277.

pasaría por que los países menos avanzados experimentasen una etapa de fuerte desarrollo industrial en régimen de libre competencia para dar paso a una terciarización y mejora de las calidades a través de la competencia y donde lo político queda relegado a un segundo plano pues lo principal es la expansión económica. Y, por otro lado, hay una segunda forma de entendimiento del desarrollo donde economía y política deben ir de la mano en el sentido de que no puede hablarse de desarrollo sin democratización y sin respeto de los DDHH y esta concepción supone no desvincular una materia de la otra y no perjudicar las perspectivas de mejora ciudadana a largo plazo por un desarrollo industrial a corto plazo insertando política y economía dentro del enfoque sostenible.

La complejidad radica en que el entendimiento de las transiciones en estos términos supone situar el análisis en múltiples dimensiones: modificaciones de los ordenamientos jurídicos en atención a acontecimientos históricos, fuentes de legitimación del poder, fundamentos del poder, concepto de ciudadanía, avances internacionales, constitucionalismo, regresiones en materia política y jurídica e incidencia de la Comunidad Internacional.

Abordar la cuestión sobre las revoluciones liberales requiere hacer una mención a lo que pretendían romper sobre la base de una doble concepción: primero, la expresada por Vasili Grossman en su obra *Vida y destino* y según la cual, las revoluciones pueden incardinarse en una lucha del hombre por la vida y por su singularidad,

“Las agrupaciones humanas tienen un propósito principal: conquistar el derecho que todo el mundo tiene a ser diferente, a ser especial, a sentir, pensar y vivir cada uno a su manera. Para conquistar ese derecho, defenderlo o ampliarlo, la gente se une. Y de ahí nace un prejuicio horrible pero poderoso: en aquella unión en nombre de la Raza, de Dios, del Partido, del Estado se ve el sentido de la vida y no un medio. ¡No, no y no! Es en el hombre, en su modesta singularidad, en su derecho a esa particularidad donde reside el único, verdadero y eterno significado de la lucha por la vida.”²⁴⁴

Y segundo, por los fundamentos que pretenden ser atacados, derrocados, eliminados, ..., cualquier eufemismo que pueda venir a la mente al hablar de ruptura. Sobre esta idea, sería Walter Ullmann quien escribiría que hablar de Edad Media y de Antiguo Régimen, supone asumir que

²⁴⁴ GROSSMAN, V., *Vida y Destino*, Ed. Debolsillo, Barcelona, 2012, p. 281,

“el proceso histórico medieval estuvo abrumadoramente condicionado y determinado por el derecho (...) y es imposible contemplar la verdadera naturaleza de los conflictos históricos de aquella época si no se reconoce en principio que, al mismo tiempo, se trataba de cuestiones jurídicas.”²⁴⁵

La combinación entre ambas visiones da cuenta de la enorme complejidad de las revoluciones en sí mismas ya que si bien son un fenómeno propio del ámbito de la filosofía política, lo cierto es que, al mismo tiempo, sus implicaciones son mucho más profundas pues no son sólo una lucha de ideales sino que implican cambios a gran escala que afectan a todo el entramado jurídico de que se trate pues cuestionan la legitimidad del mismo. Gierke pone de relieve que la época medieval, que es la que define los comportamientos sociales, filosóficos y políticos que la sucedieron, estuvo caracterizada por una convivencia y una pugna soterrada entre los ideales germánicos y los ideales grecorromanos, siendo estos últimos los que terminan por influenciar la configuración del Estado moderno.²⁴⁶ El modelo es el de una sociedad cristiana definida por el mismo autor “como una comunidad única y universal fundada y dirigida por el mismo Dios.”

Se trata de un modelo donde cada individuo está condicionado desde su nacimiento por razón de su ascendencia social a desempeñar una serie de tareas y donde el progreso parece no estar dentro de los planes divinos; la idea es mantener un cierto orden considerado como natural y al mismo tiempo divino de las cosas. No obstante, tal y como expone Maitland, es durante ese periodo cuando se gestan, siguiendo la trayectoria de las ideas antiguas-modernas, las bases del debate público de los siglos XVI a XIX con el hilo conductor del propio Aristóteles:

“lo medieval aparece como introducción al pensamiento moderno. Las ideas que obsesionan y dividen a la humanidad entre los siglos xvi y xix –soberanía, gobernante soberano, pueblo soberano, representación del pueblo, contrato social, derechos naturales del hombre, derecho divino de los reyes, derecho positivo subordinado al Estado, Derecho natural por encima del Estado– son precisamente aquellas ideas cuyo origen ha de ser investigado, y que son presentadas ante nosotros como pensamientos que, bajo la influencia de la Antigüedad clásica, se fueron conformando necesariamente en el curso del debate medieval.”²⁴⁷

²⁴⁵ ULLMANN, W., *Principios de Gobierno y Política en la Edad Media*, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1985, p. 23.

²⁴⁶ VON GIERKE, O., *Political theories of the Middle Age*, Ed. Beacon Press, Boston, 1958.

²⁴⁷ MAITLAND, F. W., “Introducción” en *Íbidem*, p. 3.

Iglesia y Estado son los ordenadores espirituales de la sociedad, pero cada uno por su propio camino. Dirán Arboledas, Ramírez y Sabaté que ya dentro de las dos etapas del medievo se aprecia una modificación en los papeles del Estado representado a través del soberano o monarca, especialmente porque en el tránsito de la Alta a la Baja Edad Media, las funciones exclusivamente de justicia y organización militar comienzan a ampliarse abarcando legislación, gobierno y hacienda.²⁴⁸ Esto supone que la dualidad entre una autoridad terrenal y una celestial ya heredada de la conversión al cristianismo del Imperio Romano comienza a encontrar puntos de fricción en el control y gestión de los recursos y de las sociedades. Es cierto que no se cuestiona el planteamiento agustiniano expresado en *De civitate Dei* en el sentido de que la monarquía se presenta como el único sistema capaz de llevar a cabo la máxima *ordinatio ad unum* sobre la base de que la heterogeneidad social, religiosa e incluso cultural, queda subordinada a un gobierno único y justificado de forma divina, dicho de otra forma, el sistema monárquico es el que refleja la unidad del poder celestial en el mundo de los hombres. Si se pone el foco de atención en la labor de la Reconquista española, se aprecia bien esa idea de que el monarca supone una unificación que no es sólo política sino también religiosa, una institución de homogeneización que recae de igual manera sobre todos los súbditos con independencia de sus tendencias internas. Ahora bien, mientras que el Papado venía a representar la noción de *principatus* en el sentido de que realizaba un oficio divino en la Tierra encontrando su origen en el propio San Pedro y no el antecesor inmediato en el cargo, y dotándose de una legitimidad divina incuestionable en un modelo social teocéntrico o de teocracia romana siguiendo a Ullmann²⁴⁹, el monarca encontraba la fuente de su legitimación en un reconocimiento papal. Esta última idea se hereda del Papa León III y, consecuentemente, del empleo de la fórmula *Romanum gubernans Imperium* en la coronación de Carlomagno que sentaría el precedente para la consideración de los reyes como *Rex Dei Gratia*. Expone Tiernay acertadamente que, la necesidad de intermediación papal para el reconocimiento del monarca como designado por la divinidad y los Decretos de Gregorio VII supusieron la alteración paulatina de los viejos pilares y la generación pausada de un nuevo orden donde cada autoridad intentaría reafirmar su papel y su legitimidad de forma autónoma.²⁵⁰ Evidentemente, en esa labor de redefinición, era la parte política y no la eclesiástica la que debía realizar una mayor tarea en la búsqueda de

²⁴⁸ PORRAS, P.A., RAMÍREZ, E. y SABATÉ, F., *La época medieval: administración y gobierno*, Ed. Istmo, Madrid, 2003, pp. 89-90.

²⁴⁹ ULLMANN, W., *Principios...*, op. cit., p. 27.

²⁵⁰ TIERNAY, B., *The crisis of church and state 1050- 1300*, Ed. Universidad de Toronto, Toronto, 1988, pp. 47- 48.

una legitimidad optando por buscar la suya propia en atención a un racionalismo teórico o bien, optando por desacreditar la del otro o restarle importancia. He aquí el hilo conductor del camino hacia la secularización que no es otro que el de la lucha del poder político por tener autonomía y legitimidades propias y distintas a las de la autoridad religiosa.

Es quizás la división entre católicos y protestantes la que permite sentar definitivamente las bases de una división entre lo terrenal y lo espiritual, entre la individualidad humana y la universalidad de lo divino, entre el Estado y la Iglesia superando la absorción del Estado por la Iglesia expuesta en el *Defensor Pacis* para dar paso a la aplicación de las teorías aristotélicas según las cuales el Estado es la comunidad humana en su máxima expresión.²⁵¹

La irrupción de las teorías aristotélicas y el cisma dentro de la Iglesia cristiana suponen la inserción de un debate importante entre las tres formas de gobierno planteadas por el filósofo, a saber, monarquía, aristocracia y democracia. Esto supuso la generación de dos posicionamientos, uno defensor a ultranza del modelo monárquico sintetizado por Hobbes a través de la figura del Leviatán; y otro más partidario de un modelo de participación del pueblo que encontraría en gran parte su origen o sus primeros indicios en las asambleas estamentales y que se acabaría sintetizando a través de la teoría del contrato social. No fue sino la aparición de un proceso dual, la secularización y politización del Estado y de lo político frente a la espiritualización de lo religioso. Una fenomenología coincidente en el tiempo en cuanto a su aparición pero que se iría dotando de una complejidad y asumiendo las características propias de un proceso en el ámbito de lo político hasta llegar a la institucionalización de la democracia.

Vincular este proceso a la Edad Media supone pasar por encima de la historiografía centrada en esa concepción oscura y opaca de la época para aproximar el análisis al enfoque ofrecido por Gierke evitando las asociaciones en función de las cuales la estratificación y el inmovilismo social del sistema feudal y estamental son extrapolables al conjunto de la época y a todas las esferas. Un análisis, por tanto, centrado en la Leyenda Negra que ha absorbido los estudios sobre el medievo supone obviar en cierta manera la complejidad del periodo y sus implicaciones en el devenir histórico. Esto es también una herencia de la retórica ligada a las revoluciones en el sentido de que hay

²⁵¹ RAPP, F., *La Iglesia y la vida religiosa en Occidente a fines de la Edad Media*, Ed. Labor, Barcelona, 1973.

una mitificación del proceso revolucionario y una demonización de lo anterior. La propia denominación de los periodos también da cuenta de esta influencia: Edad Media, en contraposición a Renacimiento; la Ilustración como época del iluminismo en todas las esferas de la vida del hombre y del ciudadano. Esto supone en cierta manera concebir la Historia como una sucesión de etapas oscuras o de tránsito cuyo cambio depende de momentos, de instantes de revelación y aunque es cierto que determinados instantes suponen un punto de inflexión, lo cierto es que deben su acaecimiento a un cúmulo de circunstancias previas.

Gierke aporta una visión de la monarquía medieval ajena a la concepción absolutista sobre la base de esa cristianización de lo político entendiendo que

“Los gobernantes son instituidos para los pueblos, no es el pueblo quien existe para aquellos. Por tanto, el poder del gobernante no es absoluto, sino restringido dentro de los límites predeterminados. Su misión consiste en procurar el bien común, la paz y la justicia, así como la máxima libertad posible para todos. Con cualquier quebrantamiento de esos deberes y con cualquier transgresión de los límites establecidos, el señorío legítimo degenera en tiranía. Por ello la teoría del deber incondicionado de obediencia de los súbditos es por completo ajena a la Edad Media.”²⁵²

Se aprecia a lo largo de la Edad Media una suerte de unificación en las legislaciones en Europa, ya que si bien es cierto que la caída del Imperio Romano supuso un fraccionamiento del territorio, lo cierto es que en el ámbito institucional, político y jurídico se aprecia una fuerte homogeneidad entre las nuevas potencias puesto que mayoritariamente el origen era el Derecho Romano y la intención era su transformación para que sirviesen a la nueva configuración territorial y de poder: feudo, señorío, posesión de las tierras, clases sociales o estamentos. Escribiría Alexis de Tocqueville en su obra *El Antiguo Régimen y la revolución* que

“se puede afirmar que en el siglo XIV las instituciones políticas, sociales, administrativas, judiciales, económicas y literarias de Europa tenían mayor semejanza entre sí de la que tienen en nuestros días, en que la civilización parece haberse ocupado de allanar todos los caminos y derribar todas las barreras.”²⁵³

²⁵² VON GIERKE, O., *Political...*, *op. cit.*, pp. 143-144.

²⁵³ DE TOCQUEVILLE, A., *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2018, p. 60.

Si se presta atención a los becerros, se aprecia como de una notable capacidad de registro y claridad, según avanza la época catalogada como Edad Media, estos van perdiendo lustro como muestra de la decadencia de las instituciones del momento. La puesta en valor de determinados conceptos como la libertad política desde finales del periodo son, quizás, las que sientan las bases para la decadencia de las antiguas instituciones que, hasta entonces, habían resultado ciertamente eficaces en aras del orden y la estabilidad. Lo que subyace tras la crisis del Antiguo Régimen son dos cuestiones: por un lado, un cambio en la jerarquía de valores jurídicos y políticos donde orden parece comenzar a ser sustituido por libertad y donde estabilidad pasa a configurarse como seguridad no sólo en términos físicos o materiales sino también políticos y jurídicos. Y, por otro lado, un choque generacional descrito por la doctrina alemana y recogido, de nuevo, por Tocqueville en el sentido de que

“el estado de cosas existente parece que ha llegado a ser molesto para todos y a veces objeto de menosprecio. Resulta curioso observar cómo se juzga hoy desfavorablemente todo lo que es viejo. Las impresiones nuevas se abren paso incluso en el seno de nuestras familias y perturban su tranquilidad.”²⁵⁴

El proceso no es ni evidente ni rápido, sino que forma parte de esa tendencia hacia la profesionalización propia de la política y de la actividad gestora y con la necesidad creciente de determinación de una autoridad sólida y unitaria frente a las potestades de carácter local que caracterizaban a la Edad Media; enlaza directamente, entonces, con la propia construcción del Estado, con la idea moderna de país no visto como un conjunto de reinos o pequeños estados, sino como un todo. En definitiva, lo que puede afirmarse es que la desaparición del Antiguo Régimen coincide con la aparición del Estado en su sentido moderno y, si bien es cierto que el proceso de secularización de los poderes públicos forma parte de la filosofía ilustrada, lo cierto es que también obedece a esa idea de profesionalización del gobierno central, ya que este ya no debe ser sólo entendido como una autoridad moral, sino como una entidad de gestión con capacidad gubernativa, legislativa y administrativa o burocrática. El problema generado con esa tendencia hacia la centralización fue la concentración del poder y, consecuentemente, el absolutismo.

Evidentemente, las ideas de paz y de justicia no son estáticas y hay que entenderlas dentro del contexto propio de la época. Es la evolución en su conceptualización y los

²⁵⁴ *Ibidem*, pp. 62-63.

cambios entorno a su concepción los que determinan los cambios en las legitimidades políticas y los límites impuestos al poder y del ordenamiento jurídico. Es cierto que el proceso de secularización y esa primigenia separación de poderes al separar Iglesia de Estado no fueron pacíficos ni estuvieron exentos de la posible aplicación del concepto de regresión en tanto que el absolutismo encontró sus fundamentos en la teoría de Hobbes aunque, como propone Martín Ruiz en su tesis, lo cierto es que las interpretaciones del autor pueden ser diversas y pueden también encontrarse en él los primeros fundamentos a una democracia liberal pero "dotada de un poder fuerte."²⁵⁵

Gilles Deleuze en su obra *Nietzsche y la Filosofía* reflexiona sobre cuál debe ser el papel de la Filosofía en todas sus dimensiones y expone tajantemente que

“Cuando alguien pregunta para qué sirve la filosofía, la respuesta debe ser agresiva ya que la pregunta se tiene por irónica y mordaz. La filosofía no ni sirve ni al Estado ni a la Iglesia, que tienen otras preocupaciones (...). Sólo tiene este uso: denunciar la bajeza del pensamiento bajo todas sus formas (...). En fin, hacer del pensamiento algo agresivo, activo y afirmativo. Hacer personas libres, es decir, personas que no confundan los fines de la cultura con el provecho del Estado, la moral o la religión. Combatir el resentimiento, la mala conciencia, que ocupan el lugar del pensamiento. Vencer lo negativo y sus falsos prestigios.”²⁵⁶

Lo que ocurre con Hobbes es lo que el propio Deleuze calificaría de mixtificación, es decir, un uso no apropiado de una teoría filosófica, la adecuación de lo filosófico a la persecución de fines concretos y distintos a la crítica, su uso para un fin distinto del que para fue concebida, de ahí viene, quizás, la volubilidad de los argumentos o la posibilidad de que sirvan para justificar una teoría política o su opuesto.

La interpretación debe ir necesariamente acompañada de un estudio de las circunstancias que la rodean. El Leviatán de Hobbes se ha analizado como un miedo al desorden, al caos y a la violencia de ahí la necesidad de un Estado fuerte identificada por el autor puesto que “una república sin poder soberano no es sino una palabra sin substancia y no puede mantenerse.”²⁵⁷ Ahora bien, en Hobbes tal y como ocurre en sus

²⁵⁵ MARTIN RUIZ, J. M., “¿Democracia liberal o absolutismo en Hobbes?”, *Baética*, nº14, 1992, pp. 239-252, p. 239.

²⁵⁶ DELEUZE, G., *Nietzsche y la Filosofía*, Ed. Anagrama, Barcelona, 2005.

²⁵⁷ HOBBS, T., *Leviatán...*, *op. cit.*

coetáneos, el poder se adquiere a través de un contrato definido como “la transferencia mutua de un derecho.”²⁵⁸

La labor del soberano no es otra que la de procurar seguridad porque esa fue la razón de que se le trasladase ese poder. El propio Hobbes incluye limitaciones al poder, dígase,

“los súbditos deben a los soberanos simple obediencia en todas las cosas donde no sea incompatible con las leyes de Dios (...). Si el soberano ordena a un hombre (aunque justamente condenado) que se mate, se hiera o se mutile, o que no se resista a quienes lo asaltan, o se abstenga de usar comida, aire, medicina o cualquier otra cosa sin la cual no puede vivir, ese hombre es libre para desobedecer.”²⁵⁹

El hecho de que existan limitaciones al poder en Hobbes ya es indicativo de que el soberano no ostenta una posición privilegiada o, en otras palabras, de que el soberano no es un tirano pues la ley natural, propia del iusnaturalismo de la época, le impone límites. Quizás esa idea de la limitación en el ejercicio del poder es la que puede permitir alejar a Hobbes de Maquiavelo o de Bodino. La teoría de Hobbes es la que introduce en el debate un elemento clave, el de las limitaciones toda vez que el instrumento del contrato social había eliminado la condición de súbditos para dar paso a formas restringidas de ciudadanía y toda vez que el iusnaturalismo parecía haber encontrado la clave del origen de los derechos y libertades, la naturaleza. Para Hobbes, el Estado representa la existencia de límites ya que, en relación a la etapa apolítica, el propio autor llegará a afirmar que

“la libertad que cada Hombre tiene de usar su propio poder como él quiera, para la preservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida y, por consiguiente, de hacer toda cosa que en su propio juicio y razón, conciba como el medio más apto para aquello.”²⁶⁰

El Estado de Hobbes es aquel hombre o asamblea de hombres a la que voluntariamente los individuos ceden su libertad individual plena del estado de naturaleza con vistas a que la regule y limite. En el marco teórico, esa idea de que “todo súbdito es autor de todo acto hecho por el soberano”²⁶¹ puede ser válida, pues supone dotar de legitimidad al poder en tanto en cuanto voluntariamente se le ha cedido esa capacidad para ejerza una labor de protección frente al caos y al desorden. La idea de las limitaciones

²⁵⁸ *Íbidem.*

²⁵⁹ *Íbidem.*

²⁶⁰ *Íbidem.*

²⁶¹ *Íbidem.*

viene dada por el hecho de que el Estado surge como forma de limitación de libertades absolutas de los individuos en el estado de naturaleza y, al mismo tiempo, el soberano ve limitada su actuación por razón de la ley natural que no puede contravenir. No obstante, mientras que el contrato social es explícito, las leyes naturales no lo son, con lo cual las limitaciones al poder ni están codificadas ni son evidentes, sino que dependen de un ejercicio de racionalidad humana que se entiende como universal. Martín Ruiz en este sentido entiende que la existencia de límites al poder exime a la teoría hobbesiana de una aproximación totalitaria, pero admite el carácter totalizador del poder; en otras palabras,

“se trataría de un poder cuyo fin último estriba en cumplir lo estipulado, es decir, en asistir al pueblo y librarlo del desorden, miedo o terror. Si el Estado se desentiende de sus súbditos fomentando con ello en la colectividad el miedo político en lugar de evitarlo, entonces para Hobbes dicho Estado no estaría legitimado.”²⁶²

Evidentemente, cabe preguntarse si la asociación entre Hobbes y el absolutismo es inequívoca o si es fruto del empleo político de sus teorías; es cierto que alejada está su concepción del modelo democrático actual e inexistentes son los elementos de control a la actividad soberana que, una vez recibe la legitimación, la tiene a perpetuidad y con un dominio absoluto de la situación, toda vez que cualquier medida justificada en la no vuelta al estado de violencia que es el estado natural se considera legítima y válida. No obstante, dejando al margen la intencionalidad del autor, lo cierto es que permite introducir tres elementos enriquecedores al debate; dos de ellos están presentes en su análisis, a saber, el peligro de los derechos y libertades absolutos y el binomio conflictivo entre seguridad y justicia; y, un tercer elemento que, si bien no es explícito ni seguramente intencionado en su teoría, si ha sido desprendido del empleo político de la misma: la universalidad de la naturaleza y de la razón humanas toda vez que los límites al poder son los impuestos por la ley natural que es reconocible a través del elemento común de la Humanidad, su racionalidad. Se trata de un elemento importantísimo, especialmente en el momento actual pues aunque el iusnaturalismo fue superado lo cierto es que los DDHH hoy en día se conciben como universales y válidos en todo tiempo y lugar y aunque el hilo conductor no es la racionalidad sino la dignidad y aunque se encuentran recogidos en instrumentos vinculantes o positivizados, su fundamento apela en cierta manera a esa concepción iusnaturalista y es frecuente en materia de DDHH, la existencia de un choque de civilizaciones en sus tres ámbitos de reconocimiento, garantía y protección. La cuestión

²⁶² MARTIN RUIZ, J. M., “¿Democracia...”, *op. cit.*, p. 249.

esencial sería dilucidar si verdaderamente hay un hilo de universalidad cuyo fundamento es la dignidad humana y, por tanto, las fricciones se deben a la existencia de regiones diferenciadas del mundo en atención a en qué fase del proceso de democratización en sentido amplio, referido al comienzo de la investigación, se encuentran, o si, la positivación e internacionalización son fenómenos jurídicos que pretenden suplir la ausencia de una universalidad certera codificando su existencia.

En este sentido, es relevante poner el foco de atención en la cuestión de las constituciones y en el fenómeno que resalta Varela Suances al exponer que

“estoy convencido de que la vitalidad del Derecho Constitucional se refuerza con la pujanza de la Historia Constitucional, y a la inversa, la vitalidad de ésta se refuerza con la pujanza de aquél, siempre y cuando, claro está, la Historia Constitucional se conciba *sub specie iuris*, y no se identifique con la Historia Política, según ha sido habitual entre nosotros.”²⁶³

En otras palabras, el Derecho Constitucional no debe ser analizado exclusivamente a la luz del Derecho vigente, sino a través del enfoque proporcionado por la perspectiva histórica constitucional, sin perder de vista que, si bien es cierto que modelo político, y por extensión Historia Política, y modelo constitucional recorren una misma ruta por caminos diferentes y no siempre paralelos. Son las constituciones liberales las que indican el punto de partida del Derecho Constitucional en su sentido moderno. A pesar de que el punto filosófico de partida es el mismo, a saber, el liberalismo político, lo cierto es que las formas de entendimiento del entramado constitucional, y más concretamente de su ordenamiento jurídico propio, fueron, son y serán distintas. Tocqueville, en su obra *De la democracia en América*, ya da cuenta de dos sistemas diferenciados en las dos grandes revoluciones, la americana y la francesa y es, en esencia, la diferencia clave identificada por Tocqueville la que ha marcado el devenir del Derecho en su rama continental y en su rama anglosajona, toda vez que ambos sistemas otorgan un papel privilegiado al ámbito jurídico constitucional. Expone el autor que

“el juez americano está revestido de un inmenso poder político (...). Los americanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus dictámenes en la constitución mucho más que en las leyes. En otras palabras, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales (...). En Francia (...) le

²⁶³ VARELA SUANZES, J., “Constitución y ley en los orígenes del Estado liberal”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 24, nº1, 1995, pp. 507-523, p. 508.

damos indirectamente al cuerpo legislativo el poder de cambiar la constitución puesto que no encuentra más barreras legales que lo detengan.”²⁶⁴

Es importante hacer una reflexión sobre cuál era el nivel de libertades presentes en el Antiguo Régimen para ahondar en el porqué de las revoluciones liberales. A pesar de que la representación social del absolutismo sea asemejada casi con la dureza del acero y con una capacidad infinita, lo cierto es que este sistema encontraba trabas a un ejercicio y dominio absoluto del poder vinculadas a la pervivencia de las instituciones medievales, especialmente de aquellos usos y costumbres de índole local que dificultaban el ejercicio de un poder general. Un ejemplo sencillo es el que recae sobre la nobleza, un estamento que, si bien había quedado suprimido como parte del cambio de una sociedad de estamentos a una de clases, mantenía intacta su dignidad en términos clásicos y, sobre todo, su capacidad de influencia. A pesar del carácter costumbrista y conservador que pueda atribuírsele en primera instancia, lo cierto es que la nobleza, conservada ya sólo a través de sus títulos, era un importante foco de presión y limitaciones al poder absoluto de los monarcas, puesto que, sin desear una generalización de las libertades, quería conservar sus propios privilegios. Esa distinción entre libertad y privilegio es esencial para comprender el cambio de paradigma.

Es Keller²⁶⁵ quien aporta un enfoque novedoso en la materia al entender en la Edad Media puede situarse el origen de las libertades entendiendo las mismas como un resultado de la pugna entre lo colectivo representado por el gobierno, y lo individual representado por las personas. Una parte de la doctrina ha descartado la idea de que en la Edad Media pudiesen hallarse principios de libertad al entender que el carácter de la misma es generalizado o incluso universal; no obstante, restringir el análisis de las libertades y los derechos a ese punto de vista en función del cual lo definitorio es la pretensión de universalidad, equivaldría a dejar de lado buena parte de la Historia y solo poder hablar de libertades y derechos en el siglo XX o, si el análisis se centrara de forma exclusiva en la universalidad, incluso suponer que hoy en día tampoco podría hablarse de libertades y derechos en tanto en cuanto que, en el plano de la eficacia, la universalidad no ha sido alcanzada. Es cierto que, teniendo en consideración las aportaciones de Gierke, en la Edad Media el contrato social que regula todas las relaciones humanas y políticas no es único sino múltiple y que, por tanto, sus límites parecen desdibujarse. Algo similar, pero en sentido inverso ocurre con el absolutismo que pasa de un contrato social

²⁶⁴ DE TOCQUEVILLE, A., *Democracia en América*, vol. 1, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2017, p. 112.

²⁶⁵ RIAZA, R., “Las partidas y los *Libri Feudorum*” *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 10, 1993, pp. 435-458.

estratificado a uno de contenido y carácter unitario en apariencia. Trasladado esto al plano de los derechos y libertades la conclusión que se obtiene es que en el sistema feudal, las concesiones realizadas desde el poder a otros estamentos para una gestión casi autónoma de sus dominios es una primera noción de libertad, mientras que la centralización propia del absolutismo lo que supondría sería el inicio de la Historia Constitucional como aquella rama del Derecho propicia para delimitar las competencias y prerrogativas o potestades propias del poder central frente a los individuos. En esencia, lo que se obtiene es casi una paradoja pues partiendo del carácter generalista o universal de los derechos y centrandolo su análisis en las revoluciones liberales, el resultado es que la clave de éstas radica en la búsqueda de limitaciones a un poder general y en la búsqueda de una generalización en el plano de lo individual.

De nuevo, la conclusión que se obtiene es que la concepción del Medievo debe ser profundizada pues el absolutismo es una forma de gobierno distinta de las monarquías feudales en todos sus ámbitos: legitimidad, límites y extensión del poder y prerrogativas. De la misma manera que es posible apreciar en el Medievo el origen de ciertos reclamos liberales puesto que, aunque adaptados a un modelo teocéntrico, la libertad de gestión atribuida a la nobleza respecto de sus territorios forma parte de la libertad individual para autogestionarse. Quizás, la evolución sufrida desde la Edad Media hasta las revoluciones liberales sea más la del concepto de propiedad e individuo ante un proceso de secularización antropocéntrico.

Igualmente, el proceso colonizador juega un papel importante en este sentido puesto que desde el inicio va a suponer la existencia de determinados privilegios adaptados a la zona y a la viabilidad y estabilidad de la conquista que perdurarán incluso durante todo el periodo absolutista. Esos privilegios suponían la limitación del poder regio en esas regiones a cambio de otorgar mayor grado de libertad a quienes representaban a la autoridad en la zona en cuestión configurando una doble concesión de derechos, los locales o territoriales, y los de clase. La primera libertad es la de circulación, le siguen concesiones a la creciente clase burguesa y el culmen quizás es la Carta Magna de 1215 inglesa, que contempla, según expone Quispe Remón, el origen del derecho al debido proceso legal abarcando a una de las categorías peor consideradas, los delincuentes.²⁶⁶ Lo que se aprecia en el medievo son técnicas legislativas de liberación,

²⁶⁶ QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el sistema internacional y en el sistema interamericano*, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 2010.

prohibición y autolimitación del poder recogidas en sendas fuentes españolas, francesas, italianas y alemanas principalmente.

Esto supone que el periodo absolutista, si bien no es considerado por la historiografía y la conciencia social como un periodo oscuro, se corresponde con un periodo de regresión en términos de transición y las revoluciones liberales fueron la forma de ruptura. Joaquín Varela en su obra *Política y Constitución en España (1808-1978)* establece que el liberalismo revolucionario se nutre del “historicismo medievalizante y el iusnaturalismo racionalista.”²⁶⁷

Ahora bien, de la misma forma que las instituciones medievales dejaron un fuerte impacto en el pensamiento revolucionario, así lo hizo también el grado de acercamiento entre el poder y la cuestión religiosa; la relación entre Estado e Iglesia es la que ha condicionado en buena medida, el devenir del reconocimiento de derechos tanto a nivel individual, como en su capacidad o potencial universalizador. Las revoluciones liberales dieron vida a dos conceptos, en función del grado de proximidad institucional: laicismo y laicidad. El laicismo aparece vinculado a un fuerte o alto grado de rechazo hacia la convergencia entre Estado o política y religión o conciencia; se define por la Real Academia de la Lengua Española como la postura que “defiende la independencia del hombre o de la sociedad, y más particularmente del Estado, de toda influencia eclesiástica o religiosa.” En contrapartida, laicidad aparece definida de forma más suave como un “principio de separación de la sociedad civil y de la sociedad religiosa.”

Álvaro Flórez Estrada, en su proyecto de Constitución Española de 1809, si bien es cierto que representaba una postura alejada del liberalismo moderado, mayoritario en el ámbito hispano, solo se atrevió a enunciar un principio de tolerancia religiosa. Varela llega a considerar que las relaciones Iglesia y Estado son las que condicionan en buena manera la estructura regional de las revoluciones liberales en el sentido de que si bien es cierto que la herencia medieval hispana sobre primigenias libertades llega a formar parte del discurso revolucionario liberal, la impronta de laicismo que presenta, de manera especialmente reseñable, la Revolución Francesa, no llega a influenciar el contexto hispano determinando la ausencia de una declaración de derechos y manteniendo un trato cordial en las relaciones Iglesia y Estado. El mismo autor apunta al empleo de un criterio de historicismo nacional en esa elección del movimiento revolucionario liberal español

²⁶⁷ VARELA, J., *Política y Constitución en España (1808-1978)*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ante el miedo de que una ruptura total con la tradición generase fracturas y rechazo al proyecto jurídico y político. Esta cautela no tuvo lugar en el contexto francés y aunque lo cierto es que desde el plano de lo político, esa cautela puede ser apreciada como una concesión ideológica, lo cierto es que en el plano constitucional es una garantía en el sentido de que una Constitución tiene pretensiones de larga durabilidad y estabilidad y su propósito debe ser la delimitación de los límites del marco jurídico, impuestos también al Estado a través de las revoluciones liberales por decisión popular y no por un ejercicio de autoimposición.

Esos factores de durabilidad, estabilidad y responsabilidad en el cambio político son los que definirán la pervivencia y utilidad del marco jurídico obtenido como resultado; y, del análisis de los resultados podrá obtenerse una conclusión acerca de qué elementos y en qué medida son universalizables. Las revoluciones liberales fueron sucedidas por periodos de regresión, de terror político y, sin embargo, el análisis que de ellas se desprende no es el de un fracaso, sino el de una experiencia y una enseñanza en el sentido de que definieron el objetivo a alcanzar y los medios formales para conseguirlo, y otorgaron una lección sobre los peligros de las rupturas abruptas con instituciones tradicionales y la necesidad de una fuente de legitimación justa.

3. LA REVOLUCIÓN COMO HERRAMIENTA DE CAMBIO POLÍTICO: DE LA RUPTURA CON EL ANTIGUO RÉGIMEN A LA REVOLUCIÓN SOVIÉTICA.

a. LA REVOLUCIÓN AMERICANA. APORTES.

Hay dos elementos esenciales que determinaron el curso de la conocida Revolución Americana, a saber, la llegada de las tesis del liberalismo y de la Ilustración al contexto colonial, y en el caso norteamericano, la victoria inglesa sobre Francia en la Guerra de los Siete Años.

Los acontecimientos bélicos europeos de los siglos XV a XVIII determinaron la imposición de mayores presiones fiscales sobre las colonias con vistas a financiar los esfuerzos bélicos continentales. En este sentido, Inglaterra bajo el reinado de Jorge III implementó una política de imposición tributaria en productos de consumo entre 1764 y 1765 en las colonias norteamericanas. Dos hechos desencadenan la declaración de independencia en particular: el Motín del Té y las Leyes de Townshend.

Las Leyes de Townshend, fijaban derechos de importación sobre determinados bienes como la pintura, el papel, el vidrio y el té. Ante la protesta colonial y la disminución de los productos importados desde la metrópoli con vistas a evitar estas obligaciones impositivas, la mayor parte de los impuestos indirectos fueron suprimidos, manteniéndose la retención de la tributación por el té.

El Motín del Té tuvo lugar en la ciudad de Boston el 16 de diciembre de 1773 con ocasión de la subida de impuestos relativos a la importación de productos desde la metrópoli; concretamente para evitar que las colonias importasen el té desde los Países Bajos y beneficiar a la conocida Compañía de las Indias Orientales, Gran Bretaña eliminó los impuestos de aduanas a los productos que iban desde las colonias asiáticas hacia las colonias americanas a cambio de que implementara un arancel colonial. Los colonos asaltaron tres embarcaciones cargadas con té de las Indias Orientales y arrojaron el contenido al mar. La respuesta británica supuso la declaración de un estado de excepción, donde fueron aplicadas las llamadas leyes coercitivas, intolerables y punitivas.

En este contexto, empieza a gestarse lo que ha venido denominándose en el plano de la literatura política, como la ideología de los colonos. Appleby sostiene que esta ideología y el desarrollo de la Revolución Americana fueron sustancialmente distintos a los de la Revolución Francesa por la estructura socioeconómica de las colonias norteamericanas, en las que existía una clase de propietarios amplia y, por extensión, menores niveles de desigualdad que los apreciados en la Francia prerrevolucionaria. A este respecto, la autora sostiene que “a lo mejor la prosperidad (...) de las décadas anteriores generó la posibilidad de un nuevo orden que minimizaría el control social y maximizaría el ámbito individual de elección y responsabilidad.”²⁶⁸

Esto supuso una gran diferencia con el contexto francés ya que, mientras en Francia la principal preocupación revolucionaria recaería sobre la igualdad, en Norteamérica la principal preocupación recaería sobre el sistema institucional. Se aprecia un cambio notable en materia de ideología revolucionaria toda vez que, mientras en el ámbito francés, las teorías liberales serían sustituidas por las comunitaristas, en el plano americano se combinaría un fuerte liberalismo político con la implementación de un sistema de liberalismo económico en el que los principios institucionales serían definidos por la conjunción entre la tesis de la separación de poderes de Montesquieu y la propiedad

²⁶⁸ APPLEBY, J., “Liberalism and the American Revolution”, *The New England Quarterly*, nº1, vol.49, 1976, pp. 3-26, p. 24.

privada como mecanismo de libertad e igualdad basada en la oportunidad y no en su vertiente material. Arendt sostiene que la diferencia entre la Revolución Francesa y la Revolución Americana radica en la distribución socioeconómica sobre la base de que “la cuestión social comenzó a desempeñar un papel revolucionario solamente cuando, en la Edad Moderna y no antes, los hombres comenzaron a dudar que la pobreza fuera inherente a la condición humana.”²⁶⁹ Esa es una percepción compartida en ambos espíritus revolucionarios; el principal factor diferencial radica, no tanto en la idealización de la existencia de una suerte de igualdad reinante en sede colonial norteamericana frente a una acuciada desigualdad reinante en el contexto de finales del feudalismo francés; el elemento que marca la diferencia es el de la distribución y la percepción social de la misma.

Al ideario de la Revolución Americana llegan todas las experiencias propias de la primera monarquía parlamentaria inglesa, de la mano de Locke, de quien, tal y como expone Bailyn, “los escritores americanos citaban a Locke en cuanto a los derechos naturales y el contrato social y gubernativo.”²⁷⁰ No obstante, hay un aspecto de la propuesta de Locke que no es recogido de manera taxativa por el ideario revolucionario norteamericano, a saber, la propiedad privada. A este respecto, Aparisi²⁷¹ entiende que hay una reformulación de la cuestión de la propiedad que sigue dos caminos intencionados: por un lado, la idea de la felicidad como medida de convivencia política pacífica y como objetivo gubernamental toda vez que el ideario de los llamados Padres Fundadores queda resumido en la frase “que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.”²⁷² Por otro lado, la cuestión de la esclavitud fundada en la existencia misma de un derecho de propiedad; a este respecto, hay dos matices, por un lado la redefinición de los límites de la propiedad privada en términos de reformularla como un “derecho a poseer lo humanamente imprescindible para el desarrollo de una vida digna”²⁷³, y el hecho de que la consagración del derecho a la propiedad en los términos tradicionales suponía imposibilitar la abolición de la esclavitud.²⁷⁴ La recepción de las ideas de Locke en el contexto colonial queda plasmada en el espíritu de la misma

²⁶⁹ ARENDT, H., *Sobre la revolución*, Ed. Síntesis, Madrid, 2009 p. 27.

²⁷⁰ BAILYN, B., *The ideological origins of the American Revolution*, Ed. Harvard University Press, Cambridge, 1967 p. 28.

²⁷¹ APARISI, A., *La revolución norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*, Ed. CEPC, Madrid, 1995, p. 399.

²⁷² Declaración de independencia unánime de los 13 Estados Unidos de América de 4 de julio de 1776.

²⁷³ APARISI, A., *La revolución... op. cit.*

²⁷⁴ *Ibidem*, p.397.

declaración de independencia donde, siguiendo a Sabine “alcanzó la plenitud de sus efectos la defensa del derecho de resistencia hecha por Locke en nombre de los derechos inalienables.”²⁷⁵

Uno de los nexos de unión entre el contexto revolucionario francés y el americano viene de la mano de la legitimidad del poder en el sentido de que, como propone Commager, en la revolución americana hay una sensación de usurpación del poder y de ausencia de reconocimiento o pérdida progresiva de legitimidad del parlamento británico sobre la administración colonial.²⁷⁶ La principal referencia estriba en la manera de consecución. Se exponía con anterioridad que uno de los elementos que había determinado el curso de la Revolución Francesa era la postura de construir un orden socio-político nuevo y desde el inicio, es decir, partiendo de una completa ruptura institucional. En el contexto americano, el planteamiento es sustancialmente diferenciado ya que tal y como recoge Becker, en la *Rough Draft*, es decir, en la primera redacción de Jefferson de la declaración de independencia, se exponía que “ciertamente, al construir nuestras diversas formas de gobierno, adoptamos un rey común (...) pero (...) la sumisión a su Parlamento no figuraba en absoluto en nuestra Constitución ni jamás se pensó en ello.”²⁷⁷

Se trata de una interpretación diferenciada de la representatividad en el sentido de que, en el ámbito francés, la aspiración era la realización de la soberanía nacional a través del establecimiento de un modelo de gobierno que partiese directamente de su manifestación; en el contexto americano, hay una tendencia a la admisión de una cierta vinculación política con la metrópoli a través de la figura monárquica pero, asumiendo los postulados de la separación de poderes de Montesquieu, se demanda representatividad propia en el seno del legislativo toda vez que, de acuerdo con los planteamientos propios del estado de derecho, la actividad ejecutiva se realiza con el control del poder legislativo y sobre la base, esencialmente, de los actos adoptados por este. Expuso Jefferson que la Revolución Americana “despertó a la parte pensante de la nación francesa del sueño despótico donde se hallaba sumida.”²⁷⁸

²⁷⁵ SABINE, G., *Historia de la teoría política*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1937, p. 414.

²⁷⁶ COMMAGER, H. S. (ed.), *Documents of American History*, Ed. Appleton-Century-Crofts, New York, 1968, pp. 100-102.

²⁷⁷ BECKER, C., *The Declaration of Independence. A Study in the History of Political Ideas*, Ed. Alfred A. Knopf, New York, 1953, p. 141.

²⁷⁸ JEFFERSON, T., “Autobiografía” en KOCH, A., PEDEN, W.(eds.), *Autobiografías y otros escritos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 115.

La declaración americana de independencia supone un cambio sustancial en el entendimiento del concepto jurídico de derecho, toda vez que las experiencias precedentes se realizaban sobre la base de una concesión gubernamental a quienes seguían manteniendo un estatus de súbditos. El caso americano es la primera declaración inclusiva del concepto moderno de derecho y, particularmente, de la idea misma del derecho humano como un planteamiento prepolítico y de consecuencias postpolíticas. Uno de los conceptos desarrollados por Jefferson es la idea de los derechos como entidades jurídicas *self-evident*²⁷⁹, es decir, como atribuciones inherentes a todo individuo o todo miembro de la sociedad cuya vigencia no requiere de su reconocimiento por el Estado. Esta es una de las posturas que venía a determinar la elección de la forma de declaración como un catálogo enunciativo de derechos naturales que no requerían de un reconocimiento jurídico formal, pero sí de mecanismos jurídicos de garantía de su eficacia y es ahí, donde entra en juego el elemento constituyente.

Buena parte de los autores norteamericanos sostiene la existencia de una convicción democrática vigente en sede colonial sobre la base de ejemplos como la Constitución de Connecticut de 1639 donde se determinaba que

“Supuesto que, cuando un pueblo se forma, la palabra de Dios dispone, a fin de mantener la paz y la unión, que establezca un Gobierno regular y conveniente, conforme a su voluntad, para la ordenación y la gestión de los negocios públicos en todo tiempo, según las necesidades, nos unimos y nos asociamos para formar un Estado, una República, y declaramos, tanto para nosotros como para nuestros sucesores y para quienquiera que se nos una, que hemos formado un pacto mutuo de unión y de confederación.”²⁸⁰

Esta afirmación encuentra su máximo exponente en la obra *Democracia en América* de Tocqueville, donde llega a afirmarse que “el principio de soberanía del pueblo había sido el principio generador de la mayor parte de las colonias inglesas de América. (...) se extiende con libertad y alcanza sin obstáculos sus últimas consecuencias.”²⁸¹

Lo cierto es que en el ámbito de la administración colonial habían tenido influencia los postulados de Milton, similares a los de Locke y vinculados a que “los

²⁷⁹ JEFFERSON, T., “A Bill for Establishing Religious Freedom (june 13,1779)” en PADOVER, S. K. (ed.), *The World of the Founding Fathers. Their Basic Ideas on Freedom and Self-Government*, Ed. Thomas Yoseloff, New York, 1960, pp. 258 y ss.

²⁸⁰ Fundamental Orders of Connecticut de 14 de enero de 1639.

²⁸¹ TOCQUEVILLE, A., *La democracia en América*, Ed. Guadarrama, Madrid, 1969, pp. 46 y ss.

hombres nacen libres y poseen una serie de derechos (...), se unen formando comunidades políticas (...) fundadas en el consentimiento expreso de cada persona.”²⁸²

No obstante lo anterior, toda esta influencia llega a las colonias norteamericanas con ocasión de los debates y conflictos internos británicos sobre el modelo monárquico a adoptar que se desarrollan a lo largo de los siglos XVI y XVII. En otras palabras, lo que puede certificarse desde un planteamiento histórico es la recepción de los debates sobre el modelo de ejercicio del poder, trasladados a un debate que, esencialmente, se establecía entorno al absolutismo y al parlamentarismo representados por las figuras de Filmer y Sidney. Dentro del imaginario colectivo existente entorno a la historia norteamericana, hay un recuerdo ensalzado del contexto revolucionaria, de la misma manera que ocurre en el caso francés. Esto ha derivado en lecturas algo distorsionadas de la realidad contextual en que se producen las revoluciones. En otras palabras, es más exacta una visión proclive a la determinación de las causas que propiciaron el éxito de la revolución americana y sus diferencias con el contexto francés que experimentaría una rápida involución. Es cierto que en el plano del fenómeno colonial británica hay una notable diferencia entre las colonias ubicadas en las Indias Orientales, las colonias continentales y las colinas caribeñas vinculada a las sociedades precoloniales y su organización, afinidad o grado de cohesión, a los recursos económicos y productivos de cada región y a su ubicación geográfica. Las colonias continentales habían presentado un alto grado de autonomía en comparación al resto de colonias británicas, toda vez que no se encontraban en un contexto hostil, como podía ocurrirle a las islas caribeñas rodeadas de colonias españolas, y que contaban con un fuerte potencial en materia de explotación de recursos y terreno. Esto propició un desarrollo colonial absolutamente diferenciado en que de la autonomía propia de las colonias occidentales se derivó el desarrollo de una cultura política propia, mientras que, en las colonias caribeñas y las Indias Orientales había un fuerte lazo de representación, identificación y lealtad hacia la corona británica.

El modelo de gestión y gobierno de las colonias continentales anterior a la Guerra de los Siete Años había sido un sistema de gestión basado en gobiernos representativos en cada región; este mismo sistema se aplicó a las nuevas colonias conseguidas con la victoria en el mencionado conflicto por parte de la corona británica. Sin embargo, se decidió separar y someter a dos agentes coloniales la administración de los territorios más próximos al oeste. El sistema de gobierno representativo fue el que dio lugar a todo el

²⁸² BAILYN, B., *The ideological... op. cit.*, p. 161.

sustrato ideológico presente en la declaración de independencia, toda vez que, a través de ese sistema de gobierno, los colonos generaron una serie de resoluciones de condena hacia el modelo de gestión británico. Guerrero resume los postulados iniciales de la Revolución Americana sobre la base de que

“los ingleses que fundaron las colonias trajeron al Nuevo Mundo los derechos propios y naturales de los súbditos británicos, entre los cuales estaban el de ser gobernados y en particular, ser gravados con impuestos, única y exclusivamente por sus representantes. Por ello, no podían acatar la legislación del Parlamento, el cual representaba única y exclusivamente a los ciudadanos ingleses de la Gran Bretaña y no de las colonias, puesto que no había representantes coloniales ni en la Cámara de los Comunes ni menos en la Cámara de los Lores; en consecuencia, las colonias no estaban bajo la jurisdicción del Parlamento y las únicas asambleas que podían fijarles impuestos eran las Legislaturas Coloniales.”²⁸³

La cuestión se articulaba en torno al reparto de funciones y las capacidades de los órganos de representación coloniales, toda vez que aún existiendo los mismos, el poder y la capacidad legislativa habían permanecido controlados por el Parlamento británico. El hecho de que Jorge III y el Parlamento Británico anulasen la Ley del Timbre no resolvía el problema de la autonomía de las colonias y el Acta Declaratoria que establecía la unidad legislativa del Imperio y el sometimiento de todos los ciudadanos ingleses a las leyes aprobadas por el Parlamento británico representaba un desafío a las peticiones formuladas desde las colonias continentales. Dentro de las colonias, los radicales mantuvieron una postura tendente a la realización de una labor propagandística en contra de la administración británica y una labor de carácter negociador para la unificación de posturas de todas las colonias. El 7 de septiembre de 1774 se iniciaba el Primer Congreso Continental en Philadelphia, como un proceso deliberativo en el que participaban todas las colonias continentales británicas para la búsqueda de una solución a la cuestión de la representatividad colonial. El documento final, denominado Declaraciones y Resoluciones del Primer Congreso Continental, contenía los elementos característicos de la posterior declaración de independencia toda vez que afirmaba la existencia de los derechos naturales y definía un sistema federalista de integración colonial en el Imperio Británico, teniendo cada colonia, por tanto, su propia soberanía territorial y legislativa. Savelle expone que “el conflicto de ideas se resolvió en un conflicto entre la idea inglesa

²⁸³ GUERRERO, C., “Las causas de la Revolución Norteamericana y la Declaración de Independencia” en SÁNCHEZ, W. y GUERRERO, C.(ed.), *La Revolución Norteamericana. Auge y perspectivas*, Ed. Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1979, pp. 63-84, p. 69.

de una nación integral, monolítica, de una parte, y la tesis americana de una familia de sociedades nuevas, con una especie de soberanía federal.”²⁸⁴

Las colonias continentales se dotaron de un ejército propio para hacer frente a los británicos y afirmar la soberanía sobre los territorios y, en 1776, el panfleto redactado por Thomas Paine y titulado *Sentido Común* resumía el espíritu de los radicales norteamericanos que había conseguido generar un fuerte movimiento social de resistencia frente al dominio británico, determinando las razones del apoyo mismo de los colonos al movimiento de independencia:

“los hombres huyeron a América en el pasado para escapar a la persecución del monstruo en casa. Ahora ha llegado el tiempo de separarse de tan perverso pariente, al momento y para siempre. El verdadero interés de América reside en la dirección del libre comercio, de la independencia y en la ilimitada expansión dentro de los límites del continente. (...) No queda otra cosa que la independencia con la cual se preservará la paz, prosperidad y felicidad de los americanos. Dejarse de hacer falsas reverencias a la Corona británica; establecerse bajo su propio gobierno republicano, conservando amistosas relaciones comerciales con todos los países. Volver las espaldas a Europa, a los opresores del género humano y dedicarse al feliz negocio de desarrollar este continente de hombres libres.”²⁸⁵

El 4 de julio de 1776, el Congreso Continental aprobó de manera definitiva la Declaración de Independencia redactada por Jefferson. Hasta 1783 tendría lugar la Guerra de Independencia, terminada de manera formal con la firma del Tratado de Paz en París, aunque la derrota del ejército británico quedó sellada en Yorktown en 1781. La propia Guerra de Independencia y la intervención de los dos grupos, colonos y amerindios, en el desarrollo de la contienda generó una fractura que heredaría la futura constitución estadounidense y que venía a quebrar el clima de convivencia que se había generado entre los colonos y los habitantes primigenios del territorio americano.

El siguiente gran elemento fue el constituyente, es decir, terminada la contienda había que definir los patrones comunes de convivencia de los que habían sido territorios coloniales, la gestión de la soberanía y los ámbitos de autonomía. Ante las dificultades derivadas de la gestión de las aspiraciones de cada territorio, la Convención dirigió sus esfuerzos a la redacción de una propuesta constituyente de tipo federal. El sistema

²⁸⁴ SAVELLE, M., “Nationalism and other loyalties in the American Revolution”, *The American Historical Review*, nº4, vol. 67, 1962, pp. 901-923, p. 912.

²⁸⁵ PAINE, T., *Sentido común* en GUERRERO, C., “Las causas...”, *op. cit.*, p. 79.

propuesto pasaría a ser categorizado como de *checks and balances* y se construiría sobre dos planteamientos: “suavizar y dominar la violencia del espíritu de partido y (...) de la tiranía legislativa.”²⁸⁶

Uno de los pilares básicos para el establecimiento de un modelo federal se articuló sobre la idea misma de la soberanía. En el plano de las experiencias parlamentarias británicas y como argumento para el establecimiento de un régimen parlamentario único, se había aludido a la indisolubilidad de la soberanía y a su carácter absoluto; en el contexto americano, la formulación se sustentaba en la soberanía nacional y en el reparto competencial de suerte que, el pueblo americano era soberano para determinar la existencia de un parlamento representativo de todos los intereses territoriales, y cada territorio, reconvertido en estado, era soberano dentro de su marco territorial lo que delimitaba la existencia de distintos parlamentos, cada uno con sus ámbitos de actuación y sus condiciones de representatividad y legitimidad. Arendt sostiene que la diferencia entre la constitución americana y las constituciones liberales europeas procede de su intencionalidad exponiendo que la constitución americana “había surgido de la creencia de haber descubierto un principio de poder lo bastante fuerte para fundar una unión perpetua” mientras que los fenómenos constitucionales europeos partían de un temor doble, a saber, “la desconfianza ante el poder y en el temor al poder revolucionario del pueblo.”²⁸⁷

Lo cierto es que esta es, de nuevo, una visión edulcorada de los hechos que pretende poner el foco de atención en el elemento triunfal de la revolución americana como proceso de liberación frente a la dominación colonial y como primer ensayo de gobierno federal. En esencia, la formulación de los principios constitucionales norteamericano obedece a los postulados ilustrados y liberales sobre el concepto de soberanía; lo que modifica no es su sustrato fundamental sino la manera de aplicarlo en la práctica. De la misma manera, hay una notable influencia de las experiencias constitucionales británicas vinculada al hecho de que el proceso de independencia norteamericano no es un proceso liderado por la población autóctona sino por los propios colonos británicos trasladados a territorio norteamericano. A este respecto, García Pelayo sostiene que

²⁸⁶ HAMILTON, A., MADISON, J., y JAY, J., *El Federalista* (nº10, 1943), Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 36.

²⁸⁷ ARENDT, H., *Sobre la... op. cit.*, p.209.

“La doctrina del estado de naturaleza, los derechos naturales, son también el resultado de una reacción de la doctrina del Derecho Natural ante el decisionismo absolutista. La doctrina jurídica de los siglos XVI y XVII tiene como problema buscar una base firme para el Derecho frente a la arbitrariedad absolutista.”²⁸⁸

El problema del constitucionalismo americano era esencialmente el mismo pero contextualizado en trece colonias. De esta manera, el propio Washington expondría que “Nuestro carácter como nación está desapareciendo y lo que va a ocurrir si no se cambia pronto, nuestros enemigos lo predijeron: pues en verdad no parecemos ni capaces ni deseosos de cuidarnos de nosotros mismos.”²⁸⁹ El constitucionalismo americano, se vio en esencia como heredero de los mismos problemas que enfrentarían las revoluciones liberales en el seno de las metrópolis europeas, a saber, primero el hecho de que los derechos naturales parecían ser la única manera científica de abordar la problemática de la teoría política y de la soberanía nacional²⁹⁰; segundo, la necesidad de encontrar una formulación lo suficientemente concreta y lo suficientemente generalista como para concertar los intereses de las trece colonias y asegurar su cumplimiento y legitimidad; y tercero, el hecho de reavivar los debates entorno a la autonomía, sus consecuencias y la legitimidad de los gobiernos republicanos que ya habían sido representados entre Adams y Mansfield en sede británica.

El proceso de institucionalización del gobierno de la Unión se basó en los considerandos propios de la Declaración de Independencia, concretamente en la igualdad, los derechos naturales relativos a la vida, la libertad, la felicidad, el asentimiento de los gobernados como base de la legitimidad en el ejercicio del poder, la capacidad de los gobernados de revelarse, y el sometimiento del ejercicio del poder a los derechos naturales en cuanto a la garantía de los mismos. Esto supone, en esencia, la asunción de las formulaciones filosóficas europeas entorno al tema de la relación entre Derecho y Poder, más que una verdadera novedad en la fundamentación ideológica. García Pelayo sostiene que la originalidad de la declaración americana y, después de su constitución radica en los siguiente:

“las primeras tablas de derechos en sentido moderno son los *bills* de las colonias americanas al separarse de la metrópoli. Aunque evidentemente influidos por el sistema de Common Law británico y representando en muchos aspectos una

²⁸⁸ GARCÍA, M., *Derecho constitucional comparado*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1951, p.137.

²⁸⁹ CHAUNCEY, W. (ed.), *George Washington. The writings of New York (1785-1790)*, Ed. G. P. Putnam's Sons, London, vol. XI, 1891, p. 44.

²⁹⁰ SABINE, G., *Historia de la teoría política*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 291.

decantación del mismo, las declaraciones americanas significan, con todo, algo nuevo en la Historia, pues no se apela al Derecho Histórico ni a la tradición, sino a los derechos de la naturaleza humana y de la razón.”²⁹¹

Otro elemento interesante es de determinación de la existencia de un pueblo americano mediante la fórmula *Nosotros, el pueblo* que encabeza el texto constitucional. Es relevante este entendimiento porque frente a postulados donde hay una cierta entidad jurídica estatal como ocurre en Francia, en Gran Bretaña o en España, es decir, frente a contextos unitarios territorial y geográficamente definidos, las colonias americanas representaban trece territorios cuya única experiencia común era el haber estado sometidos al dominio británico toda vez que en ningún momento anterior había existido una unidad gubernativa sobre los mismos. La propia experiencia colonial es, en el imaginario americano, el elemento que les une y les convierte en un solo pueblo, dotándose así de una concepción de unidad basada en un pasado histórico común cuyo mayor elemento definitorio será el triunfo de la revolución americana. Es así como se construye la propia noción del pueblo americano como liberador triunfal que se ha mantenido constante desde entonces, teniendo su máximo nivel de aplicación en el contexto de la Guerra Fría.

El proceso constitucional tuvo lugar desde mayo hasta septiembre de 1787 de la mano de los representantes de las colonias y bajo la redacción de Hamilton y Madison. Hamilton aportó la constitución de un poder unitario por encima de los territorios como base del establecimiento de la Unión. Por su parte, Madison aportó los elementos interpretativos básicos del texto constitucional. Este espíritu se mantendría un siglo después cuando Lincoln sostuvo que:

“Yo salvaría la Unión. La salvaría por el camino más corto de acuerdo con la Constitución. Lo más rápidamente que la autoridad nacional pueda ser restaurada, más rápidamente la Unión será “la Unión como elle era.” Si hay algunos que no salvarían la Unión a menos que salvaran a la vez la esclavitud, no estoy de acuerdo con ellos. Si hay algunos que no salvarían la Unión a menos que al mismo tiempo destruyeran la esclavitud no estoy de acuerdo con ellos. (...) Lo que hago por la esclavitud y por la raza negra lo hago porque creo que me ayuda a salvar la Unión y de lo que me abstengo, me abstengo porque creo que me ayuda a salvar la Unión.”²⁹²

²⁹¹ GARCÍA, M., *Derecho...*, op. cit., pp. 138-139.

²⁹² HAY, J. y NICOLAY, J. G. (ed.), *Abraham Lincoln: complete works*, vol. II, Ed. The Century co., New York, 1902, pp. 227-228.

Tal y como sostiene Murray Butler, lo que determinó que se aprobase la constitución y lo que la ha mantenido vigente con sus enmiendas ha sido el hecho de que es lo suficientemente generalista como para incluir un amplio consenso y lo suficientemente concisa en torno a los principios esenciales para permitir la resolución de conflictos en atención a las diferentes circunstancias y contextos, delimitando de manera nítida lo que es objeto de resolución por la vía de la legislación ordinaria, de lo que requiere de un referendo constitucional.²⁹³

Se redactaron un total de siete artículos sobre el poder legislativo, el poder ejecutivo, el poder judicial, las garantías, los mecanismos de reforma, los compromisos constitucionales y el quorum de ratificación por los estados. Frente a los planteamientos presentes en otros textos constitucionales, el americano postula un sistema de establecimiento de garantías y controles en el ejercicio del poder. Este es, quizás, el elemento que ha determinado su pervivencia frente a lo ocurrido en sede europea. Expone Massip que

“Los fundadores temían a la demagogia de las asambleas y calcularon fríamente el medio de minimizar sus efectos. (...) Por este sistema ningún partido ni facción política puede, en una sola elección, monopolizar el poder... Como buenos realistas, los fundadores confiaron al tiempo el apaciguamiento de los espíritus.”²⁹⁴

Esto supuso la determinación de dos principios: un primer principio de soberanía del pueblo estadounidense en su más amplia concepción y un principio de respeto a la autonomía de comunidades reducidas, aun estando incluidas en una nación mayor. El elemento de mayor crítica ha sido el de la capacidad revisionista del poder judicial frente a los postulados férreos de protección de la seguridad jurídica presentes en el derecho europeo y propios de la tradición alemana. Otra de las críticas que han recibido los postulados de la revolución americana parten de la percepción ejemplarizante han difundido en el marco de sus actuaciones exteriores desde su constitución. A este respecto, John Adams, segundo presidente de los Estados Unidos de América, expresó que

“Las gentes de Sudamérica son las más ignorantes, las más intolerantes, las más supersticiosas de todos los católicos romanos de la Cristiandad... Ningún

²⁹³ MURRAY, N., *Los constructores de los Estados Unidos*, Ed. Compañía General de Ediciones, México, 1944, pp. 97-98.

²⁹⁴ MASSIP, J. M., *Los Estados Unidos y su presidente*, Ed. Destino, Barcelona, 1952, p. 23.

católico en la Tierra mostró devoción tan abyecta para con sus sacerdotes, superstición tan ciega como ellos... ¿Era acaso probable, era acaso posible que un gobierno libre fuese introducido y establecido entre tales gentes, sobre tan vasto continente, o en cualquier parte de él? Me parecía tan absurdo como sería establecer democracias entre las aves, las bestias y los peces.”²⁹⁵

La influencia de la revolución americana en el pensamiento de las colonias hispánicas no provocó una independencia inminente, toda vez que el contexto inmediatamente posterior, derivado del fracaso de la revolución francesa, llevó a la invasión napoleónica del territorio español y a una reafirmación en las colonias españolas en América Latina de los criterios de identidad compartida, como el lenguaje, la cultura y la fe. Sostiene Artola que “el resultado más trascendental de los sucesos que han tenido por escenario España entera y por protagonistas a todos los españoles, es el sentimiento de reasunción de la soberanía del pueblo, puesto de relieve en todos los escritores del momento.”²⁹⁶

Esta afirmación y la respuesta colonial hispánica ante la invasión francesa no son el resultado de ignorancia en el sentido expresado por Adams, sino el resultado de procesos de colonización sustancialmente diferenciados en el modelo inglés y en el modelo hispánico. Fue precisamente, una desconfianza hacia la capacidad de la monarquía hispánica por resistir. La invasión la que terminó por generar el caldo de cultivo para la independencia de las colonias hispánicas ante la posibilidad de terminar subsumidas en el dominio francés. Sostiene Rodríguez que

“El proceso de independencia de la América española no constituyó un movimiento anticolonial, como muchos afirman, sino que formó parte tanto de una revolución dentro del mundo hispánico como de la disolución de la Monarquía española. A decir verdad, España fue una de las nuevas naciones que surgió de la desintegración de aquella entidad política mundial.”²⁹⁷

Esto es una muestra de cómo el discurso triunfal de la independencia de los Estados Unidos ha sido empleado como ideal libertario. Lo cierto es que esta ha sido una constante política estadounidense desde la adquisición de la independencia debido, quizás, al fuerte crecimiento económico y a la fuerte capacidad de resiliencia que mostró el pueblo americano tras su independencia. No obstante lo anterior, lo cierto es que la

²⁹⁵ ADAMS, C. F. (ed.), *The works of John Adams, Second President of the United States: with a life of the author, notes and illustrations*, vol. 10, Ed. Brown and co., Boston, 1856, pp. 144-145.

²⁹⁶ ARTOLA, M., *La España de Fernando VII*, Ed. Esapsa, Madrid, 1968, p. 68.

²⁹⁷ RODRÍGUEZ, J. E., “Sobre la supuesta influencia de la independencia de los Estados Unidos en las independencias hispanoamericanas”, *Revista de Indias*, n°250, vol. 70, 2010, pp. 691-714, pp. 701-702.

propia definición cultural de Norteamérica es una herencia de un cúmulo de tradiciones adquiridas por la inmigración. Una de las publicaciones que ha venido a favorecer la cultura de la exportación del ideal americano, y que sería trasladada al ámbito del fenómeno de exportación de la democratización, es el libro ya mencionado *Sobre la revolución*, de Hannah Arendt. Esta obra supone una aproximación a la revolución americana basada en la libertad y una aproximación a las revoluciones liberales europeas basada en la propiedad privada y el desarrollo económico; en otras palabras, construye la idea de un mito sobre la libertad en el contexto revolucionario americano, y la idea del liberalismo económico en las tradiciones europeas hasta el punto de negar el carácter revolucionario del contexto francés:

“Pero ni la violencia ni el cambio pueden servir para describir el fenómeno de la revolución; sólo cuando el cambio se produce en el sentido de un nuevo origen, cuando la violencia es utilizada para constituir una forma completamente diferente de gobierno, para dar lugar a la formación de un cuerpo político nuevo, cuando la liberación de la opresión conduce, al menos, a la constitución de la libertad, solo entonces podemos hablar de revolución.”²⁹⁸

Este análisis ha sido recurrente en el marco de la política exterior norteamericana y en el discurso que, como consecuencia, de su independencia se utilizó, basado en una suerte de supremacía moral y política sobre las metrópolis europeas. Un elemento positivo de este influjo fue el hecho de que como ninguna otra revolución colonial había conseguido prosperar hasta la independencia, no existía tradición constituyente ni constitucional en las motivaciones independentistas coloniales; el caso americano determinó que en los posteriores procesos de independencia colonial, una de las aspiraciones a futuro fuese la redacción de un texto constitucional para la determinación del régimen territorial, de derechos y de los sistemas de garantías.

Un elemento negativo fue el hecho de que, en el imaginario colectivo internacional, se intentó trasladar un modelo considerado exitoso sin su adecuación a las particularidades de cada contexto, determinando el fracaso de procesos revolucionarios y constituyentes. El hecho de que la tradición estadounidense haya mitificado la revolución y su propia democracia en el marco nacional y en el marco de su actuación exterior

²⁹⁸ ARENDT, H., *Sobre la... op. cit.*, p. 36.

ejerciendo un dominio indirecto sobre otros procesos de liberación, ha significado, en la práctica, una replicación permitida y controlada desde arriba.

Zinn propone una nueva historiografía norteamericana, menos centrada en el discurso y en las figuras y más próxima a los hechos, los sustratos ideológicos y el contexto social. Entorno a la revolución americana sostiene que:

“hacia el año 1776, algunas personas importantes de las colonias inglesas descubrieron algo que resultaría enormemente útil durante los doscientos próximos años. El hallazgo fue el pensar que si creaban una nación, un símbolo, una entidad legal llamada Estados Unidos, podrían arrebatárles las tierras, los beneficios y el poder político a los favoritos del Imperio Británico. Y que además, en este proceso, podrían desactivar una serie de rebeliones potenciales y crear un consenso de apoyo popular para la andadura de un nuevo y privilegiado liderazgo. Vista así, la Revolución Norteamericana fue una operación genial y los Padres de la Patria se merecen el respetuoso tributo que han recibido a lo largo de los siglos. Crearon el sistema más efectivo de control nacional diseñado en la edad moderna y demostraron a las futuras generaciones de líderes las ventajas que surgen de la combinación del paternalismo y del autoritarismo.”²⁹⁹

El propio fenómeno constituyente estadounidense es fruto de la misma clase social que instigó la revolución y la lideró hacia la independencia, más que de un verdadero consenso social, refrendo popular o labor de representatividad. De conformidad con Zinn, el mito de la revolución parte del propio texto constitucional en el sentido de que apoyándose en símbolos nacionales y en una cultura socio-política ligada al patriotismo, la constitución se ha erigido en representatividad del pueblo en sus orígenes, cuando lo cierto es que su representatividad o potencial representativo ha venido dado por la aceptación generalizada posterior. En otras palabras, la propia revolución americana adolece del mismo elemento que la revolución francesa, a saber, el hecho de ser revoluciones de representación liberal burguesa, y no revoluciones populares, tanto en su planificación como en su desenlace y sostenimiento ideológico. En esencia, la revolución americana ha constituido el punto de inicio de una cultura política definida por la colonización inglesa y por la contraposición de la libertad como sinónimo de creación de una nación.

²⁹⁹ ZINN, H., *La otra historia de Estados Unidos*, Ed. de Ciencias Sociales, La Habana, 2004, p. 60.

b. LA REVOLUCIÓN FRANCESA. EL PRIMER EMPLEO DE LA MASIFICACIÓN POLÍTICA.

La Revolución Francesa, su impacto y repercusiones han sido objeto de multitud de estudios y debates de carácter historiográfico. Lo relevante a efectos de sus aportaciones al fenómeno de la democratización radica en su carácter de revolución liberal y en el marcado carácter o intencionalidad de ruptura con el llamado Antiguo Régimen. No es objeto del presente estudio abordar de manera cronológica la propia Revolución, sino sus implicaciones, postulados y aportaciones al contexto de la democratización como fenómeno internacional. La Revolución Francesa, tal y como sostiene Martínez,

“supuso una nueva era en las Relaciones Internacionales, al introducir el factor ideológico como determinante en las mismas, primero con la pugna entre revolución y absolutismo, luego entre liberalismo y conservadurismo, más tarde entre democracia y totalitarismo o entre capitalismo y comunismo.”³⁰⁰

Alexis de Tocqueville, ofrece un análisis sobre las circunstancias que determinaron que el germen europeo de esa ruptura se situase en Francia.

La victoria de los revolucionarios franceses frente al intento prusiano por detener el avance de la misma y mantener a Francia en el seno de los territorios monárquicos, generó que la Asamblea diese paso a la Convención que aboliría la monarquía en Francia y ejecutaría a Luis XVI. Esta revolución recoge el testigo de los postulados iusnaturalistas propios de los siglos XVI y XVII cuya consecuencia era, en esencia, la limitación del poder de los reyes enunciando una serie de derechos naturales y esenciales que condicionaban necesariamente el desempeño de la política. Lo cierto es que el propio origen de los postulados iusnaturalistas se remonta a la idea de limitar el poder de las monarquías absolutas frente al Papado mediante el desarrollo de la Escuela de Salamanca y de la tesis de Francisco de Vitoria, en atención a la cual la organización de los individuos en sociedad responde a una jerarquía normativa que abarca desde Dios hasta las normas civiles de las que se dotan los hombres, es decir, el derecho positivo. Esta aproximación suponía que el marco normativo no tenía su explicación o su surgimiento y legitimación en el poder del soberano, sino en una jerarquía normativa predefinida y formada por una

³⁰⁰ MARTÍNEZ, L., *Introducción a la Historia de las Relaciones Internacionales*, Ed. Omnia Mutantur, Valladolid, 2016, p. 49.

Ley Divina a partir de la cual el hombre puede conocer como dios ha querido que sea el mundo; una Ley Natural que determina las características de los hombres y una Ley Positiva realizada por los propios hombres. La conclusión relevante en materia de relaciones entre individuo y poder que influiría notablemente en los postulados ideológicos y jurídicos de la Revolución Francesa, consistía en que la ley positiva debía ser necesariamente un reflejo de la voluntad divina. En esencia, el planteamiento consiste en la existencia de una serie de principios naturales y prepolíticos cuya observancia en requisito necesario para el respeto y la obediencia al poder; así, lo que se genera es un espacio para la presencia de criterios morales anteriores a la existencia misma del Poder que determinan el contenido del derecho positivo y legitiman o no al poder en atención al grado de compatibilidad entre la ley natural y el derecho positivo.

Esta idea sufrió un proceso de secularización y es, fundamentalmente Altusio quien introduce la idea del contrato social, es decir, quien propone una situación prepolítica en la que, los hombres deciden asumir la existencia de una autoridad sobre la base de que respetará los principios que emanan del derecho natural.³⁰¹ Es Grocio quien termina de definir dicha secularización a través de la introducción de los principios propios de la revolución científica y el racionalismo en el campo del análisis político tanto nacional como internacional. Tocqueville define dicho periodo de la siguiente manera:

“el espíritu humano se entregaba en toda Europa a movimientos tan irregulares, incoherentes y extraños como no se había visto desde hacía siglos [...]. La idea de grandeza del hombre en general, de la extensión ilimitada de sus luces, había calado en los espíritus y los embargaba; y a esta soberbia noción de la humanidad en general se mezclaba un desprecio contra natura por la época en que se vivía y por la sociedad de que se formaba parte.”³⁰²

El autor vino a sostener que los hombres se asocian para preservar los principios del derecho natural y ordenar la relación con sus semejantes a través del cumplimiento de una serie de pactos; en esencia, hay una idea de contrato social consistente en la generación de las condiciones óptimas de seguridad para la búsqueda de los propios fines individuales a través de la correspondencia entre principios naturales y leyes positivas. El elemento esencial en Grocio es la determinación de la existencia de una serie de principios de justicia universales, es decir, válidos en todo tiempo y lugar por ser inherentes a la razón y la naturaleza humanas llegando a definir el derecho natural como “el dictado de

³⁰¹ ALTUSIO, J., *Política*, Ed. CEPC, Madrid, 1990.

³⁰² TOCQUEVILLE, A., *Inéditos sobre la Revolución*. Ed. Dossat, Madrid, 1980, p.37.

la recta razón.”³⁰³ La influencia de Grocio en el marco de la Revolución Francesa puede definirse en atención a la utilidad política de sus postulados ya que determina una serie de pautas de relación y límites entre el individuo, la sociedad y el poder:

En primer lugar, supone la determinación de un criterio de obediencia basado en la universalidad de la capacidad racional humana para determinar aquellas manifestaciones del derecho positivo que puedan ser contrarias a la misma.

En segundo lugar, establece un criterio de presencia y necesidad del Derecho en el sentido de que este es inherente a la propia capacidad racional del ser humano y no una ficción social.

En tercer lugar, supone evitar el riesgo de la volatilidad de las normas que se apreciaba en Maquiavelo.

En cuarto lugar, genera un mecanismo de fundamentación de los principios generales que elude el componente divino poniendo el foco de atención en la naturaleza humana. El problema que planteaba era determinar hasta qué punto la naturaleza humana y los principios jurídicos que de ella pudieran desprenderse eran inmutables cuando las manifestaciones conductuales humanas iban variando. La respuesta de Grocio a esa posible incongruencia consiste en la elusión de los componentes políticos, culturales o religiosos; en otras palabras, Grocio sostiene que los principios enunciados en los ordenamientos jurídicos no son la manifestación de ese derecho natural, sino el fruto de una serie de pactos y acuerdos políticos, religiosos y culturales, pero que, al margen de ellos, existe un derecho natural inherente a cualquier ser humano con independencia de las influencias culturales, religiosas o contextuales. Aquí se encuentra el germen del paradigma del ideal de justicia basado en los DDHH y que puede ser condensado de la siguiente manera: existe una única naturaleza humana no vinculada a un lugar o tiempo determinado, anterior al comportamiento político y a las manifestaciones e influencias culturales y, por tanto, universal. La recogida de los postulados de Grocio por las revoluciones liberales es la que ha determinado la existencia de una fundamentación del poder en la que el derecho es universal y universalizable.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se aprecia esta idea de que, por encima de las cuestiones políticas y sociales, se encuentra una naturaleza

³⁰³ GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz*, Ed. Maxtor, Valladolid, 2020.

humana, de la que se desprenden una serie de derechos naturales, inalienables e inviolables. La expresión “todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”³⁰⁴, es la finalización del modelo de sociedad estamental y de un criterio de otorgamiento de derechos hacia un modelo basado en el reconocimiento.

Este planteamiento conecta con los orígenes de la llamada tradición liberal que pueden asociarse con Locke, quien fundamenta una nueva forma de entendimiento de la política sistematizando los principios de la Revolución Gloriosa inglesa, que instauró el primer modelo de monarquía mixta heredando el enfoque medieval de toma de decisiones monárquicas a través de la consulta a las Cortes. Lo cierto es que los postulados de Locke no abogan por un enfoque democrático, pero sí suponen las primeras aproximaciones hacia un régimen de poder basado en la ausencia de concentración y en las instituciones de control. En su obra titulada *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Locke introduce una enunciación de los principios iusnaturalistas de implicaciones revolucionarias al sostener que existen derechos naturales e innato que pertenecen a las personas por el mero hecho de serlo, que no requieren de un reconocimiento gubernamental y que, por tanto, modifican la naturaleza del poder ejecutivo atribuyéndole la labor de protegerlos y garantizarlos en vez la del reconocimiento de prerrogativas o privilegios.

En contraposición a los postulados de Hobbes, Locke entenderá el estado de naturaleza como un estado de paz y convivencia o cooperativo dentro del cual falta el elemento que haga posible la garantía de los derechos naturales, definiendo que, en ese estado primigenio y anterior al fenómeno de lo político, hay “una ley de naturaleza que lo gobierna y que obliga a todos.”³⁰⁵

El papel del gobierno civil viene delimitado por el hecho de que, en el estado de naturaleza, la ley natural rige, pero son los propios hombres quienes la aplican en defensa de sus intereses; en otras palabras, “el gobierno civil ha de ser el remedio contra las inconveniencias que lleva consigo el estado de naturaleza, las cuales deben ser, ciertamente, muchas cuando a los hombres se les deja ser jueces de su propia causa.”³⁰⁶

El paso de un estado de naturaleza a un estado de gobierno civil pasa por una pieza fundamental en el pensamiento liberal que es el llamado consentimiento, es decir, la toma

³⁰⁴ Artículo 1 de la Convención de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

³⁰⁵ LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen y fin del gobierno civil*, Ed. Alianza, Madrid, 2014, p. 38.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 43.

de una decisión consciente por la constitución de un poder para la protección de esos derechos naturales. El consentimiento en Locke se vincula con el individualismo moral, es decir, con el entendimiento de cada ser humano es una persona o entidad autónoma que actúa y piensa por sí mismo hasta el punto de que “aquel que quiere ponerme bajo su poder sin mi consentimiento podría utilizarme a su gusto en cuanto me tuviera, y podría asimismo destruirme en cuanto le viniese en gana. (...) Estar libre de esa coacción es lo único que puede asegurar mi conservación.”³⁰⁷

La esencia del Estado, por tanto, se encuentra en dos ámbitos: dotar al poder consentido de capacidad para legislar y de capacidad para castigar la transgresión normativa, y limitar el poder para mantener esa autonomía propia del individualismo moral. De la misma manera que se exponía que una de las caracterizaciones de la democracia actual es la demoprotección entendida como la protección frente a la tiranía, Locke sostiene que el elemento esencial de ese poder consentido radica en establecer limitaciones para que no caiga en la arbitrariedad. Locke sostiene para ello que “en una sociedad civil, ningún hombre puede estar exento de las leyes que la rigen.”³⁰⁸

En esencia, el pacto que da lugar a la conformación de una sociedad y de un gobierno civil se caracteriza por ser un acuerdo de voluntades entre un grupo de hombres con vocación de instituir un cuerpo político, dando cada uno de ellos su consentimiento y cediendo, al mismo tiempo, su poder individual de dictar leyes, ejecutarlas y juzgar a ese nuevo cuerpo político. Se genera así un poder legislativo que, respetando la ley natural plasma el derecho natural en normas de derecho positivo escritas y aplicables en términos de igualdad formal y homogeneiza la interpretación de las mismas.³⁰⁹

Hay dos elementos más dentro del modelo de sociedad política definido por Locke trascendentales a efectos de comprender el alcance de las revoluciones liberales:

En primer lugar, la noción de consenso mayoritario como pauta para la toma de decisiones sobre la base de que el consentimiento implica la sumisión, no a un poder absoluto como el monárquico absolutista, sino a la voluntad de la mayoría, llevando este postulado hasta el extremo de considerar que

³⁰⁷ *Íbidem*, p. 47.

³⁰⁸ *Íbidem*, p. 110.

³⁰⁹ *Íbidem*, pp. 111-ss.

“si el consenso de la mayoría no fuese recibido como acto de todos, con fuerza para obligar a cada individuo, sólo el consentimiento de todos y cada uno de los individuos en particular podría hacer que algo fuese tomado como decisión del pleno. (...) Si en un cuerpo político la mayoría no pudiese tomar decisiones obligatorias para todos los demás, dicho cuerpo no podría actuar como tal y se disolvería inmediatamente.”³¹⁰

Hay un alto grado de practicidad o de realismo en este enfoque, así como una crítica encubierta a los modelos de participación directa. El modelo propuesto por Locke no es democrático, pero sí define una serie de principios operativos en el seno de las democracias actuales, de ahí que el concepto empleado mayoritariamente para definir las sea el de democracias de corte liberal. Lo que subyace es la pretensión de determinar unas limitaciones al poder que no supongan la inoperancia del mismo, toda vez que, de ser así, no tendría sentido la constitución de un gobierno civil.

En segundo lugar, el concepto de arbitrariedad o tiranía definido por Locke. El autor sostiene que

“Si la usurpación es el ejercicio de un poder al que otra persona tenía derecho, la tiranía es un poder que viola lo que es de derecho; (...) consiste en hacer uso del poder que se tiene, más no para el bien de quienes están bajo ese poder, sino para propia ventaja de quien lo ostenta. (...) Allí donde termina la ley empieza la tiranía.”³¹¹

De esta manera, Locke está sosteniendo que, ante el ejercicio tiránico del poder, el pacto social se rompe, se fractura. Una de las lecturas posibles es la justificación de la rebelión en caso de tiranía, toda vez que, en atención a sus postulados, la autoridad que actúa contrariamente a la ley pierde ese carácter de autoridad reconocida mediante el consentimiento de los hombres.

La primera etapa de la Revolución Francesa, que abarca desde 1789 hasta 1792, es la denominada como Monarquía Constitucional, definida por la vigencia de la Constitución de 1791 que establecía un marco de división de poderes, en línea con la ausencia de concentración del poder defendida por Locke; un principio de soberanía nacional basado en el carácter representativo de la institución parlamentaria y en el

³¹⁰ *Íbidem*, p. 113.

³¹¹ *Íbidem*, p. 196-198.

componente mayoritario de la toma de decisiones; y una abolición de los gremios en línea con la abolición de los derechos feudales propia de la Asamblea Constituyente de 1789.

No obstante, aunque durante esos tres años se estableció ese modelo, la división política presente en Francia hacía notable la fragilidad del pacto toda vez que no existía acuerdo en torno a la forma de gobierno ni sobre las dinámicas de ejercicio del poder. En el frente monárquico convivían absolutistas y constitucionales; y en el frente republicano, convivían los girondinos próximos a los postulados liberales de Locke en torno al individuo y la propiedad; los jacobinos partidarios de un modelo de democracia más directo; y los llamados *sans-culottes*, que venían a representar a las clases rurales de artesanos y campesinos, cuyos intereses no estaban representados ni legitimados en la revolución originaria en tanto que fue definida por la burguesía francesa. Este es uno de los elementos que vendrían a generar una lectura inicial de la primera etapa de la revolución basada en el comunitarismo, y una lectura posterior basada en la teoría marxista de la lucha de clases.

En cuanto al planteamiento comunitarista, este es una reacción al racionalismo y al individualismo moral de corte liberal cuyo mayor exponente en la época es Rousseau. Supone una reconstrucción absoluta de los postulados liberales ya que parte de una idealización del individuo prepolítico y de una condena al individuo social o, mejor dicho, al individuo socializado mediante los parámetros del liberalismo político. La gran crítica de Rousseau a los postulados liberales es el hecho de que el modelo de gobierno civil que instituye es un modelo de carácter egoísta y la solución a la problemática de la ruptura de la igualdad material por el favorecimiento de la mera igualdad formal se soluciona a través de la construcción de una buena sociedad. El cambio esencial estriba en la naturaleza del pacto social que deja ser un mecanismo para hacer valer sus derechos en individuales para convertirse en una subordinación del individuo al colectivo. Se trata de un modelo de libertad basado en una igualdad de componente material y en el que la libertad se manifiesta por el seguimiento de la voluntad general sobre la base de que

“La maldad no es en el fondo más que la oposición de la voluntad particular a la voluntad pública, por lo que nadie podría tener libertad entre los malvados, dado que si cada uno hace su voluntad, será siempre contraria a la voluntad pública o a la de su vecino y, muy frecuentemente, a las dos, y si es obligado a obedecer la voluntad pública nunca hará la suya. Siendo la voluntad general en el estado la regla de lo justo y de lo injusto, y dirigida siempre al bien público y particular, la autoridad pública no debe ser más que la ejecutora de tal voluntad, de donde se sigue que, entre

todas las formas de gobierno, la mejor por naturaleza es la que se corresponde mejor; aquella cuyos miembros tiene el menor interés personal contrario al del pueblo.”³¹²

La diferencia sustancial es que mientras en el concepto central del liberalismo político de Locke lo esencial es la ley como resultado de un acuerdo o regla de mayorías, en Rousseau la ley es producto de la ausencia de discrepancias en tanto que la sumisión del individuo en el colectivo genera unanimidad como expresión o sinónimo de la voluntad general:

“si el gobierno se constituye como debe ser y sigue los principios debidos, su primer cuidado en la economía o administración pública será el de velar sin cesar por la ejecución de la voluntad general que constituye, a la vez, el derecho del pueblo y la fuente de su felicidad. Toda decisión de esta voluntad se llama ley; por consiguiente, el primer deber de los jefes es velar por la observancia de las leyes.”³¹³

El postulado comunitarista parte de la supresión de los intereses minoritarios por su subsunción dentro del ideal de la comunidad, toda vez que solo a través de la eliminación de las particularidades, el individuo es verdaderamente libre. Uno de los grandes problemas de Rousseau se plantea ante la posibilidad de que diverja la expresión de esa voluntad general, de los intereses individuales acumulados de mucha ciudadanía. El papel de guía ante esa posibilidad, Rousseau lo sitúa en el legislador:

“Por sí mismo el pueblo siempre quiere el bien, pero por sí mismo no siempre lo ve. La voluntad general es siempre recta, pero el juicio que la guía no siempre es esclarecido. Hay que hacerle ver los objetos tales como son, a veces tales como deben parecerle, mostrarle el buen camino que busca, garantizarle contra la seducción de las voluntades particulares, aproximar a sus ojos los lugares y los tiempos, contrapesar el atractivo de las ventajas presentes y sensibles con el peligro de los males lejanos y ocultos. Los particulares ven el bien que rechazan; el público quiere el bien que no ve. Todos tienen por igual necesidad de guías. Es necesario obligar a los unos a conformar sus voluntades (particulares) con su razón; es necesario enseñar al otro a conocer lo que quiere. Entonces, de las luces públicas resulta la unión de la voluntad y del entendimiento en el cuerpo social; de ahí la exacta concurrencia de las partes, y, finalmente, la mayor fuerza del todo. He aquí de donde nace la necesidad de un legislador.”³¹⁴

³¹² RUBIO, J., “Jean-Jacques Rousseau: Fragmentos políticos. Traducción crítica”, *Contrastes*, vol. XI, 2006, pp. 234-253, p. 244.

³¹³ *Ibidem*, p. 245.

³¹⁴ ROUSSEAU, J. J., *Escritos polémicos. Cartas a Voltaire, Malesherbes, Beaumont y Mirabeau*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pp. 44-45.

Hay dos nociones interesantes en este planteamiento y que fueron asumidas por los jacobinos franceses: la idea de que la voluntad general obliga y la consideración misma del legislador que, en la práctica, no deviene en una entidad abstracta, sino en un ente institucional personalizado. En esencia, el concepto de igualdad defendido por Rousseau se articula sobre la ausencia de responsabilidad y el de libertad sobre la sumisión al grupo determinando en el que, frente a la eliminación de las libertades de decisión individual en favor de la asunción de aquellas determinadas por la voluntad general, el individuo pierde la responsabilidad que sí tiene en el marco del individualismo moral planteado por Locke.

En 1793, tras la ejecución del rey Luis XVI y de su familia, la llamada Convención Jacobina redacta una nueva constitución que incluye sufragio universal directo, soberanía popular e igualdad ante la ley, pero que atribuye el poder ejecutivo a un Comité de Salvación Pública dirigido por Robespierre. Los jacobinos tomaron el poder por la fuerza el 9 de agosto de 1792 en París y esto supuso la abolición de la monarquía y la supresión de los títulos honoríficos, otorgando a todas las personas la condición de ciudadanía con independencia de la posición social. No obstante lo anterior, la toma del poder por la fuerza se hizo bajo el pretexto de desviación de la voluntad general que había inspirado la propia revolución en 1789. El 11 de julio de 1792 se declararían un estado de peligro para la patria como consecuencia de las acciones emprendidas por otras potencias europeas a través de la Declaración de Pillnitz para frenar la revolución.

Hampson sostiene que hubo un cambio sustancial desde el espíritu que impulsó la revolución, en el que existía un cierto consenso acerca de la necesidad de reemplazar el antiguo orden por unas instituciones nuevas, hasta el establecimiento del régimen del terror de Robespierre.³¹⁵

La interpretación realizada de la soberanía popular de Rousseau y de las atribuciones de la voluntad general derivaron en el establecimiento de un modelo territorial unitario y de lo que ha venido denominándose la negación de la identidad de contrario, es decir, la homogeneización de los miembros de la sociedad y de los grupos de intereses sociales. En esencia, esto venía a constituir la necesidad de un debate político primigenio para dilucidar cuál era el sentido de la voluntad general, y la imposibilidad

³¹⁵ HAMPSON, N., *Prelude to Terror*, Ed. Basil Blackwell, New York, 1988, p. 10.

práctica de modificarla o discutirla una vez determinada. Esto vino a justificar el empleo de políticas represivas contra cualquier atisbo de oposición.³¹⁶

Un elemento esencial que venía de la mano del comunitarismo y que tuvo influencia en el éxito primigenio de la revolución fue la propia concepción de las masas. Sostienen North y Thomas que uno de los factores que determinó el manejo de las masas en el contexto revolucionario francés vino dado por el hecho de que existían una serie de grupos sociales marginales que reclamaban verse reconocidos e insertados en el entramado institucional y que esto partía del problema consistente en que “en Europa occidental, el feudalismo se extinguió hacia 1500, pero el capitalismo - tal como lo conocemos hoy- no había nacido aún.”³¹⁷

La economía francesa había experimentado un cambio sustancial desde el modelo de productividad y dependencia señorial latifundista del feudalismo hacia un modelo basado en el pequeño propietario rural y en la conversión de los campesinos en asalariados libres, aunque dependientes aún de la clase burguesa. En ese contexto en que una perspectiva económica no había derivado en mejores condiciones de vida o en el establecimiento de cauces de reconocimiento de legitimidad institucional a esa masa social de componente humilde, se creaba el caldo de cultivo perfecto para lo definido por Saint Just:

“Nada suena tan agradablemente al oído de la libertad como el tumulto y los gritos de una asamblea popular. Gracias a ellos se despiertan los más grandes sentimientos, se desenmascaran las indignidades, el mérito personal brilla en todo su esplendor y todo lo falso abre paso a la Verdad.”³¹⁸

El itinerario de la Revolución Francesa tuvo buena parte de improvisación desde el planteamiento de la fundamentación democrática toda vez que los vacíos de poder generados por la ruptura con el feudalismo, así como la presencia del llamado tercer estado constituido en agente con intencionalidades políticas, generaban un primer contexto abierto de política destinada a las masas. Tal y como reseña Tocqueville, el

³¹⁶ *Ibidem*, p. 74.

³¹⁷ NORTH, D. C. y THOMAS, R. P., *El nacimiento del mundo occidental (900-1700)*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1978, p. 198.

³¹⁸ SAINT-JUST, L., *El espíritu de la Revolución*, Ed. Melina, Buenos Aires. 1965. p. 36

mejor ejemplo de esto fueron los *cahiers de doléances* en los que se recogían todas las aspiraciones de esa nueva clase social:

“las campanas de cada una de las parroquias rurales de Francia reunieron a los habitantes en la plaza a la puerta de la iglesia; y allí se pusieron a componer juntos, por primera vez desde los orígenes de la monarquía, lo que todavía se llamaba, como en la Edad Media, el *cahier des doléances* o memorial de agravios del Tercer Estado.”³¹⁹

Esto supuso el desencadenamiento de una serie de cambios políticos novedosos, no solamente en cuanto a la fórmula de gobierno o el modelo de estado, sino entorno al régimen de participación, los intereses en conflicto y la canalización de prioridades. Burke describe la situación de la siguiente manera:

“teníais toda esa combinación y oposición de intereses, esa acción y contra-acción que en el mundo natural y el político deduce de la lucha de fuerzas discordantes, la armonía del universo. Estos intereses opuestos y contradictorios, que considerabais como un defecto tan grande de nuestra antigua y de nuestra actual constitución, interponen un contrapeso razonable a toda revolución precipitada. Hacen que la deliberación no sea cuestión de elección sino de necesidad; (...). Gracias a aquella diversidad de miembros e intereses, la libertad general tenía tantas seguridades como opiniones separadas existían entre los diferentes órdenes. (...) habéis preferido actuar como si no hubierais formado nunca una sociedad civil y como si tuvierais que comenzar todo desde la base.”³²⁰

El análisis de Burke ofrece una serie de consideraciones interesantes a efectos transicionales. La primero de ellas consiste en la idea de la moderación en sede transicional y en la gestión de los tiempos; ya se aprecia como un proceso, en este caso, revolucionario, cuyas iniciativas obedecen a una flexibilización de los mecanismos políticos y a la apertura de cauces de participación, aunque restringidos, por ejemplo en materia de sufragio este era sólo accesible a los hombres de clase alta, mientras que, los miembros del tercer estado sólo podían ejercer un derecho de sufragio activo siendo mayores de 25 años y encontrándose registrados en el censo de contribuyentes. La segunda de ellas es la idea de continuidad o de ruptura. Los procesos revolucionarios obedecen a una lógica en atención a la cual es necesario liquidar lo anterior para instaurar un orden absolutamente nuevo y que no mantenga vinculaciones con el régimen anterior; esto supone, por tanto, reiniciar de alguna manera la idea del contrato social para la

³¹⁹ TOCQUEVILLE, A., *Inéditos... op. cit.*, p. 99.

³²⁰ BURKE, E., *Textos políticos. Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1942, pp. 70-71.

modificación de sus condicionantes, con el riesgo de que se establecen grupos sociales dominantes o de control durante la revolución que guían los intereses, finalidades y objetivos de la misma, y que si bien pretender instaurar un orden nuevo, este viene adoleciendo de las carencias del régimen anterior toda vez que los mecanismos de legitimación de los discursos no han sido restaurados y toda vez que no existía cultura de participación política.

Es en ese clima de desconcierto en el que el colectivo jacobino, haciendo el primer empleo conocido de una política de masas, aplica los postulados comunitaristas para determinar la expresión de la voluntad general y justificar la persecución de quien no se somete a ella como un peligro contra toda la nación y contra el espíritu mismo de la revolución. La propia Revolución Francesa se convirtió en una paradoja de sí misma con el conocido como régimen del terror de Robespierre, un estado en el que quedaron suspendidas todas las garantías constitucionales y, por tanto, todos los derechos reconocidos. Tal y como sostiene Tocqueville, “por radical que fuera la Revolución, fue, no obstante, menos innovadora de lo que se supone generalmente.”³²¹

Uno de los análisis más interesantes sobre la rápida involución del experimento revolucionario francés lo realizó Lefebvre a través de la caracterización de los momentos posteriores a la simbólica toma de la Bastilla de 1789 como el Gran Miedo.³²² Lo que motivó el apoyo popular a la iniciativa burguesa de la Revolución fue el miedo a los bandidos por parte del campesinado francés; después, la huida del rey o la invasión extranjera se convirtieron en los motores de un miedo colectivo y, como expondría, Vovelle, casi de clases.³²³ El componente de clases es curioso en el ámbito revolucionario francés porque al servicio de los intereses de la clase dirigente conformada esencialmente por letrados que dirigían las secciones locales se concentró toda la canalización de los intereses agrupados de los *sans-culotte*, pero sin que estos tuvieran una representatividad real en el ámbito de la toma de decisiones. Tal y como sostienen Furet y Ozouf, un elemento ejemplificador de esta circunstancia fue el alto nivel de abstencionismo en las elecciones para la Convención de 1792, donde de siete millones de votantes censados, seis de ellos se abstuvieron.³²⁴

³²¹ TOCQUEVILLE, A., *El Antiguo régimen y la revolución*, Ed. Guadarrama, Madrid, 1969, p. 48.

³²² LEFEBVRE, G., *El gran pánico de 1789*, Ed. Paidós, Barcelona. 1986.

³²³ VOVELLE, M. *La mentalidad revolucionaria*, Ed. Crítica, Barcelona, 1989, p. 66.

³²⁴ FURET, F. y OZOUF, M., *Diccionarios de la revolución francesa*, Ed. Alianza, Madrid, 1989.

La propia revolución es un acto de violencia contra la crueldad en el ejercicio público del poder absolutista. Dentro de los elementos de la Constitución de 1793 se encuentra, por un lado, el reconocimiento de los derechos naturales y por otro, la subordinación de la labor gubernamental al disfrute de dichos derechos. Sin embargo, se establecen una serie de mecanismos de control antirrevolucionario para los casos en que se aprecien usurpaciones de la soberanía nacional, decretando incluso la pena capital en su artículo 27.³²⁵ Sin embargo, el mismo texto prevé el derecho de resistencia a la opresión en su artículo 33 y el derecho a la insurrección en su artículo 35, determinando un cuerpo jurídico supremo cuyos alcances a efectos democráticos eran novedosos y avanzados para el momento histórico en el que tienen lugar. Aun hoy, una de las grandes carencias democráticas es la ausencia de institucionalización del derecho al disenso como una manifestación política del derecho a la libertad de expresión. Evidentemente, la fórmula de resistencia e insurrección está dotada de una serie de tintes de justificación del ejercicio de la violencia para la garantía de los derechos naturales y del respeto a la soberanía nacional. Estas afirmaciones, no obstante, son un arma de doble filo ya que suponen autorizar a la sociedad civil al ejercicio de la violencia, pero al mismo tiempo, dotan al estado de un elemento justificador del empleo de su monopolio en el uso de la fuerza contra civiles categorizados de amenaza a la soberanía nacional que ese gobierno representa. En un contexto de guerra civil entre los revolucionarios republicanos y los contrarrevolucionarios monárquicos, en atención a la clasificación jacobina, y en un contexto en que no se había establecido una ruptura definitiva con el régimen anterior, la necesidad de construir la convivencia política desde el inicio parecía ser el argumento a favor del empleo de la violencia. Una de las lecturas de la revolución francesa que vendría de la mano del marxismo, fue la de la lucha de clases ya que la doctrina comunitarista anticipaba en buena manera, una demonización del concepto de la propiedad privada como el elemento definitorio de las desigualdades estructurales presentes en la sociedad.

El propio Kropotkin publicaría en 1909 un libro titulado *La Gran Revolución*, dedicado al estudio del papel del campesinado y, en definitiva, del tercer estado francés en el seno de la revolución, determinando que buena parte de los éxitos conseguidos en materia de avance de derecho vinieron de la mano de revueltas populares y de un apoyo del campesinado, reconvertido en obrero, a cada propuesta revolucionaria. Eso supone admitir el empleo de las masas y de los intereses grupales en la definición de objetivos políticos y un nexo de unión entre los parámetros de las revoluciones liberales,

³²⁵ Artículo 27 de la Constitución Francesa de 1793.

reformuladas en revoluciones burguesas, respecto a las revoluciones comunistas o del proletariado. Kropotkin expondría que “Ya hemos visto cómo la idea comunista durante toda la Gran Revolución trabajó para salir a la luz, y también cómo, después de la caída de los girondinos, se hicieron muchos ensayos, algunos de ellos grandiosos, en esa dirección”³²⁶.

El autor sostiene que fue la iniciativa popular organizada mediante mecanismos de democracia directa la que dirigía el rumbo de la revolución poniendo como principal ejemplo la medida de abolición de los derechos feudales y de los títulos nobiliarios tras la revuelta campesina que derivó en la ocupación de abadías, castillos y su negativa al pago del diezmo en agosto de 1789.

No obstante, cabe plantearse hasta que punto esa medida fue una asunción de las demandas sociales o una concesión para apaciguarlas. Si se pone el foco de atención en la llegada de Robespierre al poder, se aprecia una instrumentalización de la movilización popular destinada a asegurar el fracaso de la convención girondina y, posteriormente, una erradicación de los movimientos asociativos comunales a través de una fuerte centralización, de un férreo control burocrático y de una política represiva. Para los autores próximos al comunismo, la revolución francesa supone el ejemplo de la existencia de los intereses de clase y la necesidad de una comunitarización de los mismos para hacer frente a los poderes tradicionales identificándose como propone Acha, “dos corrientes en los procesos revolucionarios. Una que ocurre en el plano de las élites y otra que se desarrolla en el seno del pueblo, y que es la fuente de la potencia revolucionaria y liberadora.”³²⁷

Rocker realiza una interpretación de la lectura de la obra de Kropotkin interesante a efectos transicionales, toda vez que, aún habiendo presente en su análisis una fuerte connotación de las divisiones de clase frente a los postulados universalistas propios del ideal de justicia basado en los DDHH, reflexiona sobre la gestión de los grupos de interés y los riesgos regresivos por una mala gestión de las expectativas lo que viene a ser esencial a efectos de la integración de todos los intereses en conflicto en el marco de grandes cambios políticos:

³²⁶ KROPOTKIN, P., *La Gran Revolución Francesa (1789-1793)*, Tomo I, Ed. Para Leer en Libertad AC, Barcelona, 2018, p. 11.

³²⁷ ACHA, O., *Historia crítica de la historiografía argentina: las izquierdas en el siglo XX*, vol. 1, Ed. Ariel Publisher, Chicago, 2021, p. 98.

“Toda la vida social de los seres humanos, con sus usos y costumbres, sus incontables instituciones y asociaciones, sus graduaciones infinitas, en cambio perpetuo, es el resultado inmediato de la acción cultural del pueblo, que puede ser perturbada por las intromisiones políticas de arriba, pero que no puede ser creada artificialmente, donde el poder de la coacción política aparece más fuertemente, la cultura humana se nos presenta en el más bajo nivel, porque sus fuerzas naturales, que sólo pueden prosperar en la libertad, son paralizadas. Esta es la causa por la cual los periodos de las grandes reacciones políticas han sido periodos de incultura general y a menudo condujeron a una recaída en las formas bárbaras de pasados siglos. La reacción fascista del Estado totalitario nos da hoy al respecto una enseñanza que no puede ser fácilmente mal interpretada.”³²⁸

Esta reflexión se articula sobre un enfoque de clase y de número, es decir, entendiendo que un grupo minoritario no puede ser el que determine de manera unilateral, la forma de vida y de participación del grupo mayoritario; no obstante, a efectos transicionales cabe plantear también la cuestión de manera contraria y ahondando en el enfoque de las minorías en el contexto de los grandes cambios políticos. Como se anticipaba, la propia declaración de derechos francesa es, al mismo tiempo un hito, pero no de la magnitud adecuada toda vez que se construyen derechos sobre la base de la discriminación de colectivos, el femenino, el inmigrante, el pobre.

La clave radica en la comprensión de que el camino hacia la democratización es un camino de discriminaciones parciales de alcance menos numeroso en cada una de sus fases.

c. LAS REVOLUCIONES LIBERALES EN EL MARCO DE LA DESCOLONIZACIÓN. COLOMBIA Y BRASIL, DOS MODELOS.

La herencia colonial está presente en la configuración jurídica e institucional de los estados independizados. Este fenómeno es especialmente perceptible en América Latina donde lo hispano ha sido empleado como elemento de identificación, pertenencia y unión nacional.

El realismo mágico como movimiento literario consiguió conciliar tres esferas de la realidad latinoamericana y, especialmente, colombiana: la magnificencia de las antiguas ciudades barrocas, la herencia de una cultura profética y la pobreza, llegando a exponer estas tres realidades de una forma poética, humorística, irónica, cruda convirtiendo a su propia historia, la de su tierra caliente, en legendaria y también en

³²⁸ Cita de ROCKER, R. en KROPOTKIN, P., *La Gran..., op. cit.*, p. 18.

actual, en un punto y aparte pero también en una herencia universal. Sus dos máximos representantes, Álvaro Mutis y Gabriel García Márquez serían historia viva, testimonio y narradores de la historia colombiana y casi sin quererlo y casi sin saberlo, sus páginas servirían para “perpetuar ese rincón de la tierra caliente del que emana la sustancia misma de mis sueños, mis nostalgias, mis temores y mis dichas.”³²⁹

Literatura aparte, Mutis y Márquez no coinciden en la opinión que les merece la colonización y es que, aún con el testimonio de Fray Bartolomé de las Casas, Mutis confesaría en una entrevista concedida a Elizabeth Pérez-Luna y a Eduardo García Aguilar en 1975 que las civilizaciones precolombinas “morían de hambre frente al mar”, carecían de una idea de progreso, centrándose en la supervivencia, y eran civilizaciones en decadencia.³³⁰ Aquí se aprecia el surgimiento de un debate que el propio Bartolomé de las Casas dirigiría a Felipe II entre el modelo pacífico de cristianización de Melquíades o el modelo más abrasivo de Sepúlveda.

Hay una relación casi ineludible, aunque también irresponsable, en las consecuencias derivadas de su revelación, entre las formas de dominación y el destino de las naciones. En otras palabras, la configuración jurídica de los poderes y de las relaciones entre quienes ostentan el poder y el resto de la población, la configuración de los límites jurídicos y del concepto de justicia así como la dureza o severidad de todos ellos, suponen una fuente histórico-jurídica de gran valor para el entendimiento de los conflictos que hoy amenazan la convivencia democrática sea cual sea la calidad, la duración o el nivel de fijación que las instituciones democráticas tengan en el entramado social y en el ordenamiento jurídico.

La colonización, como forma de dominación y modificaciones en todas las estructuras sociales, culturales y políticas determinó el paso de sociedades de carácter *quasi* primitivas a sociedades juridificadas donde el cumplimiento de las normas trascendía a lo moral o lo religioso y donde la burocratización era un proceso iniciado e imparable. El objetivo no es la demonización de esa semi leyenda negra que existe entorno a los procesos y métodos colonizadores, sino ver qué aspectos jurídicos de esos procedimientos han influido en los complejos conflictos que atraviesan hoy las sociedades colonizadas.

³²⁹ MUTIS, A., *Antología personal*, Ed. Argonauta, Buenos Aires, 2003, p. 28.

³³⁰ MUTIS, A., *Celebraciones y otros fantasmas*, Ed. Casiopea, Barcelona, 2000.

Hay dos cuestiones especialmente relevantes en este sentido:

La primera de ellas es la aplicabilidad de los conceptos vinculados a la teoría de transiciones a un caso como es el de la dominación extranjera y posterior independencia.

La segunda de ellas es la trascendencia de esos procesos en la configuración del modelo de Estado y de gobierno no inmediatamente posterior sino a largo plazo, especialmente, teniendo en cuenta la teoría de la doctrina del shock elaborada por Naomi Klein.

Leandro Martínez y Manuela Rodríguez ofrecen una reflexión importante acerca de lo qué es la guerra sosteniendo que

“la guerra, la más devastadora, desoladora, cruel y odiosa de las experiencias humanas, ha sido también, con toda probabilidad, el fenómeno de mayor impacto creador y moldeador en lo político, económico, jurídico e institucional de cuantos constituyen la Historia de la Humanidad. (...) La reflexión de partida es válida para la interrelación entre la guerra y los fenómenos jurídicos e institucionales. Cambios que en un contexto pacífico hubieran llevado décadas o incluso siglos -o que nunca hubieran llegado a producirse-, son implementados de forma acelerada en contextos bélicos.”³³¹

Esta misma reflexión es aplicable al contexto de la colonización. Siguiendo a Maldonado Macanaz, y como ya diría en el siglo XVII el canciller Bacon, la colonización es “eminente entre las obras heroicas de la Antigüedad.”³³² Fenicios, persas, griegos y romanos ya emprendieron la tarea de expandir sus civilizaciones más allá de sus fronteras tradicionales creando vastos imperios, pero el descubrimiento o el hallazgo de América en 1492 supondría un cambio sustancial en la expansión de los países europeos por el mundo dotando a la colonización de esa característica de eminencia señalada por Bacon pues daría paso a la colonización primero del nuevo mundo, y a la subsiguiente colonización del tercer mundo basada

“en el impulso que ha dado a las vías de comunicación y a los medios de locomoción de todas clases, y en el uso que ha hecho de los mismos para acelerar el

³³¹ MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., “Una mirada bajo la celada”, en MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., (coords.), *De las Navas de Tolosa a la Constitución de Cádiz: el ejército y la guerra en la construcción del Estado*, Ed. Omnia Mutantur, Madrid, 2012, pp.9-12, p. 10.

³³² MALDONADO MACANAZ, J., *Principios generales del arte de la colonización*, Ed. Universidad de Madrid, Madrid, 1875, p. 19.

dominio del globo y la explotación de las fuerzas y elementos de la naturaleza, poblando y colonizando.”³³³

Distintas figuras jurídicas han sido las que han ido dando paso al concepto de colonización: descubrimiento, conquista, dominación.

El paso clave es el de la conquista pues esta es ya no sólo una figura, sino también, una institución jurídico-militar propia del, valga la redundancia, periodo de la reconquista hispánica tal y como consta en *Las Partidas* del siglo XIII. Como recogería Zavala en su obra *La filosofía de la conquista*, esta institución supondría una doble consecuencia: primero, la presencia de un factor militar y patriótico; y, segundo, la categorización del conquistado como enemigo. Esa contraposición no tendría, al menos antes del surgimiento del Estado moderno y del concepto de nación, un sustento ni ideológico ni filosófico vinculado con el *volkgeist*, sino que se insertaría dentro de la defensa de la religiosidad, del cristianismo y de la lucha contra los infieles. “Enviamos ciertos nuestros capitanes e gentes a la conquista de la Grand Canaria, contra los canarios infieles, enemigos de nuestra santa fe católica que en ella están”- escribirían los Reyes Católicos al Consejo de Sevilla el 15 de febrero de 1479 según recoge Millares.³³⁴ La idea de conquista, entonces, ha ido siempre acompañada de un matiz de dominación cultural, tanto desde la romanización como hasta la empresa de la reconquista española y de la dominación en las Américas donde la dominación cultural quedaría casi restringida a una suerte de semejanza entre conquista y cruzada que haría de la conquista un doble proceso de toma militar y conversión religiosa que acompañado de las cédulas correspondientes supondría el remate jurídico a la expansión territorial de la soberanía.³³⁵ No se trata de una comparación caprichosa la de la interrelación entre el fenómeno de la Reconquista, empresa concluida con éxito durante el reinado de los Reyes Católicos, la conquista de los territorios canarios y su incorporación jurídica bajo la soberanía del mismo reinado, y la conquista de América. El propio Zavala en la serie de estudios sobre la historiografía jurídica que se iniciaron con la Segunda República ofrecería este punto de vista según el cual, las normas empleadas para el éxito de las dos últimas empresas habrían sido

³³³ *Ibidem*

³³⁴ MILLARES, A., “Siete de los Reyes Católicos concernientes a la conquista de Gran Canaria”, *El Museo Canario*, nº2 (enero-abril), 1934, pp. 87-89, p. 87.

³³⁵ ZAVALA, S. A., “Las conquistas de Canarias y América”, *Revista Tierra Firme*, nº 1, 1936, pp. 81-112.

similares. Su obra titulada *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*³³⁶ y publicada en 1935 por el Centro de Estudios Históricos supone dotar a la conquista de un carácter jurídico y no exclusivamente político-militar llegando incluso a institucionalizar su práctica, insertarla dentro de la Historia del Derecho español y dotar al término colonización de un sentido jurídico especialmente relevante, no sólo porque lo acaecido en América supondría una diferenciación sustancial con lo sucedido en Canarias desde el punto de vista de la asimilación o creación de nuevas instituciones jurídicas, sino porque dotaría a los procesos coloniales de un sentido y de unas consecuencias más evidentes toda vez que no sólo dejarían una influencia o secuelas en términos burocráticos o de estructuras políticas sino que incidirían sobre la configuración de los ordenamientos jurídicos y de la repartición de competencias territoriales a nivel nacional o regional.

Quizás quien mejor ha venido a sintetizar esta idea es Ots³³⁷, quien en el XXVI Congreso Internacional de Americanistas celebrado en Sevilla en 1935, desarrollaría el tema de *La expansión del derecho español en las Indias* sosteniendo que, si bien desde el punto de vista más cercano al positivismo axiológico la transposición del derecho español a los virreinos en las Indias había sido casi simétrica, lo cierto es que desde un punto de vista cercano al pragmatismo en la práctica jurídica los documentos sobre la aplicación real del derecho en las Indias mostraban que el dominio de la metrópoli en ese sentido no era absoluto, toda vez que existían diferencias entre los virreinos y en la aplicación del sistema de Encomiendas como una muestra de la capacidad adaptativa de las instituciones jurídicas en nombre de una mayor efectividad. Esto generaría dos derechos convivientes, el derecho español y el derecho indiano y es ahí, en la transformación sufrida por el derecho español para adaptarlo al dominio de las tierras americanas, donde diría el propio Zavala que se encuentra “la base primera del Derecho que las tierras americanas han vivido hasta hoy”³³⁸, en definitiva, sería el origen del primer derecho indiano entendiendo el derecho en un sentido normativizado y como un derecho de colonización que, al mismo tiempo, se convertiría en la base del derecho de las Américas independizadas.

Gaitán y Malagón dirían que el derecho indiano ha sido el

³³⁶ ZAVALA, S. A., *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América*, Ed. Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1935.

³³⁷ Conclusiones publicadas en: OTS CAPDEQUÍ, J. M., *El Estado español en las indias*, Ed. Colegio de México, México, 1941.

³³⁸ ZAVALA, S.A., *La filosofía política en la conquista de América*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

“punto donde encontramos una continuidad desde la Colonia hasta el presente, a través de la pervivencia de medios de sometimiento derivados de la doctrina alemana de la Ciencia de la Policía y que en nuestro país se aplicaron indistintamente por la Iglesia Católica, por la Corona española y por el estado colombiano.”³³⁹

La herencia española ha supuesto el vínculo o la presencia de un pasado común entre España y América Latina presente incluso en la configuración jurídica de los Estados latinoamericanos, sirviendo para dar cuenta del enorme poder del derecho como instrumento de expansión cultural y de la cultura como factor de revolución. A título de ejemplo, la Constitución colombiana de 1886 proponía la lengua española y el catolicismo como elementos definitorios del concepto de nación colombiana, dando pie a que las nuevas instituciones del país significasen una continuidad, un vínculo, y estuviesen basadas en la tradición hispánica. Según Olano García, “dicha carta colombiana se expidió en el marco del movimiento regeneracionista, que buscaba seguir impidiendo la hecatombe política causada por el liberalismo radical colombiano.”³⁴⁰

Dicha Constitución se articula como un elemento regenerador, como una solución al largo periodo de violencia sufrido en el país y a la sucesión de guerras civiles en su territorio; en otras palabras, se aprecia ya aquí y como lo haría en las revoluciones liberales europeas un nexo de unión entre cambio político, reconocimiento de derechos liberales e individuales y acuerdo común, si bien, es necesario ahondar en esta cuestión ya que ella dará cuenta de la evolución del concepto de transición, de las fortalezas y debilidades de los acuerdos constitucionales y de la transposición de ideas desde el continente europeo hacia América Latina aún habiendo finalizado la etapa colonial.

i. El caso colombiano

Actualmente el concepto de transición aparece vinculado siguiendo la teoría de Huntington al concepto de democratización, pero esto supone occidentalizar el término y hacerlo aplicable únicamente a la historia del siglo XX más reciente. Una transición política es un cambio de régimen con unas características especiales, sobre todo si se pretende obtener una cierta continuidad histórico-jurídica en la conceptualización,

³³⁹ GAITÁN BOHORQUEZ, J. y MALAGON PINZÓN, M., “La 'reducción a civilización' y otras técnicas de policía: Versiones historiográficas y prácticas administrativistas de la Colonia a la República”, *Historia del Derecho de la Universidad de Medellín*, vol. 7, n°14, 2008, pp. 133-145, p. 133.

³⁴⁰ OLANO GARCÍA, H. A., “Historia de la regeneración constitucional de 1886”, *IUS*, vol. 13, n°43, pp. 161-177, p. 161.

dimensiones y empleo del término. Su aplicabilidad a contextos alejados de la democratización no debe asumirse de forma inmediata como errónea ya que el proceso de democratización no es ni ha sido inmediato ni instantáneo sino el fruto de la historia de la lucha contra la discriminación y la dominación abarcando esencialmente el tránsito desde las monarquías absolutas hasta las primeras experiencias monárquicas y republicanas de corte liberal, llevando consigo entonces, el peso de revoluciones, guerras civiles, dominaciones temporales, regresiones, excesos, discriminaciones regladas y numerosas muertes. La lucha por la democracia, al igual que la lucha por los DDHH no puede reducirse únicamente a un único periodo de transición, pues ello supondría obviar la trayectoria de los países, su bagaje cultural, social, religioso y político y los elementos de estabilidad y posibles fracturas que afecten a la cohesión social que es, siguiendo a Arbour³⁴¹, el elemento primordial en la etapa transicional cuyo valor se incrementa a medio y largo plazo. Así, la democratización debe entenderse como un complejo y largo periodo de transformación política hasta la obtención de soberanía popular, igualdad y autogobierno siguiendo a Sartori.³⁴² Se trata, por tanto, de un cúmulo de experiencias políticas únicas que van determinando la configuración de un ordenamiento jurídico particular de cada sociedad o comunidad política cuyo funcionamiento en términos materiales debe ser adaptado a su idiosincrasia pero cuyos elementos formales deben permanecer universales.³⁴³

Desde ese planteamiento, la Constitución colombiana de 1886 es un elemento clarificador, ya que supone una reacción conservadora dentro del liberalismo latinoamericano en la búsqueda de mayor estabilidad, menor conflictividad y reafirmación nacional. Tiene una serie de particularidades que es preciso abordar:

La primera de ellas es que, como establecería Melo, la actitud tomada por Rafael Núñez Moledo como líder del movimiento, “indicaba a sus copartidarios que estaba dispuesto a abandonar el barco liberal.”³⁴⁴ Supone la manifestación o la prueba definitiva de que las ideas propias del pensamiento napoleónico habían conseguido calar en las sociedades latinoamericanas, es decir, los pilares sobre los que se fundamentaba la nueva

³⁴¹ ARBOUR, L., *Economic and social justice for societies in transition*, Second Annual Transitional Justice Lecture hosted by the New York University School of Law Center of Human Rights and Global Justice and by the International Center for Transitional Justice, 25 octubre 2006, Ed. New York University School, New York, 2006, p. 16.

³⁴² SARTORI, G., “How far can free government travel?”, *Journal of democracy*, vol. 6, nº3, 1992, pp. 101-111.

³⁴³ *Ibidem*.

³⁴⁴ MELO, J. O., *Historia mínima de Colombia*, Ed. Turner, México, 2017, p. 167.

nación colombiana no eran sino el centralismo, la religión católica y el autoritarismo³⁴⁵ haciéndose eco de la frase de Napoleón recopilada por Martire “viva la religión Católica Apostólica Romana y muera el mal gobierno, a fin de que no quedase duda de la filiación no jacobina y de los sentimientos pro católicos y regeneradores del movimiento.”³⁴⁶

Lo que se aprecia es la existencia de un movimiento regenerador que pretende hacerse ver como conservador, pero que lleva implícitas en sus prerrogativas garantías propias del liberalismo conservador y que admite las posibilidades y necesidad del cambio. Se plantea como un movimiento de regeneración y reafirmación nacional pero influenciado por la política de Napoleón III y sus intenciones de influenciar América Latina para hacer frente a las zonas de control británico. La llegada de esa influencia tiene un origen doble: primero, es atribuible al esfuerzo colombiano sucesor de la guerra de independencia por abstraerse de sus vínculos con España aplicando un discurso de culpabilización resumido por Jaramillo y en función del cual, España

“no había organizado y traído a sus colonias la esencia de la civilización, es decir, la gran industria y la técnica, la economía de mercado libre, el estado neutral en materias religiosas, las libertades individuales, sobre todo las económicas; la libertad de prensa y el sufragio universal.”³⁴⁷

En otras palabras, la recién independiente Colombia se dividía en dos bandos, los liberales radicales y los regeneracionistas de Núñez quien abandonó la primera de esas ramas de pensamiento para acercarse a la vertiente más conservadora en favor de la pacificación del país. El triunfo de la rama regeneracionista se confirmaría con la conocida frase del propio Núñez: “la Constitución de Río Negro ha dejado de existir.”³⁴⁸ Un reflejo de la extensión de las proclamas de Napoleón III a lo largo del globo y que conllevaría un distanciamiento sustancial con los principios emanados de la Revolución Francesa. La Constitución colombiana de 1886 recoge el testigo de la Constitución francesa de 1843 e incorpora gran parte de su contenido. Fue un Consejo Nacional de Delegatarios el que, contando con dos vocales elegidos sin sufragio por cada una de las entidades federales que constituían los Estados Unidos de Colombia, a saber, un representante de tendencia liberal y otro de corte conservador, comenzaron la redacción

³⁴⁵ AGUILERA PEÑA, M. y VEGA CANTOR, R., *Ideal Democrático y Revolución Popular*, Ed. Cerec, Bogotá, 1998, p. 147.

³⁴⁶ MARTIRE, E., “La Ineluctable pérdida de los dominios españoles de América”, *Revista de Historia del Derecho*, n°23, 1995, pp. 229-270, p. 267.

³⁴⁷ JARAMILLO URIBE, J., *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, Ed. Temis, Bogotá, 1964, p. 77.

³⁴⁸ Rafael Núñez el 10 de septiembre de 1885 desde el Balcón Presidencial.

de la nueva Constitución de Colombia el 11 de noviembre de 1885. Para los partidarios de Núñez la Constitución de 1886 fue un hito, concretamente, “considerado como el documento más interesante y digno de fama de cuantos han pronunciado nuestros presidentes, desde que desapareció el Libertador.”³⁴⁹ Para sus detractores, solo suponía una merma en libertades e independencia.

La Constitución de 1886 introduce varias cuestiones interesantes:

En primer lugar, el concepto de soberanía nacional residente en la nación de su artículo segundo, entendida en los términos de Caro, dígame,

“limitada por el derecho natural, se ejerce por órganos diversos, que específicamente llamados poderes, limitados de igual modo, independientes por la naturaleza definida de las funciones que a cada cual corresponden y armónicas en sus relaciones recíprocas conforme al principio y a los fines que le son comunes.”³⁵⁰

En segundo lugar, la primacía de la ley sobre la Constitución, concepto que sería desarrollado en el artículo 6 de la Ley 153 de 1887 y según el cual

“una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura o deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe.”³⁵¹

Se trata de un planteamiento distinto al del constitucionalismo desde el punto de la propia Filosofía del Derecho, que entiende el mandato constitucional como una ética pública, es decir, como un estándar de mínimos fruto de algún tipo de proceso de acuerdo político que delimita un campo de juego comunitario que sirve para expresar unos mínimos de entendimiento común que conforman, a su vez, los márgenes del ordenamiento jurídico. En otras palabras, la función constitucional es tornarse en un elemento de control básico de legalidad al que deben adscribirse las Administraciones y los Poderes Público y, consecuentemente, los actos que de ellos emanan. La configuración que se establece en la Constitución colombiana de 1886 y en las leyes que la desarrollan, no asume esa función constitucional, ya que el verdadero objetivo

³⁴⁹ ACEVEDO RESTREO, D., *La Constitución Nacional y sus principales reformas*, Ed. ESAP, Bogotá, 1986, p. 13.

³⁵⁰ Miguel Antonio Caro, Mensaje presidencial del 20 de Julio de 1898.

³⁵¹ Artículo 6 de la Ley 153 de 1887 de Colombia.

perseguido con su redacción está más próximo a un cambio en los modelos de gestión del federalismo hacia el centralismo, y a una unificación y homogeneización de los territorios que al establecimiento de un acuerdo sobre los límites del Derecho y de todos los operadores jurídicos ya que siguiendo a Melgarejo, las necesidades a suplir por la Constitución son tres: “limpiar la lengua a través de la gramática; el alma a través de la moral, y el cuerpo a través de los manuales de urbanidad.”³⁵²

El propio texto constitucional en su preámbulo establece que su finalidad es la de “afianzar la unidad nacional” y es este punto el que permite comprender al regeneracionismo, al centralismo y al catolicismo nacional colombiano frente a la perspectiva federalista y heterogénea de una nación diversa. Acevedo Restrepo³⁵³ entiende, con base en los discursos pronunciados en la época, que la idea primordial o el ánimo político no era otro que el de poner fin a un sistema federal que había sido aplicado en la región durante más de un cuarto de siglo y que había derivado en cruentas guerras civiles entre estados federados que habían afectado a más de tres generaciones. Entre las propuestas presentadas por los representantes de las regiones se incluían proyectos de reformulación del federalismo, proyectos de descentralización administrativa y burocrática y el que terminaría por vencer, el presentado por Caro, en quien, según analizaría Ocampo, “su pasión fue el catolicismo en la política, e inclusive llegó a proponer un partido católico para restaurar el orden civil de los cristianos, si el conservatismo se llegase a civilizar.”³⁵⁴

Hay en su propuesta tres elementos sustanciales a efectos de entender la potente relación entre colonización, herencia colonial, independencia y nuevos estados:

En primer lugar, la idea de cristianizar. La relación entre la religión y Colombia nunca ha sido ni fácil, ni definida, ni pacífica, ni unificadora; es más, en los debates de 1990 sobre el modelo constitucional colombiano aún perviviría la idea de la nación cristiana propia del regeneracionismo que Márquez describiría de la siguiente forma:

“La paradoja es que estos conquistadores nostálgicos, como sus antepasados, nacieron en un país con las puertas cerradas. Los libertadores trataron de abrirlas a los nuevos vientos de Inglaterra y Francia, a las doctrinas jurídicas y éticas de Bentham, a la educación de Lancaster, al aprendizaje de las lenguas, a la popularización de las ciencias y las artes, para borrar los vicios de una España más

³⁵² MELGAREJO, M. P., *El Lenguaje Político de la Regeneración en Colombia y México*, Disertación Doctoral, University of Pittsburgh, 2007, pp. 18-19.

³⁵³ ACEVEDO RESTREPO, D., *La Constitución...*, op. cit., p. 13.

³⁵⁴ OCAMPO LÓPEZ, J., *¿Qué es el Conservatismo Colombiano?*, Ed. Planeta, Bogotá, 1991, p. 102.

papista que el papa y todavía escaldada por el acoso financiero de los judíos y por ochocientos años de ocupación islámica. Los radicales del siglo XIX, y más tarde la generación del Centenario, volvieron a proponérselo con políticas de inmigraciones masivas para enriquecer la cultura del mestizaje, pero unas y otras se frustraron por un temor casi teológico de los demonios exteriores. Aun hoy estamos lejos de imaginar cuánto dependemos del vasto mundo que ignoramos.”³⁵⁵

En este sentido, se aprecia un cambio sustancial de tendencia en la configuración de los principios fundacionales del Estado, a saber, desde un modelo liberal político donde la existencia de un pacto social asegura el éxito de la convivencia y donde la separación de poderes y las libertades individuales son los dos muros de carga, hacia un modelo donde existe un catolicismo corporativo, también conocido como Catolicismo Político, que supone la asunción del cristianismo como esencia de la comunidad política y la paternalización del Estado en sus relaciones con el individuo. Sin entrar en la disquisición, por otro lado resuelta por los liberales mexicanos³⁵⁶, sobre si el Catolicismo Político como eje constitucional y legal supuso una regresión o no, la presencia del catolicismo en el texto constitucional sí permite reflexionar sobre el estado de las libertades liberales precedentes al texto constitucional de 1886 tras la entrada en vigor de este.

Los artículos 38 a 40 son especialmente ilustrativos en este sentido puesto que se establece que “la religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la Nación; los poderes Públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social.”³⁵⁷ Se trata de un sistema extraño en cuanto a la confesionalidad del Estado, ya que proclama que “se entiende que la Iglesia Católica no es ni será oficial y conservará su independencia.”

Hay una apreciación que puede ser de interés en este sentido, en aplicación de los modelos de relación existentes entre el Estado y las confesiones religiosas que ofrece la rama del Derecho Eclesiástico y Constitucional. Este tipo de enunciado presenta unas características similares a las de la primera parte del artículo 62 de la Constitución de Islandia, donde se proclama la existencia de una confesionalidad, concretamente, la evangélica luterana, como “Iglesia Nacional en Islandia.”³⁵⁸ En atención a lo dispuesto

³⁵⁵ GARCÍA MARQUEZ, Gabriel, “La proclama. Por un país al alcance de los niños”, en ALDANA VALDÉS, E. et al, *Colombia al filo de la oportunidad. Misión de ciencia, educación y desarrollo*, Ed. Tercer Mundo, Bogotá, 1996, p.20.

³⁵⁶ SAVARINO, F., “Religión y Sociedad en Yucatán durante el Porfiriato (1891-1911)”, *Historia Mexicana*, n° 183 (enero-marzo), 1997, pp 617-653, p.625.

³⁵⁷ Artículo 38 de la Constitución de Colombia de 1886.

³⁵⁸ Artículo 62 de la Constitución de Islandia.

en el articulado, podría concluirse que se trata de un modelo de Iglesia de Estado, al declarar la Iglesia Católica Iglesia de la Nación. Lo cierto es que la precisión final del artículo 38 de la Constitución colombiana de 1886 ofrece una vía de escape, al menos, en lo que a la independencia se refiere y su ubicación en el precepto 38 y no al iniciado del texto constitucional, que suele referirse a la configuración esencial del sistema político, pueden ser argumentos para invalidar la calificación de Colombia en 1886 como un Estado de modelo utilitarista en sus relaciones con la Iglesia y proceder a calificarlo como un Estado donde la confesionalidad es un principio informador y no la base del sistema institucional. No obstante, lo esencial no es tanto la atribución a la Iglesia Católica como iglesia nacional sino la incorporación de la moral cristiana como indicador de la moral pública. Según William E. Plata, esto supuso la afirmación en Colombia de una contraposición entre liberales laicos y garantistas y los regeneracionistas católicos y conservadores, que terminaría germinando y dando lugar al clima de violencia política que caracterizó la Colombia del siglo XX, concluyendo que la política religiosa llevada a cabo por los regeneracionistas se sustentó en los siguientes pasos:

“Realizó, en primer lugar, un proceso de depuración de elementos masónicos y pro-liberales dentro del clero y luego emprendió un duro ataque contra los que pretendían ser liberales y católicos al mismo tiempo, (a partir de la década del 70 y con énfasis luego de la Regeneración).[...] Asimismo, nos atrevemos a plantear que desde entonces, una mentalidad intransigente –de mutua exclusión- comenzó a impregnar nuestra cultura política, amparada en el bipartidismo, en detrimento de la democracia.”³⁵⁹

Esta aproximación sería simplista si se obviase la especial influencia, o la especial proximidad de los párrocos políticos colombianos, con el modelo caciquista español, que reduce el concepto de democracia a una mera formalidad y a una red clientelar. Son dos, entonces, los ejes sobre los que incide la confesionalidad pasional del periodo regeneracionista colombiano: calidad de las instituciones y cultura política. Blanco Mejía ofrece una aproximación interesante al fenómeno en cuestión, especialmente porque realiza un análisis crítico y comparado de los estudios historiográficos y politológicos realizados hasta entonces. Hay una frase de Gabriel García Márquez que condensa bien la idea: “el escritor escribe su libro para explicarse a sí mismo lo que no se puede explicar.”³⁶⁰ Márquez escribía sobre Colombia, pero Colombia ni era una ni era posible,

³⁵⁹ PLATA, W. E., *El Catolicismo y sus corrientes en la Colombia decimonónica. 1850-1880*, tesis de maestría en Historia, Departamento de Historia, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 268-269.

³⁶⁰ GARCÍA MÁRQUEZ, G., *Vivir para contarla*, Ed. Literatura Random House, Barcelona, 2003, p. 6.

en palabras de Blanco Mejía, la historia escrita sobre Colombia es la de la “idea de una nación imposible.”³⁶¹ Lo cierto es que Colombia ha sido, es y seguirá siendo una nación diversa y no una nación imposible. La falta de reconocimiento de las diversas identidades presentes en Colombia y la idea de la centralización a través de una ética pública asimilada con la moral católica dictaminada en sede constitucional es una herramienta de control político heredada del periodo colonial, próxima al liberalismo más hispano, es decir, aquel que puede abarcar el reconocimiento de derechos individuales y el desarrollo económico, pero no puede renunciar a la presencia de alguna relación de mayor o menor intensidad y proximidad con la Iglesia Católica, que se erige en elemento unificador, pacificador y cohesionador que estaría presente en el marco jurídico colombiano hasta la reforma constitucional de 1991 que haría efectiva la libertad de conciencia y la laicidad jurídica de Colombia reconociendo de alguna manera la diversidad religiosa presente en su territorio.

En segundo lugar, la idea de civilizar con, de nuevo, la moralidad cristiana como referente. Siguiendo a Pérez Viejo puede concluirse que en la Colombia regeneracionista se aplicó la tesis en función de la cual el concepto de nación forma parte del imaginario colectivo, dígase, no es una realidad jurídica sino más un sentimiento de pertenencia³⁶², de ahí el afán por la juridificación de la nación a través de la uniformidad constitucionalizada. Para la buena comprensión de esta dimensión es necesario efectuar la labor de retrotraerse a la época colonial y, especialmente, al papel y posición del colonizador español respecto al indígena. Fernández Álvarez define el concepto de leyenda negra como la “cuidadosa distorsión de la historia de un pueblo, realizada por sus enemigos, para mejor combatirle. Y una distorsión lo más monstruosa posible, a fin de lograr el objetivo marcado: la descalificación moral de ese pueblo, cuya supremacía hay que combatir por todos los medios.”³⁶³

Lo cierto es que hay toda una leyenda entorno a la forma de colonización y prácticas de los colonos españoles con los indígenas, toda vez que resulta indiscutible la rotundidad de los métodos colonizadores. La colonización supuso la invasión política, jurídica y territorial de territorios sometidos al dominio de diversas culturas indígenas,

³⁶¹ BLANCO MEJÍA, O., “La nación católica durante la Regeneración (1886-1900): perspectivas historiográficas”, *Anuario de Historia Regional y de las Fronteras*, vol. 13, nº 1, 2008, pp. 1-22, p. 8.

³⁶² PÉREZ VEJO, T., “La construcción de las Naciones como problema Historiográfico: el caso del Mundo Hispánico”, *Historia Mexicana*, vol. 53, nº2, 2003 pp. 275-311, p. 294.

³⁶³ FERNANDEZ ALVAREZ, M., “Panorama bibliográfico actual sobre Carlos V”, *El Libro Español*, nº2, 1958, pp. 65-68, p. 66.

algunas de ellas consolidadas en la historiografía como imperios y otras no incluidas en entidades dotadas de ese nivel de reconocimiento semipolítico y organizativo. Dos principios constituyeron la base de la colonización: *res nullius* y tierras para la cristiandad, determinándose, entonces, que los sujetos habitantes de dichos territorios no fuesen reconocidos como sujetos de derecho y la importancia de esa labor radicase en la cristianización. Expone Oriz Bes que “el verdadero prejuicio en el siglo XVI no era la raza, como queda claro con la constante unión entre colonos y mujeres indígenas, sino de religión ante el infiel y el pagano.”³⁶⁴ Esta consideración supone que la lucha no se gestó tanto en el plano de la variedad étnica o racial sino en la variedad cultural. Tuñón de Lara³⁶⁵ percibe un cierto desencanto de los misioneros hispanos por la falta de una evangelización total y de la creación de una élite cristiana en América Latina, pero lo cierto es que el regeneracionismo colombiano demuestra que el mestizaje y las misiones tuvieron un efecto importante y de trascendencias históricas a largo plazo puesto que la religión cristiana sería empleada por las élites políticas de los Estados independizados para la supresión de aquellas manifestaciones culturales indígenas que habían sobrevivido a la colonización por lo que, si bien la evangelización absoluta no fue conseguida, si fue definitivo el impacto en la diversidad cultural y en la cultura política latina.

Aunque la evangelización no fue total, lo cierto es que la conquista no supuso una apropiación o aculturación absoluta en ninguna de sus dimensiones y la aplicación de los dictámenes de un Estado monárquico y confesional como el español de la época no fueron tampoco aplicados de forma estricta o paralela en las Américas, dígase, la pervivencia de algunas culturas indígenas y las características propias del territorio permitieron la creación de un sistema jurídico y de convivencia propio de las Américas, dando lugar a un orden constitucional novedoso donde el colonizador era representado como un elemento de orden y civilización y el colonizado como un aborigen. Esa implantación del derecho castellano en el panorama indiano no resultó una transposición en toda regla, puesto que el derecho indiano contaba con tantas manifestaciones como circunscripciones o divisiones político-administrativas³⁶⁶ con la presencia, inclusive de organismos de decisión sobre conflictos de jurisdicción entre los derechos convivientes pero regulados

³⁶⁴ ORIZ BES, A., “Los indígenas en el proceso colonial: leyes jurídicas y la esclavitud”, *Anuario del Centro de la UNED en Calatayud*, nº21, 2015, pp. 189-206, p. 193.

³⁶⁵ TUÑÓN DE LARA, M. (dir.): *Historia de España Siglos XVI y XVII. La España de los Austrias*, Ed. Cátedra, Madrid, 2003.

³⁶⁶ CRUZ BARNEY, O., *Historia del derecho indiano*, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 2012.

jerárquicamente por el Derecho Castellano como el Juzgado General de Naturales de Nueva España.

Resulta peculiar que la Constitución Colombiana de 1886 no incluya ni una sola referencia a la población indígena ni al derecho indiano y ofrezca un marco de homogeneidad jurídica, política y cultural tan estricto cuando la herencia colonial había sido la capacidad de adaptación de las instituciones jurídicas castellanas al entorno de las Américas y a la efectividad huyendo de disquisiciones estrictamente positivistas y aproximándose a un enfoque de realidad del derecho. Este hecho es ilustrativo sobre la idea compleja o la concepción amplia de las transiciones políticas, puesto que demuestra que el periodo de democratización es sólo el final de un largo camino. En el caso colombiano, la pluriétnicidad y multiculturalidad del país y de la nación no sería reconocida hasta finales del siglo XX, con sus partidarios y con sus detractores, con sus elementos de cohesión y sus elementos de quiebre y con una aceptación débil por parte de los destinatarios directos de tal proclama:

“Para nosotros es extraño que una ley cambie, como es el caso de los bunachis o civilizados, nos es extraño pero lo respetamos... Sí, no es extraño, no porque no lo entendamos sino porque para nosotros la ley es la permanencia, el permanecer como indígenas conforme a nuestra ley, conforme a nuestro origen y tradición. (...) La nueva Constitución de Colombia no es nuestra ley de origen, pero sí ayuda a cumplir el mandato de los primeros padres, reconociendo nuestro territorio, bien podríamos incorporar en equilibrio elementos de esta Constitución, previo cumplimiento de los requisitos tradicionales.”³⁶⁷

Esta idea de aceptación limitada del pacto constitucional por las poblaciones indígenas supone la presencia de una cierta fragilidad institucional:

En 1886, la prioridad es el cese de la violencia y no la constitución de un clima político de entendimiento como tal. Esta es una etapa fundamental en el camino hacia la democratización, la pacificación. No obstante, es cierto que las teorías provenientes especialmente de Francia sobre el centralismo en su vertiente más pura derivaron en una aplicación tajante y extrema del principio de unidad nacional sobre la base de que un Derecho sólido, fuerte y único terminaría por generar un clima distendido y unificado en Colombia, en esa concepción del Derecho como fuente legitimadora del poder, obviando el elemento de funcionalidad o legitimidad social que requiere la aplicación práctica del

³⁶⁷ Carta de Kancha Navinquema a Lorenzo Muelas.

Derecho. Lo expresado por Kancha Navinquma respecto a la Constitución de 1991 supone la generación de un debate presente en Colombia desde su independencia: la condición de ciudadano de los pueblos indígenas.

El desconocimiento en 1886 de la cuestión indígena fue sólo en sede constitucional, ya que en materia legislativa la tendencia fue la expulsión de los pueblos indígenas de los dictámenes constitucionales, convirtiéndoles en una categoría diferenciada de sujetos, fuera del orden constitucional. En este sentido, es la Ley 89 de 1890 la que recoge los principios aplicables a los pueblos indígenas sobre cuatro ejes:

Primero, la no aplicación de la legislación nacional a los pueblos indígenas. La Organización Indígena de Colombia intervino en sede constitucional defendiendo la legalidad de estas disposiciones en una demanda de inconstitucionalidad presentada tras la entrada en vigor de la Constitución Colombiana de 1991 y entendiendo la citada Ley 89 de 1890 como una conquista de la comunidad indígena que les permitía mantener su propia legalidad.

Segundo, la atribución a las misiones religiosas de las funciones políticas en relación con las comunidades indígenas, con base en lo dispuesto en el Concordato de 1887, sin existencia de un control gubernamental sobre las labores eclesiásticas.³⁶⁸

Tercero, el mantenimiento de los resguardos y la atribución de competencias jurisdiccionales a los cabildos.

Y, en cuarto lugar, la asimilación del indígena al menor de edad a efectos legales como mecanismo de protección en la enajenación de los bienes.

Como analizaría B. E. Sánchez, la tendencia al aislamiento propia de los conservadores colombianos supuso un beneficio para los indígenas, al menos en el plano del mantenimiento de sus costumbres tradicionales y reglas propias, totalmente distinto al enfoque de asimilación total por el que habían optado los liberales colombianos de principios del siglo XIX.³⁶⁹

³⁶⁸ GARCÍA, A., “Indigenismo en Colombia: génesis y evolución”, *Boletín de Arqueología*, vol. 1, nº1, 1945, pp. 52-71, p. 63.

³⁶⁹ SÁNCHEZ, B.E., “El reto del multiculturalismo jurídico: la justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”, en BOAVENTURA DE SOUSA S. y MAURICIO GARCÍA V. (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, vol. 2, Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 2001, pp. 5-139, p. 16.

No obstante, esta aproximación no obvió la aplicación de la ley general al indígena en el sentido de que, si bien las comunidades indígenas estaban sujetas a las cuatro condiciones expuestas, el indígena como individuo quedaba bajo el principio de igualdad formal en todos los ámbitos jurisdiccionales sin que existiesen mecanismos alternativos, reconocimiento de la ley indígena, determinación legal del concepto indígena o reconocimiento como entidad cultural, política diferenciada o autónoma dentro del Estado. Se plantearon diversos conflictos entorno a la imputabilidad, especialmente en el plano de lo penal, donde la responsabilidad objetiva era el principio esencial para la determinación de la culpabilidad. Los principales debates los resume bien Díaz Müller:

“En primer lugar, lo que llamaríamos el criterio de la igualdad formal ante la ley (...) El criterio de la diversidad legal, esa opinión sostiene que el indígena vive en América al margen de las actividades sociales y políticas, no ejercita los derechos que las leyes conceden a todos los ciudadanos y ni siquiera habla el mismo idioma oficial, ni lo comprende; su posición es muy distinta a la del blanco y el mestizo; no participa en los beneficios de la civilización; es un inadaptable a todos los artificios de la sociedad actual; porque adolece de una timidez congénita y una tristeza absoluta inconsciente.”³⁷⁰

Se trata de un debate que se extiende desde las primeras revoluciones liberales hasta hoy y que ha marcado los procesos de independencia y transición de muchos de los territorios colonizados por los europeos y caracterizados por una amalgama de costumbres y etnias distintas. No es otro que el relativo acerca de qué define la civilización en términos jurídicos: ¿las instituciones, el Estado de Derecho, las constituciones, la convivencia pacífica? Trasladado al ámbito democrático e internacional de hoy donde el modelo de justicia es el de los DDHH, supone la necesidad de flexibilizar determinados criterios propios de las revoluciones liberales que desencadenaron el proceso de garantía y reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales como garantías frente a la tiranía del poder para poderlos hacer plenamente efectivos de forma universal. Puede decirse que el concepto liberal de derechos y libertades como derechos y libertades fundamentales choca con la protección a colectivos específicos y, por extensión, con los llamados derechos colectivos, dentro de los cuales encajarían los de las comunidades indígenas, tendentes a la protección de grupos que se encuentran en alguna circunstancia de vulnerabilidad. En la Colombia de 1886, el movimiento regeneracionista y conservador rehúye estas consideraciones entendiéndolas como trabas al movimiento

³⁷⁰ DÍAZ MULLER, L., *Análisis comparado de las legislaciones sobre indígenas en América Latina*, Informa al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, p. 107.

unificador y aparta al colectivo de la intervención estatal; en la Colombia anterior, los principios liberales se aplicaban con total firmeza y entre ellos, la igualdad formal era un principio básico extendido al conjunto de la ciudadanía. La cuestión es si es posible mantener el fundamento de esos derechos y libertades fundamentales originales y, al mismo tiempo, proteger de forma especial a los colectivos y a los individuos que los conforman cuando para la realización plena de los mismos es necesario introducir elementos jurídicos diferenciados. Ese es el debate y la problemática que se enfrenta hoy como una herencia de las raíces históricas y jurídicas de los sistemas de derecho establecidos a partir del siglo XIX y no puede obviarse el papel protagónico que las comunidades indígenas representan en él, ya que, frente a otros colectivos vulnerables, estas cuentan con un cierto nivel de subjetividad internacional y trascendencia histórico-política ineludible.

ii. El caso brasileño

El proceso de independencia brasileño vino determinado por elementos de continuidad y por elementos de ruptura con el colonialismo portugués. Uno de los acontecimientos históricos que precipitaron el proceso de independencia brasileño fueron las presiones napoleónicas hacia la monarquía del país para el cese de sus relaciones con Gran Bretaña y, esencialmente, el bloqueo de los puertos portugueses. En un primer momento, Portugal suscribió un tratado con Francia para mantenerse neutral en el desarrollo de las campañas napoleónicas, intentando proteger el territorio de una posible invasión. No obstante, tal y como apunta de Almeida, las presiones ejercidas desde Francia fueron en aumento exigiendo incluso una declaración de guerra a Gran Bretaña.³⁷¹

La familia real portuguesa suscribió un acuerdo con la corona británica para abandonar el país contando con su protección marítima y con el objetivo de evitar un fenómeno abdicatorio similar al del caso español³⁷² y ante la inminencia de la invasión del territorio portugués por la aplicación de las disposiciones contenidas en el conocido como Tratado de Fontainebleau, según el cual, el territorio luso quedaría distribuido en tres partes: la provincia que abarcaba desde el Duero hasta el Miño llamada Lusitania

³⁷¹ DE ALMEIDA, F., *História de Portugal*, vol. II, Ed. Bertrand, Lisboa, 2005, p. 565.

³⁷² CONTENTE, F., MARTINS, N., “El traslado de una corte: estrategia, logística y táctica”, *Simposio Internacional Monarquía o República. Reflexiones entorno a las independencias iberoamericanas*, Universidad Complutense de Madrid, 10 de noviembre de 2011.

Septentrional; la provincia situada entre la región del Algarbe y Alentejo denominada Los Algarbes; y la región de la Extremadura portuguesa y Beira. La primera región se adjudicaba de conformidad con los artículos primero y cuarto del tratado a la corona española; la segunda región se adjudicaba a la Francia de Napoleón de conformidad con los artículos segundo y quinto; y la tercera región quedaba a disposición de las partes contratantes para su empleo en la contienda y reparto ulterior tal y como establecía el artículo tercero.³⁷³

Ante las posibilidades que se le planteaban a la casa de los Braganza, a saber, la intervención francesa o el hostigamiento británico, la corona portuguesa empleó sus relaciones con Gran Bretaña para abandonar el país y asentarse en las colonias latinas. La incursión liderada por Napoleón en territorio portugués e iniciada el 17 de octubre de 1807 tenía la pretensión de ser rápida; no obstante, la ausencia de preparación del ejército hispánico y las condiciones climáticas, dificultaron la incursión.³⁷⁴ La salida de la familia real portuguesa se produjo un día antes de la entrada de las tropas en la ciudad de Lisboa. Sostiene Mendible que la decisión del príncipe Joao supuso una diferencia entre el comportamiento del resto de familias reales europeas ante la invasión napoleónica, y la posibilidad de conservar los derechos monárquicos y la soberanía.³⁷⁵

Puigmal, por su parte, entiende que el abandono del país por parte de la familia real portuguesa, si bien sirvió para el mantenimiento de los derechos monárquicos, reflejaba una incapacidad para hacer frente militarmente a Napoleón y constituyó una operación tremendamente arriesgada para la corona británica:

“La familia real portuguesa completa, acompañada de alrededor de 3.000 personas, con toneladas de documentos, libros y el tesoro real, atraviesa el océano Atlántico, zarpando el día anterior a la entrada de las tropas francesas en Lisboa, para refugiarse en su colonia. Ciertos autores apuntan, para explicar esta medida, a la incapacidad evidente y reconocida del reino de Portugal para resistir a la invasión francesa y de su decisión premeditada y consensuada en cuanto a su exilio a Brasil. Cabe señalar que varios oficiales nobles franceses, expatriados en Portugal durante la revolución, toman parte de este viaje, como los hermanos Beaurepaire, D'Alincourt, Marlière, Escragnolle o Gestas de Roquefeuille, quienes participarán luego en las luchas de la independencia brasileña. Es necesario también agregar que la Armada inglesa dirigida por Lord Sydney Smith acompaña en todo momento esta

³⁷³ BIRMINGHAM, D., *Historia de Portugal*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 134.

³⁷⁴ DE ALMEIDA, F., *História...*, *op. cit.*, p. 566.

³⁷⁵ MENDIBLE, A., “El rey portugués en Brasil y el surgimiento del país del futuro”, *Revista Tiempo y Espacio*, vol.20, nº53, 2010, pp. 67-82.

expedición, lo que ya la sitúa en un contexto que va más allá del exclusivo acontecimiento portugués.³⁷⁶

La corona portuguesa ejerció desde Brasil una labor de apoyo a la resistencia en el país y consiguió la intervención del ejército británico en suelo portugués para frenar los avances franceses en el territorio. Expone de nuevo Mendible que esta decisión política tuvo consecuencias para Portugal en sí mismo, pero especialmente para Brasil, de suerte que

“la huida de João VI con su familia, la nobleza portuguesa y las riquezas materiales y culturales del reino, al llegar al Brasil, le cambian el rumbo histórico a la colonia sudamericana.”³⁷⁷

El traslado de la corte a la ciudad de Río de Janeiro, unido al acuerdo comercial alcanzado con Gran Bretaña sobre la apertura de los puertos portugueses en América y la situación de invasión en el territorio europeo propiciaron un fuerte desarrollo económico de la región y una centralización del ejercicio del poder político colonial en Brasil. No obstante, esto supuso, por un lado, la llegada de notables influencias europeas en todas las materias, a las colonias americanas; recoge Fausto la llegada de

“científicos y viajeros extranjeros, como el naturalista y mineralogista inglés John Mawe, el zoólogo bávaro Spiks y el botánico Martius, también bávaro, y el naturalista francés Saint-Hilaire, autores de trabajos que son una fuente indispensable de conocimiento de aquella época. En marzo de 1816 llegó a Río de Janeiro la misión artística francesa que incluía, entre otros, al arquitecto Grandjean de Montigny -autor de proyectos de edificaciones urbanas- y los pintores Taunay y Debret. Estos últimos dejaron dibujos y acuarelas que representaban los paisajes y costumbres de Río de Janeiro en las primeras décadas del siglo XIX.”³⁷⁸

Y, por otro lado, el acuse de las diferencias entre el estatus de la población continental y la población e instituciones criollas, imponiendo la mayor parte de la carga tributaria en las colonias, asumiendo la dependencia en materia de rangos respecto a los continentales y generándose una fuerte desigualdad económica y social entre los territorios brasileños, donde se ubicaban las relaciones comerciales y la Corona, respecto

³⁷⁶ PUIGMAL, P., “Brasil bajo influencia napoleónica y francesa. Los mensajeros de la Independencia: militares, librerías y Periodistas”, *Revista Historia (Santiago)*, vol.46, nº1, 2013, pp. 113-151, p. 137.

³⁷⁷ MENDIBLE, A., “Brasil: su original independencia nacional y particular evolución dentro del contexto latinoamericano”, *Revista Procesos Históricos*, nº 20, 2011, pp. 115-131.

³⁷⁸ FAUSTO, B., *Brasil: de colonia a democracia*, Ed. Alianza, Madrid, 1995, p. 70.

a las zonas periféricas. En 1817 tuvo lugar la conocida como revolución de los Padres, una reacción a la desigualdad existente entre el continente europeo y las colonias aun estando ubicada la corona y la centralización institucional en territorio brasileño. Tal y como expone Fausto, las diferencias sociales y económicas entre las diferentes regiones brasileñas determinaron que la extensión y el alcance de esta revolución fuese desigual, toda vez que, aun teniendo el hilo conductor del antilusitanismo, los terratenientes querían mantener sus privilegios, pero en forma de autogobierno, mientras que el resto de la población buscaba la realización de los elementos propios de la igualdad jurídica que llegaban desde Europa.³⁷⁹ Esta primera revuelta generó el establecimiento de un gobierno provisional en la región de Recife, donde se instauró un modelo republicano, aunque las tropas portuguesas sofocarían la revuelta. En 1814, y como una medida para poner fin a las presiones del territorio brasileño sobre su estatus colonial, se creó el Reino Unido de Portugal, Brasil y Algarve que venía a suprimir el estatus colonial de Brasil.

El contexto del final de las guerras Napoleónicas, sin embargo, generaba el debate sobre cuál sería la situación de Portugal y en 1820, tuvo lugar una revolución liberal en Oporto cuyo objetivo era el retorno de la monarquía a suelo portugués, el fin del dominio militar británico y la recuperación del estatus de potencia colonial al suelo europeo portugués. Tal y como explica Fausto, se trataba de una revolución de contenido liberal en sus aspiraciones políticas de ruptura con el Antiguo Régimen, pero, al mismo tiempo, de contenidos arcaicos en cuanto al estamento militar y a la dominación colonial:

“La revolución portuguesa de 1820 presentaba aspectos contradictorios. Podría definirse como liberal por considerar a la monarquía absoluta como un régimen superado y opresivo, y por tratar de dar vida a los organismos de representación de la sociedad, como es el caso de las Cortes. Al mismo tiempo, al promover los intereses de la burguesía lusa y tratar de limitar la influencia inglesa, pretendía que Brasil volviese a subordinarse por entero a Portugal.”³⁸⁰

Las consecuencias de la revolución iniciada en Portugal tuvieron réplicas en territorio brasileño, donde se constituyeron diversas juntas de gobierno similares a la Junta Provisional del Gobierno Supremo del Reino constituida en Portugal. La decisión de la monarquía fue el retorno del rey a Portugal y la cesión de la regencia a cargo de su hijo Pedro en Brasil. Frente a lo que estaba ocurriendo en las colonias hispánicas, no existía en Brasil una conciencia de entidad propia colonial, toda vez que el traslado de la

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 71.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 72.

monarquía a suelo colonial había sido determinante para generar un sentimiento de pertenencia y vinculación al imperio luso que no tenía réplica en otros contextos coloniales donde la institución monárquica había permanecido en la metrópoli y se habían generado instituciones de gobierno propias y casi autogestionadas para las colonias.

En esencia, se generaron dentro del reino, en el que Brasil ya no tenía la entidad de colonia, dos posiciones enfrentadas: la de los portugueses, que propugnaba el establecimiento de una constitución liberal de limitación del poder monárquico y mantenimiento del estatus colonial anterior a las guerras napoleónicas; y la postura brasileña, tendente al mantenimiento de las condiciones políticas generadas durante el establecimiento de la monarquía en territorio americano, pero con una mayor independencia en materia económica y tributaria, así como con una participación directa en tanto miembro de pleno derecho en el reino, en las Cortes.

Las decisiones tomadas por las cortes portuguesas determinaron el surgimiento de un movimiento independentista en Brasil, toda vez que se articulaban sobre el retorno del príncipe regente, la vuelta de las instituciones a territorio europeo y el restablecimiento del estatus colonial. Un elemento fundamental en el desarrollo del proceso de independencia brasileño fue el hecho de que el príncipe regente no abandonó el territorio brasileño lo que permitió la conformación de un ejército brasileño con las instituciones leales y el mantenimiento de una estructura política en suelo brasileño, elementos claves en lo que se definía al inicio del estudio sobre los elementos de continuidad en el caso de la independencia brasileña. Una de las personalidades de origen brasileño en las que se apoyó el príncipe regente fue José Bonifacio de Andrada e Silva, responsable de la cartera de negocios del Reino y Extranjeros. Tarquino sostiene que en el ideario de José Bonifacio de Andrada e Silva confluían elementos progresistas de componente social vinculados a la integración de la población indígena, la abolición de la esclavitud y la supresión de los latifundios, aun dedicándose tradicionalmente su familia a la explotación agrícola azucarera, con ideas de corte conservador en el plano de las instituciones de gobierno, proponiendo un sistema de monarquía controlada a través del parlamento.³⁸¹

En esencia uno de los factores que determinaría la emergencia de la independencia en Brasil la recoge Saint-Hilaire al exponer que

³⁸¹ DE SOUSA, O. T., *José Bonifacio, emancipador del Brasil*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1945, p. 80.

“Se asegura, aquí, que Portugal se sublevó totalmente contra la casa de los Braganza. Si los brasileños fueren bastante sabios para no dejarse seducir por ese ejemplo peligroso, no perderán absolutamente nada con la separación de Portugal; pero ¿qué será de este reino, entregado a sí mismo y privado de los recursos que aún le ofrece el comercio de Brasil? Las potencias extranjeras tomarán el pretexto de divisiones internas, inevitables, para inmiscuirse en sus negocios y, probablemente, no tardará en perder su independencia.”³⁸²

Un hecho particularmente relevante entorno a la idea de la representatividad de Brasil en las Cortes portuguesas residía en el hecho de que no existían posiciones homogéneas desde el plano de los intereses políticos, ni entre brasileños y portugueses, ni entre los brasileños de las distintas regiones. No obstante lo anterior, tal y como sostienen Dolhnikoff y Ferlini, sí se generaría una fuerte brecha entre portugueses y brasileños que, a pesar de no ser representantes en bloque de la entidad de Brasil, sino más bien representantes regionales, consiguieron presentar un frente unitario en contraposición a los intereses de la metrópoli por antonomasia.³⁸³

En este contexto, la independencia de las colonias hispanas estaba casi consumada y parecía que el único foco de unión y de cierta estabilidad en el territorio brasileño venía definido por la presencia de la monarquía portuguesa. En 1820, el *Correio Brasiliense* publicaría que

“hemos siempre mantenido la opinión de que el rey no podía dejar Brasil e irse para Europa, mientras las colonias españolas, en revolución, continúan su guerra, inciertas de la forma de gobierno que adoptarán y aún más inciertas del sistema político que tienen que seguir, tanto en lo interno como en lo externo.”³⁸⁴

En línea con este argumento, en 1821 apareció en Río de Janeiro un panfleto anónimo que tenía por título *Le Roi et la Famille Royale de Braganca doivent-ils, dans les circonstances presentes, retourner en Portugal ou bien rester au Brésil?*. Se exponían seis razones para que la corona portuguesa no retornase a suelo europeo, a saber: la propia existencia de Portugal dependía de Brasil, en línea con lo expuesto por Saint-Hilaire sobre la dependencia económico-productiva con la colonia a la luz de la crisis económica portuguesa; la existencia del Reino Unido de Portugal pasaba por la permanencia

³⁸² SAINT-HILAIRE, A., *Viagem ao Rio Grande do Sul*, Ed. Senado Federal, Brasilia, 2002, pp. 213-214.

³⁸³ DOLHNIKOFF, M. y FERLINI, V. L., *Construindo o Brasil: unidade nacional e pacto federativo nos projetos das elites (1820-1842)*, Ed. Universidade de Sao Paulo, Sao Paulo, 2000.

³⁸⁴ *Correio brasiliense*, vol XXIV, nº143, Londres, abril de 1820.

institucional en suelo colonial, para evitar las revueltas independentistas que asolaban las colonias hispánicas; la permanencia de la integración de Brasil en el Reino Unido de Portugal suponía la generación de una suerte de imperio luso; la situación política en suelo portugués estaba generando las condiciones para las revoluciones liberales y poniendo en peligro la propia pervivencia de la monarquía como forma de gobierno; ante la posibilidad de sedición, el rey se encontraba más seguro en territorio brasileño; siempre existía la posibilidad de retornar a territorio europeo cuando la situación estuviese más controlada en ambos continentes.

Saint-Hilaire sostiene una cierta conformidad con dichos argumentos y refuerza la idea de que el ejemplo de las colonias hispánicas puede ser seguido por Brasil si se pierde el único lazo que existe con la metrópoli, es decir, la permanencia institucional de la monarquía en territorio brasileño:

“No se lo que pasa en este momento en Portugal. El rey está bastante ligado a Brasil y al estilo de vida que lleva en Río de Janeiro, antes que pueda retornar a Lisboa. Pero, si él o sus hijos no toman este partido, tempranamente Brasil será perdido por la Casa de Braganza, y sus provincias, como las colonias españolas se tornarán teatro de guerras civiles. (...) sin embargo, como la obediencia que las diversas provincias de Brasil tienen ante el soberano es el único lazo que las une, es evidente que ellas se separarán cuando este vínculo ya no subsista. Sin mencionar Pará y Pernambuco, la Capitanía de Minas y la de Río Grande, ya menos distantes, difieren más entre sí que Francia e Inglaterra. (...) Los brasileños, tomados en masa, son ciertamente superiores a los hispanoamericanos; sin embargo, no hay, entre ellos, verdadero patriotismo; no los creo más capaces de altruismos. En una insurrección se verán jefes ambiciosos forma partidos, reunir alrededor de sí esa multitud ociosa y sin fortuna que pulula en Brasil; estas tropas y sus jefes, serán sin duda, superiores en inteligencia a las de Artigas, pero no harán mal menor, y Brasil caerá en una anarquía casi semeiante a la de asola las colonias españolas.”³⁸⁵

Había, por tanto, una línea argumental precisa entorno a la pervivencia monárquica en territorio brasileño basada en la idea de orden; en esencia, no se trataba del mantenimiento de un gran imperio al estilo británico, sino de la posibilidad de mantener un control en territorio sudamericano ante las revueltas independentistas que vivían las colonias hispánicas. Evidentemente, hay un empleo de la idea del caos, del miedo ante la división que se exteriorizaba en los periódicos mundiales. Una de las cuestiones que había permitido en cierta manera el mantenimiento del dominio colonial había sido la creación de entidades políticas completamente abstractas, en el sentido de que la propia idea de Brasil surge con la colonización, de la misma manera que lo haría

³⁸⁵ SAINT-HILAIRE, A., *Viagem...*, *op. cit.*, p. 238.

la idea de Colombia. Esto supone, en esencia, que, en aplicación de un proceso de dominación cultural basado en la aculturación, las distintas etnias que en grupos dispersos habitaban el territorio brasileño quedaron artificialmente unificadas bajo el mandato portugués, de la misma manera que ocurriría en el marco de la colonización hispánica.

Desde el punto de vista académico, la palabra etnia posee una connotación negativa, ya que se ha empleado para referirse, desde el marco de estos movimientos de liberación colonial, para caracterizar y hacer referencia a los grupos precoloniales colonizados. En su significado más puro, la palabra etnia conlleva la idea de ausencia de contacto o de mezcla, dígase, es un sinónimo de pureza. No obstante, no es el término adecuado para referirse a los grupos precoloniales en el sentido de que entre ellos había contacto; el elemento que ha determinado el empleo de la palabra etnia a estos grupos era la ausencia de estatalización, aunque lo cierto es que había una organización política primaria en estas sociedades, que actuaban como grupos territorialmente definidos. El planteamiento colonial pasó por lo que se conoce como etnografía, que supone la inmescusión en el grupo humano objeto de análisis o, en este caso, dominación para categorizarlo. En el movimiento colonial, la aproximación etnográfica partía del etnocentrismo, es decir, de una valoración negativa o inferior de los grupos precoloniales respecto a las metrópolis. Los propios grupos precoloniales habían sufrido procesos de invención independiente, en el sentido de que habían sido capaces de desarrollarse culturalmente en ausencia de contacto con las sociedades europeas, por ejemplo, desarrollando su propia agricultura y ganadería como respuesta a nuevas necesidades del grupo. El planteamiento colonial se basaba en la aculturación, es decir, en un mecanismo de cambio cultural consistente en la pérdida progresiva de la identidad cultural de los grupos precoloniales por la recepción y aceptación, mediante la imposición, de los rasgos culturales de la metrópoli. Evidentemente este proceso nunca es total ni unidireccional en el sentido de que, si bien la cultura dominante interfiere de manera agresiva en todos los procesos culturales de la cultura dominada, la dominada también es capaz de introducir ciertos cambios en la cultura dominante; hay una dominación y un fenómeno de transferencia. Mientras que el modelo hispánico se había basado en el proselitismo religioso, el modelo británico se había basado en el choque cultural a través del cambio medioambiental; el modelo portugués tenía elementos de ambos sistemas.

Esto generó una situación particular en Brasil en la que, por un lado, la influencia de la metrópoli en territorio brasileño había determinado la pérdida de las identidades

políticas de los grupos precoloniales a favor de la asunción o imposición de un poder unitario; al mismo tiempo, las regionalidades presentes en el Brasil colonial son fruto de la transferencia de la cultura de los grupos precoloniales en la sociedad dominante. El hecho de integrar Brasil en el Reino Unido de Portugal supuso la supresión del estatus de súbditos que se obtiene con la aculturación y generó una idea de igualdad con la metrópoli, lo que desencadenaba dentro de Brasil una suerte de lucha de poder entre las regiones representativas de los intereses de grupo y etnia precolonial que tenía una transcripción pública. Las posturas entorno a la permanencia institucional monárquica en territorio brasileño se definían por este elemento de regionalidad que suponía, en esencia, el reconocimiento de un fracaso en la estrategia de dominación portuguesa. Este mismo elemento estaría presente en el marco de las independencias hispánicas, pero con una marcada diferencia en torno al elemento cultural toda vez que en las colonias hispánicas se había asumido una identidad cultural entorno al cristianismo prácticamente unitaria en todas las colonias. El ejemplo de la revolución americana, vinculada a los propios colonos y no a los nativos, refleja que la estrategia de dominación británica basada en la eliminación del hábitat de los pueblos autóctonos determina prácticamente la pérdida de la identidad cultural precolonial. En el caso hispánico y en el caso portugués, perviven ciertos elementos de identificación cultural o de definición de grupo o pertenencia en las aspiraciones de independencia, a pesar de que los procesos de independencia también contasen con un liderazgo y apoyo de los propios colonos.

En un primer momento, en Brasil la postura de los colonos es la de mantener la monarquía en suelo brasileño, con vistas a conservar el estatus de igualdad respecto a la antigua metrópoli; no obstante, el panorama en suelo portugués y en las cortes en suelo europeo determinará un cambio de postura, toda vez que la idea del Reino Unido de Portugal se desmorona con la salida monárquica de territorio brasileño. Esto supone que la experiencia brasileña de independencia se articula entorno a los distintos problemas que va enfrentando la monarquía portuguesa y a su manera de hacerles frente, más que entorno a la existencia de un movimiento propio dentro del territorio brasileño. La publicación *El Astro da Lusitania* daría buena cuenta de esta problemática al publicar un llamamiento a las cortes portuguesas basado en que “nada de violencia, nada de coacción; el Congreso debe mostrar a los pueblos de Brasil que no considera otra cosa sino los intereses recíprocos y que ellos gozan de todos los derechos de Justicia que les son

debidos como miembros de la gran familia.”³⁸⁶ Tal y como sostiene Alexandre, el riesgo era el de replicar en Brasil lo mismo que en las colonias hispánicas, a saber, las “fatales consecuencias de la falta de liberalidad de las Cortes de Cádiz respecto a la América española.”³⁸⁷

La permanencia del príncipe regente en territorio brasileño conllevó el desarrollo de una actitud consistente en la asunción de las medidas y políticas desarrolladas por el regente por encima de las procedentes de suelo portugués. Como sostiene Palacios, la medida que terminó por quebrar las relaciones institucionales entre Brasil y Portugal fue la consistente en que el regente debía aprobar en suelo brasileño, los decretos acordados en las cortes portuguesas antes de que surtiesen efecto en suelo colonial.³⁸⁸ Proceso de ruptura que culminaría con la negativa del regente a retornar a Portugal y con la declaración como enemigas de las tropas portuguesas presentes en suelo brasileño de agosto de 1822.

El 7 de septiembre de 1822, en Ipiranga, el regente expondría el conocido como Grito de Ipiranga, a saber, la declaración formal de independencia con la frase “*independencia ou morte!*”³⁸⁹ La gran diferencia respecto a los procesos de independencia colonial hispánicos radica en la continuidad monárquica y de los derechos sucesorios lo que ha delimitado la generación de un debate entorno al componente de revuelta o revolución de la independencia brasileña. Koselleck sostiene que el término revolución no estaba completamente definido en sus atribuciones actuales de creación de una nueva realidad política en el momento de la independencia brasileña.³⁹⁰ Uno de los argumentos a favor de la consideración de la independencia brasileña como revolución parte de la idea de que se generaba un nuevo orden, una suerte de Imperio Brasileño como proyecto político al que debían sumarse todas las provincias del territorio brasileño.

En el *Diario do governo* en 1823 se exponía que

“Más prudente y reflexivo que sus vecinos españoles, Brasil midió la grandeza del objeto: derribar el antiguo edificio y erigir el nuevo; se reconoció con

³⁸⁶ *Astro da Lusitania*, nº188, Lisboa, 10 de julio de 1821 en ALEXANDRE, V., *Os sentidos do imperio. Questao nacional e questao colonial na crise do antigo regime português*, Ed. Afrontamento, Oporto, 1993, p. 575.

³⁸⁷ *Íbidem*, p. 474.

³⁸⁸ PALACIOS, G., “Una independencia sui generis”, *Revista Ciencia y Cultura*, nº22-23, 2009, pp. 313-319, p. 313.

³⁸⁹ DE ALMEIDA, F., *História...*, *op. cit.*, vol. III, p. 258

³⁹⁰ KOSELLECK, R., *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*, Ed. Paidós, Barcelona, 1993, pp. 67-85.

fuerzas como para hacerlo y así lo ha ejecutado felizmente, sin precipitarse en el torrente de desgracias que ni los iturbides, ni los san martines, ni los bolívares, con todos sus talentos, son capaces de sostener. Para convencernos, pues, de esta verdad, acompañemos las dos potencias en su revolución y veamos el futuro que una y otra nos prometen.”³⁹¹

Esta aproximación sitúa el análisis de la independencia brasileña en el marco de las propuestas de Raynal sobre la emancipación de las colonias. El término emancipación supone una aproximación de connotaciones positivas hacia la revolución entendida como una liberación autónoma y como la institucionalización de un nuevo orden que obedece a un proceso de maduración política y social natural.³⁹²

Ese mismo año, en 1823, tendría lugar la Asamblea Constituyente brasileña en la cual se debatiría el enfoque a adoptar respecto a la ruptura o la continuidad y respecto a la manera de entender el origen y legitimidad del nuevo estado brasileño. Nicolau Verguerio defendería el posicionamiento próximo a la revolución sobre la base de que “todas las revoluciones tienen por motivos las injusticias y violencias de los gobiernos (...) nadie se rebela contra un gobierno buena y justo”, mientras que el diputado Francisco Muniz alertaría sobre la idea de la revolución teniendo como referencia el caso francés y el terror de Robespierre:

“me causa horror apenas oír hablar de revolución; me expreso francamente como un célebre político de nuestros tiempos: *les revolutions me sont odieuses parce que la liberté m'est chere*. Odio cordialmente las revoluciones, y las odio porque amo extremadamente la libertad; el fruto ordinario de las revoluciones es siempre, o una devastadora anarquía, o un despotismo militar cruelísimo; la revolución siempre es un mal, y sólo la desesperación hace recurrir a ella cuando los males son extremos.”³⁹³

En esencia y tal y como sostiene Peres, el análisis del contexto de independencia brasileño se debate entre las continuidades y las discontinuidades.³⁹⁴ A efectos de análisis transicional y, especialmente, si se insertan los procesos de independencia sudamericanos en el enfoque de la ruptura con el Antiguo Régimen, tanto por el margen temporal como

³⁹¹ *Diario do governo*, nº28, 5 de febrero de 1823,

³⁹² RAYNAL, G. T., *A philosophical political history of the settlements and trade of the Europeans in the East and West Indies*, vol. 8, Ed. HardPress Publishing, Los Angeles, 2018.

³⁹³ Intervención de Francisco Muniz en la sesión de la Asamblea Constituyente de 21 de mayo de 1823 recogido en CALMON, P. (coord.), *Diário da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, 1823*, vol. III, Ed. Senado Federal, Brasília, 2003, p. 299.

³⁹⁴ PERES, W., “A independéncia na historiografia brasileira” en JANCSÓ, I. (coord.), *Brasil: formação do Estado e da nação*, Ed. Unijuí, Sao Paulo, 2003, pp. 53-118, p. 56.

por las características institucionales coloniales y por las aspiraciones de la independencia, se obtienen dos conclusiones fundamentales: la primera de ellas supone la repetición de una serie de pautas comunes en los marcos de la independencia, como son la recepción de las ideas liberales políticas, la idea de unidad de las regionalidades bajo un gobierno común y el peso y liderazgo de los colonos. La segunda de ellas parte de la dicotomía entre la continuidad y la ruptura en el sentido de que si bien hay una pervivencia de las instituciones coloniales en todos los procesos de independencia, toda vez que hay una interiorización de la estructura burocrática y toda vez que existe una fuerte dominación cultural, se ven dos procesos diferenciados, uno basado en la generación de una ruptura radical con los lazos de la metrópoli que genera un vacío de poder; y otro basado en una cierta continuidad del papel de la metrópoli en territorio independiente y que viene a determinar un proceso de independencia controlado desde arriba, en línea con los procesos restringidos de democratización propios del siglo XX y cuyo origen son dictaduras cívico-militares. Esto supuso en el caso brasileño la adopción de un modelo de monarquía constitucional, bajo la denominación de imperio con Pedro I de Brasil a la cabeza, y la primacía de un sector conservador en los primeros años de la independencia, frente a la inexistencia de una idea de nación dentro de todo el territorio portugués. Sostiene Mendible que

“La creación de un estado nacional brasileño bajo la forma de un imperio de Brasil en el cual deberían superarse discordias y disidencias entre provincias, de tal manera que resulta razonable considerar todo el periodo de gobierno de Pedro I como de crisis de consolidación del nuevo orden, así como el largo periodo de su hijo Pedro II, como el complemento indiscutible del Brasil contemporáneo.”³⁹⁵

Uno de los elementos que determinó la existencia de un menor nivel de violencia en el marco de la independencia brasileña, especialmente de violencia regional en el sentido de guerra civil, vino determinado por la gestión que desde Europa se estaba haciendo de regiones estratégicas para Brasil, como era la Cisplatina. Aprovechando el vacío de poder que la tendencia recolonizadora de las cortes en Portugal estaba teniendo y generando, la cuestión de la Cisplatina se *brasilizó* y generó en Brasil la aparición en el debate público de una constante en los marcos de independencia colonial, a saber, la cuestión fronteriza y, particularmente, la idea de las fronteras naturales. En esencia, el proceso de independencia brasileño adolece de las mismas dificultades que el proceso de

³⁹⁵ MENDIBLE, A., “Brasil..., *op. cit.*, p.115.

independencia de las colonias hispánicas, a saber, la ausencia de un componente de legitimidad entorno al gobierno unitario, aunque en este caso existiera un reconocimiento a la figura de Pedro I como medida de protección y la ausencia de una definición territorial, toda vez que la propia entidad brasileña, de la misma manera que la colombiana o la argentina, era una ficción colonial. El hecho de que alrededor de lo que hoy se conoce como Brasil los procesos de independencia y los conflictos vigentes tuviesen ese matiz de definición territorial fue lo que determinó en buena manera el hecho de que la región de la Cisplatina se adhiriera al reconocimiento de Pedro I. Esto supuso la incorporación al debate brasileño de la unidad nacional y de la propia cuestión nacional en sí misma considerada. En la publicación llamada el *Revérbero Constitucional Fluminense*, en 1822 se publicaba que

“No podremos dejar de sentir verdadero júbilo, cuando vemos con esta adquisición, hija de la espontánea y legal elección, cerrado nuestro continente por sus límites naturales, por estos dos corpulentos ríos, que extienden sus brazos por un territorio inmenso fértil, rico, envidia de todo el mundo. Si los pueblos no son propiedad de nadie, ni herencia de persona alguna,; si cada una de las provincias puede cambiar de gobierno o emanciparse, cuando se consideran con fuerzas, o incorporarse entre sí, y con otras que mejor les agrada así que cambie la primera forma gubernativa en que vivían, como escribe el sabio Wattel y otros que estudiaron la naturaleza de las cosas, es indudable que los pueblos del Río de la Plata tenían el derecho de escoger el gobierno a que querían obedecer, y la nación con la que deseaban incorporarse.”³⁹⁶

Sostiene Gilmour que otro factor determinante para el impulso de la independencia brasileña fue el reconocimiento que Estados Unidos estaba haciendo de los territorios independizados de la corona española.³⁹⁷ Se produjo un fenómeno paradójico en el que, por un lado, la independencia de las colonias hispánicas y su reconocimiento por Estados Unidos suponía lo que se conoce como ventana de oportunidad para Brasil, pero sin replicar los modelos tradicionales de independencia hispánica y aproximándose más al modelo mexicano:

“La América española conoció en toda su extensión la dificultad que había en recibir de la Metrópoli el impulso necesario para el andamio de sus negocios, y que por este motivo no podía renunciar a su independencia sin renunciar al mismo tiempo a su felicidad. Aquella independencia fue contrastada por toda suerte de obstáculos que la política de la Metrópoli podía inventar para mantener sus mal fundamentados o antes injustos derechos (...). La fuerza descubierta y, por otra parte, la intriga que tenía a dividir los ánimos, y a suscitar las disensiones intestinas,

³⁹⁶ *Reverbero Constitucional Fluminense*, n°12, Río de Janeiro, 29 de enero de 1822.

³⁹⁷ GILMOUR, D. A., “La política internacional y la independencia de América Latina” en BETHELL, L. (coord.), *Historia de América Latina*, vol. III, Ed. Crítica, Madrid, 2001, pp. 232- 258, p. 245.

fueron los instrumentos de los que la antigua España se sirvió para obtener aquel fin; sin embargo, la irresistible fuerza de la opinión repelió heroicamente una y sofocó la otra; México goza de paz y libertad (...). Volvamos, sin embargo, ahora las miradas hacia Brasil, comparemos los cuadros de ambas naciones, ¿qué descubrimos? Los mismos motivos que produjeron la independencia de la América española y la necesidad del mismo recurso.”³⁹⁸

El propio proceso constituyente brasileño estuvo notablemente influenciado por la experiencia hispánica y por la existencia de un conflicto en curso, especialmente intenso en las regiones de Bahía. Esto supuso que el inicio del proceso constituyente estuviera notablemente marcado por dos posturas contrapuestas, la posibilidad de gobiernos alternativos y el mantenimiento del orden monárquico. En esencia, lo que venía a definirse era el papel de Brasil en el entramado americano de la época y sus relaciones con Europa. Uno de los principales debates se establecía entorno a la idea de un federalismo frente a la noción unitaria de la gobernabilidad. La tendencia más federal entendía que las regiones eran entidades previas a la propia colonización portuguesa y al pacto constituyente y que, de manera libre, habían aceptado unirse al debate constitucional con vistas a generar un cuerpo común, pero manteniendo esferas propias de soberanía y no de simple autonomía. En contraposición, la propuesta unitaria sostenía que la forma monárquica precedía al propio pacto constituyente y debía primar como garantía de concordia.³⁹⁹

La Constitución Política del Imperio de Brasil fue jurada por Pedro I siendo un reflejo de una interpretación brasileña del liberalismo político que intentaba evitar repetir lo que consideraba fracasos de la práctica constituyente liberal tanto en Europa como en otras independencias americanas. Se origina una constitución que sigue los dictámenes de lo que se ha venido denominando liberalismo doctrinario, en atención al cual “el soberano concedería con independencia, motu proprio, lo que se deseaba aceptara (...). La ordenación política arranca de la autoridad originaria del rey, el cual graciosamente concede a sus súbditos una carta que supone cierta modalidad en el ejercicio de aquella.”⁴⁰⁰

Esta perspectiva basada en derechos originarios y en la reunión de la soberanía nacional en la persona del monarca es lo que caracteriza, y se mimetiza, con el primer

³⁹⁸ Edición en Río de Janeiro de *O Papagaio*, nº6, 12 de junio de 1822.

³⁹⁹ COSER, I., *Visconde do Uruguai: centralização e federalismo no Brasil 1823-1866*, Ed. UFMG, Belo Horizonte, 2008, p. 55.

⁴⁰⁰ DIEZ, L., *El liberalismo doctrinario*, Ed. CEPC, Madrid, 1984, pp. 65-66.

constitucionalismo brasileño, tomando como referencia el modelo constitucional francés de 1814.⁴⁰¹ Esta idea de mantenimiento del poder en la figura monárquica supone el fracaso del llamado liberalismo radical en el contexto brasileño, ante el papel de orden y estabilidad que había asumido Pedro I con la salida de la corona portuguesa del territorio americano y su retorno a Portugal. Otro elemento era la creación de un origen y de una historia colectiva; tal y como expone Burke,

“Esta política me parece el resultado de una profunda reflexión o, más bien, el feliz efecto de un comportamiento que imitaba a la naturaleza. Era idea de una transmisión hereditaria de nuestras libertades nos inspira un sentimiento de dignidad natural (...). De esta manera nuestra libertad lleva consigo un aspecto importante y majestuoso; tiene su genealogía y antepasados ilustres.”⁴⁰²

Sostiene Vivar que lo que ocurrió en Brasil, a diferencia de los esfuerzos de las colonias hispánicas, fue un intercambio entre el pacto o contrato social originario por el reconocimiento del principio de legitimidad monárquico.⁴⁰³ Los propios miembros de la Asamblea Constituyente asumían que el pacto brasileño ya se había consumado y que lo que restaba era la delimitación del marco jurídico:

“Para entonces ya habíamos ajustado y firmado nuestro pacto social, formábamos ya una nación: sólo nos restaba precisar las condiciones indispensables para que ese pacto fuera fecundo, estable y firme. Se nos ha encargado declarar y determinar esas condiciones. Nos encontramos investidos del poder augusto para organizar el Código Constitucional del Imperio de Brasil.”⁴⁰⁴

En definitiva, la conclusión es que el texto constituyente brasileño de 1824 es más el resultado de una aplicación de los principios propios de la Restauración en cuanto a la limitación de los poderes monárquicos, que fueron ampliamente discutidos en la totalidad de las sesiones, especialmente en el marco del deber del rey de sancionar las leyes, limitando el poder de la asamblea legislativa y en la potestad de sancionar determinados actos contrarios a los intereses del nuevo Imperio de Brasil. El eje central, por tanto, es la legitimación del poder monárquico sin restar validez al enfoque revolucionario. Es una

⁴⁰¹ CRUZ, M. F., *Liberals Moderados e Constitucionalismo Moderado (1814-1852)*, Ed. Instituto Nacional de Investigação Científica, Lisboa, 1988, p. 37.

⁴⁰² BURKE, E., *Reflexões sobre a Revolução em França*, Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1997, pp. 69-70.

⁴⁰³ VIVAR, A., “El liberalismo constitucional en la fundación del Imperio Brasileño”, *Historia Constitucional*, nº6, 2005, pp. 149-179, p. 161.

⁴⁰⁴ Intervención de Carneiro de Campos en la sesión de la Asamblea Constituyente de 26 de junio de 1823 recogido en CALMON, P. (coord.), *Diário da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, 1823*, vol. I, Ed. Senado Federal, Brasília, 2003, p. 299.

idea similar a lo ocurrido con la personalidad del rey Juan Carlos I en el caso de la transición española toda vez que Pedro I era el hijo del monarca portugués y representaba la pervivencia de la institución colonial en territorio brasileño; de ahí que toda la labor de independencia colonial brasileña se defina en relación a la institución monárquica y a la justificación de la legitimidad en la reunión del poder por parte de la misma familia real colonial, frente a los modelos hispánicos, con la breve excepción del caso mexicano, en el que el movimiento independentista parte de la necesidad de reconfiguración en vez de la de la redefinición.

4. EL CONCEPTO DE CLASE Y EL CONCEPTO DE MASA A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX. SU IMPACTO EN MATERIA DE DEMOCRATIZACIONES

a. LA REVOLUCIÓN DE CLASE Y LA REVOLUCIÓN DE MASAS

Leon Trotsky, en su libro titulado *Historia de la Revolución rusa*, apunta, acertadamente, hacia cuáles deben ser los ejes del análisis de cualquier hecho histórico, incluyendo entre ellos y, sobre todo, a las revoluciones y estableciendo que “los sucesos históricos no pueden considerarse como una cadena de aventuras ocurridas al azar ni engarzarse en el hilo de una moral preconcebida, sino que deben someterse al criterio de las leyes que los gobiernan.”⁴⁰⁵

Se determina aquí que, especialmente, el análisis de las revoluciones debe quedar sometido al más riguroso de los acercamientos y a la más transparente y objetiva de las perspectivas, sobre todo porque cualquier tipo de revolución, al margen de sus implicaciones ideológicas, supone una ruptura y, como ocurre en las familias como parábolas sociales reducidas, toda ruptura tiene unas motivaciones, unas causas y unos objetivos a perseguir que no siempre coinciden con las consecuencias acontecidas efectivamente. En palabras, de nuevo de Trotsky, “la historia de las revoluciones es para nosotros, por encima de todo, la historia de la irrupción violenta de las masas en el gobierno de sus propios destinos.”⁴⁰⁶ Cabría hacer en ese punto tres matizaciones sobre la base de que no solo hay violencia sino también ideología, no son las masas actuando de forma descoordinada las que provocan una revuelta, y estas no siempre concluyen con

⁴⁰⁵ TROTSKY, L., *La historia de la Revolución Rusa*, Ed. Capitán Swing, Madrid, 2017, p. 15.

⁴⁰⁶ *Ibidem* p. 16.

gobiernos autónomos o justos. Ni siquiera el propio concepto de revolución expresado por Trostsky en esos términos queda exento de influencias ideológicas, es más, esa concepción de la revolución evoca el ideal comunitarista de Rousseau, una justificación del empleo de la violencia como arma contra la represión y una idea de la revolución como camino hacia la liberación ante un status quo. A pesar de que el concepto de revolución se generalizó con la autodenominada Revolución Francesa, las connotaciones actuales del término están vinculadas por el devenir histórico a la aproximación comunista, convirtiendo a todo aquello que se apode revolución en una lucha entre dominantes y dominados donde el resultado esperado es la liberación respecto a los dominantes. Lo cierto es que el término ha entrado en una profunda crisis, primero por las connotaciones ideológicas de las que se le ha dotado y segundo porque, según apunta Luis Villoro, “la ruptura radical con el pasado habría sido quizá más ilusoria que real.”⁴⁰⁷ La pregunta que cabe plantearse es si existe la posibilidad tangible de hablar de revolución sin una aproximación ideológica, sobre todo teniendo en cuenta que casi todo lo anterior a la Revolución Francesa ha sido catalogado de sublevación popular y no de revolución, y que casi todo lo posterior y carente de algún tipo de influencia comunista, bolchevique o stalinista, ha sido nombrado como guerra de independencia o, de nuevo, sublevación.

Hay un factor, entonces, que ha determinado que la revolución se aleje de lo planteado por el liberal José María Luis Mora en el sentido de que “las revoluciones dependen de un movimiento general de las naciones (...) los hombres llegan a cansarse de ser lo que son, el orden actual les incomoda bajo todos aspectos (...) todos quieren mudar de situación”⁴⁰⁸; para acercar la revolución a una instrumentalización ideológica y política de las ansias de liberación popular o, a una suerte de racionalización “de las ansias de renovación social.”⁴⁰⁹

Esa racionalización puede conducir a resultados distintos, al triunfo o al fracaso en atención a cómo se gestiona la tensión entre lo individual y lo colectivo, entre la libertad individual y el interés común. Una aproximación contundente a esta tensión la ofrece Hannah Arendt, quien sobre la historia de las revoluciones apunta a que

“Se puede narrar bajo la forma de una parábola, como el cuento en que un tesoro de la edad dorada, bajo las circunstancias más diversas aparece abrupta e

⁴⁰⁷ VILLORO, L., *Sobre el concepto de revolución*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n.º. 11, 1992, pp. 277-290, p. 277.

⁴⁰⁸ LUIS MORA, J.,M., *Obras sueltas. 1837, Sobre el curso natural de las revoluciones*, Ed. Rosa, México, 1837, pp. 647-651.

⁴⁰⁹ VILLORO, L., *Sobre el..., op. cit.*, p. 280.

inesperadamente y desaparece otra vez, en distintas condiciones misteriosas, como si se tratara de un espejismo. (...) Los unicornios y las hadas son, al parecer, más reales que el tesoro perdido de las revoluciones.”⁴¹⁰

En otras palabras, una revolución iniciada constituye un momento de esperanza, pero son las formas de conducirla, de sustentarla y de gestionar los instantes postrevolucionarios los que determinarán que el final del cuento sea feliz o dramático para la política y para la ciudadanía. Sobre la base de ese momento inicial de esperanza que las revoluciones americana y francesa mitificaron, se ha construido lo que François Furet, en su obra *El pasado de una ilusión*, denomina “la fuerza de las mitologías políticas que han dominado el siglo XX”⁴¹¹, se han condicionado las guerras mundiales, el periodo de entreguerras y el mundo postconflicto en nombre de la libertad, “tesoro sin edad, donde todo está dicho y nada está dicho.”⁴¹² Es ese punto, esa concepción de la revolución como una posibilidad absoluta de cambio político inclusivo en su origen y libertario en sus intenciones, el que determina que pueda hablarse de revoluciones y no de revueltas, y es el desaprovechamiento de esa ventana de oportunidad política o su desvirtuación la que provoca el fracaso y la controversia en torno al término.

Los acontecimientos acaecidos tras el final de la Primera Guerra Mundial no son sino el reflejo de la supervivencia y evolución de un enfrentamiento arrastrado desde las revoluciones americana y francesa, la tensión entre liberalismo y comunitarismo plasmada en el debate entre comunismo y capitalismo que terminaría marcando toda la historia del siglo XX en el mundo entero.

Es necesario, pues, realizar una aproximación a los viejos ideales para comprender la naturaleza de las revoluciones bolchevique, espartaquista y del auge de los fascismos en la Europa de entreguerras sustentados sobre el nacionalsocialismo. Puede que el título de la obra de MacIntyre condense bien esta idea con su libro cuya traducción sería *No soy comunitarista, pero...*⁴¹³ Dicha aproximación permite reflexionar acerca de si las revoluciones sociales ocurridas tras la Primera Guerra Mundial constituyen un choque de

⁴¹⁰ ARENDT, H., *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*, Ed. Península, Barcelona, 1996, pp. 10-11.

⁴¹¹ FURET, F., *El pasado de una ilusión*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1990, p. 15.

⁴¹² ENEGRÉN, A., *La pensée politique de Hannah Arendt*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1984, p. 186.

⁴¹³ MACINTYRE, A., *I'm not communitarism, but...*, *The Responsive Community*, vol. 1, n.º. 3, summer, 1991, pp. 91-92.

civilizaciones en los términos de Huntington⁴¹⁴ o si, se acercan más a una crisis de la civilización en los términos de Elías.⁴¹⁵ En la obra titulada *Confesiones*, Rousseau confiesa al lector cuál fue su pretensión y cuál ha sido la de cualquier teoría política ulterior:

“Me había percatado de que todo dependía radicalmente de la política y de que, mírese como se mire, ningún pueblo será nunca otra cosa que lo que la naturaleza de su gobierno le lleve a ser. Así la gran cuestión sobre el mejor gobierno posible me parecía reducirse a ésta: cuál es el tipo de gobierno más apropiado para formar el pueblo más virtuoso, el más instruido, el más sabio, el mejor en toda la extensión del término.”⁴¹⁶

En cualquiera de ellas se encuentra intrínseca la idea de formar ciudadanos en el sentido de generar algún tipo de pacto o contrato social normativizado, la diferencia esencial estriba en la compatibilidad entre ser hombre y ser ciudadano. Apuntaría Rousseau en *Emilio* a que “forzado a combatir la naturaleza o las instituciones sociales, es preciso optar entre formar un hombre o un ciudadano, porque no es posible formar al uno y al otro al mismo tiempo.”⁴¹⁷

Supone la confrontación entre dos voluntades, la de todos entendida como la suma de intereses particulares, y la voluntad general representada como aquello que el pueblo desea o, al menos, debe desear en aras del interés común. Lo que se plantea es una supresión de las voluntades individuales sobre la base de que la voluntad general “es siempre recta y siempre tiende a la utilidad pública.”⁴¹⁸ Esa es la esencia vital del comunitarismo, trasladar “el yo a la unidad común, de suerte que cada particular no se cree ya uno, sino parte del todo.”⁴¹⁹ Lo individual queda difuminado dentro de la comunidad y “cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y recibimos en cuerpo a cada miembro como parte indivisible del todo.”⁴²⁰ Tal y como apunta Roberto Cañas, si bien Rousseau supone una defensa de la democracia republicana frente a la democracia representativa, lo cierto es que su obra es una reacción al absolutismo y al despotismo monárquicos, donde

⁴¹⁴ HUNTINGTON, S.M., *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Ed. Paidós, Barcelona, 2015.

⁴¹⁵ ELÍAS, N., *El proceso de la civilización*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

⁴¹⁶ ROUSSEAU, J.J., *Las confesiones*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2008, pp. 404-405.

⁴¹⁷ ROUSSEAU, J.J., *Emilio o de la educación*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2011, p. 41.

⁴¹⁸ ROUSSEAU, J. J., *Contrato Social. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, p. 35.

⁴¹⁹ CHEVALLIER, J. J., *Los grandes textos políticos*, Ed. Aguilar, Madrid, 1972, p. 152.

⁴²⁰ ROUSSEAU, J. J., *Contrato Social...*, *op. cit.*, p. 23.

intereses privados conducen la vida pública sin la igualdad conferida por el contrato social que no es sino una socialización política llevada al extremo donde cada individuo se diluye como parte de un todo en favor de la igualdad y el progreso general, dígame, “a la frase de Luis XIV «el Estado soy yo», se le antepondría el Estado somos activamente nosotros.”⁴²¹

Partiendo, entonces, de esa atribución irrefutable de la soberanía al pueblo como el reflejo del todo, el papel del gobernante en el comunitarismo es representar al pueblo como fuerza ejecutiva de la ley y como subordinado a él. Previene Rousseau de las sospechas hacia todo ejecutivo cuya naturaleza, casi indiscutible e inevitable salvo mediante su sujeción a la ley, es la de ir en contra de los intereses de esa voluntad general. En otras palabras, hay una disociación entre soberano racionalizado por el contrato social, y gobernante de naturaleza tirana convertido en instrumento técnico para el mantenimiento de los principios que fundan el contrato social, el gobierno, como un mal necesario.

Frente a esta racionalización de lo social, la vertiente liberal propone una alternativa distinta donde prima la racionalización de lo individual como garantía de convivencia política. Se trata, ni más ni menos, que de una cuestión de límites acerca de la distancia, connivencia o fusión entre lo público y lo privado.

Es posible apreciar esos ecos en la Revolución Rusa, especialmente, si se centra el análisis en las condiciones políticas, económicas y sociales que la preceden. El gobierno del zar como evocación de la continuación del Imperio Romano de Oriente era una monarquía autocrática sustentada en la Iglesia ortodoxa como medio de control social y en la *Ojrana* como fuente de represión, con una basta extensión de terreno, una ausencia de clase burguesa debida a la permanencia de estructuras feudales donde la nobleza es leal al poder y dueña de las tierras y una incipiente oposición relegada a la clandestinidad y de mayoría socialista. Dicha oposición, si bien contaba con el conocido por sus siglas KDT, es decir, el Partido Constitucional Demócrata de corte liberal, tenía una división importante en el plano del socialismo entre aquellos partidarios de una revolución proletaria al estilo marxista, rápida y contundente, y aquellos más próximos a una interpretación más cercana al comunitarismo que al marxismo donde a la liberación

⁴²¹ CAÑAS, R., *El contrato social de Rousseau: el problema de la natural enemistad entre la soberanía y el gobierno*, Revista Estudios Universidad de Costa Rica, n°21, 2008, pp. 137-148, p. 141.

proletaria le precede una etapa democrática características similares a la etapa pre contrato social rousseauiana.

Un fracaso bélico frente a los nipones a principios del siglo XX y la implicación de condiciones desastrosas para la economía rusa en la Primera Guerra Mundial generaron el caldo de cultivo necesario para propiciar la Revolución de 1917: en 1905, la derrota ante los japoneses fue la chispa que prendió un pequeño fuego sofocado principalmente de forma política, ya que las promesas zaristas de gobernar de forma constitucional fueron asumidas por los liberales y por la rama más moderada del socialismo ruso; el movimiento proletario sintió una profunda decepción debida a un viraje que les dejó desprovistos de protección en sus revueltas y huelgas. En 1917, la participación rusa en la Primera Guerra Mundial supuso movilizar a la población campesina más humilde de sus labores de cultivo, vinculadas a la supervivencia y no a la producción, hacia el frente de batalla, generando una subida de los precios de productos básicos, una orientación de los escasos esfuerzos industriales a la guerra y una gran cantidad de muertos y mutilados vinculados a una guerra vista por la opinión pública mayoritaria como ajena a los intereses de la nación rusa.

Esos hechos generaron las condiciones idóneas para que el discurso socialista calase en una sociedad donde el sustento económico, es decir, los hombres, habían desaparecido en combate; el sustento familiar, dígame, las mujeres, no tenían con que alimentar a sus hijos; y el ejército en territorio zarista confraternizaba con las muertes de sus compañeros en batalla. Pueden parecer tres factores expuestos de una manera simplificada, pero lo cierto es que en economías de subsistencia y de corte patriarcal el destino de la fuerza de trabajo principal del campo hacia la guerra genera condiciones pésimas para la supervivencia, y el hambre es un buen motor revolucionario, inclusive más potente que la represión, especialmente teniendo en cuenta la aparente inmovilidad de las instituciones tradicionales y aplicando una lógica gatopardista en la que, en ausencia de una ruptura como es una revolución, los cambios políticos y del poder son herramientas o instrumentos para su mantenimiento, en otras palabras, todo cambia para que todo siga igual.

Los mencheviques o socialistas moderados asumen el control de esta fase de la revolución, la burguesa, pero la permanencia de Rusia en las hostilidades y el agravamiento de la crisis económica generan una ruptura en el seno del socialismo que se convierte en una fractura que marcó el destino de Rusia y la configuración del mundo

en el siglo XX: la tesis de abril, descrita por la Fundación Federico Engels como el acontecimiento en que “por primera vez en la historia los esclavos se levantaron contra los amos y vencieron, iniciando una nueva era.”⁴²²

Un primer momento de sueño, de esperanza, la época en que

“en medio de la miseria de esta traición al proletariado, se levantaron las voces enérgicas de un puñado de organizaciones y dirigentes revolucionarios: la izquierda marxista de la socialdemocracia alemana con Rosa Luxemburgo y Karl Liebknecht a la cabeza, Lenin y Trotsky por los marxistas rusos, Pannekoek en Holanda, los socialistas serbios... En 1914 eran una minoría aislada y perseguida en todo Europa en mitad de un carnaval de chovinismo e histeria militarista.”⁴²³

Si esa circunstancia se pasa por el filtro ofrecido por el *Manifiesto Comunista*, se concluye que la teoría desarrollada por Marx, en función de la cual una etapa capitalista de desarrollo de los medios de producción debe preceder a la dictadura del proletariado, visión compartida por los mencheviques, queda relegada a un segundo plano para dar paso a la versión leninista del comunismo en la que, según expresa el propio Lenin,

“El ministerio de coalición no es más que un momento de transición en el desarrollo de las fundamentales contradicciones de clase de nuestra revolución (...). Las cosas no pueden seguir así mucho tiempo. O hacia atrás, hacia la contrarrevolución en toda la línea, o hacia delante, hacia el paso del Poder a manos de otras clases.”⁴²⁴

Establecería igualmente el propio Lenin que,

“Este tránsito se caracteriza, de una parte, por el máximo de legalidad (Rusia es hoy el más libre de todos los países beligerantes); de otra parte, por la ausencia de violencia contra las masas y, finalmente, por la confianza inconsciente de estas en el gobierno de los capitalistas, los peores enemigos de la paz y del socialismo. Esta peculiaridad exige de nosotros habilidad para adaptarnos a las condiciones especiales de la labor del partido entre masas inusitadamente amplias del proletariado que acaban de despertar a la vida política.”⁴²⁵

Importante es, sin duda, la aproximación que pueda hacerse al despertar político de las masas proletarias constituidas por un 80% de población campesina en el momento

⁴²² LENIN, V.I., *Las tesis de abril*, Ed. Fundación Federico Engels, Madrid, 2004, p. 7.

⁴²³ *Ibidem*, p.7.

⁴²⁴ *Ibidem*, p.8.

⁴²⁵ *Ibidem*, p.19.

de producirse la revolución de 1917 y alejadas por completo de las teorías políticas fuesen socialistas, marxistas, bolcheviques, burguesas o capitalistas. Autores como Skocpol sitúan al campesinado, a la revolución agrícola y al decreto de la tierra como factores clave en la conversión política de la Rusia zarista en el primer intento de transposición de las teorías marxistas⁴²⁶ ya que ello propició la confiscación de las tierras a los grandes propietarios y el inicio de organizaciones comunales autoelegibles de campesinos, dotando así a la mayor parte de la masa poblacional de la capacidad para casi autogestionar sus recursos y recuperar las *obshchinas* frente a la mercantilización creciente del dominio de las tierras. Lo que ocurrió fue que, mientras el campesinado obtenía de los sucesos desencadenados en 1917 la oportunidad de llevar a cabo una revolución antimodernizadora, sus reacciones eran instrumentalizadas desde las nuevas esferas políticas en nombre de una ansiada igualdad reducida a su componente más puramente material.⁴²⁷

Dice Sánchez de Haro que los resultados de las elecciones convocadas por Kerensky situaron a Rusia en un contexto donde “la opción democrática había muerto casi antes de nacer”⁴²⁸, puesto que la llegada de Lenin al poder se hizo por medio de un contragolpe revolucionario, desencadenando una guerra civil que terminaría en 1922, la ejecución de la familia zarista y dando lugar al abandono del mundo comunista para la creación de una superpotencia comunista capaz de hacer frente a los avatares del capitalismo en el mundo.

Esa idea del comunismo en un solo país pronto generó una suerte de rivalidad creciente con el paso de los años entre la que sería la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (en adelante URSS), y la República Popular China, especialmente por el control o la representación del comunismo en el mundo. En mitad de ese enfrentamiento aparecería, olvidada por los anales de la historiografía más occidentalizada, la cuestión mongola, cuyas implicaciones fueron sintetizadas por uno de sus diplomáticos al expresar que “sea rojo, rosa o blanco el régimen que haya en Moscú, permaneceremos siempre al lado de los rusos... La dominación china volvería a hacernos desaparecer del mapa.”⁴²⁹

⁴²⁶ SKOCPOL, T., *Los Estados y las revoluciones sociales*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

⁴²⁷ LEWIN, M., *La formation du système soviétique*, Ed. Gallimard, Paris, 1987, p. 286.

⁴²⁸ SÁNCHEZ DE HARO, F., “La revolución rusa: cien años después”, *eXtoikos*, nº19, 2017, pp. 29-33, p. 32.

⁴²⁹ RUBIO GARCÍA, L., *El medio siglo de la nueva Mongolia*, Revista de Política Internacional, nº119, 1972, pp. 105-128, p. 105.

Tras periodos de esplendor con los mongoles como grandes imperialistas en el continente asiático, la extensión territorial, su ubicación entre Rusia y China y su potencial geopolítico, situaron a la región en el centro de los intereses contrapuestos entre chinos, quienes en 1691, en la ceremonia de Dolon Nor, habían oficializado su papel como protectores de los mongoles, y rusos, centrados fundamentalmente en las aportaciones económicas que Mongolia Exterior podía ofrecerle y sin ánimos de cuestionar el control chino en las regiones delimitadas o la habilidad de la política militar china para sofocar revueltas.

A principios de siglo XX, Mongolia se ve inmersa de lleno en los cambios políticos de tendencia, de régimen y de dinastía que sacudieron tanto a China que debió de poner fin al bureau creado con el objetivo de promover la emigración china a los territorios mongoles para favorecer su dominación, como a Rusia que ya veía en las decisiones asiáticas un foco de problemática para su política exterior y de seguridad. Ante la solicitud mongola reclamando la protección de la Rusia zarista en agosto de 1911, la posición del gabinete del zar fue contundente:

“Después de haber deliberado sobre la actitud a adoptar hacia esta delegación, consideramos necesario ayudar a los mongoles en sus esfuerzos para defender su independencia, debido a que la colonización de Mongolia por los chinos, la instalación de una Administración china y el reforzamiento de las tropas chinas deben ser conceptuados como indeseables desde el punto de vista de la seguridad de nuestras fronteras.”⁴³⁰

En 1911, por tanto, mientras la revolución en China pone fin a los manchúes, los mongoles preparan el terreno para la declaración de la independencia de Mongolia Exterior sobre la base de la nueva protección rusa y de su lealtad hacia la dinastía manchú, pero no hacia China como estado.

El 3 de noviembre de 1912, Rusia y Mongolia suscribían un acuerdo que según la Comisión Internacional de Juristas suponía una “medida inicial para conseguir la gradual separación de Mongolia Exterior de la comunidad china”⁴³¹ y que, al mismo tiempo y

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 110.

⁴³¹ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *La cuestión de Tíbet y el imperio de la Ley*, Ginebra, 1959, p. 94.

según Phillips, suponía afirmar que “Mongolia liberada por sí misma de la colonización china se convertía en colonia de Rusia.”⁴³²

Los cambios políticos sufridos en China y el triunfo de la revolución bolchevique en Rusia, a la par de la instauración de un Partido Popular en la región, fueron el germen perfecto para que en 1921, se proclamase un gobierno revolucionario por el Partido que menos de un mes después de su implantación solicitaba el apoyo de la URSS, desencadenando la disolución del primer gobierno independiente de Mongolia, la ejecución de sus líderes y el establecimiento del Gobierno Provisional Revolucionario que, con la permanencia de las tropas soviéticas en su territorio, aseguraba su propia protección y la de las fronteras rusas frente a la amenaza del enemigo común. La precisión en las fechas es casi imposible en todo lo concerniente a la primera época de la Mongolia popular, pero puede indicarse sin error que todo ello ocurrió en un plazo inferior a seis meses.

Diría Naminov que “si bien habían echado al zorro de la puerta delantera, habían permitido al tigre deslizarse por la puerta trasera”⁴³³; en otras palabras, las ansias de independencia del territorio mongol respecto al dominio chino les habían llevado hacia el camino del control soviético en una espiral en la que la lucha contra la opresión nacional había sido sustituida por una lucha contra la opresión de la clase obrera en un territorio sin industria, ni burguesía, ni concepto de clase, pero con un movimiento izquierdista gestado por los soviéticos y liderado por Sukhé Bator. A partir de ese momento y hasta la Constitución de la República Popular de Mongolia en 1924, lo que ocurrió en Mongolia, el territorio que en 1921 había sido instrumentalizado como herramienta soviética de expansión y que había visto en el comunismo la posibilidad de ser un territorio independiente, fue similar a lo acaecido en la URSS, solo que en una escala más pequeña y al mismo tiempo más evidente: aplicación estricta de la disciplina de partido, en el caso mongol, de la disciplina soviética convirtiendo al ideal marxista en una fuente de purga y terror dentro y fuera del partido. En palabras de Laso Prieto, el comunismo, por el empleo e instrumentalización que de él se ha hecho, ha pasado de ser “un ideal

⁴³² Cita de G. D. R. Phillips en RUBIO GARCÍA, L., *El medio siglo de la nueva Mongolia: 1921-1971*, Revista de Política Internacional, nº118, 1971, pp. 91-110, p. 97.

⁴³³ NAMINOV, D. N., *Mongolia and Soviet Far East Policy*, Prologue, verano 1958, pp. 35-41, p. 38.

político y un proyecto de organización social”⁴³⁴ a ser “un movimiento político-social organizado.”⁴³⁵

Del ideal a la práctica, quizás hay una idea que ejemplifica bien esa lejanía y es el paso de la idea de proletariado sin fronteras a la de proletariado ruso y de la internacionalización del comunismo a las repúblicas satélite, creando una suerte de supremacía rusa que Guntis Ulmanis, presidente de Letonia resumiría de la siguiente forma:

“En lo concerniente a las minorías y, en particular, a la minoría rusa, no veo que tipo de discriminación pueden sufrir. El régimen soviético ha intentado hacernos creer que Rusia estaría siempre presente, que nunca más existirían letones, estonios, tártaros, georgianos y solamente habría una sola y única nación rusa. Aquellos que alimentaban en otros tiempos este tipo de ilusiones tienen hoy dificultades para deshacerse de ellas. En el fondo, aquellos que han perdido su sentimiento de pertenencia a una nación y no consiguen liberarse de los restos de la ideología tienen más de lo que lamentarse que de lo que condenar.”⁴³⁶

Kieniewicz ha aportado reflexiones interesantes sobre este punto, especialmente formulando tres preguntas: ¿por qué fracasó? ¿qué dejó? “¿Habrá destruido el comunismo todo el sistema social antiguo? Para alcanzar este objetivo millones de personas fueron asesinadas, el país, la economía y la cultura quedaron devastados, se crearon todos los medios posibles para crear un hombre nuevo y la nación socialista.”⁴³⁷

El caso de Mongolia ofrece un punto de vista interesante, porque la política de Lenin se sustentaba en tres pilares: primero, reconocimiento a la autodeterminación no en términos de independencia, sino en términos de ausencia de percepción de una dominación externa; segundo, la igualdad entre los pueblos o la igualación sobre la base de que los rusos no por ser mayoritarios ocupaban una posición privilegiada; y, finalmente, la autonomía en el sentido de constitución de una gran nación rusa *quasi federal*, orientando los tres principios hacia la supresión del concepto de pueblo en favor del empleo de las clases sociales como factor de cohesión del proletariado y de ruptura de este estrato social con el resto en una primera etapa; y hacia la finalización de la estratificación por razones étnicas en una segunda etapa donde el gobierno proletario para

⁴³⁴ LASO PRIETO, J. M., *Comunismo*, Eurotheo, Diccionario Universidad Complutense, p. 1.

⁴³⁵ *Ibidem*

⁴³⁶ KACHIA, J., *Entretien avec Guntis Ulmanis*, Politique Internationale, nº9, 1993, p. 60.

⁴³⁷ KIENIEWICZ, J., *¿Hacia dónde va Rusia?*, Política Exterior, vol. 10, nº49, 1996 pp. 47-57.

los proletarios en igualdad material a través de la colectivización debería suponer el abandono de los criterios de nacionalidad dictados por el modelo liberal-capitalista.

Paradójicamente, el apoyo soviético al establecimiento de una república popular y socialista en territorio mongol jamás habría sido posible sin las ansias de independencia del pueblo mongol respecto al dominio chino y sin el entendimiento en Mongolia de que su territorio era una nación distinta e independiente. Ahondar en cómo uno de los elementos clave de la política de la URSS fue que partido y Estado llegaran a ser uno solo ayuda a comprender la paradoja expuesta, en el sentido de que se trataba de una autonomía ficticia en la que las instituciones quedaban diluidas por el control del partido comunista y de sus múltiples divisiones territoriales sometidas a constante evaluación por Moscú. Dígase, aunque para Lenin esta cuestión nunca llegase a ser un asunto que afectase a la consolidación de la URSS y aunque fuese Stalin quien considerase los nacionalismos como uno de los grandes problemas de la URSS, la configuración territorial y política planteada por Lenin fue la que permitió que la rusificación de Stalin contase con infraestructura para su aplicación y la que, en cierta manera, también permitió que a pesar de esas labores de preeminencia rusa, las culturas locales, al menos aquellas mayoritarias pudiesen coexistir incluso como regiones autónomas puesto que la base del problema no era cultural sino política. En otras palabras, la rusificación no fue una herramienta de dominio al estilo colonial, sino de dominación política ya que lo esencial era el control total por el Partido Comunista ruso y no la homogeneización cultural como elemento de cohesión o la protección de intereses religiosos. Lo nacional dejó de ser una vía hacia la autodeterminación para quedar reducido a las cenizas del mero folklore debido a la fuerte represión y control ejercidos por el partido. Diría Raymond Aron que “el régimen está roto por una contradicción interna, incapaz de no crear una élite intelectual y también incapaz de darle la libertad a la que aspira.”⁴³⁸

Esa supresión de las identidades nacionales a través de una falsa sensación de autonomía totalmente controlada por el Partido Comunista ruso derivó en que la perestroika y la caída de la URSS dieran lugar a que los nuevos estados independientes “se convirtiesen en antisoviéticos, anti dominación extranjera y, particularmente en anti rusos”⁴³⁹, además de generar la creación de fronteras artificiales, estados caracterizados

⁴³⁸ ARON, R., *Trois essais sur l'âge industriel*, Ed. Plon, Paris, 1966, p. 163.

⁴³⁹ CHINN, J. y KAISER, R., *Russians as the new Minority*. Ed. Westview, Missouri, 1994, pp. 87-88.

por fuertes divisiones étnicas, culturales y religiosas y una política exterior rusa fuertemente nacionalista hasta hoy, con el conflicto en Ucrania como exponente de ello.

Un exponente clave de la variabilidad en la instrumentalización política de los dictámenes de los postulados marxistas es la perspectiva ofrecida por la fallida revolución espartaquista en la Alemania de 1918. Liderada, entre otros, por Rosa Luxemburgo, quien coincidiría con Lenin en la II Internacional de 1896 apoyando la resolución en virtud de la cual

“El congreso proclama el pleno derecho a la autodeterminación de todas las naciones; y expresa su simpatía a los trabajadores de todos los países que actualmente padecen el yugo militar, el absolutismo nacional o de cualquier otro tipo; el congreso llama a los trabajadores de estos países a unirse a las filas de los trabajadores conscientes de todo el mundo con el fin de luchar al lado de ellos para derrotar al capitalismo internacional y alcanzar las metas de la democracia social internacional.”⁴⁴⁰

En el folleto *Junius*, Rosa Luxemburgo iría incluso un paso más allá, entendiendo que sin autodeterminación jamás sería posible la realización plena del socialismo. En su última etapa llegaría a criticar con vehemencia el modelo soviético de autodeterminación, afirmando que este derecho nunca debe servir como una perpetuación de las clases, sino que debe ser un elemento cohesionador, pues de lo contrario no podría contribuir a los intereses proletarios, llegando incluso a determinar que la debilidad del proyecto de la URSS no sería sino el fruto a recoger por los gestores del proyecto bolchevique.

La revolución espartaquista es la muestra de una ruptura dentro del socialismo, entre aquellos que son reformistas y aquellos que son revolucionarios, entre aquellos que no plantean una fractura total con el sistema en vigor y aquellos que creen en la necesidad de un proyecto político y económico absolutamente reformado. Como en Rusia, el papel de la Primera Guerra Mundial es esencial porque la negociación del armisticio y de las condiciones para la paz serán vistas como una nueva forma de control semi imperialista e influencia burgueso-capitalista externa en la Alemania postconflicto, y como una traición a los dictámenes del socialismo dentro del Partido Social Demócrata alemán cuya política venía a contravenir lo que la misma Rosa Luxemburg expresaría en su obra de 1916 *Las tesis sobre las tareas de la socialdemocracia internacional*, a saber, que la

⁴⁴⁰ Resolución de la II Internacional Comunista de 1896 en LÖWY, M., *Los marxistas y la cuestión nacional*, New Left Review, 1976.

guerra era una señal de la crisis del capitalismo, una ventana de oportunidad para las aspiraciones socialistas y solidarias donde el principio esencial debía ser el de la internacionalización o solidaridad. Ella misma apuntaría al acierto de Lenin al aprovechar la crisis del régimen zarista,

“El partido de Lenin fue el único que comprendió el mandamiento y el deber de un partido auténticamente revolucionario, el único que aseguró el avance de la revolución (...) Así se han ganado el mérito histórico imperecedero de haber proclamado por primera vez los objetivos finales del socialismo como programa inmediato de la política práctica.”⁴⁴¹

La revolución alemana de 1918 ha quedado reducida a una mínima expresión en la historia de las revoluciones llegando a ser apodada como “la revolución olvidada”⁴⁴² o como una revolución “refrenada.”⁴⁴³ Es cierto que se trató más de una suma de circunstancias y de movilizaciones que de un momento de choque completo con el *status quo*, que la rama más moderada del Partido Social Demócrata alemán consiguió ser la mayoritaria y liderar el movimiento socialista alemán y que, a pesar de un primer momento de exacerbación revolucionaria, el socialismo alemán estaba compuesto en cualquier parte del espectro ideológico que abarcaba, por intelectuales, filósofos, historiadores, en definitiva, analistas revisionistas de las teorías marxistas y de las experiencias de revoluciones y experimentos precedentes. De la misma forma, dentro del discurso más próximo al bolchevismo, una cuestión determinaba una diferencia clara: la democracia. Nuevamente, Rosa Luxemburg alertaría frente a los peligros del “menosprecio de las libertades democráticas fundamentales que constituyen el derecho de autodeterminación”⁴⁴⁴ y entendería que una condición *sine qua non* del nuevo orden socialista debería estar necesariamente vinculado a las garantías democráticas sobre la base de que “todo lo relativo a las formas democráticas de la vida política en cada país constituye efectivamente una base valiosa e imprescindible de la política socialista.”⁴⁴⁵

Quizás el ejemplo más representativo del categorizado como conservadurismo de la revolución alemana sea la exclusión de Rosa Luxemburg y su compañero Karl

⁴⁴¹ LUXEMBURG, R., *La revolución rusa*, Ed. Akal, Madrid, 2017, p. 24.

⁴⁴² GALLUS, A.(ed.), *Die vergessene Revolution von 1918/19*, Ed. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2010.

⁴⁴³ WINKLER, H.A., *Weimar 1918-1933. Die Geschichte der Ersten Deutschen Demokratie*, Ed. C. H. Beck, Munich, 1998.

⁴⁴⁴ Citado en ROCA MONET, M., *El pensamiento de Rosa Luxemburg*, Filosofía, política y economía en el laberinto, nº1, 1999, pp. 1-12, p. 8.

⁴⁴⁵ *Ibidem*

Liebnecht del Congreso Nacional de Consejos de Soldados y Obreros celebrado en 1918 por unanimidad de los asistentes⁴⁴⁶, mostrando así un rechazo evidente a la izquierda o al socialismo más extremo o de tendencias próximas al bolchevismo. Aunque la revolución en Alemania fue más movilizadora que bélica, lo cierto es que la salida alemana de la Primera Guerra Mundial, la firma del Tratado de Versalles y el nacimiento de la República de Weimar, llegarían en un momento donde la cultura política alemana estaba en crisis y donde se planteaba un debate que convive incluso en las sociedades democráticas de hoy: el empleo de la fuerza por el Estado y el uso de la violencia contra agentes dañinos para los principios de la democracia. Lo que puso sobre la mesa la reacción alemana frente a los movimientos revolucionarios no fue otra cosa sino la permanencia del monopolio en el uso legítimo de la fuerza por parte de los incipientes modelos democráticos como herramienta para la supresión de movimientos extremistas y la intensidad de la respuesta que en el caso alemán fue de carácter militar, empleando los recursos restantes del imperio alemán y nuevas fuerzas de militares voluntarios denominados *Freikorps*, de suerte que el nacimiento y no solo la caída de la República de Weimar fueron acompañados de fuertes dosis de violencia que no solo suponían una muestra interna de las capacidades del nuevo gobierno, sino también toda una declaración de intenciones, un mensaje para la sociedad alemana y para toda Europa en el cual el esplendor alemán no se había apagado del todo y donde se afianzaba la pertenencia de Alemania a los movimientos liberal-democráticos aliados en contra del enemigo bolchevique común.⁴⁴⁷

Mosse⁴⁴⁸ se refirió a la cuestión de la brutalización dentro de la Alemania post Primera Guerra Mundial para intentar ofrecer una explicación sobre el auge del nacionalsocialismo y el fascismo alemán en los últimos años de la República de Weimar, aludiendo a un sentimiento de revancha creciente frente a las potencias que establecieron las condiciones de los acuerdos de paz, pero lo cierto es que esa teoría, a pesar de ser ilustrativa, rehúye cualquier mención a los primeros episodios del uso de la violencia por la socialdemocracia alemana. Contemplar los primeros acontecimientos de Weimar permite obtener una perspectiva más amplia sobre cuál fue el proceso de radicalización o de acercamiento a una justificación del uso desmedido de la violencia que se vivió en la

⁴⁴⁶ NETTL, P., *Rosa Luxemburg*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1969, pp.466-67.

⁴⁴⁷ MERKL, P. H., *Political Violence under the Swastika*, Ed. Princeton University Press, Princeton, 1975.

⁴⁴⁸ MOSSE, G.L., *Soldados caídos. La transformación de la memoria de las guerras mundiales*, Ed. Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2016.

Alemania de los felices años 20. A título de ejemplo, Noske⁴⁴⁹ cifra las muertes en el primer estallido de violencia en Berlín en aproximadamente 1.200 personas, de las cuales se estima que menos de 80 pertenecían a las fuerzas enviadas por el gobierno alemán; y alrededor de otras 1.000 personas en las acciones militares que intervinieron en Múnich y alrededores para sofocar la fracasada, por cuestiones religiosas antes de su nacimiento, República Soviética de Baviera, de las cuales se estima que menos de 60 eran soldados gubernamentales.⁴⁵⁰

Como analizaría Schmidt⁴⁵¹, es particularmente curioso que estos acontecimientos ocurriesen en Alemania y de la mano del Partido Social Demócrata, toda vez que desde las revoluciones liberales el modelo germánico había optado por el desarrollo de sus capacidades de monopolio en el uso de la fuerza sin ejercerla contra la población, y toda vez que el citado partido había abogado por la limitación en el monopolio del uso legítimo de la fuerza por el gobierno. Hay un momento clave en ese proceso y es la publicación de la orden del socialdemócrata Noske según la cual

“los excesos y la bestialidad de los espartaquistas que luchan contra nosotros me obliga a emitir la siguiente orden: toda persona que sea encontrada con un arma en la mano luchando contra las tropas del gobierno será inmediatamente fusilada.”⁴⁵²

Esta proclama y su operatividad generaría, tal y como reza el título de la investigación de Mason, *El legado de 1918 para el nacionalsocialismo*.⁴⁵³

Sin entrar en el detalle de todos y cada uno de los acontecimientos que podrían analizarse entorno a esta cuestión, lo cierto es que del análisis realizado pueden obtenerse tres claves fundamentales para comprender la historia del siglo XX y el mundo de hoy:

La primera de ellas es que la experiencia rusa como primera realización del proyecto marxista no debe ser ni demonizada ni mitificada. En un análisis objetivo, lo cierto es que, si bien el proceso revolucionario ruso intentó seguir las etapas de la teoría

⁴⁴⁹ NOSKE, G., *Von Kiel bis Kapp. Zur Geschichte der deutschen Revolution*, Ed. Verlag für politik und wirtschaft, Berlin, 1920, p. 107.

⁴⁵⁰ BAUR, J., *Die russische Kolonie in München 1900-1945. Deutsche-russische Beziehungen im 20. Jahrhundert*, Wiesbaden, 1998, p. 59.

⁴⁵¹ SCHMIDT, E. H., *Heimatheer und Revolution 1918: die militärischen Gewalten im Heimatgebiet zwischen Oktoberreform und Novemberrevolution*, Ed. Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart, 1981.

⁴⁵² WETTE, W., *Gustav Noske: eine politische. Biographie*, Ed. Droste Verlag, Düsseldorf, 1995, p. 421.

⁴⁵³ MASON, T., *The legacy of 1918 for National Socialism*, en NICHOLLS, A. y MATTHIAS, E. (eds.), *German Democracy and the Triumph of Hitler*, Ed. Oxford, Oxford, 1971, pp. 215-240.

marxista, lo cierto es que no fue así. Muchas pueden ser las razones para explicarlo: aprovechamiento de la crisis por la participación en la Primera Guerra Mundial, revanchismo, ansias de poder... Al margen de las posturas ideológicas que puedan convencer en mayor o menor medida a cualquiera, hay una consideración entorno al marxismo que debe ser mencionada y es que, si bien puede comprenderse el atractivo del objetivo final de una sociedad comunista, no puede entenderse bien cuál es el sendero hacia él, puesto que lo que ha generado en la práctica ha sido dictaduras casi perpetuas, economías regresivas y supresión total de clases medias, dando lugar a sociedades donde hay una fuerte y gran masa de población en condiciones de vida bajas y una pequeña amalgama de población vinculada al politburó y enriquecida.

La segunda de ellas es la fractura que amenaza al proyecto socialista en su conjunto y casi desde sus inicios. Hay una fuerte polarización dentro del socialismo que genera, de nuevo, una ruptura importante con sus propios principios en aras de la consecución del poder y que es peligrosa en términos democráticos. Es una mala asociación aquella en función de la cual socialismo, o izquierdismo si se quiere, están vinculados a democracia, y conservadurismo a dictadura. El espectro ideológico-político nunca debe ser visto en forma lineal sino en forma semicircular pues sólo así se alcanza a comprender la cercanía entre los extremos. El triunfo de la revolución bolchevique puso en alerta a la socialdemocracia europea, llegando a radicalizarla en cierta manera en sus métodos, y el resultado obtenido fue el mismo tanto en el plano de las repúblicas soviéticas como en el plano de las dictaduras fascistas: regímenes autoritarios fuertemente militarizados, con un discurso de odio hacia el oponente, con un fuerte empleo de la violencia política y con un uso instrumentalizado de los conceptos de masa, pueblo y nación. Esas características son aplicables a dictaduras comunistas, a dictaduras fascistas y a dictaduras militares.

La tercera de ellas es la capacidad de instrumentalización de la ideología como defensora de prácticas que atentan contra los propios principios ideológicos fundamentales: semi colonialismo en el caso bolchevique y uso no proporcionado del empleo legítimo de la fuerza por el Estado en el caso socialdemócrata, planteando una última reflexión que sigue latente incluso en las sociedades democráticas de hoy y que es aún si cabe, más importante actualmente, cuando parece que la democracia no se cuestiona pero sus mecanismos sí: ¿Cuáles son los límites en la defensa de un ideal político o de un objetivo ideológico que se entiende es el mejor y más válido?

b. REFLEXIONES Y APORTES DE LAS REVOLUCIONES A LAS DEMOCRATIZACIONES

Las revoluciones liberales iniciaron un camino de consecución progresiva de derechos y libertades y de democratización que, al menos en Occidente, se entendían culminados. Las tensiones propias entre la idea del establecimiento de un modelo político general y participativo caracterizado por la libertad individual y el pluralismo pronto se manifestaron y hoy, en un mundo que vive de forma globalizada un periodo incierto, un progreso ralentizado e incluso invertido y una configuración de la Sociedad Internacional partida en regiones y civilizaciones, pero con una base común consensuada y universal a través de la DUDH, parece acertada aquella frase expresada por Samuel P. Huntington en su artículo de 1993, “los choques de civilizaciones son la mayor amenaza para la paz mundial; un orden internacional basado en las civilizaciones es la garantía más segura contra una guerra mundial.”⁴⁵⁴ Quizás, cabría también preguntarse si la extensión de la democracia ha servido para mitigar esa amenaza del choque de civilizaciones, si es la herramienta adecuada o si debe repensarse su exportación.

El mundo en el que vivimos hoy no es sino el fruto o la andadura por miles de años de Historia, compartida o no, pero, en cualquier caso, vivida. Sin querer adentrar el estudio en el debate sobre si el acaecer de los años y de las etapas implica necesariamente un progreso generalizado, o si simplemente se trata de cambios cuya valoración cualitativa requiere de una lejanía histórica, lo cierto es que, en el ámbito del reconocimiento de derechos, hoy puede decirse no que se haya culminado la tarea, pero sí que existe una amalgama de derechos universalmente reconocidos más extensa que en cualquier otro periodo de la Historia pasada.

La lucha por los derechos ha sido siempre violenta, conflictiva, tambaleante y no es otra que la historia de la discriminación. Los derechos que hoy se encuentran reconocidos son el resultado de revoluciones, guillotinas, guerras⁴⁵⁵, desarrollo de armas

⁴⁵⁴ HUNTINGTON, S.P., *The Clash of Civilizations?*, Foreign Affairs, vol. 3, nº72, 1993, pp. 22-49.

⁴⁵⁵ Este fenómeno ha jugado históricamente un papel decisivo en la construcción del Estado. Al respecto pueden verse FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., y MARTÍNEZ PEÑAS, L., *La guerra y el nacimiento del Estado Moderno*. Valladolid, 2014; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., “Comparative Study on Institutional and Military Changes in XV Century Europe”, *International Journal of Legal History and Institutions*, nº 3, 2019. De la misma autora: “Guerra y cambios institucionales en el contexto europeo del reinado de los Reyes Católicos”, en *Revista de la Inquisición, Intolerancia y Derechos Humanos*, nº 18, 2014; “Guerra,

capaces de aniquilar la vida en la Tierra, sometimiento y esclavitud; se han construido, al menos hasta 1948, sobre la base de que algunos colectivos sociales merecían por su estatus o sexo gozar de una serie de derechos, mientras que otros, por razones de dominación, control, género o raza, no eran dignos de ellos.

Desde una perspectiva continental, europea si se quiere, el imaginario colectivo general cuando piensa en un hito sobre derechos tiene en mente aquel ideal revolucionario francés de “Libertad, igualdad y fraternidad.” Hay una suerte de mito creado entorno a la Revolución Francesa y a su, según el argot coloquial, declaración de derechos. Esa declaración de derechos llevaba un distintivo, un colectivo preciso titular de esos derechos: el hombre y el ciudadano o, en otras palabras, el hombre blanco francés de alta cuna. Hay varios elementos discriminatorios en esa formulación: género, posición social, riqueza, nacionalidad, raza... Evidentemente, la Declaración francesa es un hito, un logro en el reconocimiento de esa primera generación de derechos civiles propia del Estado liberal. En este extremo, no toda la doctrina coincide en que pueda establecerse una correlación entre el modelo político y las generaciones de derechos, entendiendo que los derechos se generan en bloques como una satisfacción a determinadas demandas sociales que evolucionan; no obstante, el modelo político y de gobierno tiene una importancia central y trascendental en el reconocimiento de derechos porque lo que llega a diferenciar la teoría de la práctica es la existencia de algún elemento de positivación de esos derechos que en el plano filosófico pueden ser de evidente existencia y pertenencia al ser humano o, al menos, a algunos seres humanos.

Dentro de esa idealización de la lucha por los derechos como un camino de éxitos, como un sendero de gloria, se dejan atrás siglos de sometimiento y décadas de padecimientos estancos. Dice Ollero Tassara que cualquier reconocimiento de derechos, para no ser discriminatorio debe ser capaz de “hacer reconocer al hombre más allá de la poesía como ciudadano del mundo.”⁴⁵⁶ Está apelando a la idea de la universalidad, pero esta es una idea absolutamente reciente en el plano del reconocimiento de derechos. No hay que olvidar que a la burguesa Olympe de Gouges, autora de la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, la guillotinaron por su apoyo a los girondinos y

Ejército y construcción del Estado Moderno: el caso francés frente al Hispánico”, *Glossae. European Journal of Legal History*, nº 10, 2013.

⁴⁵⁶ OLLERO, A., *Derechos y libertades en el liberalismo político de John Rawls*, Ponencia del II Simposio Internacional de Filosofía y Ciencias Sociales sobre “Presente y futuro del liberalismo”, Koln, 17-19 abril de 1998, p. 2.

porque su obra que comenzaba con un alegato feminista sobre el papel de la mujer en la sociedad:

“Las madres, hijas, hermanas, representantes de la nación, piden que se las constituya en asamblea nacional. Por considerar que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de la mujer son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de 105 gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados de la mujer a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes, a fin de que los actos del poder de las mujeres y los del poder de los hombres puedan ser, en todo instante, comparados con el objetivo de toda institución política y sean más respetados por ella, a fin de que las reclamaciones de las ciudadanas, fundadas a partir de ahora en principios simples e indiscutibles, se dirijan siempre al mantenimiento de la constitución, de las buenas costumbres y de la felicidad de todos.”⁴⁵⁷

Ese preámbulo está haciendo referencia a otra idea fundamental en materia de derechos, la igualdad y va incluso un paso más allá cuando, en el epílogo de su Declaración, Olympe de Gouges no solamente está cuestionando la base de ese nuevo Estado liberal que se erigía contra la opresión y la corrupción para acabar discriminando a más de la mitad de su población, sino que se refiere a un elemento clave en cualquier tipo de movilización social: la instrumentalización de determinados colectivos en el momento revolucionario o de manifestación o de reclamaciones al poder institucionalizado para su posterior exclusión en caso de éxito. Sobre esta idea de construcción de las demandas sociales de reconocimiento de derechos con una pretensión teórica de universalidad, sobre esa idea de que la posición del reclamante debe ser un ideal que aglutine a la mayor parte posible de apoyos, pero que la posición del gobernante o decisor es una posición privilegiada, se construye esa perspectiva de la historia de los derechos como una historia de la discriminación condensada de la siguiente forma ya en 1789:

“El hombre esclavo ha redoblado sus fuerzas y ha necesitado apelar a las tuyas para romper sus cadenas. Pero una vez en libertad, ha sido injusto con su compañera. ¡Oh, mujeres! ¡Mujeres! ¿Cuándo dejaréis de estar ciegas? ¿Qué ventajas habéis obtenido de la revolución? Un desprecio más marcado, un desdén más visible.”⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ Preámbulo de la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana.

⁴⁵⁸ Epílogo de la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana.

Las características del mundo de hoy, especialmente marcado por la interconexión a nivel global, han supuesto, siguiendo el título de la obra de Terceiro, el paso del *homo sapiens* al *homo digitalis*⁴⁵⁹ y en términos sociales se traduce en la conversión de una sociedad analógica en una sociedad digital, dígame, según Negroponte, en una sociedad que puede ser expresada en términos de 0 y 1.⁴⁶⁰ Siguiendo a Lessig, el ciberespacio, que es lo que generaliza de manera sistemática esa interconexión, se articula como un espacio de libertad (o de anarquía) y se plantea el problema de su regulación o lo que algunos autores denominan “ética del ciberespacio”, ya que, dentro de ese manejo de la información caracterizado por la flexibilidad, cabe un abanico de actividades que incluye desde conductas lícitas a comportamientos que, aún con ausencia de tipificación o incapacidades de investigación/persecución, tendrían un componente de ilicitud si se trasladasen al espacio físico. Unida esa cuestión al creciente número de usuarios y transacciones efectuadas a través de la red, determina lo que Geist ya anunciaba, “puede que los Estados hayan querido quedarse al margen en la etapa incipiente de la Internet comercial, pero eso se acabó.”⁴⁶¹ Se trata, en definitiva, de seguir las líneas de Locke, entendiendo que el conflicto entre libertinaje y libertad radica en que “no se trata de una libertad sin límites, sino del fin de la libertad, porque se ha llevado a la libertad fuera de todo orden y se ha producido una negación de sí misma.”⁴⁶² En palabras del filósofo Fernando Savater, se trata de cubrir una necesidad, la de protección de la libertad y del equilibrio del binomio conformado por la libertad y la seguridad entendida en términos materiales y jurídicos, partiendo del mismo enfoque global que tiene el ciberespacio como objeto de regulación:

“Cualquier política de ciber vigilancia debería dotarse de normas claras (tanto legales como deontológicas) y tendría que estar acordada, al menos, entre los estados que comparten planteamientos democráticos semejantes.”⁴⁶³

En términos más sociales que tecnológicos, la característica esencial o la otra cara de la moneda sería el multiculturalismo constante o la heterogeneidad y diversidad social que pone en jaque el eurocentrismo o el occidentalismo en general. Dice Baumann que el

⁴⁵⁹ TERCEIRO, J.B., *Sociedad digital: del homo sapiens al homo digitalis*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1996.

⁴⁶⁰ NEGROPONTE, N., *Being digital*, Ed. Vintage books, Nueva York, 1996.

⁴⁶¹ GEIST, M., *Cyberlaw 2.0*, Boston College Law Review, núm. 44, 2003, pp. 323-358, p. 330.

⁴⁶² LÓPEZ ZAMORA, P., *El ciberespacio y su ordenación*, Ed. Tirant Lo Blanch, Difusión jurídica y temas de actualidad, Valencia, 2006, p. 94.

⁴⁶³ SAVATER, F., *Deontología de la ciberseguridad*, Fundación para la Libertad, 28 de julio de 2013.

multiculturalismo es un enigma⁴⁶⁴ y es que distintos tipos de luchas históricas, hoy en las sociedades democráticas canalizadas a través de demandas pacíficas, encajan dentro de la problemática del multiculturalismo: las luchas liberales por la igualdad, las luchas colectivas por el reconocimiento y respeto a las libertades, las luchas por el reconocimiento del bagaje cultural de los pueblos y minorías históricas, las demandas de convivencia pacífica y respeto al ejercicio de las libertades de los migrantes... En definitiva, el multiculturalismo es un movimiento vinculado a los derechos y a la lucha frente a la discriminación por distintas razones que ya se encontraba presente en las revoluciones liberales, que atravesó el eje central de la construcción de una teoría de la justicia para sociedades heterogéneas de Rawls y que se asienta en los cimientos de las democracias actuales, que aspiran a convertirse en democracias entre culturas. Establece Laurence Blum que hablar del multiculturalismo es hablar de lucha racial, pero también de género, edad o religión⁴⁶⁵; añade Nancy Fraser que el multiculturalismo incluye la lucha contra la homofobia.⁴⁶⁶ En definitiva, hablar de multiculturalismo supone seguir al filósofo Charles Taylor y trasladar el debate al plano del reconocimiento y de la identidad, pero también supone acudir a Will Kymlicka y situar el análisis en el plano de la ciudadanía integradora y de los derechos culturales. Traer a colación la cuestión del multiculturalismo no es caprichoso, ya que su concepción ha ido evolucionando con las demandas y el reconocimiento de derechos. Es más, el multiculturalismo es el resultado de los progresos en materia de derechos como acotamiento de áreas de discriminación; en otras palabras, el multiculturalismo es la respuesta al empleo de la universalidad y la igualdad en la lucha progresiva por los derechos y a su infravaloración una vez conseguido el cambio político.

Cada modelo político y de gobierno ha ido acompañado de un reconocimiento de derechos concreto: estado liberal y derechos civiles, modelos con sufragio reconocido y derechos políticos, democracia y plenitud de derechos políticos, estado del bienestar y derechos económicos, sociales y culturales, pero ¿cuál es el modelo de hoy? Lo cierto es que el modelo actual lo teorizarán quienes tengan una mayor distancia con las sociedades actuales, pero está claro que ya no nos encontramos ante el modelo puro del estado del bienestar, sino en una etapa de cambio o de traspaso hacia modelos *quasi* tecnificados

⁴⁶⁴ BAUMANN, G., *El enigma multicultural*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001, p 11.

⁴⁶⁵ BLUM, L., *Recognition, value, and Equality: A critique of Charles Taylor's and Nancy Fraser's account of multiculturalism* en WILLET, C. (ed), *Theorizing Multiculturalism. A guide to the current debate*, Blackwell Publishers, Oxford, 1998, pp. 73-74.

⁴⁶⁶ FRASER, N., *From redistribution to Recognition*, en *Íbidem*, p. 32

donde se plantean dos nuevas necesidades: primero, el reconocimiento de derechos a colectivos específicos que ponen en tela de juicio el ideal de la universalidad, puesto que no queda definido hasta qué punto los derechos se reconocen a la colectividad en específico o a los individuos que forman parte de ellas. Y, en segundo lugar, los derechos difusos que ya no son de titularidad específica y presente, sino que se refieren a las generaciones futuras, como el derecho al medio ambiente, o que no poseen una traducción en términos individuales, como puede ser el derecho a la paz; son los llamados derechos de la solidaridad que, movidos ya no por los Estados o las Organizaciones Internacionales como entes reguladores, sino por las Organizaciones de la Sociedad Civil pretenden, según señala la propia Declaración de Santiago de diciembre de 2010 que se presentó al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para el reconocimiento universal del derecho humano a la paz, la creación de un nuevo orden mundial económico y político que elimine la desigualdad, la exclusión y la pobreza como manifestaciones específicas de la desigualdad, porque estas condiciones generan violencia estructural, entendiendo que combatir las condiciones de desigualdad implica atajar de raíz la base de la ausencia de paz.

Esa desigualdad vinculada a factores raciales, étnicos, culturales, religiosos, de orientación, género o ideología son los que han marcado el debate multicultural desde la idea romántica del *volksgeist* hasta la reducción del debate o del conflicto social étnico, racial, nacional y migratorio a una cuestión religiosa. En esencia y citando de nuevo a Baumann,

“lo que está en juego en todos los debates sobre la creación de una nación, la etnicidad y la diferencia religiosa es invariablemente la idea de cultura y qué pretenden indicar con ello los distintos contendientes que participan en el debate multicultural.”⁴⁶⁷

Lo que se debate entonces, es sí la diversidad es un problema social o no y cuáles deben ser las respuestas, es decir, si junto con un cierto ideal de universalidad es posible la convivencia estable, pacífica y ordenada entre individuos que escogen distintos valores y formas de vida. Dicho de otra forma, hay un debate evidente entre la formulación de Rawls en virtud de la cual

⁴⁶⁷ BAUMANN, G., *El enigma*, op. cit., p. 38.

“una sociedad democrática moderna se caracteriza por una pluralidad de doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales (...) pero incompatibles, es el ejercicio de la razón humana en el marco de las instituciones libres de un régimen constitucional democrático.”⁴⁶⁸

Y la teoría de Isaías Berlin ciertamente más escéptica entorno a la compatibilidad entre todos los valores de vida posibles al entender que

“no hay un mundo social que no excluya algunos estilos de vida que realizan, de alguna, manera especial, determinados valores fundamentales. Los valores chocan entre sí; al entero abanico de los valores es demasiado amplia como para caber en un solo mundo social.”⁴⁶⁹

Puede decirse que, bajo el auspicio de un aumento progresivo de derechos, era y es ineludible el surgimiento de un pluralismo; la cuestión es si ese pluralismo es capaz de convivir con esa postulación casi iusnaturalista que pervive y en función de la cual los derechos forman parte de la esencia misma del ser humano sin que ningún factor cultural pueda ser motivo de discriminación. Condensando el análisis, la cuestión es si el resultado de las revoluciones liberales y del aumento del protagonismo del individuo en el medio social y político como sujeto de derechos y no como súbdito permite universalidad y pluralismo o deriva en un choque de civilizaciones.

Karl Popper, en 1945, planteaba una pregunta esencial en materia de gobierno y trasladaba el debate desde la pregunta de quién debe asumir el gobierno, hacia qué sistema político permite deshacerse de los malos gobernantes sin violencia ni sangre.⁴⁷⁰

La idea acerca de qué sistema político es el mejor o, al menos, el menos lesivo y más deseable ha ocupado los debates politológicos, filosóficos, jurídicos y sociales desde las primeras revoluciones liberales hasta hoy, donde parece evidente que es el modelo democrático el que supone una mayor amalgama de virtudes. Incluso en nuestros días, se cuestiona la forma que debe asumir esa democracia para ser universalizable y para hacerla compatible con liberalismo, derechos y estado del bienestar. Son muchas las definiciones existentes sobre la democracia y sobre los elementos esenciales que deben estar presentes

⁴⁶⁸ RAWLS, J., *Liberalismo político*, Ed. Barcelona Crítica, Barcelona, 1996, p. 12.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 231-232.

⁴⁷⁰ POPPER, K., *La sociedad abierta y sus enigmas*, Ed. Rotuledge, Londres, 1945.

para poder hablar de un gobierno democrático moderno ya que la democracia en un sentido más clásico ha sido desterrada como modelo para un Estado.

La relación entre liberalismo y democracia es importante por cuanto que frente a las teorías comunitaristas donde el individuo deja de existir como tal para pasar a formar parte de un cuerpo común, el liberalismo otorga una importancia central a la individualidad que permite articular a las personas como sujetos de derechos en sí mismos. En la democracia, según Lipset, el individuo tiene un protagonismo central como elector y como elegible, al menos, periódicamente ya que la define como

“un sistema político que suministra oportunidades constitucionales regulares para el cambio de los dirigentes gobernantes y un mecanismo social que permite a la mayor parte posible de la población influir sobre las decisiones más importantes, mediante la elección entre contendientes para los cargos públicos.”⁴⁷¹

Otra concepción de la democracia, muy conectada con la descrita, supone denominarla la regla de las mayorías; Bobbio hace un acertado análisis de esta cuestión y corrige esa calificación trasladándola al ámbito del consenso, es decir, a la existencia de un acuerdo social general, todo ello partiendo de su propia experiencia personal que, en el marco del surgimiento de la dictadura fascista en Italia, le llevó a convertirse en un liberal puro y a relacionarse con sectores comunistas que le aportaron un sentido de la reforma social.⁴⁷² Hay dos cuestiones fundamentales ahí escondidas: la primera es cómo debe ser ese consenso y la segunda, es si es posible una interacción entre fundamentos liberales y fundamentos socialistas.

En cuanto a la primera de ellas, es Rawls en su obra *Liberalismo político* quien aporta las claves esenciales sobre ese consenso estableciendo que el objetivo práctico es “hallar una base pública acordada de justificación.”⁴⁷³ Supone, por tanto, eludir un planteamiento casi fundamentalista donde se concibe la existencia de una verdad absoluta y homogénea, como ocurre en el comunitarismo, para permitir la obtención de acuerdos y garantizar una cierta gobernabilidad en entornos plurales, entendiendo que “todos los

⁴⁷¹ LIPSET, S. M., *El hombre político: las bases sociales de la política*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 41.

⁴⁷² NIETO, J., *Las dificultades de un viejo ideal (A propósito de Norberto Bobbio, liberalismo y socialismo)*, Estudios Sociológicos, vol. 8, nº22, 1990, pp. 172-190, p. 176.

⁴⁷³ RAWLS, J., *Liberalismo*, op. cit., p. 185.

ciudadanos abrazan alguna doctrina comprensiva con la que la concepción política está de algún modo relacionada.”⁴⁷⁴ Esta idea queda totalmente condensada al indicar que:

“la razón pública no exige a los ciudadanos erradicar sus convicciones religiosas y pensar acerca de las cuestiones políticas fundamentales como si partieran de cero, poniendo entre paréntesis lo que en realidad consideran las premisas básicas del pensamiento moral.”⁴⁷⁵

Ese planteamiento aleja al consenso del mero ideal o voluntarismo para acercarlo al escenario práctico y razonable, es decir, se busca un consenso operativo y no un consenso *modus vivendi*. El consenso debe ser, por tanto, un acuerdo alcanzado con la convicción y la intención política y personal de perseguir los objetivos comunes pactados incluso aunque las circunstancias cambiasen, y no un acuerdo alcanzado para generar una falsa situación de acuerdo que derivará en bloqueos e inacción. Si esta es la idea que impregna la toma de decisiones en democracia, los derechos reconocidos dejan de ser un imperativo moral para convertirse en elementos inquebrantables no sujetos a coyunturas políticas.

En cuanto al segundo de los interrogantes, es Bobbio quien mejor lo representa en el escenario de la Italia de posguerra, donde él mismo escribió sobre su proyecto político democrático-socialista que “preconizábamos una renovación total de la vida política italiana, comenzando por las costumbres. Pero creíamos que para tal renovación no se debería hacer una revolución.”⁴⁷⁶

Su intención siempre fue combinar las doctrinas liberales y comunistas, disminuyendo el componente individualista del primero y el componente revolucionario y dictatorial del segundo para dar paso a una postura humanista y democrática entendiendo que el liberalismo político había devuelto la palabra a los italianos unificando la república, que el liberalismo económico había dado paso a la dictadura fascista de Mussolini y que ciertas reformas sociales del socialismo llevadas a cabo de forma gradual y pacífica con un gobierno que respetase los postulados de Stuart Mill, a saber, un gobierno representativo y libre, eran garantías de un sistema que permitía participar en

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 42.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 297.

⁴⁷⁶ *Encuesta sobre el Partido de Acción* celebrada en Roma en 1951 en RUIZ MIGUEL, A., *La contribución teórico-política de Norberto Bobbio al debate contemporáneo de la izquierda*, Ed. Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1979, p.13.

“el esfuerzo y las esperanzas de una clase nueva.”⁴⁷⁷ Perry Anderson⁴⁷⁸ define de forma acertada cuáles eran los impedimentos que Bobbio veía en uno y otro sistema y que le hacían aspirar a esa idea de combinar los elementos positivos de ambas doctrinas: respecto al socialismo, la mayor de sus inquietudes era realización autoritaria que históricamente había tenido el socialismo, o las dificultades para su realización en democracia; y, respecto al liberalismo, su preocupación se centraba en la importancia que esta doctrina da a lo que él calificaba de “isla de la interioridad”, y al problema de la mediación institucional o, en otras palabras, las dificultades para la obtención de un consenso real.

Hay que situar necesariamente a Bobbio en un contexto de cambio tanto de los paradigmas de interacción en el seno de la Comunidad Internacional, como del análisis y valoración de los modelos políticos. Mientras que el origen de la doctrina socialista es una reacción a los postulados del liberalismo económico que se extiende hasta los años 70 del siglo XX, a partir de entonces, es el liberalismo quien juzga hasta qué punto se han cumplido o no las promesas del socialismo, erigiéndose el liberalismo político como un sistema capaz de articular medidas sociales y generar un nivel de prosperidad no alcanzado en países de tradición socialista y stalinización. Es ineludible que el liberalismo ha permitido alcanzar altos niveles de libertades y derechos individuales y un nivel de bienestar sin precedentes, al menos a finales del siglo XX y principios del siglo XXI.

Desde mediados del siglo XX, con el final de la Segunda Guerra Mundial primero, y, posteriormente con el final de la Guerra Fría, parecía que el mundo había comenzado a recorrer la senda de la democracia y de lo que el neoliberalismo calificó de desarrollo, de progreso. Merece la pena detenerse en el análisis de estas ideas, ya que ahí está una de las claves que pueden ayudar a comprender mejor los fenómenos sociales y políticos que enfrenta el mundo de hoy, a saber, el resurgimiento de la ultraderecha, el cambio climático, los desafíos migratorios, la crisis del sistema capitalista o neoliberal, el reto de asegurar a las generaciones futuras un sistema de producción sostenible y una adecuada calidad de vida, la interconexión instantánea a nivel global, los nuevos conflictos o guerras que no encajan en las categorías definidas internacionalmente.

⁴⁷⁷ BOBBIO, N., *Sobre el socialismo* en NIETO, J., *Las dificultades*, op. cit., p. 180.

⁴⁷⁸ ANDERSON, P., *Liberalismo y socialismo en Norberto Bobbio*, Cuadernos de Estudios Políticos, nº56, México, 1989, pp. 37-63, p. 43.

El primer denominador común es el de los procesos de democratización y desarrollo. Decía Sartori⁴⁷⁹ que se estaba produciendo lo que él calificó de “universalización de la democracia”, es decir, una suerte de exportación de un modelo político entendido como el mejor o el menos lesivo por el mundo; otros autores han hablado de europeización y otros de neocolonización. En el primero de los casos, lo cierto es que, históricamente, la segunda mitad del siglo XX ha visto el nacimiento y la caída de regímenes autoritarios, militares, civiles y estalinistas, desde el mismo corazón de Europa hasta el mismísimo Amazonas o el extremo este asiático, desde Polonia hasta Chile e incluso Corea del Sur. Al margen de cuestiones que son propias de cada proceso transicional, hubo dos elementos comunes en todos estos procesos, concretamente, el punto de partida y la idea sobre el destino deseado. En otras palabras, todos los regímenes que sufrieron transiciones hacia la democracia propias de la tercera ola de Huntington⁴⁸⁰ encajaban en la categoría de regímenes autoritarios de Juan José Linz⁴⁸¹, ya que existía una oligarquía en el poder, algún tipo de asociacionismo controlado por el régimen, colectivos privilegiados y de influencia como el estamento militar o el religioso, escasa movilización, una dictadura de duración prolongada y algún tipo de proceso de liberalización o de institucionalización en las últimas etapas dictatoriales; en definitiva, se trataba de regímenes autoritarios duraderos, rígidos y de escasa seguridad jurídica.

De la misma manera, todos ellos transitaron hacia el modelo democrático definido por Lipset. En esta última idea es donde, quizás, esta una de las claves, ya que lo que se replicó no fue tanto un sistema político como la canalización de los movimientos ideológicos a través de los partidos políticos y de su concurrencia competitiva y pacífica en el ámbito electoral. Lo que realmente caracteriza a la democracia y, en cierta manera, la convierte en el modelo preferible e ideal, es lo que Sartori⁴⁸² llama demoprotección, que es la protección frente a la corrupción o la sujeción de toda la actividad política a un marco jurídico que debe encuadrarse dentro de los límites ofrecidos por el, ya consolidado como una rama autónoma y operativa, DIDH, entendido como un estándar de mínimos.

Junto a esa idea tergiversada o mal entendida de lo que realmente caracteriza a la democracia, se exportó y se extendió un modelo de desarrollo económico, de producción

⁴⁷⁹ SARTORI, G., *How far can free government travel?*, Journal of democracy, vol VI,nº3, 1992, pp. 101-111.

⁴⁸⁰ HUNTINGTON, S. P., *La tercera ola*, Colección Estado y Sociedad, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1994.

⁴⁸¹ LINZ, J.J., Una teoría del régimen autoritario: el caso de España en MONTERO, J. R. y MILEY, T. J. (eds.), *Juan J. Linz. Sistemas totalitarios y regímenes autoritarios*, vol. III, Colección Obras Escogidas, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 23-60, p. 28.

⁴⁸² SARTORI, G., *How far*, op. cit.

y de consumo, es decir, junto a una suerte de liberalismo político democratizador se exportó el liberalismo económico que, si bien había funcionado en la Europa de la Revolución Industrial y posterior, no ha demostrado ser el óptimo para el desarrollo global un siglo y medio más tarde. Ese modelo de desarrollo ha estado basado en la sustitución del sector primario por un potente desarrollo industrial de alta producción, alto uso de materias primas y elevado consumo, pero en ningún caso ha partido ni de un fomento a la creación de clases medias ni del estudio de factores de competitividad individualizados ni de sostenibilidad a largo plazo.

Un ejemplo sencillo: la situación que vive Chile actualmente ejemplifica bien esta idea. El 11 de septiembre de 1979, Pinochet, en su mensaje a la nación pronunció las siguientes palabras: “que la oportuna transferencia del poder a la civilidad se realice sin rupturas ni quebrantos, sino como una fecunda continuidad.”⁴⁸³ Y así fue cómo se gestó primero un nuevo régimen económico basado en una liberalización abrupta y extrema al estilo de los *Chicago Boys*, si se quiere optar por una perspectiva puramente económica, o, desde un punto de vista más amplio y geopolítico, se hizo siguiendo lo que Naomi Klein ha denominado “Doctrina del Shock”⁴⁸⁴ o del miedo a formar parte de la lista de países en desarrollo, de la lista negra de países comunistas y del pánico al cese de la financiación del Banco Mundial o del Fondo Monetario Internacional aún a pesar de tener altos índices de endeudamiento externo. Esto llevó al país a registrar altas tasas de crecimiento económico y, al mismo tiempo, altos niveles de desempleo, altos niveles de desigualdad y uno de los mayores índices de pobreza relativa de los estados miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. La primera de las crisis que sufrió en la década de los 80 este supuesto modelo de desarrollo económico desembocó en protestas sociales que incentivaron la transición política y que mostraron a Occidente que la amenaza roja no se cernía sobre un Chile totalmente capitalizado. En diciembre de 1989, la Concertación por el No ganaba los plebiscitos y, en su toma de posesión, el 11 de marzo de 1990, Aylwin Azócar declaró que “realmente, a mi juicio, la transición ya está hecha.”⁴⁸⁵ Esto refleja que la llegada al poder de los civiles a través de elecciones se consideró elemento suficiente para entender finalizada la transición.

⁴⁸³ Mensaje a la nación de Pinochet pronunciado el 11 de septiembre de 1979 en VELÁSQUEZ, J., *La transición a la democracia en Chile según la derecha*, Revista de Historia Americana y Argentina, n°44, 2009, pp. 71-94, p. 74.

⁴⁸⁴ KLEIN, N., *La doctrina*, op. cit.

⁴⁸⁵ Declaración del Presidente Aylwin Azócar de 6 de agosto de 1991 en VELÁSQUEZ, J., *La transición*, op. cit., p. 85.

Según el Índice de Democracia 2019 de la Revista The Economist⁴⁸⁶, Chile es la tercera mejor democracia de América Latina tras Uruguay y Costa Rica, la número 21 del mundo y está dentro de las democracias plenas. El factor que ha delimitado esta categorización ha sido el de los movimientos ciudadanos y las protestas del 18 de octubre porque ha disparado el indicador de la participación política⁴⁸⁷; no obstante, hay dos elementos no tenidos en cuenta en la elaboración de ese índice y que sí son representativos de la calidad democrática: corrupción y DDHH.

En relación a la corrupción, Chile lleva cinco años consecutivos empeorando en el Índice de Percepción de la Corrupción elaborado por Transparencia Internacional⁴⁸⁸, situándose a nivel regional por debajo de Uruguay y a nivel de los Estados miembros de la OCDE en el puesto número 22, justo por debajo de los Emiratos Árabes. No hay sistemas de denuncia, no hay mecanismos de protección a víctimas y testigos y es una práctica extendida en todas las instituciones según Pretch, director de Chile Transparente⁴⁸⁹, a pesar de la existencia de una Ley de Transparencia. Altos niveles de corrupción implican el uso represivo de las instituciones públicas y así lo demuestra el informe realizado por el propio consejo chileno para la Transparencia en el año 2018⁴⁹⁰ al detectar prácticas de pagos irregulares, licitaciones y contratos paralelos, acceso privilegiado a beneficios sociales o uso individual de recursos públicos. Todo ello forma parte de lo que se denomina ideología de la corrupción, que es herencia de una transición desde la dictadura militar con traspasos directos de caudales públicos a cuentas privadas, hacia una democracia débil institucionalmente, una burocracia continuista del régimen anterior y una ética de los líderes transicionales que puede sintetizarse en dos acciones: la primera de ellas, la Ley de Probidad y Transparencia, un intento vano de aparentar lucha contra la corrupción, pero que avalaba todas aquellas prácticas vinculadas con la costumbre o la tradición; y la segunda, la idea de “la justicia en la medida de lo posible” o, en otras palabras, la impunidad de los miembros del régimen saliente por los abusos cometidos.

⁴⁸⁶ THE ECONOMIST, *Democracy Index 2018: me too? Political participation, protest and democracy*.

⁴⁸⁷ Chile ya tuvo un nacimiento como Estado marcado por el conflicto y la violencia. Al respecto, puede verse MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., "Violencia y alteraciones políticas en el Chile decimonónico", en Revista electrónica Iberoamericana, n° 16, 2010.

⁴⁸⁸ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Índice de percepción de la corrupción*, enero de 2019.

⁴⁸⁹ Entrevista al Director de Chile Transparente, Alberto Precht de 10 de diciembre de 2019.

⁴⁹⁰ DATAVOZ, Estudio Nacional de Transparencia. Año 2018, preparado para el Consejo de la Transparencia, diciembre de 2018.

En este punto entra en juego otro de los grandes desafíos del mundo de hoy que no es otro que el de convertir en realidad las promesas de los DDHH a nivel global. Hay varios retos clave:

Continuando con la exportación del modelo democrático, el plan o la hoja de ruta siempre fue y siempre ha sido el de situar a la transición política y a la consolidación democrática en un lugar jerárquicamente superior al del respeto de las obligaciones en materia de DDHH en relación al régimen anterior; en otras palabras, la tensión entre la negociación y la impunidad se ha resuelto, generalmente con la fórmula de trazar una línea sobre el pasado y mirar hacia el futuro, es decir, a favor de la impunidad. Esta tendencia compromete no sólo la propia calidad de la democracia naciente que debe actuar como el mecanismo principal de no repetición, sino sus elementos fundadores.

Pasando al marco ofrecido por un modelo de estado de derecho ya instaurado, hay tres elementos claves en la protección y garantía de los DDHH: el monopolio del uso legítimo de la fuerza por el Estado, las garantías sociales y la protección de las minorías.

Hay una cuestión en relación al uso de la fuerza y los derechos que es ineludible y es en qué forma debe usarse esa fuerza estatal como mecanismo de defensa o represión frente a los movimientos sociales y las protestas ciudadanas que puedan llegar a comprometer o comprometan la seguridad y el orden público; Berlin⁴⁹¹ hablaba de la existencia de la discordia en todas las relaciones humanas, pero especialmente en la interacción entre la esfera política y la esfera ciudadana, contando la primera con el monopolio en el uso de la fuerza y la segunda con la actividad asociativa y manifestante. En este sentido, lo que caracteriza a la democracia no es la reducción del Estado a la mera organización o institucionalización de la violencia, sino a su legitimidad con base en el consenso, el diálogo, la participación, el derecho de protesta pacífico y la convivencia social. Desde el punto de vista de la legitimidad, esta se ve claramente comprometida cuando una parte de la población no se siente identificada con el modelo imperante o no ve respuestas a sus reclamos; es el caso de la cuestión catalana en España, de la comunidad republicana en Irlanda del Norte⁴⁹², de las protestas en Chile o Ecuador, de

⁴⁹¹ BERLIN, I., *Dos conceptos de libertad* en HARDY, H. (ed.), *Sobre la libertad*, Ed. Alianza editorial, Madrid, 2004.

⁴⁹² Sobre esta cuestión pueden verse los trabajos de Leandro Martínez Peñas y Erika Prado Rubio: “La batalla del Bogside y el incendio de Bombay Street: Irlanda del Norte en llamas”, en VV. AA., *Más allá de la última frontera: 1969*. Valladolid, 2019; y “Special Powers Act (1922): el uso de jurisdicciones especiales en la legislación británica”, en VV. AA., *Estudios sobre jurisdicciones especiales*. Valladolid, 2015; “The Troubles: 1968 y los 10.000 días de violencia en Irlanda del Norte” en MARTÍNEZ PEÑAS,

las reivindicaciones feministas y aperturistas en Irán, e incluso de la labor que desempeñan los activistas por los DDHH en Nepal, Colombia o México; son voces discordantes en cualquiera de los casos con el *status quo* y que reclaman modificaciones más o menos amplias. Son muchos los temas sobre los que se centran estas reivindicaciones, pero lo cierto es que inciden de lleno en el modelo político y/o económico, ya que tratan temas como la organización y configuración territorial y competencial del Estado, la calidad de vida, condiciones laborales, igualdad y acceso a servicios básicos, derechos de la mujer en el ámbito laboral, de la vida privada, de su imagen y de su participación política, defensa de los derechos de las minorías y de los pueblos indígenas, lucha contra la corrupción y lucha contra la impunidad, eso haciendo referencia exclusivamente a los ejemplos citados y que son representativos de las reivindicaciones a nivel global.

Por otro lado, la relación entre el modelo exportado de democracia y desarrollo y los DDHH se realiza a través de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, ya que el derecho al desarrollo, si bien forma parte del *soft law* gracias a la Declaración sobre el Derecho Humano al Desarrollo de la Asamblea General de la ONU, no está refrendado en un instrumento vinculante. Sí aporta alguna indicación sobre cómo debería ser el desarrollo, concretamente al indicar que la finalidad de cualquier política de desarrollo debe ser la de mejorar el bienestar de la población, contando con la participación libre y activa de la ciudadanía y distribuyendo equitativamente los beneficios. Si se vuelve la mirada hacia las protestas en Ecuador, estas tienen que ver con una serie de medidas económicas de liberalización y eliminación de aranceles a la importación, que no tuvieron buena acogida sobre la población ecuatoriana que iba a ver mermada con ellas su calidad de vida ya que suponía principalmente la liberalización y supresión de subsidios a uno de los insumos principales del país, la gasolina; el impacto de esta medida sobre el coste de la producción iba a acarrear no un mercado de libre competencia en el sector, sino el encarecimiento de la producción y el transporte y una disminución salarial y recortes de plantilla por el efecto inflacionario. Estas circunstancias inciden de forma directa sobre la calidad de vida, del trabajo, de los servicios asistenciales prestados por el estado, comprometen el acceso a la educación de las generaciones futuras, el alimento... Se trata del mismo proceso, ya visto durante la transición en Chile,

L., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., PRADO RUBIO, E., *El año de los doce mayos*. Valladolid, 2018; "La representación de conflictos sectarios en el cine contemporáneo: el caso norirlandés", en GRANDA LORENZO, S. , TORRES GARCÍA, A. Y VELASCO DE CASTRO, R. *Religión y control político social: normas, instituciones y dinámicas sociales*. Valladolid, 2016.

que no tiene en cuenta medidas de protección social y garantías de los derechos económicos, sociales y culturales, sino esa idea neoliberal de rápida liberalización, cuyos efectos ya se conocen en la región: destrucción de empleo, pérdida de poder adquisitivo, déficit en la balanza comercial, endeudamiento externo, inflación; en definitiva, circunstancias que inciden directamente en el goce de los DDHH.

En este debate sobre el modelo de desarrollo, también han entrado en escena los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante ODS) que plantean un escenario en el que los procesos de desarrollo actuales y futuros no pueden estar supeditados a un consumo desmedido de materias primas ni a una producción sin límites y requieren de una inversión tecnológica importante para garantizar la sostenibilidad; esta idea suscita cierta suspicacia ya que el coste y el ritmo del nuevo desarrollo se incrementa y ralentiza respectivamente, sin exigir responsabilidades a quienes se han desarrollado a costa de un modelo productivo insostenible; es más, la responsabilidad se traslada hacia las empresas a través del desarrollo del concepto de Responsabilidad Social Corporativa (en adelante RSC) ya que la propia configuración de los ODS se plantea sobre las alianzas estratégicas entre sector público, sector privado y tercer sector. En el marco de la ONU se han desarrollado un conjunto de principios sobre la actividad empresarial y el respeto a los DDHH que dejan al estado en una posición de garante, pero que en ningún caso le obligan a exigir unos niveles mínimos de RSC a las empresas actuantes hasta el punto de que cambia la terminología, cometiendo la empresa abusos de DDHH y no violaciones, y situando al estado, no como violador de DDHH, sino como incumplidor de su deber de garantía. Esta interacción, unida a la posible responsabilidad de la empresa matriz, va a ser la que determine las perspectivas y límites del desarrollo futuro y calidad democrática en África, Asia, América Latina y el Caribe.

Lo que subyace es un panorama donde los resultados de los procesos iniciados con las revoluciones liberales arrojan un balance positivo en los territorios occidentales, aunque con un futuro incierto en cuanto a los niveles de progreso esperados para las sociedades futuras y las posibles regresiones ya no sólo económicas, sino en términos de derechos; y un debate sobre cuál debe ser la forma de exportar los elementos positivos y universalizables de la democracia y del desarrollo, si es que van unidos, o únicamente de uno sólo de ellos. En otras palabras, el debate sobre si es posible un modelo universalizable en algunas de sus características en un mundo plural y heterogéneo, sigue abierto y se convierte en una pieza esencial de las sociedades futuras que se enfrentan no

sólo a esa pregunta sino a la cuestión de reformular los dictámenes de la conjugación entre liberalismo político y reforma social.

BLOQUE III: LA JUSTICIA PENAL EN SEDE INTERNACIONAL: UNA PERSPECTIVA COMPARADA A TRAVÉS DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. APROXIMACIONES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL A LOS PROCESOS TRANSICIONALES

El desarrollo del DPI como elemento sancionador de los graves crímenes contra la humanidad, especialmente en la segunda mitad del siglo XX, también ha generado un impacto en los procesos transicionales de justicia penal, ya que ha otorgado al Estado naciente la posibilidad de eludir los enjuiciamientos a nivel nacional y, al mismo tiempo, cumplir con las obligaciones internacionales en materia de DDHH y de lucha contra la impunidad. Hay, entonces, dos elementos de conexión entre las ramas elegidas del DIP: el DPI como sancionador no estatal de las graves violaciones de DDHH, y el DIDH como garantía procesal en los procesos de DPI. Si bien desde el punto de vista histórico se encuentran algunos precedentes, lo que verdaderamente marca un hito dentro del DPI es la aprobación del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg para la

“represión de los crímenes de guerra de los vencidos. La puesta en marcha de una represión de esta índole, cuyo instrumento principal ha sido el Tribunal Internacional de Nüremberg para los llamados ‘grandes criminales’, estaba destinada a sentar las bases de un nuevo derecho penal mundial.”⁴⁹³

Supuso el reconocimiento a la existencia de una costumbre internacional, pero también supuso una reflexión acerca de lo que debería sustentar el incipiente DPI, ya que el tribunal se calificó de parcial al solo estar compuesto por jueces designados por las potencias vencedoras y solo procesar a miembros del bando vencido, y delimitó la necesidad de dotar al DPI de una serie de mecanismos de garantía procesal, definición de los principios rectores y delimitación de aquellos componentes del derecho penal nacional que le serían aplicables, ya que Bassiouni define el DPI como “el resultado de la convergencia de los aspectos internacionales de la legislación penal nacional de los Estados y de los aspectos penales de la legislación internacional.”⁴⁹⁴

⁴⁹³ TRUYOL Y SERRA, A., *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, Ed. F. Seix, Barcelona, 1955, p. 127.

⁴⁹⁴ BASSIOUNI, M. C., “El Derecho Penal Internacional: historia, objeto y contenido”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 35, Fasc. 1, 1982, pp. 5-42, p.6.

Cada una de las etapas que ha sufrido el DPI, entendido como una excepción al criterio típicamente penalista de la territorialidad desde que en 1870 Gustav Moynier propusiera la creación de un tribunal penal internacional de carácter permanente que juzgase a los infractores de las normas del *ius in bello*, hasta la definitiva instauración de la CPI ha realizado alguna aportación relevante en el objeto de estudio, de ahí que sea relevante su análisis:

En primer lugar, Nuremberg y Tokio. El Tratado de Versalles de 28 de abril de 1919 determinó la creación del Tribunal de Nuremberg con el objetivo de juzgar a quienes realizaran una “ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados”, así como otros crímenes de guerra.⁴⁹⁵ Estos procesos se han asociado comúnmente con la idea de la justicia de los vencedores y se caracterizan, según Futamura⁴⁹⁶, por exigir solo justicia en tiempo de paz, responsabilidad penal individual y registro histórico sin derivar en la aportación esencial que ya se ha remarcado acerca del concepto de la justicia transicional, es decir, la ayuda en la construcción de la paz. Quizás, el primer acercamiento a las contribuciones de estos tribunales en materia transicional debe realizarse partiendo de que se configuran con posterioridad a la finalización del conflicto. En el caso de Nuremberg, la Declaración de Moscú ya recogía la pretensión de que los “responsables de atrocidades, masacres y ejecuciones o que habrían consentido en tomar parte de las mismas, serán enviados a los países en donde sus crímenes abominables hubieran sido perpetrados, a fin de ser juzgados y sancionados.”⁴⁹⁷ Tras duras negociaciones, el 8 de agosto de 1945, las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial suscribían el Acuerdo de Londres para el Establecimiento de un Tribunal Militar Internacional con capacidad para delimitar una verdadera responsabilidad internacional por crímenes internacionales y sustentada sobre la rendición alemana y el entendimiento de que la irretroactividad era una norma pensada para la protección del inocente, pero no para la protección del culpable⁴⁹⁸, ya que la principal actividad probatoria eran todos los archivos históricos del régimen nazi que certificaban o no directamente la responsabilidad de la cúpula, a saber, los únicos 21 acusados en el

⁴⁹⁵ BENAVIDES, L., “La Obligación de los Estados de reprimir los Crímenes de Guerra como parte de una Justicia Penal Internacional”, *Revista Mexicana de Derecho Público, Administrativo, Constitucional, Internacional, ITAM*, 3 de Abril 2002, p. 39.

⁴⁹⁶ FUTAMURA, F., “Individual and Collective Guilt: Post-war Japan and the Tokyo War Crimes Tribunal”, *European Review*, vol. 14, n°4, 2006, pp. 471-483.

⁴⁹⁷ GÓMEZ-ROBLEDO, A., *Temas selectos de Derecho internacional*, Ed. UNAM, México, 2008, p. 751 y 752.

⁴⁹⁸ *Íbidem*, p. 756.

procedimiento.⁴⁹⁹ Se trató, en esencia, de un modelo punitivo y marcado por problemas acerca de la competencia de un tribunal que parecía tipificar conductas no incluidas en el DIP ni en el derecho nacional y creado *ad hoc* excluyendo, así, al juez natural.⁵⁰⁰ Sobre el espíritu de los llamados Principios de Nuremberg y de las críticas contra ese modelo, se construiría después el modelo de la CPI.

Por otro lado, la constitución del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente o Tribunal de Tokio tuvo como precedente la instauración, tras el acuerdo firmado en Moscú en 1945, de una Comisión para el Lejano Oriente, coordinada por Estados Unidos, compuesta por representantes políticos aliados y encargada de definir las políticas de la ocupación de Japón y un sistema de enjuiciamiento y ejecución de las sentencias contra culpables de crímenes de guerra. El 19 de enero de 1946, el general Mc Arthur dispuso la creación del Tribunal siguiendo las mismas categorías de crímenes internacionales empleadas en Nuremberg: crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad.⁵⁰¹ La Comisión se encargó de determinar la vía de investigación, concretamente, concediendo a través de la Decisión sobre la política de Aprehensión, juicio y castigo de los criminales de guerra, que el general Mc Arthur tenía la atribución de establecer bajo su mandato una agencia de investigación.

Hay dos elementos importantes a tener en cuenta de estos dos procedimientos que tienen que ver, por un lado, con esa labor casi justiciera, pero vengativa, de los procesos, que en ningún caso contemplaba una reparación o una participación de las víctimas; y, por otro, por servir para la determinación de algunos principios esenciales del concebido como DPI destacando los siguientes: la responsabilidad penal individual con base en el DIP y no en el derecho nacional, la ausencia de eximente por razón del cargo oficial y la ausencia de eximente por acatamiento de órdenes.

En segundo lugar, los tribunales híbridos surgen a finales de los años 90 para dar una respuesta *ex post facto* a situaciones que no entraban en la competencia temporal determinada por el Estatuto de la CPI; en este sentido, su característica principal es que no son ni enteramente nacionales ni enteramente internacionales, combinando

⁴⁹⁹ Conferencia a cargo de Rainer Huhle titulada *Justicia transicional: la experiencia de Nuremberg* en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Buenos Aires, 15 de diciembre de 2015.

⁵⁰⁰ BASSIOUNI, M. C., "Policy perspective favouring the establishment of the International Criminal Court", *Journal of International Affairs*, vol. 52, n°2, 1999, pp. 795-810.

⁵⁰¹ PRIETO, R., *La internacionalización de la jurisdicción penal. De Versalles a Bagdad*, Ed. Biblioteca Jurídica DIKE, Bogotá, 2005, p. 30.

características de ambos ordenamientos y definiéndose, según Ambos y Othman, como “acuerdos que representan un esquema de complementación entre los tribunales penales nacionales e internacionales que operan en la actualidad.”⁵⁰² La configuración de estos tribunales responde, según Nouwen, a las deficiencias de ambos sistemas, a saber, la ausencia de capacitación de los tribunales nacionales bien por recursos bien por cuestiones políticas, para llevar a cabo los enjuiciamientos y a la falta de legitimidad social que enfrentan los tribunales penales internacionales al no ser próximos al contexto conflictivo.⁵⁰³

En primer lugar, cabe reseñar los llamados Paneles de Dili en Timor Leste, ya que esta acción híbrida y transicional ocurre en una situación no analizada hasta ahora, a saber, la ocupación del territorio de Timor Leste por Indonesia en 1975, la celebración de un referéndum sobre autonomía de la región en 1999, los resultados mayoritarios a favor de la plena independencia, la labor de represión y violencia emprendida por la potencia ocupante y la intervención de las Naciones Unidas, a través de la creación el 25 de noviembre de 1999 por el Consejo de Seguridad, mediante la Resolución 1272, de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Leste (en adelante UNTAET)⁵⁰⁴, con facultades ejecutivas, legislativas y judiciales, la presencia de un componente militar y el mandato de asegurar la capacidad de autogobierno de la región, así como de sentar las bases para su desarrollo sostenible. Según Rieger y Weirda, la constitución de los llamados Paneles de Dili una vez terminada la ocupación indonesia fue “una serie de respuestas *ad hoc* ante una situación crítica”⁵⁰⁵, más que una acción planificada, aunque sí se insertó dentro de las recomendaciones efectuadas por los Especialistas de la Comisión de Derechos Humanos.⁵⁰⁶ Así pues, el Representante Especial del Secretario General y Administrador de la Transición estableció los Paneles Especiales dentro de la Corte del Distrito de Dili con la Regulación nº 2000/15 con competencia *ratione materiae* en crímenes de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y tortura; y, alternativamente, *ratione personae* cuando el autor o la

⁵⁰² Simposio a cargo de Eileen Skinnider titulado *Experiences and Lessons from Hybrid Tribunals: Sierra Leone, East Timor and Cambodia* en la Corte Internacional de Justicia el 3 y 4 de febrero de 2007.

⁵⁰³ NOUWEN, S., *Hybrid Courts: The Hybrid Category of a New Type of International Criminal Courts*, *Utrecht Law Review*, vol. 2, nº2, 2006, pp. 190-214

⁵⁰⁴ Resolución 1272 del Consejo de Seguridad por la que se establece la Administración de Transición de Naciones Unidas en Timor Leste, 25 de octubre de 1999.

⁵⁰⁵ REIGER, C. Y WIERDA, M., “The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect”, *Prosecution Case Studies Series*, International Center for Transitional Justice, Marzo 2006.

⁵⁰⁶ Report of the Special Rapporteur to the Commission on Human Rights about Situation of human rights in East Timor, 10 de diciembre de 1999, párr. 74.

víctima fuese nacional de Timor Leste, o *ratione loci* cuando los hechos se hubieran cometido en el territorio nacional.

En segundo lugar se encuentra el Tribunal Especial para Sierra Leona que se crea en un marco contextual muy particular: el final de la guerra entre el Frente Revolucionario Unido y las autoridades nacionales no se declara hasta 2001 y los acuerdos de paz de Lomé de 1999 contemplan un indulto al líder del grupo revolucionario y a todos los miembros de las fuerzas combatientes. Este indulto sería matizado por el Representante Especial de Naciones Unidas desplegado en la región en el sentido de interpretar como fuera de la amnistía los crímenes internacionales de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otras serias violaciones al DIH⁵⁰⁷.

En el año 2000, el gobierno estatal solicitó la ayuda de las Naciones Unidas para el establecimiento de una jurisdicción especial para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos durante la guerra civil; es decir, en un momento de regresión en el proceso transicional, las autoridades nacionales priman la implantación de un mecanismo de justicia. La resolución 1315 del Consejo de Seguridad daría pie a las negociaciones entre la Secretaría General de las Naciones Unidas y Sierra Leona como culmen a la intervención internacional comenzada con UNOMSIL y ampliada por la misión UNAMSIL, hasta culminar con el acuerdo de 16 de enero de 2002 por el que se acuerda el establecimiento de un tribunal híbrido con competencia concurrente, pero jerárquicamente superior a la de los tribunales nacionales y capacidad para trasladar la sede si las circunstancias lo requirieran pero con una actuación inicial en el propio terreno local.⁵⁰⁸

En tercer lugar, las Cámaras Extraordinarias de Camboya establecidas tras las políticas de desplazamientos forzados, trabajos forzosos, cierre y minaje de fronteras, campos de concentración y régimen de represión frente a los opositores del llamado gobierno de Pol Pot, la invasión vietnamita y la guerra civil en territorio camboyano. En 1993, tras los acuerdos de París entre los distintos partidos camboyanos y la conclusión de la, primero, Misión Avanzada de las Naciones Unidas en Camboya (UNAMIC) y, después, Autoridad Transicional Camboyana (UNTAC), se proclamó la Constitución del Reino de Camboya. No fue hasta 1997 que las autoridades camboyanas solicitaron apoyo

⁵⁰⁷ Séptimo Reporte del Secretario General de Naciones Unidas al Consejo de Seguridad sobre la Misión de Observadores de Naciones Unidas en Sierra Leona, 31 de octubre del 2000.

⁵⁰⁸ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

de las Naciones Unidas para el establecimiento de un tribunal que enjuiciase los crímenes internacionales cometidos durante el régimen de los Jemeres Rojos o Pol Pot; no obstante, en este momento temporal, el planteamiento del informe del Grupo de Expertos para Camboya fue distinto, entendiendo que o bien se recurría a los mismos mecanismos activados para Ruanda y Yugoslavia, o bien la naturaleza del tribunal o jurisdicción especial debía ser de carácter nacional.⁵⁰⁹ En el año 2001, mediante una ley nacional, se crearon las Cámaras Extraordinarias y no fue hasta el año 2004 cuando se enmendó la estructura y, si bien se mantuvo como en el caso de Dili, su incardinación dentro del organigrama judicial camboyano, su constitución y configuración personales pasaron a ser mixtas.⁵¹⁰

En cuarto lugar, el Tribunal Especial para Líbano, Estado cuyas circunstancias desde 1975 hasta el establecimiento del Tribunal fueron de una especialidad, sucesión y connotaciones no tratadas hasta el momento, puesto que pasó por una guerra civil de quince años motivada por la división religiosa, sufrir la ocupación de parte del territorio por Israel durante 18 años, solicitar la presencia de tropas sirias en el norte del territorio de 1976 a 2005 y sufrir el surgimiento de un grupo armado, considerado por los Estados Unidos como grupo terrorista, de corte religioso y apoyado por el régimen iraní como es Hezbolá. Una Fuerza Provisional de Naciones Unidas fue desplegada sobre el terreno (FPNUL), pero la intervención de Naciones Unidas comenzaría realmente con la Comisión de investigación formada por la Resolución 1595 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en abril de 2005⁵¹¹, enviada para la investigación y esclarecimiento acerca del atentado en que murió en 2005 el Primer Ministro Rafiq Hariri y al que precedieron y sucedieron una oleada de incidentes de la misma naturaleza contra objetivos poco proclives o partícipes de la presencia e influencia siria en el territorio libanés. Si bien las pretensiones del ejecutivo se encaminaban en la línea de la colaboración con Naciones Unidas para el establecimiento de un tribunal que enjuiciase los citados actos, el poder legislativo vetó la aprobación del acuerdo alcanzado entre la Secretaría General de las Naciones Unidas por mandato del Consejo de Seguridad a través

⁵⁰⁹ Report of the Group of Experts for Cambodia to General Assembly established in the resolution 52/135, febrero 1999, párr. 134.

⁵¹⁰ Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the prosecution under Cambodian law of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea. Phnom Penh, 6 June 2003.

⁵¹¹ Resolución 1595 del Consejo de Seguridad por la que se crea una Comisión Internacional Independiente de Investigación para el Líbano, 7 de abril de 2005.

de la Resolución 1644 de 2005⁵¹², y el ejecutivo libanés. No obstante, las atribuciones contenidas en el Capítulo VII de la Carta permitieron la Resolución 1757 de 30 de mayo de 2007, en virtud de la cual el Consejo de Seguridad declaraba la entrada en vigor del acuerdo mencionado estableciendo un tribunal con sede fuera del país y competencia concurrente pero primordial sobre la jurisdicción nacional. Es cierto que la competencia de este tribunal es de una naturaleza más restringida ya que se crea con la finalidad de enjuiciar a los responsables del atentado del 14 de febrero de 2005, y, también, de otros ataques ocurridos en el territorio del Líbano entre el 1 de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005 y escapa al modelo transicional clásico, en el sentido de que no hay un traspaso ordinario de régimen, sino una crisis distinta, la del terrorismo, que por sus propias características, sintetizadas por Reinares de la forma que sigue, supone en esencia, un atentado contra las libertades individuales y la cohesión social democrática reseñadas:

“ser actos sistemáticos de violencia concatenados temporalmente (...) cuya selección de blancos está orientada a provocar temor e influir sobre el comportamiento político de sus víctimas (...) tiene una importante dimensión comunicativa (...) es una forma de participación política no convencional.”⁵¹³

Realmente, las aportaciones de estos tribunales internacionalizados a las acciones de justicia en los contextos transicionales muestran tres elementos fundamentales: el primero de ellos, el hecho de que destacan más sus diferencias que sus semejanzas, en el sentido de que, si bien en todos los casos hay un *iter* procedimental común, hay una adaptación de las características competenciales y de configuración personal del tribunal a cada contexto específico; el segundo, que son una flexibilización del marco temporal delimitado por la competencia de la CPI en el sentido de que aquellos casos que quedan fuera de su competencia, pero que comprometen el sentido de la humanidad por la gravedad de los actos, quedan cubiertos por esta suerte de tribunales combinatorios de las exigencias nacionales y de los dictámenes del DIP, del DIDH, del DIH y del DPI; y el tercero, que vuelve a estar presente un elemento esencial como es el de la voluntariedad política en las negociaciones autorizadas por el Consejo de Seguridad entre el Estado receptor y la Secretaría General de las Naciones Unidas. Se une a ello un mecanismo incipiente de fuerza del DPI vía ejercicio de las atribuciones del Consejo de Seguridad

⁵¹² Resolución 1644 del Consejo de Seguridad por la que autoriza las negociaciones entre la Secretaría General de Naciones Unidas y el gobierno del Líbano, 15 de diciembre de 2005.

⁵¹³ REINARES, F., “Conceptualizando el terrorismo internacional”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, nº82/05, 2005.

como elemento de obligación o de fuerza en el establecimiento del mecanismo jurisdiccional pactado. Esta manera de actuar se repetirá en el Estatuto de Roma permitiendo que este órgano pase por encima de las limitaciones competenciales de la CPI pero, al mismo tiempo, limitado por la soberanía nacional en el sentido de que sin la cooperación de las autoridades nacionales los tribunales no se establecen o no se forman en el caso de los híbridos, y los procesos no cuentan con impulso procesal en el marco de la CPI. Además, hay unas cláusulas concretas que suponen avances en la constitución de estos tribunales híbridos, ya que el Tribunal Especial para el Líbano, el Tribunal Especial para Sierra Leona y las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya incluyen en sus acuerdos menciones específicas a la ausencia de validez de las leyes de amnistía como impeditivas para el desarrollo de la competencia del tribunal, así como la inaplicabilidad de dichas leyes a los graves crímenes internacionales.

a. EL CASO YUGOSLAVO

El Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia (en adelante TPIY) se estableció el 22 de febrero de 1993⁵¹⁴ por la resolución 808 del Consejo de Seguridad de la ONU, en concreto, en base al capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, en el cual se determina que “el Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas.”⁵¹⁵ Es la primera vez que el Consejo de Seguridad alude al citado capítulo no para autorizar el ejercicio legítimo de la fuerza, sino para establecer un tribunal *ad hoc* mientras subsisten las hostilidades; los dos grandes antecesores, cítense los Juicios de Nuremberg y el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, se establecieron con el objeto de juzgar las violaciones de DIH cometidas en un conflicto ya finalizado, y no en curso, como en el caso yugoslavo.

En dicha resolución, el Consejo insta al Secretario General de Naciones Unidas, Butros Butros-Ghali, a la presentación de un informe relativo a la Guerra Yugoslava con el objeto de establecer un tribunal internacional que enjuicie “las violaciones graves del DIH.”⁵¹⁶ Expresión poco precisa que vino a ser completada por el Estatuto regulador del

⁵¹⁴ROBERGE, M.C., “Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 30 de noviembre de 1997.

⁵¹⁵ Artículo 39 de la Carta de Naciones Unidas.

⁵¹⁶ Resolución 808 del Consejo de Seguridad por la que se establece el Tribunal penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, 22 de febrero de 1993.

TPIY, especialmente en lo que a crímenes de lesa humanidad respecta, ya que era un concepto sin regulación expresa y que requería de una determinación en los estatutos cada vez que se constituía un tribunal penal *ad hoc*, al contrario de lo que ocurría con las denominadas violaciones graves del Convenio de Ginebra de 1949 o con el Delito de Genocidio.⁵¹⁷

La Guerra Yugoslava supuso un desafío para la ONU cuyo mecanismo de respuesta en caso de conflictos armados venía siendo el envío de Misiones Internacionales de Paz (en adelante MIP) imparciales y con una restricción en el uso de la fuerza. Tradicionalmente, el objeto de estas MIP era el de negociar y asegurar la observancia de un proceso de paz entre las partes beligerantes, partiendo de la base de que estas MIP venían siendo una aplicación del capítulo VI de la Carta relativo al arreglo pacífico de controversias. Cuando UNPROFOR, la Fuerza de Protección de Naciones Unidas en Yugoslavia, que desempeñó su labor entre 1992 y 1995, no pudo evitar la matanza de musulmanes a manos serbias, la táctica de la ONU cambió y se optó por recurrir a la definición que Dag Hammarskjöld, Secretario General de Naciones Unidas entre 1953 y 1961, había hecho de las MIP: acciones del capítulo sexto y medio de la Carta, dígase, autorizar a las MIP al uso de la fuerza armada como medida coercitiva y no sólo en legítima defensa.

El territorio que ocupó la República Yugoslava estaba constituido por una amalgama de naciones, croatas, serbios, eslovenos, bosnios, montenegrinos y macedonios, y por una mezcla religiosa fruto de la división del cristianismo en católicos y ortodoxos, así como de la invasión turca del siglo XV. El final de la Primera Guerra Mundial supuso la creación del Reino de Serbios, Croatas y Eslovenos, dando respuesta al ideal decimonónico de constituir la Unión de Todos los Eslavos del Sur, expresión que da pie al nombre Yugoslavia, el cual sería empleado a partir de 1926. Con la Segunda Guerra Mundial, la ocupación nazi de Yugoslavia y el apoyo de los nacionalistas croatas, ustashas, al régimen de Hitler comienzan las masacres de serbios en territorio croata a manos de Ante Pavelic. Esto desató una guerra frente a los alemanes, frente a los comunistas, y también, una guerra civil entre croatas, serbios y montenegrinos, fundamentalmente.⁵¹⁸

⁵¹⁷ Actualmente el estatuto de la Corte Penal Internacional recoge una enumeración de lo que, en base a todas las normas del DIH, se entiende como crimen de lesa humanidad.

⁵¹⁸ CASANOVA, M., “La Yugoslavia de Tito. El Fracaso de un Estado Multinacional”, *Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, Historia contemporánea*, nº16, 2004, pp. 337-349, p. 338.

Durante este periodo Tito se hizo con el control del aparato político y militar y, tras el triunfo de su Frente Popular en las elecciones del 11 de noviembre de 1945, proclamó la República Federal Popular Democrática de Yugoslavia que, con la Constitución de 1946, adoptaría el modelo soviético de partido único, al cual Tito iría modelando en los años subsiguientes. Se trataba de una federación de seis repúblicas, Croacia, Serbia, Eslovenia, Bosnia-Herzegovina, Montenegro y Macedonia, a las que, además, se sumaban dos territorios con estatutos autónomos, pero bajo el control efectivo de Belgrado: Kosovo y Vojvodina.⁵¹⁹ Esta Constitución de 1946 hizo una distinción fundamental entre pueblos, identidad de tipo personal y no realidad territorial, hogares nacionales, entendidos como lugares en los que habitan los pueblos, y Estado, uno solo, la República de Yugoslavia. A partir de 1968, las diferencias étnico-religiosas van a ser latentes y van a anticipar el desmembramiento de Yugoslavia con la muerte de Tito en 1980: en primer lugar, los musulmanes bosnios y croatas demandaban ser reconocidos como una nacionalidad diferenciada; en segundo lugar, las protestas estudiantiles que, sin tener en su base una reivindicación nacionalista, reavivaron el fuego con sus demandas económicas; en tercer lugar, las aspiraciones albanano-kosovares de crear una Gran Albania; y en cuarto lugar, la Primavera Croata o Maspokret, que desencadenó por parte del gobierno de Tito una oleada de purgas y ejecuciones de intelectuales liberales por toda la República de Yugoslavia. A partir de entonces “las rivalidades no sólo de carácter étnico, cultural o religioso, sino de poder, dieron lugar al nacimiento de burocracias nacionales que se constituyeron en centros rivales de poder.”⁵²⁰

Muerto Tito y disuelta la URSS, Eslovenia y Croacia se independizaron, y fue Milosevic, presidente serbio, quien intentó mantener unida Yugoslavia, pero bajo la premisa de que “cualquier parte donde hubiera serbios debería formar parte de un mismo Estado denominado Gran Serbia.⁵²¹” Una de las primeras actuaciones de Milosevic en este sentido fue la supresión de la autonomía en Kosovo y el envío de fuerzas militares a la zona en 1988. A partir de entonces comenzó una estrategia de propaganda para extender el odio interétnico que se palpaba en el discurso que en 1989 pronunció en Gazimestán durante la conmemoración del 600 aniversario de la Batalla de Kosovo:

“La desunión y la traición en Kosovo continuarán persiguiendo al pueblo serbio, como un mal agüero, a través de toda su historia. Incluso en la última guerra,

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 339

⁵²⁰ *Ibidem*, p. 348.

⁵²¹ ARACIL, R., OLIVER, J. y SEGURA, A., *El mundo actual: de la Segunda Guerra Mundial a nuestros días*, Ed. Universitat de Barcelona Publicacions, Barcelona, 1995.

esta falta de unidad y la traición llevaron al pueblo serbio y a Serbia a la agonía, y sus consecuencias en el sentido histórico y moral superaron a la agresión fascista.”⁵²²

Hay cuatro guerras yugoslavas: la Guerra Eslovenia en los meses de junio y julio de 1991, la Guerra de Croacia de julio de 1991 a febrero de 1992, la Guerra Bosnia de marzo de 1992 a diciembre de 1995 y la Guerra de Kosovo de 1999 a 2002.⁵²³ Con la independencia de Eslovenia y Croacia, Yugoslavia quedó constituida por Serbia y Montenegro⁵²⁴. Milosevic sacrificó a los serbios residentes en las zonas eslovenas de Istria y Pula por no ser tierras históricamente serbias, pero no renunció al control de Croacia, combatiendo primero en Banija y Krajina, asediando Vukovar y Osijek e incluso bombardeando Zagreb sin que mediase declaración oficial de guerra.⁵²⁵

Con las dos últimas guerras, los nacionalismos arrasaron con el ideal de una nación de naciones. La idea de crear esa Gran Serbia, Gran Croacia o Gran Albania, chocaba fundamentalmente con la configuración de un territorio concreto, Bosnia-Herzegovina, que, a diferencia de lo que ocurría en Serbia con un 80% de serbios o de Croacia y Eslovenia⁵²⁶ con un 90% de croatas y eslovenos respectivamente, contaba con un 40% de bosniacos musulmanes, un 30% de serbios ortodoxos y un 17% de croatas católicos⁵²⁷. En 1992, cuando el presidente bosnio, Allia Itzervegovic, solicitaó apoyo europeo para evitar la inminente invasión serbia, Karadchic y Mladic agruparon a los nacionalistas serbios en Bosnia, los chetnics, en torno a la capital, Sarajevo, y días más tarde se les unieron otros grupos paramilitares que no dudaron en disparar contra los manifestantes bosnios, iniciando la Guerra Bosnia.

Este es el culmen del denominado Plan RAM, desvelado por Ante Markovic en 1991⁵²⁸, en el cual se pretende, según el semanario belgradense *Vreme*

⁵²² DISCURSOS PARA LA HISTORIA, “Milosevic y su discurso de Gazimestán”, *Wordpress*, 23 de febrero de 2010.

⁵²³ SÁNCHEZ, C., “La geometría variable del poder en política exterior I: La intervención occidental en Bosnia y la matanza de Srebrenica”, *Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, nº12, 2005, pp. 53-73, p. 56.

⁵²⁴ GONZÁLEZ, M. T., *Las Guerras de la Ex Yugoslavia: información y propaganda*, tesis doctoral dirigida por Alejandro Pizarroso, Universidad Complutense de Madrid, 2001, p. 128.

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 52.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 5.

⁵²⁷ FERREIRA, M., “Desintegración y guerras de secesión en Yugoslavia”, *El Orden Mundial*, mayo del 2015.

⁵²⁸ GRMEK, M., DJIDARA, M. y SIMAC, N., *Le nettoyage ethnique. Document historiques sur une idéologie serbe*, Ed. Fayard, Paris, 1993, p. 274.

“la determinación planificada de las fronteras occidentales de la Gran Serbia, de la creación de un escenario para una cierta nueva Yugoslavia en la cual los Serbios, con sus territorios, vivan todos en un mismo Estado.”⁵²⁹

La actuación de la Comunidad Internacional puede resumirse en cuatro grandes posturas: la del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, la de la Comunidad Europea, la de la por entonces, y hasta 1994, Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa (futura OSCE) y la de la OTAN.

En cuanto a las resoluciones dictadas por el Consejo de Seguridad en el periodo 1992-1994, de las 55 emitidas acerca del conflicto en Yugoslavia, quince fueron en contra de los serbios, incluyendo en este lado al Ejército Popular Yugoslavo, cuatro contra la actuación croata y ninguna en contra de los bosnios musulmanes.⁵³⁰ La mayor parte de estas resoluciones tuvieron por objeto la exigencia de retirada de las tropas, como la Resolución 752 de 15 de mayo de 1992, o la imposición de sanciones económicas a montenegrinos y serbios, que no fueron reconocidos como República Yugoslava ni admitidos en el seno de Naciones Unidas hasta los Acuerdos de Dayton. Ahora bien, esa inclinación hacia la condena del bando serbio principalmente, y del croata en menor medida, y no del bando bosnio, no se correspondía con la imposición de la resolución 713 de 1991 de medidas coercitivas, en concreto, un “embargo general y completo a todas las entregas de armamentos y pertrechos militares a Yugoslavia”⁵³¹, que supuso para algunos autores la negación del derecho a la legítima defensa *de facto* a Bosnia, ya que mientras que Serbia heredó la estructura del aparato militar de la Yugoslavia de Tito, Bosnia quedó sin mecanismos efectivos de defensa.⁵³² El 21 de febrero de 1992, mediante la resolución 743, se establecía sobre las Zonas Protegidas de las Naciones Unidas en Croacia, una fuerza de *Peace Keeping* y *Peace Building*, UNPROFOR, que vería extendido su ámbito territorial de operación a Bosnia primero y a Macedonia posteriormente, pero que también vería extendidas sus competencias en dos tramos: uno inicial el 14 de septiembre de 1992 en el cual, ante el bloqueo que sufría el Aeropuerto de Sarajevo y que impedía la llegada de ayuda humanitaria, el Secretario General de Naciones Unidas propuso que

⁵²⁹KULLASHI, M., “Limpieza étnica en la Ex Yugoslavia”, *Revista Praxis filosófica*, nº16, 2003, pp. 77-107, p. 86.

⁵³⁰ GARDE, P., « Ex Yougoslavie: le fiasco de la communauté internationale », *Politique Internationale*, nº 68, 1995, pp. 157-179, p. 169.

⁵³¹ Resolución 713 del Consejo de Seguridad por la que se acuerda el embargo de bienes con destino a la guerra yugoslava, 25 de septiembre de 1991.

⁵³²PADRÓS, L., “La guerra de Bosnia, ¿fue guerra civil o conflicto internacional?”, *Revista de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, vol. 33, nº 129, 2000, pp. 58-75, p. 60.

UNPROFOR se centró en “apoyar los esfuerzos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) para suministrar socorro humanitario en todo el territorio de Bosnia y Herzegovina, y en particular proporcionar protección, a pedido de la ACNUR, dondequiera y cuandoquiera que la ACNUR considerara necesaria dicha protección.”⁵³³ Y otro tras la caída definitiva de Srebrenica en manos serbias. Desde 1994 Srebrenica estaba controlado de facto por los serbios y la presencia de UNPROFOR, en concreto de los soldados holandeses del teniente Coronel Karremans, era meramente simbólica. Su mandato no era el de ser partícipes en las hostilidades y solo podían emplear la fuerza en legítima defensa. Cuando en julio 1995 las fuerzas serbias se apropiaron del puesto de observación de los cascos azules, se hace latente que hay un desequilibrio de fuerzas a pesar de contar con el apoyo de la OTAN, cuyo bombardeo aéreo sobre Pale a manos del General Rupert Smith tuvo como represalia el secuestro de 350 cascos azules.⁵³⁴ Debía concederse a UNPROFOR el derecho al uso de la fuerza sin esperar a recibir un ataque directo ni a la actuación subsidiaria de la OTAN. Se les concedió margen de maniobra con la resolución 836 de marzo de 1993, pero no se les dotó de medios. En este punto divergían los intereses de la OTAN, que era el brazo armado de la ONU, y más concretamente el encargado de dar cobertura a las zonas de exclusión aérea y a las Zonas Protegidas desde 1993, aunque no lo hizo efectivamente hasta la Operación Deliberate Force de 1995, y de la Comunidad Europea, que sobre la filosofía del luxemburgués J. Poos, “había llegado la hora de Europa”⁵³⁵, quería liderar el proyecto de paz en la zona sobre la base de la Comisión Badinter, en la que optaba por la independencia de las seis repúblicas yugoslavas, el respeto a las minorías, la no independencia de los serbios croatas y el principio *uti possidetis* de la Comisión Arbitral, que contempla la autodeterminación de los pueblos en supuestos de violación de DDHH por parte de un Estado sobre su población.⁵³⁶

Acerca de estas actuaciones de la Comunidad Internacional se ha dicho que resultaban paradójicas, ya que, por un lado, se mantenía un ánimo de negociación con las partes contendientes, las cuales, esencialmente serbios y en menor medida croatas, serían juzgadas por crímenes contra la humanidad, y por otro se permitió la realización del plan de limpieza o depuración étnica que se estaba llevando a cabo y cuyo máximo exponente fue la matanza de Srebrenica el 11 de julio de 1995, denominada por algunos autores

⁵³³ Resolución 713 del Consejo de Seguridad, *op. cit.*

⁵³⁴ SÁNCHEZ, C., “La geometría...”, *op. cit.*, p. 12.

⁵³⁵ PADRÓS, L., “La guerra...”, *op. cit.*, p. 62.

⁵³⁶ *Ibidem*

como “ la peor masacre desde la Segunda Guerra Mundial”⁵³⁷, calificada de genocidio en los cargos 1 y 2 presentados ante el TPIY en las acusaciones contra Karadzic y Mladic⁵³⁸, y cuya magnitud fue cuestionada por Philip Corwin, entendiéndose que no hubo más bosnio-musulmanes muertos que serbios caídos en combate.⁵³⁹

De forma paralela a los mencionados acontecimientos, el 22 de febrero de 1993, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas aprobaba la Resolución 808, reafirmando en lo establecido en el párrafo décimo de la Resolución 764 de 13 de julio de 1992: “quienes cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios, son considerados personalmente responsables de dichas violaciones.”⁵⁴⁰ Esta afirmación constituye el pilar de la responsabilidad penal internacional, es decir, la imputación de una infracción penal a persona natural determinada en el plano internacional⁵⁴¹. En otras palabras, supone el reconocimiento de legitimidad pasiva en el plano internacional a un sujeto distinto de los Estados y de las partes contendientes, dígase, al individuo, y en concreto al denominado alto responsable encausado; en palabras de Sudre, se trata de un primer paso para

“la represión del daño antijurídico causado a valores protegidos por el derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos y cuyo reconocimiento del individuo se limita a la atribución de la responsabilidad internacional penal, en su calidad de titular de obligaciones y no como titular de derechos. En este sentido, el derecho internacional penal no se ocupa de la protección internacional de derechos sino de la represión de atentados contra valores fundamentales de la humanidad que amenazan la paz y la seguridad colectiva.”⁵⁴²

En la Resolución 808, se mencionan una serie de informes aportados por la Comisión Europea, por Comisiones de Juristas de distintos Estados, por el Secretario General de Naciones Unidas y por el ACNUR, incluyéndose entre estos últimos los reportes de un español, José María Mendiluce, que contó a los medios como fue la toma de Zvornik en abril de 1992⁵⁴³ y los de Sagako Ogata, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para

⁵³⁷ ROHDE, D., “Serbia Held Responsible For Massacre Of Bosnians”, *Christian Science Monitor*, 24 octubre 1995.

⁵³⁸ The Prosecutor of the Tribunal Against Radovan Karadzic and Ratko Mladic (IT-95-18), 16 noviembre 1995, párr. 47-51.

⁵³⁹ HERMAN, E. S. y CORWIN, P., “La masacre de Srebrenica. Pruebas, contexto y política”, *Grupo de investigación sobre Srebrenica*, p. 11.

⁵⁴⁰ Párrafo 10 de la Resolución 764 del Consejo de Seguridad sobre la responsabilidad internacional derivada de la violación de los convenios, 13 de julio de 1992.

⁵⁴¹ DESPORTES, F. y LE GUNHEC, F., *Droit pénal général*, Ed. Economica, Paris, 2008, p. 480.

⁵⁴² SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l’homme*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 2009, pp. 30-33.

⁵⁴³ MENDILUCE, J. M., *El Amor armado*, Ed. Litografía Rosés SA, Gavá, 1999, p. 168.

los Refugiados, que definió el conflicto yugoslavo como “una prueba más del desprecio total de la vida humana y los principios humanitarios con que se llega a nuevas profundidades del barbarismo calculado”⁵⁴⁴, de los cuales extrajo el Consejo de Seguridad la conclusión de que se estaban cometiendo “violaciones generalizadas y flagrantes del DIH(...) especialmente, en la República de Bosnia-Herzegovina (...) asesinatos en masa, detenciones, violaciones de mujeres masivas, organizadas y sistemáticas y depuración étnica.”⁵⁴⁵

Conforme a estas informaciones, el Consejo de Seguridad decide el 25 de mayo de 1993,

“establecer un tribunal internacional con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas entre el 1 enero de 1991 y una fecha que el Consejo determinará una vez reinstaurada la paz, y con ese fin, aprobar el Estatuto del Tribunal”⁵⁴⁶

De esta forma de creación del TPIY se extraen dos de sus características esenciales:

La primera, que se trata de una “utilización de la Justicia al servicio de la Paz”⁵⁴⁷, es decir, no se instituye como una mera instancia judicial punitiva, sino como una herramienta que asegure dar cumplimiento al artículo 24.1 de la Carta de Naciones Unidas, según el cual se atribuye al Consejo la “responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales”⁵⁴⁸ y al artículo 33 del mismo tratado constitutivo, según el cual dispone el Consejo de la competencia para “instar a las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales(...) a arreglar sus controversias mediante alguno de estos medios, la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos.”⁵⁴⁹

⁵⁴⁴SAPIENZA, R., *Diritto Internazionale casi é materiali*, Ed. Giappichelli, Torino, 2014, p. 184.

⁵⁴⁵ Tercer considerando de la Resolución 827 del Consejo de Seguridad por la que se establece el Estatuto del Tribunal penal Internacional para la antigua Yugoslavia, 25 de mayo de 1993.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, párr. 2.

⁵⁴⁷ IRIGOIN, J., “El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional de Naciones Unidas”, *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, 1998, pp.395-400, p. 395.

⁵⁴⁸ Artículo 24.1 Carta de Naciones Unidas.

⁵⁴⁹ Artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas.

Es el primer tribunal de esta índole que se crea estando aún en curso el conflicto armado y se articula como un mecanismo capaz de culminar la elaboración de un proceso de paz, que hasta la fecha había sido más que imposible, teniendo en cuenta que la población civil era atacada y las partes contendientes no respetaban las Zonas Protegidas de Naciones Unidas ni las Zonas de Exclusión Aérea, lanzando a los altos cargos militares y políticos el mensaje de que por lo acontecido antes de la creación del TPIY y por sus posteriores actuaciones tendrían que responder ante una instancia internacional.

A través de la creación del TPIY también se conseguía virar desde una opinión pública internacional descontenta con las actuaciones de Naciones Unidas al conocer las labores de purificación étnica en una de las guerras más mediatizadas, hacia una opinión pública que iba a ver, al menos en teoría, enjuiciados a los altos cargos responsables.⁵⁵⁰

En este supuesto se opta por un arreglo de tipo judicial que supone la creación de un tribunal penal *ad hoc*. Esta es una característica esencial del TPIY y que le diferencia, junto al de Ruanda, de la permanencia que envuelve la actividad de la actual Corte Penal Internacional. Naciones Unidas justificó la creación de este tribunal sobre dos pilares: en primer lugar, en la ausencia de una autoridad estatal consolidada y legítima capaz de establecer tribunales independientes con jurisdicción sobre todo el territorio que encausasen a los dirigentes políticos y militares. En palabras del por entonces Secretario General, “este nuevo tribunal brinda nuevas perspectivas para el castigo de los crímenes de guerra, debido a que pesar de ser considerados crímenes previstos por el Derecho Internacional, se carece de un órgano específico para juzgarlos.”⁵⁵¹ En segundo lugar, en la inviolabilidad e imposibilidad de supresión del núcleo inderogable de los DDHH, que se encuentra, a su vez, integrado en el DIH (en adelante DIH); de esta forma se revestía al Tribunal de la competencia para juzgar las graves violaciones de los Convenios de Ginebra cometidas en el marco de la Guerra Yugoslava. Se entiende entonces que por la gravedad de las violaciones es posible suprimir un principio consagrado en el Derecho Procesal Penal Occidental, como es el enunciado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, “asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley”⁵⁵², que consiste en prohibir la creación de tribunales para un supuesto concreto y específico con posterioridad al acontecimiento de dicho supuesto. En este caso, por la naturaleza imperativa o de *ius cogens* que tiene el DIH y por el hecho de que son los

⁵⁵⁰ IRIGOIN, J., “El Tribunal...”, *op. cit.*

⁵⁵¹ *Crónica de la ONU*, New York, vol. XXXI, nº 2, junio de 1994, pp. 22-30.

⁵⁵² Artículo 24.2 de la Constitución Española.

Estados responsables de velar durante la contienda por el cumplimiento de las normas del *ius in bello*, pero a su vez, son los individuos, civiles en el contexto del conflicto armado, quienes son titulares de las garantías humanitarias *stricto sensu* y los titulares y destinatarios activos de los DDHH, se entiende que prima un interés colectivo sobre el individual del procesado, quien, sin embargo, va a mantener el resto de garantías judiciales. En palabras de la doctora Mónica Pinto, la creación de un tribunal con estas características supone que

“el Consejo de Seguridad inaugura una práctica en la que la violación masiva de los Derechos Humanos será considerada como una amenaza o un quebrantamiento de la paz y la impunidad en la comisión de estos crímenes no será tolerada, el orden internacional que emerge de la caída del Muro de Berlín encontrará expresión en una revalorización de la persona humana y la legitimidad de los gobiernos comenzará a medirse por su respeto a los Derechos Humanos. Queda en manos de ese núcleo restringido de países que forman el Consejo de Seguridad mantener la práctica sin selectividades caprichosas.”⁵⁵³

Sí se da cumplimiento a otros principios del Derecho Penal tales como el de *nulla poena sine culpa* y el de *nullum crimen sine lege*, correspondiéndose el primero de ellos con el hecho de que no puede ser declarado como responsable de un acto criminal quien no lo cometió ni declarado responsable de un crimen sin imputársele la culpabilidad en la infracción; y el segundo con un principio de irretroactividad, es decir, sólo hay acto criminal si en el momento de la comisión éste estaba calificado como tal. Así lo estableció el TPIY en 1999 durante el procesamiento de Dusko Tadic:

“Uno de los principios básicos aceptados debe ser que, en el Derecho Internacional, al igual que en los ordenamientos nacionales, el fundamento de la responsabilidad penal es la culpabilidad personal: nadie debe ser declarado culpable por actos en los que no se haya involucrado de manera personal o participado de alguna otra forma.”⁵⁵⁴

Otra característica esencial del TPIY es su concurrencia con las jurisdicciones de carácter estatal y su supremacía respecto de éstas, tal y como se establece en el artículo 9 de su Estatuto: “el Tribunal Internacional y las jurisdicciones nacionales son simultáneamente competentes para juzgar a los presuntos responsables de violaciones

⁵⁵³PINTO, M., “Un tribunal internacional para las violaciones de los derechos humanos”, *La Ley*, 27 de agosto de 1993.

⁵⁵⁴ Appeals Chamber The Prosecutor v. Dusko Tadic “Dule”, Case IT-94-1-A, Judgment, 15 de Julio de 1999, párr. 186.

graves del DIH (...) El Tribunal Internacional tiene prioridad sobre las jurisdicciones nacionales...” Esta primacía del TPIY sobre las jurisdicciones nacionales se sustenta en el artículo 60.5 de la Convención de Viena de 1969 relativa al Derecho de los Tratados, en virtud del cual se establece que el principio de reciprocidad no opera en el caso de las normas del *ius in bello*⁵⁵⁵, dotando a las mismas de un status superior por razón del bien objeto de su protección y de un alcance internacional y de naturaleza no estrictamente doméstica:

“Debe remarcarse que los crímenes que juzga este Tribunal Internacional no son crímenes de naturaleza puramente doméstica. Son, realmente, crímenes de naturaleza universal reconocidos en el Derecho Internacional como grandes infracciones del Derecho Internacional Humanitario y trascendiendo los intereses de un único Estado.”⁵⁵⁶

A pesar de estas consideraciones, no puede obviarse que, en virtud de lo establecido en el artículo 49 del Convenio de Ginebra de 1949,

“las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente,”⁵⁵⁷

Se trata de una competencia concurrente. Esta obligación no opera únicamente respecto de sujetos nacionales ni actos perpetrados en el territorio de ejercicio de la soberanía estatal, sino que, por la naturaleza universal de este tipo de violaciones, es posible aplicar un principio de Justicia Universal, y así se ha hecho en el caso yugoslavo, cuando los tribunales norteamericanos se pronunciaron sobre el caso Karadzic el 13 de agosto de 1995, entendiendo que la Ley de Reclamación por Agravios contra Extranjeros (ATCA) había “creado válidamente un Tribunal federal con jurisdicción para conocer de acciones por agravios cometidas en cualquier parte del mundo contra extranjeros que consistiesen en violaciones del Derecho Internacional.”⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ Artículo 60.5 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados.

⁵⁵⁶ Decision on the defence motion on jurisdiction in the trial Chamber, Document It-94-I-T de 10 de agosto de 1995, párr. 42.

⁵⁵⁷ Artículo 49 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña de 1949.

⁵⁵⁸ FIELDER, L. y KYRIAKI, T., *Transnational legal processes and human rights*, Ed. Routledge, Luzerne, 2016, p. 259.

Como dicha Justicia Universal debe ser reconocida por la legislación interna de cada Estado, se procede a la creación de tribunales penales internacionales, representando el TPIY un periodo de transición entre una justicia penal eminentemente estatal hacia una justicia penal internacional relativa a las graves violaciones del Derecho Internacional.⁵⁵⁹ Esta concurrencia de competencias se solucionó a través de la demanda de desistimiento, sustentada sobre el artículo 9.2 de su Estatuto; la idea es que si el fiscal aprecia que en un proceso penal nacional relativo a violaciones del DIH, con independencia de la fase procesal en que se encuentre⁵⁶⁰, se cumplen los requisitos del artículo 9 del Reglamento de Procedimiento, es decir, que se haya calificado de derecho común, que no sea imparcial, que exista riesgo de sustracción de la responsabilidad o que exista una vinculación con actos que estén siendo enjuiciados por el TPIY, el fiscal pueda formular ante la Sala Primera una petición de demanda de desistimiento que será presentada ante las autoridades nacionales para que dejen de conocer del asunto y pase a ser competencia del TPIY.⁵⁶¹ Aquel Estado que no ceda su competencia a requerimiento del TPIY estará incurriendo en responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Estatuto y el Reglamento de Procedimiento del Tribunal tal y como estableció Cassese en el caso Blaskic: “me veo en el deber de remarcar que la República de Croacia está incumpliendo indiscutidamente una obligación legal internacional imperativa para cualquier Estado o gobierno de facto.”⁵⁶²

La única causa que faculta a un Estado para denegar la demanda de desistimiento es que el TPIY pretenda conocer de un proceso ya finalizado, es decir, en el que exista una sentencia firme tal y cómo se estableció, siguiendo el juicio del fiscal y no el de la defensa, que alegaba la existencia de decisiones definitivas a lo largo del proceso, en el caso Tadic en octubre de 1995⁵⁶³; se pretende garantizar la aplicabilidad de los principios de cosa juzgada y de *non bis in idem* establecidos en el artículo 10 de su Estatuto; esta limitación opera de forma recíproca, es decir, los tribunales nacionales no pueden conocer de lo ya sentenciado por el TPIY ni el TPIY de lo ya sentenciado por los tribunales nacionales, aunque con excepciones: se dota al TPIY de la posibilidad de conocer de asuntos juzgados

⁵⁵⁹ WECKEL, P. H., « L'institution d'un Tribunal international pour la repression des crimes de droit humanitaire en Yugoslavie », *Annuaire Française de Droit International*, vol. 39, 1993, pp. 232-261.

⁵⁶⁰ Defence motion and response of the prosecutor en el asunto Djordje Djukic de 14 y 25 de marzo de 1996. Documento IT-96-20-T.

⁵⁶¹ Artículo 9 del Reglamento de procedimiento y prueba del Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia, enero de 1994.

⁵⁶² Decision of the president on the defence motion filed pursuant to rule 64 en el asunto T. Blaskic.

⁵⁶³ Additional information and documents in respect of proceedings under German law, Brief of the defence (30 October 1995) and Prosecution Response (1 November 1995) correspondiente al caso IT-94-1-T.

internamente si se calificaron las infracciones de Derecho Común o si no se trató de un proceso imparcial.⁵⁶⁴

Los Estados tienen también la obligación de colaborar con el Tribunal en cualquiera de las fases del procedimiento e incluso en el estadio previo de investigación; se trata de una obligación múltiple que incluye la transmisión de información, la aportación de pruebas, la protección de víctima y testigos, así como la detención por mandato de la Sala o la detención cautelar decretada por el fiscal.⁵⁶⁵ El cumplimiento de esta obligación de cooperación con el Tribunal jugó un papel esencial en el proceso de ampliación europeo, en concreto en lo que a Serbia y a Croacia respecta, si bien, tuvo mayor relevancia para el primero que para el segundo.⁵⁶⁶

Para Lamont, la colaboración de Croacia con el Tribunal se basó en un “modelo de cumplimiento coercitivo”⁵⁶⁷, ya que vino impulsada no desde dentro, sino por parte de Estados Unidos y la Unión Europea, quienes, a su vez, fueron alentados por las críticas del Tribunal hacia la pasividad de Occidente. En un momento de fragilidad política en Croacia, el Tribunal, para alentar la cooperación y no perturbar el nuevo *establishment*, remitió a los tribunales nacionales el conocimiento del caso Norac⁵⁶⁸, y después, pero esta vez sin éxito, ya que estuvo prófugo durante 4 años, el caso Gotovina.⁵⁶⁹

En cuanto a Serbia, la posición del Tribunal fue más dura o, al menos, de mayor intensidad y virtualidad que la ejercida en Bosnia-Herzegovina o en Croacia. Durante el gobierno de Milosevic fueron muchos los fracasos del Tribunal, que tuvo que recurrir a una estrategia de poder blando⁵⁷⁰, poniendo a la opinión pública internacional en contra de la actitud no cooperadora del país, que alegaba enjuiciamientos nacionales o incapacidad para encontrar a los fugitivos. Este proceso culminó en el año 1999 con la acusación contra Milosevic y su caída del poder en el año 2000. Algunos autores han cuestionado la actuación del Tribunal en relación con el caso serbio, ya que se optó por

⁵⁶⁴ Artículo 10 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

⁵⁶⁵ CARTER, K., “Proof beyond a reasonable doubt??. Collecting evidence for the international criminal tribunal for the former Yugoslavia”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 31, 1993, pp. 235-263.

⁵⁶⁶ PESKIN, V. y BODUSZYŃSKI, M.P., “International justice and domestic politics: post- Tudman Croatia and the international criminal tribunal for the former Yugoslavia”, *Europe-Asia Studies*, vol. 55, issue 7, 2003, pp. 1117-1142.

⁵⁶⁷ LAMONT, C., *International Criminal Justice and the Politics of Compliance*, Ed. Ashgate, Farnham, 2010.

⁵⁶⁸ ZIDEK, N.: *La Justicia Transicional y la ampliación de la Unión Europea a Croacia y Serbia*, tesis doctoral dirigida por Carmen González, Universidad Complutense de Madrid, 2016, p. 75.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 78.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 119.

buscar socios políticos, en concreto, en la figura del primer ministro Zoran Dindic, y no hubo acciones para virar una opinión pública serbia que no entendía ni aceptaba las actuaciones del Tribunal.⁵⁷¹

Los estatutos del TPIY se aprueban en la resolución 827 de 25 de mayo de 1993 por el Consejo de Seguridad. La primera cuestión que dilucidan es la de la competencia *ratione materiae* del tribunal, pero, a efectos didácticos, tiene más sentido tratar primero la cuestión de la competencia *ratione loci*, que en el ámbito procesal penal se corresponde con el lugar de comisión de la infracción o, en este caso, de la violación del DIH.

Las competencias *ratione loci* y *ratione temporis* son determinadas de forma breve y conjunta en el artículo 8 del Estatuto. En cuanto a la primera, se establece que será para todo el territorio de la Antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia, si bien es cierto que, al ser el conflicto en Bosnia el más largo (excluyendo el posterior con Kosovo), en la práctica la actividad del tribunal se centró en los crímenes cometidos en suelo bosnio, en un ratio temporal que abarca desde el 1 de enero de 1991 hasta que el Consejo de Seguridad acuerde y considere establecida la paz, fecha que se materializará con los Acuerdos de Dayton. Teniendo en cuenta que la competencia material del Tribunal se codifica entorno a la violación del DIH, se antoja relevante saber qué considera el tribunal como conflicto armado y de qué tipo considera, concretamente, al conflicto yugoslavo, pues la existencia del conflicto armado es consustancial a la propia competencia del Tribunal.⁵⁷² Así es como lo entendió el propio TPIY al afirmar que el conflicto armado es un elemento de naturaleza jurisdiccional y no un elemento sustantivo del *mens rea*⁵⁷³ y al entender que se ve satisfecho el requisito del conflicto armado al demostrar únicamente la existencia de un conflicto armado en curso en el tiempo y lugar de la comisión de la infracción⁵⁷⁴, sin necesidad de vínculo entre la infracción misma y el desarrollo del conflicto armado; dicho de otra forma, basta con que el acto que se imputa al acusado haya sido perpetrado en un contexto de conflicto bélico, aunque este no intervenga en las hostilidades. Esta forma de categorización de la situación de conflicto armado como mero contexto o marco en el que se desarrolla la actividad infractora por la que optó el Tribunal pretende unir dos conceptualizaciones diferenciadas: por un lado, la

⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 122.

⁵⁷² PINTO, M., “La noción de conflicto armado en la Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia” en VALLADARES, G. P. (comp.), *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Lecciones y Ensayos n° 78, Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 297-310, p. 308.

⁵⁷³ TPIY: Appeals Chamber, case IT -94-1-A, *op. cit.*, párr. 249.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, párr. 249-272.

del Derecho Consuetudinario, que fue alegada por la Cámara de Apelaciones en 1995, según la cual, no se exige vinculación entre la comisión de un crimen de lesa humanidad y la existencia de un conflicto armado⁵⁷⁵; y, por otro lado, la enunciación del artículo 5 del estatuto, en virtud de la cual, el tribunal solo puede juzgar crímenes de lesa humanidad “cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno.”⁵⁷⁶ La Cámara de Apelaciones determinó que la intención del Consejo de Seguridad al dar esa enunciación, no era la de limitar la competencia del Tribunal a los crímenes de lesa humanidad cometidos como forma activa de participación en las hostilidades, sino que se pretendía dar cumplimiento al principio de *nullum crimen sine lege*.⁵⁷⁷ La fundamentación de este razonamiento radica en que, si bien las violaciones de los Convenios de Ginebra estaban codificadas, los crímenes de lesa humanidad formaban parte del Derecho Consuetudinario y no disponían de un instrumento normativo específico hasta el Estatuto de la Corte Penal Internacional en 1998, de ahí que fuese necesaria una mayor concreción en el Estatuto del TPIY.

En cuanto a qué entendía el Tribunal por conflicto armado, no se encuentra respuesta alguna en el Estatuto, pero sí en su jurisprudencia. El 10 de agosto de 1995, la sala II del Tribunal de Juicio dictaba sentencia contra Tadic y encontraba en los siguientes hechos indicios suficientes para dar cumplimiento al requisito de la existencia de un conflicto armado en curso: presencia de un estado de conflicto armado y ocupación parcial del territorio bosnio durante el periodo de las acusaciones, todos los actos son infracciones del Convenio de Ginebra de 1949 (artículo 2 del Estatuto del TPIY), las infracciones que se le imputan fueron cometidas contra personas protegidas por los Convenios y el acusado tenía obligación de dar cumplimiento al *ius in bello*, de forma imperativa y por mandatos reiterativos del Consejo de Seguridad.⁵⁷⁸ El Tribunal no se pronunció sobre la naturaleza del conflicto armado yugoslavo, manteniendo así la misma postura que el Consejo de Seguridad.⁵⁷⁹ La defensa de Tadic recurrió y fue la Cámara de Apelaciones quien dio la que sería la definición de conflicto armado para este Tribunal: “entendemos que existe conflicto armado cuando se da el recurso a la fuerza entre Estados o prolongada violencia armada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales

⁵⁷⁵ Decision on the Defence motion, case IT-94-1 -T, *op. cit.*, párr. 141.

⁵⁷⁶ Artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

⁵⁷⁷ Decision on the Defence motion, case IT-94-1 -T, *op. cit.*, párr. 141.

⁵⁷⁸ The Prosecutor of the Tribunal Against Dusan Tadic "DULE", Goran Borovnica, Indictment case IT-94-1-L, 13 de febrero de 1995, párr. 3.1-3.9.

⁵⁷⁹ Decision on the Defence motion, case IT-94-1 -T, *op. cit.*, párr. 72 y 77

grupos en el territorio de un Estado...”⁵⁸⁰ Esta indeterminación parece tener la intencionalidad de ampliar el ámbito de la Justicia, pero genera un problema añadido, como es el de determinar, entonces, cuáles son las obligaciones de las partes contendientes en esa interpretación laxa del conflicto armado, incidiendo, pues, sobre la competencia *ratione materiae* del Tribunal.

El Estatuto dedica los artículos 2,3, 4 y 5 a la regulación de la competencia *ratione materiae*, y diferencia entre crímenes de guerra, es decir, infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales, así como a la IV Convención de la Haya de 1907 y su protocolo anejo; genocidio en el sentido de la Convención de 1948 y crímenes contra la humanidad, recurriendo a la enumeración hecha en el artículo 5, apartado c) de los Juicios de Nuremberg.⁵⁸¹ Hay que tener en cuenta que a los conflictos armados de carácter internacional les son aplicables los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo Adicional I de 1977, todas las reglas consuetudinarias y el Derecho de la Haya, mientras que a los conflictos armados no internacionales sólo les es aplicable el artículo 3 común a todos los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II de 1977, por lo que, quedando sin identificar el tipo de conflicto, hay una indeterminación acerca de, en términos procesales, cuál es la ley aplicable; por tanto, recae sobre el propio Tribunal la obligación de indicar si, dada la evolución y el carácter mixto del conflicto yugoslavo, será necesario que el hecho ilícito se haya cometido en una fase internacional del conflicto para aplicar la totalidad de los Convenios de Ginebra, o si, teniendo en cuenta que el Estatuto no matiza la naturaleza del conflicto al indicar la competencia material del Tribunal, se podrían aplicar los principios de *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat legiti generali*, y suponer que se extiende la aplicación íntegra de los Convenios a todo acto cometido en el curso del conflicto yugoslavo, independientemente de la naturaleza del mismo en el momento de comisión.

En este sentido el Tribunal argumentó que si bien existía una *opinio iuris* en formación acerca de la aplicación de un criterio interpretativo que combinase la visión consuetudinaria de cada uno de los instrumentos mencionados, con “un método de interpretación evolucionado, en virtud del cual los avances en materia de Derecho Internacional se incorporan a las previsiones del DIH”⁵⁸², es decir, una *opinio iuris*

⁵⁸⁰ *Ibidem*, párr. 70.

⁵⁸¹ CASTILLO, M., “La compétence du Tribunal penal international pour la Yougoslavie”, *Revue Générale de Droit International Publique*, 1994, pp. 61-87.

⁵⁸² Prosecutor's pre-trial brief for Tadic, 10 de abril de 1996, Document IT-94-1-T.

tendente a aplicar un criterio general expansivo para dotar de mayor efectividad al sistema de aplicación de las normas del DIH, aplicando las nuevas tendencias en materia interpretativa y jerárquica del Derecho Internacional, en detrimento de la soberanía estatal, el rigor del Derecho Penal exige, en favor del respeto a las garantías judiciales y procesales del reo, una tipificación previa de la conducta ilícita.⁵⁸³ Esto se traduce en que, el criterio por el que opta la Sala de Apelación del Tribunal en la “*decision on the defence motion for interlocutory jurisdiction*”⁵⁸⁴ dictada en el asunto Tadic, consiste en que, si bien reconoce que, por la naturaleza consuetudinaria que tienen las disposiciones contenidas en los Convenios, éstos son aplicables a cualquier conflicto con independencia de la vinculación convencional entre las partes contendientes⁵⁸⁵, “en el presente estadio de desarrollo del derecho, el art. 2 del Estatuto sólo se aplicará a los crímenes cometidos en el contexto de los conflictos armados internacionales”. La consecuencia es que para cada caso concreto el Tribunal deberá dilucidar en qué momento del conflicto se ha producido la conducta que se impute al procesado para determinar la ley aplicable y la ilicitud de dicha conducta. Para autores como George H. Aldrich, esto supuso una traba a los trabajos del Tribunal⁵⁸⁶; sin embargo, otros, como Sassòli, ven en esta decisión una aplicación estricta y acertada del principio de legalidad.⁵⁸⁷

Los criterios que ha ido aplicando el Tribunal para dilucidar la naturaleza del conflicto en el momento de comisión de la conducta imputada por la acusación no fueron delimitados en el caso Tadic, sino que se han ido conformando según avanzaban las labores del Tribunal; uno de los primeros criterios se fijó en la Confirmación del acta de acusación contra Mrksic, Radic y Sljivancanin de 7 de noviembre de 1995 y consiste en determinar el lugar, el momento y la duración del crimen⁵⁸⁸:

“Teniendo en cuenta que del dossier se desprende que las víctimas apuntadas por la acusación eran personas protegidas por las Convenciones de Ginebra de 1949 y que al menos a partir del 8 de octubre de 1991, fecha en la se puso fin a la suspensión de la declaración de independencia de Croacia, el conflicto presentaba un carácter

⁵⁸³ SASSÓLI, M., « La première décision de la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie: Tadic (compétence) », *Revue Générale de Droit International Publique*, nº1, 1996, pp. 101-134, pp. 123-124.

⁵⁸⁴ QUEL, F. J., “Reflexiones sobre la contribución del Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia al desarrollo del Derecho Internacional Humanitario”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 13, 1997, pp. 467-523, p. 479.

⁵⁸⁵ Decisión de la Sala de Primera Instancia II en el examen del acta de acusación conforme al artículo 61 del Reglamento de procedimiento. Asunto Rajic. Documento IT-95-12-R61, pp. 19-23.

⁵⁸⁶ GEORGE, H. A., Jurisdiction of the International criminal tribunal for the Former Yugoslavia, *American Journal of International Law*, vol. 90, nº1, 1996, pp. 64-69.

⁵⁸⁷ SASSÓLI, M., « La première..., *op. cit.*, pp. 123-124.

⁵⁸⁸ QUEL, F. J., Reflexiones..., *op. cit.*, p. 480.

internacional; en estas condiciones se estima pertinente la aplicación del artículo 2 del estatuto.”⁵⁸⁹

Otro de los criterios supone determinar si existía un control y dependencia de los contendientes por parte de un Estado extranjero, lo que supone una aplicación estricta del artículo 2 común de los Convenios de Ginebra, cuando define el concepto de conflicto armado internacional: “... la guerra declarada o cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por alguna de ellas...”⁵⁹⁰ La aplicación de este criterio ha seguido en algunos casos un razonamiento temporal, aplicando fundamentalmente las fechas de independencia de Croacia (octubre de 1991), Eslovenia (octubre de 1991) y Bosnia-Herzegovina (marzo de 1992) o las fechas de reconocimiento como Estados soberanos (enero de 1992 para Croacia y Eslovenia y abril de 1992 por la Comunidad Europea en el caso bosnio)⁵⁹¹; ejemplo de ello es el caso Nikolic: “las tropas del JNA provenientes de Novi Sad y bajo el control del gobierno de Belgrado, han participado en la ocupación de Vlasenica una vez que Bosnia-Herzegovina había sido reconocido como Estado independiente.”⁵⁹² En otras ocasiones se ha optado por la aplicación de un criterio de sujeción o vinculación efectiva entre las partes contendientes y un Estado, aplicando lo estipulado por el Tribunal Internacional de Justicia (en adelante TIJ) en la ordenanza de 8 de abril de 1993 acerca de la consulta relativa a la aplicación de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio en Bosnia Herzegovina y Yugoslavia por la actuación de fuerzas vinculadas orgánicamente con la República Federativa de Yugoslavia:

“el gobierno de Serbia y Montenegro debe velar por que ninguna de sus unidades militares, paramilitares o unidades armadas irregulares que podrían responder a su autoridad o beneficiarse de su apoyo, ni ninguna organización o persona que pudiera encontrarse bajo su dirección, su autoridad o su influencia, cometa crimen de genocidio.”⁵⁹³

⁵⁸⁹ Confirmación del acta de acusación contra M. Mrksic, M. Radie y V. Sljivancanin realizada el 7 de noviembre de 1995, Documento IT-95-13-I.

⁵⁹⁰ Artículo 2 de los Convenios de Ginebra de 1949.

⁵⁹¹ QUEL, F. J., Reflexiones..., *op. cit.*, p. 482.

⁵⁹² Documento IT-94-2-R61 sobre el examen de la acusación de conformidad con el artículo 61 en el caso Dragan Nikolic de 20 de octubre de 1995.

⁵⁹³ Ordenanza de la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio (Bosnia- Herzegovina c. Yugoslavia), 8 de abril de 1993, p. 24.

No se estipula respecto a la aplicación del artículo 2 del Estatuto, pero sirve para extender la situación de conflicto armado no internacional a supuestos en los que no intervienen las fuerzas regulares de las Partes Contratantes de los Convenios, pero sí lo hacen fuerzas vinculadas.

El último de los criterios establecidos por el Tribunal es el de la indeterminación. Se establece partiendo del Derecho de Opción reconocido en los Acuerdos de Dayton y entiende el Tribunal que, existiendo indeterminación durante el curso del conflicto acerca de la titularidad de los territorios, esta es extensible también a la nacionalidad, en concreto a la de los serbios residentes en territorio de Bosnia- Herzegovina. Así pues, no existiendo determinación acerca de la nacionalidad de los serbio-bosnios, debe procederse a optar por la aplicación del sistema de protección más amplio: en este contexto, la categorización del conflicto como internacional para aplicar todos los Convenios de Ginebra. Esta unión entre la ambigüedad de la nacionalidad como criterio de aplicación de la totalidad de los Convenios de Ginebra fue altamente discutida en el seno del caso Tadic, pero, finalmente, fue aplicada por el Tribunal.⁵⁹⁴

Como cláusula residual, el Estatuto da competencia genérica al Tribunal para conocer de las “violaciones de las leyes o prácticas de guerra”⁵⁹⁵; se trata de una expresión poco precisa en términos de DIH, ya que no existe ningún instrumento convencional ni costumbre concreta, sino que se trata de normas dispersas en distintos instrumentos normativos, pero con mucha utilidad a efectos prácticos, ya que dota al Tribunal de competencia para conocer de actuaciones que en virtud de su artículo 2 no serían una competencia natural del Tribunal, y le permiten no dejar impunes graves violaciones del *ius in bello*. Además, se realiza una tipificación abierta, es decir, se enumeran, sin que sea un *numerus clausus*, algunos supuestos de hecho:

“el empleo de armas tóxicas o de otras armas concebidas para causar sufrimientos inútiles; la destrucción sin motivo de ciudades y pueblos, o la devastación no justificada por exigencias militares; el ataque o los bombardeos, por cualquier medio, de ciudades, pueblos, viviendas o edificios no defendidos; la toma, destrucción o daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia y a la enseñanza, a las artes y a las ciencias, a los monumentos

⁵⁹⁴ Response on the defence to the prosecutor's pre-trial brief filed on 10 april 1996 , dictada el 23 de abril de 1996 y Prosecutor's reply to the response on the defence (filed on 23 april 1996) to the prosecutor's pre-trial brief de 26 de abril de 1996.

⁵⁹⁵ Artículo 3 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia.

históricos, a las obras de arte y a las obras de carácter científico; el pillaje de bienes públicos o privados.”⁵⁹⁶

Con una tipificación de esas características se permite desvincular la acción ilícita imputada del tipo de conflicto armado, pudiendo el Tribunal conocer, fundamentalmente, de las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, independientemente de que se cometan en el contexto de un conflicto armado internacional o interno. Si se observan las actas de acusaciones, por ejemplo, la del caso Miljkovic, se aprecia que este artículo 3 del Estatuto es empleado como cláusula de cierre sobre todo cuando se trata acciones cometidas contra personas protegidas por las Convenciones de Ginebra, es decir, la acusación se formula de manera doble: conforme al artículo 2 del Estatuto, pero también conforme al artículo 3, de tal forma que si el Tribunal considerase que en el momento de la comisión el conflicto se encontraba en un estadio interno, podría seguir conociendo de la cuestión suscitada en base al artículo 3 de su Estatuto. Un ejemplo claro se encuentra en el pronunciamiento emitido por el Tribunal entorno al asunto Martić:

“La prohibición de atacar a los civiles se deduce de las disposiciones del artículo 3 común que establece que todas las personas que no participan directamente en las hostilidades serán tratadas, en todo caso, con humanidad y que prohíbe en su párrafo primero los atentados contra la vida y la integridad corporal, incluido el asesinato en cualquiera de sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles.... Los ataques dirigidos contra la población civil como tal o contra civiles constituyen necesariamente una violación de las normas imperativas mínimas aplicables a todos los conflictos armados. El artículo 4 del Protocolo II que desarrolla y completa el artículo 3 común, no hace sino retomar estas garantías fundamentales.”⁵⁹⁷

La idea que subyace es no dejar en manos de jurisdicciones estatales cuya actitud consiste en “negar que los eventuales enfrentamientos constituyan una oposición generalizada y que los rebeldes estén organizados militarmente”⁵⁹⁸, el enjuiciamiento de conductas que violan disposiciones con efectos *erga omnes*. La consecuencia es que los *delicta iuris gentium* van a ser tratados, según Meron, como crímenes internacionales.⁵⁹⁹

⁵⁹⁶ *Íbidem*.

⁵⁹⁷ Documento IT-95-11-R61 sobre el examen de la acusación de conformidad con el artículo 61 en el caso Martić de 8 de marzo de 1996, párr. 14.

⁵⁹⁸ MANGAS, A., *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990, p. 60.

⁵⁹⁹ MERON, T., “International criminalization of internal atrocities”, *American Journal of International Law*, vol. 89, nº3, 1995, pp. 554-577.

Cuatro son los requisitos que exige el Tribunal para considerar que se dan las condiciones necesarias para la aplicación de este artículo 3 de su Estatuto, que supone, extender a todo tipo de conflicto una protección al ser humano de igual intensidad, haciéndose eco de la deriva consuetudinaria del DIH, recogida, entre otros, en las Resoluciones 2444 y 2675 de la Asamblea General⁶⁰⁰: la violación debe consistir en un incumplimiento de las disposiciones del *ius in bello*; debe tratarse de una norma consuetudinaria o, de ser convencional, darse las condiciones para que sea considerado como incumplimiento; la infracción debe ser cometida en contra de los grandes valores protegidos e infringir un daño serio a la víctima, y la infracción debe acarrear imputación de la responsabilidad penal individual.⁶⁰¹

Los artículos 4 y 5 dotan al Tribunal de competencia para conocer de los delitos de Genocidio y de los Crímenes Contra la Humanidad.

En cuanto al delito de Genocidio hay que tener en cuenta que el Tribunal, a la hora de apreciar la existencia o no de genocidio, ha aplicado de forma amplia la definición contenida en el Convenio para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio de 1948.

En el artículo 2 del citado Convenio se establece que “se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: matanza de miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.”⁶⁰² Incluyendo también las acciones citadas en el artículo 3 del Convenio sobre Genocidio, entre las que se incluye la asociación, instigación, tentativa y complicidad en el genocidio.

El TPIY integró la comisión del delito de genocidio como parte esencial de la política de limpieza étnica, cuyo objetivo último era la modificación de las fronteras nacionales⁶⁰³ y optó por una aplicación de la Convención en vez de por la definición que había dado el TIJ según la cual se entiende por genocidio “la destrucción intencionada de un grupo

⁶⁰⁰ QUEL, F. J., “Reflexiones..., *op. cit.*, p. 19.

⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 17

⁶⁰² Artículo 2 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

⁶⁰³ PETROVIC, D., “Ethnic cleansing- An attempt at methodology”, *European Journal of International Law*, nº5, 1994, pp. 342-359.

nacional, étnico o religioso y no la desaparición de un Estado como sujeto de derecho internacional o el hecho de modificar su constitución o territorio.”⁶⁰⁴ La base del razonamiento del TPIY fue establecida por el juez Riad en noviembre de 1995:

“La política de limpieza étnica presenta características genocidas. Además, en este caso, el intento de destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, que es específico del Genocidio, debe ser necesariamente incluido dentro de la gravedad de la política de limpieza étnica practicada en Srebrenica y alrededores.”⁶⁰⁵

Dentro de esa política de limpieza étnica se han registrado deportaciones masivas, asesinatos y violencia sexual, cuyo objetivo no era otro que el de desestructurar los grupos familiares de etnias o religiones concretas para promover cambios en las estructuras sociales de los territorios y finalmente, constituir Estados nacionales. Con lo cual, si bien es cierto que hay una intencionalidad última de base político-territorial, se cumplen los requisitos para hablar del genocidio como la práctica estrella de ese plan político. Asumiendo el Tribunal una vinculación esencial entre genocidio y limpieza étnica, se integra a la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio en ese cuadro normativo del DIH cuyo objeto de protección es el ser humano, al margen de circunstancias externas. Tanto es así en el caso del Delito de Genocidio, que en el artículo 1 de su convenio regulador se establece que es un delito de derecho internacional “ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra.”⁶⁰⁶ Este razonamiento quedó muy bien expresado por Lauterpacht en 1993 quien consideraba Genocidio:

“la purificación étnica o toda conducta que contribuya a ella, como el hecho de atacar a no combatientes o matarles abriendo fuego contra ellos, particularmente con francotiradores, o procediendo al bombardeo y bloqueo de zonas ocupadas por civiles, así como toda conducta cuyo efecto sea el de aterrorizar civiles para obligarles a abandonar sus hogares.”⁶⁰⁷

Una cuestión no exenta de polémica en el plano del delito de genocidio es si cabe imputar responsabilidad al Estado, cuestión que, en cualquier caso y con base en el

⁶⁰⁴QUEL, J. F., “Reflexiones...”, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁰⁵ Examen y revisión del acta de acusación realizada por el juez Fouad Riad, 16 de noviembre de 1995, Documento IT-95-18-I.

⁶⁰⁶ Artículo 1 de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio.

⁶⁰⁷ Opinión individual de E. Lauterpacht en Ordonnance de la Court Interationale de Justice sur l’application de la convention pour la prévention et la répression du crime de genocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, Recueil 1993, p. 447.

artículo 6 y 7 del Estatuto del TPIY, excedería su competencia *ratione personae*. Sí cabe destacar, en este sentido, la decisión del TIJ acerca de los actos perpetrados por miembros del Ejército de la República Srpska en julio de 1995 contra musulmanes en el territorio de Bosnia-Herzegovina. La cuestión planteada era si resultaba plausible imputar responsabilidad al Estado Serbio por dichos actos, que ya estaban catalogados de genocidio; se recurrió al proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Se reconoció la existencia de una vinculación económica entre Serbia y el Ejército de la República de Srpska y la participación del grupo paramilitar Scorpions, pero, aun así, el TIJ entendió que no existían evidencias para tratar al Ejército de la República de Srpska como un órgano dependiente de la Administración serbia; descartada esta opción, se acudió al supuesto del artículo 8 del proyecto sobre responsabilidad de los Estados con la intención de corroborar o descartar la actuación de personas o grupos independientes del Estado, pero ejerciendo este último un control sobre su actuación. Dicho control había sido calificado como global por el TPIY⁶⁰⁸, y como control efectivo según el pronunciamiento previo del TIJ acerca de las Actividades Militares y paramilitares en y contra Nicaragua.⁶⁰⁹ Finalmente el TIJ entendió que no surgía responsabilidad internacional para el Estado demandado, Serbia, por este concepto, aunque sí lo haría por falta de cooperación con el TPIY en base al artículo 6 de la Convención sobre Genocidio⁶¹⁰ y por tener conocimiento efectivo de la comisión de genocidio por parte del Ejército de la República de Srpska y no haber tomado más medidas que la prohibición de cometerlo a sus fuerzas directamente dependientes, dígase, al Ejército de la República Federal de Yugoslavia.⁶¹¹ Esta decisión dejó abierta la puerta al enjuiciamiento de los actos cometidos por el Ejército de la República de Srpska por parte del TPIY.

En lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad, los requisitos de aplicación del artículo 5 del Estatuto del Tribunal se fijaron en el caso Djukic:

“En el marco de la acusación de crímenes contra la humanidad, crímenes sancionados por el artículo 5 del Estatuto del Tribunal, los actos u omisiones

⁶⁰⁸ Prosecutor v. Dusko Tadic, Case N° IT-94-1-A, *op. cit.*

⁶⁰⁹ Dictamen de la Corte Internacional de Justicia sobre Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, *Récueil* 1986, pp. 110-115.

⁶¹⁰ SABIA, N. G., “El desistimiento de la instancia ante la CPJI y CIJ” en CONSIGLI, J. A. (coord.), *El Genocidio ante la Corte Internacional de Justicia. Reflexiones entorno al caso de Bosnia-Herzegovina, contra Serbia sobre la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio*, Ed. CARI, Buenos Aires, 2009, pp. 57-134, p. 227.

⁶¹¹ Dictamen de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio - Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro, 14 febrero del 2007, p. 431.

presuntas deben formar parte de un ataque generalizado, sistemático o de gran escala contra población civil.”⁶¹²

En ese marco de protección al ser humano, el Tribunal no matiza si dicha actuación debe darse o no en una zona de combate ni el tipo de conflicto armado del que debería tratarse en caso de que este artículo 5 de su Estatuto fuese únicamente aplicable en el contexto del enfrentamiento bélico. Esta laguna fue argumentada por la defensa en el caso Tadic, considerando que la aplicación del artículo 5 en un contexto de paz o de disturbios internos podría suponer una violación al principio de legalidad, máxime teniendo en cuenta que el artículo primero del Estatuto del Tribunal habla de “violaciones del DIH”, teniendo en cuenta que la definición que hace de este el Comité Internacional de la Cruz Roja es la de “derecho internacional aplicable en situaciones de conflictos armados.”⁶¹³ La respuesta del Tribunal fue la de optar por una aplicación extensiva del DIH como aquel que debe regir desde el inicio del conflicto hasta la consecución de un acuerdo de paz efectivo, es decir, hasta la reinstauración de la situación normal y preferente de paz, independientemente de que medie un periodo de tiempo entre el cese de las hostilidades y el alcance e implementación de dicho acuerdo de paz:

“El Derecho Internacional Humanitario se aplica desde el inicio del conflicto armado y se extiende hasta la cesación de las hostilidades hasta el momento en que se alcanza una situación de paz; o, en el caso de conflictos internos, hasta el alcance de un acuerdo de paz. Hasta ese momento, el Derecho Internacional Humanitario se sigue aplicando en la totalidad del territorio del Estado beligerante, y en el caso de conflictos internos, en la totalidad del territorio que se encuentre bajo el control de una parte contendiente, independientemente de que exista o no combate en esos territorios.”⁶¹⁴

Fue necesario que el Estatuto realizase una tipificación de las conductas calificadas como crimen contra la humanidad, pues hasta el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, no existía un documento formal que los recogiese, quedando sujeta su concreción, hasta entonces, a la costumbre internacional. Tratándose de un tribunal penal,

⁶¹² Acta de Acusación D'Jorde Djukic, Documento IT-96-20-I, 16 de febrero de 1996.

⁶¹³ “Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana”, *Comité Internacional de la Cruz Roja*.

⁶¹⁴ Decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction (asunto D. Tadic), Documento IT-94- 1-AR72, 2 de octubre de 1995, p. 37.

la tipificación previa al enjuiciamiento forma parte del derecho de información que tiene el acusado, reconocido, en este caso, en el artículo 21.3 apartado a) del Estatuto.

El Estatuto artículo 5, apartado i) del Estatuto contiene una cláusula de escape, que permite al Tribunal no solo conocer de los actos enumerados, sino además de “*otros actos inhumanos*”, teniendo entonces que justificar, para declararse competente, la inhumanidad del acto en base a la costumbre internacional o a los principios generales que inspiran el DIH. Esta misma cláusula la contiene el Estatuto de Roma de 1998, que añade la desaparición y el apartheid⁶¹⁵, así como algunas precisiones al listado del Estatuto del TPIY: “asesinato; exterminación; reducción a la servidumbre; expulsión; encarcelamiento; tortura; violaciones; persecución por motivos raciales, políticos o religiosos y otros actos inhumanos.”⁶¹⁶

Conforme al concepto de crímenes contra la humanidad en la sentencia relativa al asunto Erdemovic de 29 de noviembre de 1996⁶¹⁷, el Tribunal profundiza en el artículo 7 de su Estatuto relativo a la individualización de la pena; el hecho de que se haga sobre la base de una categoría delictiva internacional de carácter consuetudinario determinó un trascendente análisis en lo que concierne al principio de legalidad.

Lo primero a lo que debemos referirnos en el ámbito de la responsabilidad penal internacional es al encausado; el Tribunal solo puede juzgar a personas físicas, así lo establece su Estatuto en el artículo 6, haciéndose eco de una doctrina confirmada en la segunda mitad del siglo XX, tanto por el Tribunal de Nuremberg como por la Comisión de Derecho Internacional: “los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometen dichos crímenes pueden hacerse cumplir las disposiciones del Derecho Internacional.”⁶¹⁸

En este sentido, el Tribunal se encuentra ante un problema tal como la inexistencia de precedentes internacionales directamente aplicables y la falta de jurisprudencia en el ordenamiento que en virtud de lo establecido en el artículo 24.1 de su Estatuto debe ser el referente normativo a la hora de establecer las penas: “la Cámara de Primera Instancia solo impone penas de prisión. Para fijar las condiciones del encarcelamiento, la Cámara

⁶¹⁵ Artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998.

⁶¹⁶ Artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia.

⁶¹⁷ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia de la Sala de Primera Instancia I, Documento NOJT-96-22-T, de 29 de noviembre de 1996.

⁶¹⁸ Report of the International Law Commission on the work of its Second Session, document A/CN.4/34, 29 de Julio de 1970, p. 374.

de Primera Instancia recurre a las normas de penas de prisión aplicadas por los tribunales de la ex-Yugoslavia.” El Tribunal optó, entonces, por la aplicación del principio “las penas más severas pueden imponerse a los crímenes contra la humanidad”⁶¹⁹, lo que a su vez generaba dos cuestiones: por un lado, si debía recurrirse a la aplicación del Derecho Yugoslavo o si sólo debían tomarse como referencia las penas impuestas de forma análoga y por otro lado, cómo compatibilizar las disposiciones genéricas del Derecho Penal Yugoslavo en el cual se reconocía la pena capital y se imponía un límite máximo de encarcelamiento de veinte años, con la escala de gradación de penas que se había empleado hasta entonces en los tribunales penales *ad hoc* precedentes y con la imposibilidad manifiesta del Tribunal de dictar la pena de muerte.

El principio de legalidad fue alegado por la defensa en el caso Delic, considerando que, al no fijarse en el Estatuto del Tribunal una gradación de penas, el derecho aplicable era el que estaba en vigor en Yugoslavia, estando el Tribunal habilitado sólo para imponer penas de prisión inferiores a veinte años en base al capítulo 16 del Código Penal Yugoslavo titulado “Crímenes contra la Humanidad”, en el cual se establece expresamente qué actos constituyen un crimen contra la humanidad (homicidio, tortura, trato inhumano, causar grandes sufrimientos, atentar contra la integridad física o la salud, causar terror, desplazamientos forzados y encarcelamientos ilegales), actos “que serán castigados con un encarcelamiento no inferior a cinco años o con la pena capital.”⁶²⁰ De la misma forma, debían aplicarse los criterios establecidos en el artículo 41 del citado Código Penal para fijar la pena concreta, ya que, a juicio de la defensa de Delic, los artículos 24.2 del Estatuto del Tribunal y 101 de su Reglamento no estaban lo suficientemente detallados al determinar solo la aplicación genérica de dos criterios, “al imponer cualquier pena, la Cámara de Primera Instancia tiene en cuenta factores como la gravedad de la infracción y la situación personal del condenado.” El Código Penal Yugoslavo establecía un abanico mayor de criterios tales como el grado de responsabilidad penal, el móvil de la infracción, la gravedad, circunstancias en las que se cometió la infracción, antecedentes, situación personal y cualquier otra circunstancia relativa a la personalidad del autor.⁶²¹

⁶¹⁹ TPIY (ed.), *Recueils judiciaires*, vol. 1, Ed. Martinus Nijhoff Publications, Boston, 1998, p. 1738.

⁶²⁰ *Ibidem*, p. 1740.

⁶²¹ *Ibidem*.

La postura adoptada por el Tribunal fue la misma que en el caso que ha servido como precedente jurisprudencial en el ámbito de la individualización de la responsabilidad penal internacional, la recogida en el caso Erdemovic:

“Teniendo en cuenta la ausencia de precedentes jurisprudenciales nacionales significativos así como de los obstáculos jurídicos y prácticas que chocan con una aplicación estricta de la gradación general de penas privativas de libertad aplicadas por los tribunales de la Antigua Yugoslavia, la Cámara considera que la referencia a dichas penas es de naturaleza indicativa, estando desprovista de valor vinculante. El Tribunal examinará, cuando posible, la práctica judicial pertinente empleada en la Antigua Yugoslavia pero nunca quedará obligado por dicha práctica a la hora de dictar su pronunciamiento acerca de las penas y sanciones relativas a los crímenes que forman parte de su competencia.”⁶²²

Así pues, el Tribunal goza de una amplia discrecionalidad a la hora de determinar la ley aplicable, ya que, si bien el TPIY se crea con carácter posterior a la comisión de los actos, en su Estatuto no se determina un código tipificador de conductas, sino que se recurre al Derecho vigente antes y durante la comisión de los hechos, tanto en el plano nacional yugoslavo, como en el plano internacional, no incumpléndose el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras:

“Lo que establece este principio es que una persona sólo puede ser declarada culpable por crímenes cuya comisión constituía una violación de la ley en el momento de perpetración. Este principio no impide que un Tribunal, ya sea a nivel nacional o internacional, determine a lo largo del proceso los elementos de un crimen particular; ni impide al Tribunal depender de decisiones previas que reflejan la interpretación de los elementos definitorios de un crimen en particular.”⁶²³

Todo ello es aplicable independientemente del tipo de conflicto en el que se cometan, ya que, si se trata de un conflicto armado interno, que es la categoría con menor regulación convencional, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra realiza una enumeración exhaustiva de conductas, asumidas por las Altas Partes Contratantes como prohibidas y cuya realización es punible independientemente de las características del conflicto.⁶²⁴

⁶²² Jugement portant condamnation d' Erdemovic, 29 novembre 1996, párr. 39-40.

⁶²³ Appeals Chamber. The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case IT-95-14-A, Judgment, 24 de marzo del 2000, párr. 126 y 127.

⁶²⁴ Apartado 1 de la Resolución 1034 del Consejo de Seguridad sobre las violaciones del derecho internacional humanitario en el territorio de la Ex Yugoslavia, 21 de diciembre de 1995.

Cuestión de interés, al margen de la concreción de la pena correspondiente, es la de determinar a quién se le puede imputar la comisión de la infracción. En este sentido, el artículo 7.1 del Estatuto establece:

“Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen.”

Se distinguen, entonces, tres niveles de responsabilidad en función del cargo ostentado, dirigentes políticos, altos mandos jerárquicos y subordinados; niveles que, a efectos prácticos, pueden distinguirse también por razón de la labor desempeñada en la comisión de la infracción: autor moral, ordenante y ejecutor. Cada una de estas responsabilidades tiene carácter autónomo, por lo que, el mero planificador incurre en responsabilidad sea ordenada o no efectivamente la infracción por el mando jerárquico, este a su vez incurre en responsabilidad con independencia de que el subordinado acate o no la orden; y el subordinado, solo incurre en responsabilidad si ejecuta la acción, no admitiéndose el criterio de obediencia y disciplina como causa de exoneración de la responsabilidad, pero sí como atenuante, en virtud de lo establecido en el artículo 7.4 del Estatuto: “el hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia”, haciéndose eco de lo recogido en el artículo 8 del Estatuto de Nuremberg.

Tres son los elementos que pueden actuar como atenuantes de la pena: existencia de un peligro inminente del cual no podía escapar el acusado salvo por la ejecución de la orden; que la orden proceda de una persona en situación análoga y finalmente, que no se encuentre el acusado voluntariamente en dicha situación. Solo cumpliéndose estos elementos subjetivos y objetivos puede hablarse de una suspensión no penalizada del deber de desobediencia frente a la comisión de violaciones del DIH; el Tribunal asume el llamado Nuevo Derecho de Nuremberg, donde ya se reconoce el derecho a la desobediencia, dígame, una primacía de la protección al ser humano sobre el acatamiento sumiso de órdenes militares, recogido por primera vez en el Código Militar Belga bajo la consideración de que “ni los intereses del Estado y, en tiempo de guerra, ni las necesidades del Estado pueden justificarlo todo, puesto que por encima del Estado, la

conciencia humana general y la conciencia general del derecho plantean exigencias que la Autoridad de ningún país puede desconocer sin quebrantar las leyes de la humanidad.”⁶²⁵ En el caso Erdemovic, el Tribunal analizó también el estado mental del acusado y la jerarquía militar⁶²⁶, siendo este último un elemento aún discutido en la práctica, pues la intención que subyacía en la creación del Tribunal era el enjuiciamiento de los llamados altos cargos responsables, pero esta acepción se ha limitado en la mayoría de los casos al ámbito militar y no se ha extendido al ámbito civil ni político.⁶²⁷

En el plano de los dirigentes políticos, es importante reseñar que no hay atribución de responsabilidad al Estado ni a sus órganos, solo hay responsabilidad penal respecto del individuo, si bien es cierto, que, paralelamente, el Estado ha podido incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento del Derecho Internacional, pero en ningún caso será esta una responsabilidad penal tal y como lo estableció la Comisión de Derecho Internacional en 1976.⁶²⁸

En conclusión, el TPIY ha desarrollado una triple labor, la de enjuiciamiento de los altos cargos responsables de las violaciones del DIH cometidas en el seno de la Guerra Yugoslava, la del acercamiento político entre Croacia, Serbia y la Unión Europea, y, aunque en menor medida, también la de contribuir al proceso de paz en la región. Al tratarse de un tribunal internacional se hace vital la colaboración de la Comunidad Internacional tanto para dotar de efectividad a sus decisiones como en fases preliminares de los procedimientos. El TPIY, junto al Tribunal Penal Internacional para Ruanda, se enfrentó y visibilizó la complejidad de la Justicia Internacional, un ámbito que, a pesar de sus aspiraciones, tiene un alto contenido político, pues sin la cooperación de los Estados en la identificación y extradición de los acusados, así como en la cesión de documentos oficiales que prueben la comisión de las violaciones del DIH, su labor se entorpece. Además, el TPIY desempeñó su labor, primero en tiempo de conflicto armado, y posteriormente, en tiempo de reestructuración territorial y política y su cometido no era el mero enjuiciamiento por crímenes internacionales sino también el de garantizar la consecución de un proceso de paz duradero, razón por la cual, se debieron ponderar dos

⁶²⁵VERHAEGEN, J., *La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1969, p. 361.

⁶²⁶ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia de la Sala de Primera Instancia relativa al caso Erdemovic, Documento IT-96-22-T, de 10 de diciembre de 1998, p. 47 y ss.

⁶²⁷ ESTUPIÑAN, R., “Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp. 133-173, p. 137.

⁶²⁸ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 28º período de sesiones, documento A/31/10 23 de julio de 1976, párr. 21, nota 273.

intereses: el de aplicar de forma rigurosa su competencia jurisdiccional, o el de evitar un conflicto ulterior.

Supuso la consolidación de una serie de principios de carácter consuetudinario que venían conformándose desde el final de la Segunda Guerra Mundial y cuyo culmen fue la creación de la Corte Penal Internacional en 1998, aunque con operatividad desde 2002, quien recogió su Jurisprudencia incorporando algunos conceptos esenciales del que hoy es el DPI: el uso del derecho interno como mera referencia, la primacía de la protección al ser humano sobre la categorización del conflicto armado, la necesidad de tipificar los crímenes contra la humanidad, el respeto al principio de legalidad y a las garantías procesales del encausado y la prohibición de dictaminar la pena de muerte.

b. EL CASO RUANDÉS

El conflicto ruandés ha sido reconocido como uno de los más sangrientos de la Historia y, aunque tradicionalmente se asocia con la idea de genocidio, lo cierto es que las propias raíces del conflicto, los medios empleados y su impacto trascienden esa conceptualización que, si bien apunta directamente a un acto no solo punible internacionalmente, sino moralmente reprochable, limita el alcance de los análisis del concepto.

El caso ruandés es especialmente interesante en materia de justicia transicional porque en él convergen las dimensiones internacionales y nacionales de la justicia transicional, pero también la profundidad de las tensiones que derivan en un conflicto y que determinan la necesidad de acompañar las labores de justicia de labores de corte o de contenido transicional.

El conflicto ruandés, por tanto, no es un conflicto de explosión momentánea, sino que es el resultado de un efecto de arrastre de las políticas coloniales y de las políticas de descolonización. Es cierto que los datos entorno a la configuración de la sociedad ruandesa precolonial divergen, especialmente en lo concerniente a la naturaleza del régimen político-social y en lo concerniente a las relaciones entre tribus; a estos efectos, Mazimpaka expone que la figura monárquica se hallaba rodeada de familias hutus y

tutsis⁶²⁹; Diamond divide a las tribus ruandesas precoloniales únicamente en dos grandes sectores⁶³⁰; y Coquery-Vidrovitch presenta el sistema ruandés precolonial como abierto al cambio político y social.⁶³¹ Es quizás en la ausencia de una verdadera certeza sobre la Ruanda precolonial donde radican parte de los problemas o de las deficiencias en el análisis del conflicto ruandés; es más, cabe reflexionar sobre si verdaderamente existía una Ruanda precolonial o esta es simplemente una construcción teórica que sirve como un apoyo didáctico. Quizás el punto culminante del desconcierto en esta materia puede encontrarse en que ni siquiera hay un consenso entorno a la categorización del conflicto a finales del siglo XX, no ya desde una perspectiva jurídica, sino política, toda vez que los teóricos de la Universidad de Lubumbashi lo presentan como un conflicto político en sus primeros estadios y como un conflicto étnico en una segunda etapa; mientras que, por el contrario, Stavenhagen, defiende que “el conflicto étnico en sí no existe (...). Lo que sí existe son conflictos sociales, políticos y económicos entre grupos de personas que se identifican mutuamente según criterios étnicos: color, raza, religión, idioma, origen nacional.”⁶³²

Esta reflexión permite analizar el conflicto ruandés y su naturaleza y causas desde una perspectiva diferente y que, además, es tremendamente útil a efectos de justicia transicional, ya que no pretende incidir en la existencia de rivalidades ancestrales o discriminaciones basadas en un componente únicamente étnico, sino en el empleo de dicho componente con efectos e intencionalidades de corte político.

Ruanda se sitúa en el continente africano, concretamente en la zona conocida como Valle del Rift y rodeado por los llamados Grandes Lagos. En la etapa precolonial estaba constituido por tres grandes agrupaciones humanas: los tua, un grupo de origen pigmeo con una forma de vida tradicional basada en la caza y la recolección; los tutsi, grupos de pastores que llegaron por la parte norte y se fueron asentando en el país hasta congregarse bajo un liderazgo único; y los hutus, siendo estos últimos el grupo más numeroso,

⁶²⁹ MAZIMPAKA, V., “Rwanda: pasado, presente y futuro”, *Tiempo de paz. Crisis y tragedia en los Grandes Lagos*, nº 42, 1996, pp. 25-29, p. 26.

⁶³⁰ DIAMOND, J., *Colapso: por qué unas sociedades perduran y otras desaparecen*, Ed. Debate, Barcelona, 2006, p. 259.

⁶³¹ COQUERY-VIDROVITCH, C., MONIOT, H., *África negra: de 1800 a nuestros días*, Ed. Labor, Barcelona, 1985, p. 233.

⁶³² STAVENHAGEN, R., “Los conflictos étnicos y sus repercusiones en la sociedad internacional”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales de la UNESCO*, nº127, 1991, pp.127-128.

fundamentalmente dependientes de la agricultura y con una estructura basada en clanes gobernados por los Bahinza.

Los tutsi fueron expandiéndose por el territorio que hoy denominamos Ruanda y estableciendo un liderazgo político y el control sobre la agricultura y la caza. Son múltiples los estudios que apuntan a una suerte de reinado tutsi sobre el resto de etnias; no obstante, cabe plantearse la existencia de una suerte de dominación basada en patrones étnicos, pero que no suponía una anulación de los elementos étnico-culturales hutus ni tua. Es más, la lengua que se hizo predominante en el lugar y empleada como vehículo de comunicación era el Kinyaruanda, a saber, la lengua hutu. De la misma manera, no era un sistema al estilo monárquico feudal, sino más bien un mecanismo de distribución de roles sociales donde los tutsi ocupaban las posiciones de poder y los hutus las posiciones trabajadoras, pero quedaba abierta la puerta tanto a los matrimonios mixtos como al ascenso social mediante la adquisición de propiedades.

Es difícil discernir verdaderamente cómo dos grupos fundamentados sobre un liderazgo místico y/o religioso, de similitudes físicas y de creencias parecidas, llegaron a desarrollar ese nivel de rivalidad étnica. Se plantea la posibilidad de que fuese el propio colonialismo el que introdujese en un sistema de convivencia funcional el elemento del odio, de la rivalidad y de la sumisión. En otras palabras, resulta pertinente y legítimo analizar o, cuanto menos, contemplar la posibilidad de que los patrones y estructuras coloniales basados en la discriminación en atención al origen alentasen dichas concepciones.

A finales del siglo XIX, ya se había desarrollado en Ruanda la figura del Jefe de Estado, los mwami. Tal y como expone Vansina, se trataba de un gobierno despótico que se ejercía con un consejo consultivo de aburi, consejeros espirituales que aconsejaban sobre las obligaciones espirituales derivadas del cargo. En los 500 años de cronología mwami contrastados ninguno fue de origen hutu, ni ninguno de ellos contrajo matrimonio con una mujer de origen hutu.⁶³³ No obstante, los consejeros espirituales sí pertenecían a la etnia hutu y, por extensión, los rituales seguían patrones hutu.⁶³⁴

⁶³³ VANSINA, J., "A comparison of African Kingdoms", *Africa: Journal of the International African Institute*, vol. 32, nº4, 1962, pp. 324-335.

⁶³⁴ DE LACGER, L., *Le Ruanda ancien et moderne*, Ed. Namur, Kabgayi, 1939.

El mwami era el juez supremo en la sociedad tradicional ruandesa. Los tribunales inferiores eran el Tribunal Administrativo y el Tribunal Militar, atribuyéndose al primero las disputas por la tenencia de la tierra y al segundo, las disputas relativas al ganado. Ambos quedaban bajo mandos militares ocupados también en su mayoría según apunta Vanhove, por tutsi, al menos en lo que a los mandos se refiere.⁶³⁵ Siguiendo a Lerna y Adekanye, puede deducirse, por tanto, que no había reparto de poder sobre lo político ni sobre lo militar, quedando las instituciones bajo lo que ha venido denominándose un dominio mono o uniétnico.⁶³⁶

A finales del siglo XIX, se había desarrollado en Ruanda una estructura administrativa que abarcaba provincias, distritos, colinas y vecindarios con distintos niveles de administración, gestión y subordinación. En este sentido, las provincias seguían siendo administradas por jefes militares de origen tutsi, los distritos por jefes de ganado de origen tutsi y jefes de agricultura o tierra de origen hutu. Ambos eran responsables de las labores recaudatorias e impositivas.⁶³⁷ Cada colina era responsable de entregar los tributos a su distrito. Finalmente, el nivel local o colina, que ha sido asociado con el concepto de aldeas o granjas, aunque Newbury lo desestimó al entender que la situación ruandesa escapaba al concepto de granjas concentradas⁶³⁸, donde existían tres unidades de poder: el jefe de los pastos, de origen tutsi, encargado de delimitar los derechos de pastoreo; el jefe de la tierra, normalmente hutu, a cargo de los asuntos agrícolas y los impuestos sobre la tierra; y el jefe de los hombres, de origen tutsi que actuaba como recaudador de impuestos y agente del censo para los militares a cargo del reclutamiento, bajo el mandato directo de mwami. Este sistema se sostuvo hasta 1920, cuando las reformas del gobernador Voisin determinaron la administración de la colina por un solo jefe, al más puro estilo occidental de alcaldía.⁶³⁹

Estas características supusieron el establecimiento de un liderazgo dominado y construido por los tutsi para el monopolio político que si bien es cierto, contemplaba la

⁶³⁵ VANHOVE, J., *Essai de droit coutumier du Ruanda*, Ed. Librairie Falk fils, Bruselas, 1941.

⁶³⁶ ADEKANYE, J. B., *Rwanda / Burundi : Uni-ethnic dominance and the cycle of armed ethnic formations*, Ed. International Peace Research Institute, Oslo, 1995.

⁶³⁷ PAGÈS, A., *Au Ruanda sur les bords du lac Kivu (Congo belge)*, Ed. Institut Royal Colonial Belge, Bruxelles, 1933.

⁶³⁸ NEWBURY, D. y NEWBURY, C., "Bringing the Peasants Back In: Agrarian Themes in the Construction and Corrosion of Statist Historiography in Rwanda", *The American Historical Review*, vol. 105, nº3, 2000, pp. 832-877.

⁶³⁹ PRUNIER, G., *The Ruanda crisis: history of a genocide*, Ed. Columbia University Press, New York, 1995.

participación hutu, solo lo hacía en el marco de mando intermedios convirtiéndolos en receptores de normas y órdenes y derivando en una falta de integración étnica en las estructuras de poder.

Este funcionamiento y la existencia de estas estructuras formalizadas de poder fue lo que delimitó la existencia del establecimiento de acuerdos de protectorado durante la etapa de dominio colonial alemán. Tal y como recoge Rumiyaesta fue la política seguida también por Bélgica en su primera etapa en la zona; así se expone en un decreto de 6 de abril de 1917 cuando se indica que “bajo la autoridad del comisionado residente, los mwami ejercen sus poderes políticos y judiciales en la medida en que estos están de acuerdo con las costumbres indígenas y las instrucciones del Real Comisionado.”⁶⁴⁰

Desde el final de la I Guerra Mundial y hasta 1946, el territorio ruandés pasaría a estar bajo la administración belga, que vendría a desintegrar el sistema de flexibilidad que se había establecido en Ruanda y que permitía unas relaciones de reciprocidad entre tribus o etnias, para sustituirlo por un sistema mucho más rígido. Balandier describía las consecuencias de este sistema de administración colonial sobre la base de los siguientes términos: abandono de las entidades políticas tradicionales, deterioro general como resultado de la despoltización, ruptura de los sistemas tradicionales de control del poder, incompatibilidad de los dos sistemas de poder y autoridad y abuso de poder.⁶⁴¹

La base del patrón empleado no era otra que la atribución de una serie de habilidades intelectivas y por extensión, de dominio político a los grupos étnicos a los que se les atribuía algún tipo de origen o conexión caucásica; en otras palabras, se estableció un sistema basado en la institucionalización del racismo y diferenciador de roles y estamentos sociales. Hay una frase especialmente representativa de esta idea y es la expresada por Jamouille en 1927, cuando, en relación a los tutsi, estableció que: “solo se asemejan a los negros en el color de su piel.”⁶⁴²

Adekanye expone que relacionar a los tutsi con los europeos y alejarlos de la población de color suponía una estrategia de dominación que justificaba las relaciones entre los dominadores coloniales y los tutsi así como el empleo de la táctica de dividir

⁶⁴⁰ RUMIYA, J., *Le Rwanda sous le régime du mandat belge 1916-1931: racines du présent*, Ed. Harmattan, Paris, 1992, p.134.

⁶⁴¹ BALANDIER, G., *Anthropologie politique*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1978.

⁶⁴² JAMOUILLE, M., “Notre mandat sur le Ruanda-Urundi”, *Association pour le Perfectionnement du Matériel Colonial*, nº3, 1927, pp. 477-496, p. 487.

para gobernar en los territorios colonizados, evitando las alianzas locales y generando enfrentamientos a ese nivel y diferencias de roles, clases y, en definitiva, estatus.⁶⁴³

El vicario Classe en 1930, destinado en Ruanda exponía que

“el mayor daño que el gobierno podría posiblemente infligir al país sería acabar con la casta Mututsi. Como una revolución puede llevar al país directo a la anarquía e incluso hacia un comunismo antieuropeo. Lejos de conseguir el progreso, esto aniquilaría cualquier acción emprendida por el gobierno y finalmente se verían privados de ayudantes/auxiliares nacidos con la capacidad de comprender y obedecer (...). Como regla general, no podríamos tener mejores jefes ni más inteligentes, ni más activos, ni más capaces de entender la idea de progreso, ni más aún aceptados por la población que los batutsi.”⁶⁴⁴

Esto derivó en el establecimiento de una política de eliminación de los niveles de mando hutu y su sustitución por mandos de origen tutsi. A este propósito sirvió también la política de cristianización desarrollada en el territorio que proporcionaba formación a los tutsi y solo alfabetización básica para el trabajo industrial y minero a los de origen hutu.⁶⁴⁵

Establece Roosens⁶⁴⁶ que esta diferenciación política de dimensiones étnicas supone un empleo de la etnogénesis. El concepto de etnogénesis fue definido por el historiador alemán Wenskus en los años 60 partiendo de la concepción de la escuela de Viena en torno al propio concepto de etnia, a saber, un grupo humano con la misma lengua, creencias, cultura y usos, y ubicado en un territorio determinado.⁶⁴⁷ El origen del concepto parte del análisis de los pueblos bárbaros que fueron definiendo su identidad por contraposición al Imperio Romano mediante una reinención de los patrones sociales y jerárquicos germánicos a través del concepto de tradición, núcleo tradicional y guarda de los lazos tradicionales.

El mismo concepto de etnia parte de ese entendimiento a pesar de la ambigüedad de sus connotaciones y aún siendo aún más efectivo que el de pueblo, que viene vinculado a

⁶⁴³ ADEKANYE, J. B., *Rwanda...*, *op. cit.*

⁶⁴⁴ Carta del Sacerdote Leon Paul Classe enviada en 1930 al Comisionado residente en Ruanda de Bélgica, Georges Mortehan, citada en SELLSTROM, T. (coord.), *Historical perspective: some explanatory factors*, Study 1 about The International response to conflict and genocide: Lessons from the Ruanda experience, Ed. OECD, Paris, 1996, p. 27.

⁶⁴⁵ NEWBURY, C. y NEWBURY, D., “A Catholic Mass in Kigali: Contested Views of the Genocide and Ethnicity in Rwanda”, *Canadian Journal of African Studies*, vol. 33, n°2-3, 1999, pp. 292-328, p. 304.

⁶⁴⁶ ROOSENS, E., *Creating ethnicity: the process of ethnogenesis*, Ed. Sage, California, 1989.

⁶⁴⁷ POHL, W., “Ethnicity, theory and tradition: a response” en GILLET, S. (ed.), *On barbarian identity. Critical approaches to ethnicity in the Early Middle Ages*, Ed. Turnhout, Breopolis, pp. 221-239.

actitudes de resistencia o guerreras. Tal y como sintetiza Marcela Mantel⁶⁴⁸, pueden distinguirse tres tipos de etnogénesis que no son excluyentes entre sí y cuya definición puede ser útil a efectos de facilitar la comprensión del empleo de la etnia como factor de dominación colonial en Ruanda por los belgas:

“a) un pueblo que no puede vivir en su patria se pone bajo la protección de los dioses (...). Debido a estos acontecimientos surgen las condiciones necesarias para crear un núcleo de tradición y la formación de una nueva gens, más populosa y más fuerte.

b) Un cambio de religión o de culto sucede al hecho primordial.

c) Si el hecho primordial es una victoria sobre un enemigo poderoso, entonces el vencido se vuelve enemigo número uno y la victoria deviene en verdad histórica.”

Carbó García, en sus estudios sobre el tema, determinó que el elemento esencial y en el que coinciden todos los teóricos es el establecimiento o la creación de estirpes vinculadas a mitos o creencias.⁶⁴⁹

De nuevo, Marcela Mantel sintetiza el concepto de etnicidad defendido por Becker de la siguiente manera:

“la etnicidad es un fenómeno social en el que hay movilización de ciertos rasgos culturales propios, dentro de un grupo étnico que supone provenir de un origen común, real o ficticio, que permite conservar una frontera entre un “nosotros” y un “ellos”, dada entre los miembros y no miembros. Esa relación estará vinculada a la reivindicación o negación de ciertos rasgos culturales, cuando un grupo étnico defina su identidad dentro de una gestión dialéctica con la alteridad.”⁶⁵⁰

Las características, entonces, sobre las que se asienta no son otras que las de grupo e identidad, pero añadiendo un cierto matiz de artificiosidad o, en otras palabras, de creación a través de una serie de patrones de socialización y de creación de mitos. En el caso ruandés, la administración belga construyó la idea de identidad a través de una asimilación de los tutsi con rasgos europeos y de la asociación entre el blanco y el dominante, y el negro y el dominado. Es cierto que el concepto de etnogénesis alude a los propios procesos internos vividos por agrupaciones humanas que derivan en la creación

⁶⁴⁸ MANTEL, M.M., “Etnogénesis, relatos de origen, etnicidad e identidad étnica: en torno a los conceptos y sus definiciones”, *Anales de Historia Antigua y Medieval*, nº51, 2017, pp. 71-86, p. 76.

⁶⁴⁹ CARBÓ, J. R., “Godos y getas en la historiografía de la tardoantigüedad y del medievo”, *Studia*, nº22, 2004, pp. 179-206.

⁶⁵⁰ MANTEL, M.M., “Etnogénesis...”, *op. cit.*, pp. 78-79.

y establecimiento de una identidad compartida y que conforman, en cierta manera, la base de, entre otros, los sentimientos nacionalistas. En este sentido, Smith entiende respecto a los grupos categorizados como etnias que

“Lo cierto es que la mayoría de estas culturas o ‘agrupaciones étnicas’ no configuran sino categorías externamente discernidas; tienen escasa o ninguna conciencia colectiva o sentido de comunidad o solidaridad. Asumir que una colección de gentes que viven en un lugar determinado y hablan dialectos similares, observan las mismas costumbres y participan en idénticas liturgias forman una comunidad étnica y deberían, por tanto, tender hacia el nacionalismo (este es el nacionalismo ‘fuerte’) supone obviar las etapas vitales de la etnogénesis y no buscar los factores que convierten a esa laza categoría étnica en una comunidad étnica, por no hablar de una nación.”⁶⁵¹

El impacto del empleo y aceleración de la etnogénesis en Ruanda tuvo su reflejo en las propias demandas sociales formuladas por la población autóctona, y esto fue la mayor muestra del éxito de la estrategia belga de administración. A este respecto, en 1957 se hacía público el conocido como Manifiesto Bahutu, formulado por los hutu, y dos cartas elaboradas por los jefes tutsi. Los tres documentos concebían la etnia y la raza como problemas de Ruanda y los planteamientos eran los siguientes: por parte de los hutu, hacían suya esa perspectiva de vínculos entre los tutsi y los caucásicos para justificar una supremacía hutu basada o fundamentada en que ellos eran los verdaderos ruandeses mientras que los tutsi eran extranjeros. Los tutsi basaban sus postulados en la misma premisa y en el hecho de que habían conseguido someter a los hutu y por ello no podían ser concebidos como iguales. Cuando a finales de los años 50 se forman los primeros partidos políticos con vistas a la abolición del sistema monárquico, se ve el reflejo del éxito de la estrategia belga; a título de ejemplo, el Parinehutu y el Aprosoma eran partidos formados por hutu y el UNAR y el RADER por tutsi.

La revuelta, en origen campesina hutu, apoyada por una élite tutsi proclive a una mayor democratización en el país, tuvo picos de violencia pero finalizó con la celebración de un referéndum en 1961, donde el resultado arrojaba un 80% a favor del establecimiento de una república y un éxito de los partidos hutu en sede parlamentaria por haber liderado el movimiento en favor de la liberación del dominio colonial. Esto supone que a las tensiones propias del proceso de descolonización y de la creación de un país, se unen las

⁶⁵¹ SMITH, A., *The nation in History: historiographical debates about ethnicity and nationalism*, Ed. Polity Press, Cambridge, 2000, p. 98.

divisiones étnicas y la disputa por el dominio étnico-político del territorio, ya que, para ese momento, etnia y política se habían convertido en indisolubles.

Este no es sino el resultado del cambio producido en la administración colonial belga tras la II Guerra Mundial conflicto después del cual y ante la expansión de las independencias coloniales, Bélgica decidió otorgar un mayor protagonismo a los hutus en la administración local. Las opiniones entorno al impacto de la revuelta hutu contra el dominio tutsi, con el favor político creciente de la administración colonial, son divergentes ya que Kuperman ve ahí el inicio de la transición hacia la independencia⁶⁵², Weis el inicio del nuevo estado del 62⁶⁵³ y De Heusch lo presenta como la antesala del genocidio.⁶⁵⁴ Esta triple perspectiva sobre el impacto de esta primera revuelta es interesante, porque sitúa la pauta transicional en ritmos y lugares diferentes. En cualquiera de esas perspectivas el contexto es similar, es decir, un momento en que coinciden dos cuestiones que impactarán de lleno en el panorama africano en general y en Ruanda en particular:

En primer lugar, la Resolución 1514 de las Naciones Unidas que proclama:

“1. La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales.

2. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

3. La falta de reparación en el orden político, económico, social o educativo no deberá servir nunca de pretexto para retrasar la independencia.

4. A fin de que los pueblos dependientes puedan ejercer pacífica y libremente su derecho a la independencia completa, deberá cesar toda acción armada o toda medida represiva de cualquier índole dirigida contra ellos, y deberá respetarse la integridad de su territorio nacional.”⁶⁵⁵

⁶⁵² KUPERMAN, A.J., “El genocidio de Ruanda, una reconsideración”, *Política Exterior*, vol. 14, nº 74, 2000, pp.131-150, p. 132.

⁶⁵³ WEIS, R., “Ruanda, sobre el origen del drama”, *Nova África*, nº 1, 1995, pp. 63-71.

⁶⁵⁴ DE HEUSCH, L., “Anthropologie d’un génocide: Le Rwanda”, *Les Temps Modernes*, nº 579, 1994, pp. 1-19, p. 1.

⁶⁵⁵ Resolución 1514 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, 14 de diciembre de 1960.

En segundo lugar, el auge de un neocolonialismo liderado por Estados Unidos como potencia mundial sin colonias, es decir, sin una sujeción o subyugación jurídico-política reconocida, pero con una marcada influencia por el liderazgo estadounidense mundial que tendría como consecuencia, según Smith, el establecimiento de un sistema en que la descolonización “no supuso el fin de las relaciones imperiales, sino, simplemente, la extensión de la telaraña geopolítica que se ha estado urdiendo desde el Renacimiento.”⁶⁵⁶

Esto se traduce en que, como consecuencia de las políticas coloniales, la anulación de las capacidades de liderazgo autóctono durante toda la etapa colonial y la asunción de los límites territoriales y fronterizos marcados por Occidente, no existían mecanismos nacionales africanos suficientes para garantizar transiciones exitosas desde un modelo colonial hacia un modelo de pseudoindependencia porque los roles de Occidente como potencia y del continente africano como suministrador se seguían manteniendo en un contexto global marcado por la confrontación indirecta entre dos sistemas económico-políticos y Ruanda es el lugar donde mejor se escenifican todas estas consecuencias. Amin sintetiza el rol de los países africanos independizados de la siguiente manera al exponer que se convierten en:

“instrumento del ajuste de la sociedad local a las exigencias de la acumulación mundializada, que está determinada en sus direcciones de evolución por la de los centro desarrollados. El subdesarrollo de unos países es producto del desarrollo de los otros.”⁶⁵⁷

En Ruanda se da la circunstancia de que la independencia se produce en un contexto de enfrentamiento étnico, de cambios en los roles de poder y de exilio étnico. Desde el punto de vista las transiciones, el punto de partida es ya de por sí conflictivo porque, en un momento de redefinición nacional, el discurso político se construye desde el enfrentamiento y la diferenciación o, en otras palabras, desde la construcción de dos identidades colectivas opuestas, enfrentadas por el dominio del poder y narradas desde patrones de socialización basados en la raza y en la cultura, en vez de en elementos ideológicos cuando, en realidad, las aspiraciones ideológicas eran totalmente idénticas. Las demandas que en una primera instancia tendían hacia la democratización derivan en

⁶⁵⁶ SAID, E. W., *Cultura e imperialismo*, Ed. Debate, Barcelona, 2018, p. 450.

⁶⁵⁷ AMIN, S., *Maldevelopment. Anatomy of a global failure*, Ed. Zed books, London, 1990, p. 201.

una asimilación entre democracia y generalidad en aplicación de las primeras teorías sobre las masas como foco, destinatario y sinónimo de opinión pública.

Este proceso de redefinición de Ruanda fue liderado por Kayibanda, el primer presidente elegido mediante elecciones y por un sistema republicano, pero de partido único. En 1973, su primo y entonces Ministro de Defensa, Juvénal Habyarimana dio un golpe de estado estableciendo en el país un gobierno dictatorial apoyado en el control militar. Expone Newbury⁶⁵⁸ que en la primera etapa se implementaron planes de desarrollo de infraestructuras a nivel nacional como consecuencia del nuevo sistema de imperialismo indirecto estadounidense, definido por Naomi Klein como la doctrina del shock.

La mayor parte de los estudios sobre Ruanda, como se exponía, detienen el foco únicamente en el componente étnico, de la misma manera que la mayor parte de los estudios sobre el pseudoimperialismo estadounidense se centran en América Latina. Harvey expone las condiciones en las que operaba ese pseudoimperialismo poniendo el punto de atención en las medidas que desde las instituciones internacionales se recomendaban para poner solución a una crisis caracterizada únicamente como económica nacional, pero que verdaderamente procedía de los petrodólares y no de una deficiencia en la capacidad exportadora, esencialmente de café, que podía tener el territorio ruandés:

“en la década del 80 el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial se convirtieron en centros de propagación y ejecución del fundamentalismo del libre mercado y de la ortodoxia neoliberal. A cambio de la reprogramación de la deuda, a los países endeudados se les exigía implementar reformas institucionales, como recortar el gasto social, crear legislaciones más flexibles para el mercado de trabajo y optar por la privatización. He aquí la invención de los ajustes estructurales.”⁶⁵⁹

El contexto ruandés en ese momento está marcado por un régimen dictatorial de corte militar, liderado desde una perspectiva basada en la etnia, una crisis económica que acrecentaba las diferencias y las desigualdades en el país y por el retorno de población

⁶⁵⁸ NEWBURY, C. y NEWBURY, D., “A Catholic...”, *op. cit.*

⁶⁵⁹ HARVEY, D., *Breve historia del neoliberalismo*, Ed. Akal, Madrid, 2007, p. 36.

tutsi que había emigrado en los años 60. Polanyi en su obra *La gran transformación*⁶⁶⁰ expone que

“La Revolución Industrial sólo fue el principio de la revolución más extrema y radical que jamás inflamó la mente de los sectarios, pero los problemas se podían solucionar con una cantidad ilimitada de bienes materiales.”

Unido ese planteamiento a los fundamentos de la conocida como Escuela de Chicago, que había inspirado toda la política exterior estadounidense de la segunda mitad del siglo XX, entendiendo que solo en contexto de crisis o de ruptura se puede moldear una sociedad desde el punto de vista político y económico, puede entenderse en cierta manera porque la Comunidad Internacional, a pesar de los informes provenientes de la inteligencia estadounidense y de los analistas internacionales de las Naciones Unidas, no intercede en Ruanda.

Huband, en su obra *África después de la Guerra Fría: la promesa rota de un continente*⁶⁶¹, expone un factor añadido al conflicto ruandés y es la asimetría norte-sur dentro del propio país, institucionalizada por el gobierno de Habyarimana. La cuestión del regionalismo dentro de Ruanda ha sido especialmente abordada por este autor, entendiendo que ni siquiera el gobierno de Habyarimana contaba con un apoyo étnico hutu mayoritario, lo que da cuenta de una sociedad especialmente fraccionada y en la que, si bien es cierto que el papel de la etnia jugó un rol determinante al ser empleado como herramienta de provocación, no era la fundamental, toda vez que no era posible afirmar ni la existencia de una sociedad ruandesa ni la existencia de una división bipolar entre hutu y tutsi. Gaspard Gahigi, locutor de la Radio Televisión Libre des Mille Colines (en adelante RTLTM), más conocida como “la radio del odio”, expresaba el 3 de abril de 1994 que “la política de hoy es la de erradicar el regionalismo.”⁶⁶²

En 1990, Ruanda se encuentra en pleno conflicto armado de doble naturaleza, ya que hay un enfrentamiento por el dominio político hutu entre el norte y el sur y, por otro lado, el Frente Patriótico Ruandés, formado por los tutsi exiliados en Uganda, reclama su retorno al país y la democratización del mismo. Las hostilidades se extendieron durante

⁶⁶⁰ POLANYI, K., *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Ed. Quipu, Madrid, 2007, p. 81.

⁶⁶¹ HUBAND, M., *África después de la Guerra Fría: la promesa rota de un continente*, Ed. Paidós, Barcelona, 2004, p. 236.

⁶⁶² Mensaje de Gaspard Gahigi en la RTLTM el 3 de abril de 1994 recopilado en <http://www.rwandafile.com/rtlm/rtlm0190.html>

dos años y hasta la firma de los llamados Acuerdos de Paz de Arusha. En ese contexto, la RTLM comienza a realizar toda una labor de difusión de mensajes de odio con un gran alcance, ya que era una radio de acceso gratuito y generalizado y tienen lugar las negociaciones de paz de Arusha para poner fin al conflicto militar en aplicación del concepto emergente de psicología de la paz que se basaba y se basa en las siguientes premisas: la primera de ellas, siguiendo a Ubilllos, Martin-Beristain, Garaigordobil y Halperin, parte del hecho de que la guerra no surge de manera espontánea ni parte de una agresividad intrínseca al ser humano, ya que entienden que “la mayor parte de los hombres no son buenos soldados.”⁶⁶³ La segunda de ellas es que hay una psicología diferenciada en cada fase del conflicto: aquella que empuja al inicio, la que lo mantiene y la que sostiene el final de las hostilidades con base en la reconciliación y la justicia social, siguiendo a Christie y Montiel.⁶⁶⁴

El proceso de paz de Arusha pasaba por una suerte de democratización basada en la creación de partidos y en su concurrencia competitiva. La consecución del acuerdo se demoró durante un año y no fue hasta el 4 de agosto de 1993 cuando se firmó de manera definitiva. Durante ese proceso, el mecanismo de partidización pasó por la creación de doce partidos en la oposición, siete fomentados por el propio gobierno y cinco opuestos a los acuerdos de paz. Esta configuración suponía un mal punto de partida, ya que no se trataba de verdaderos partidos y no se daba el segundo componente de la llamada psicología de la paz por cuanto que la verdadera oposición no disponía de voluntad de cohesión política y social. El rechazo al acuerdo fue generalizado y son ejemplos de ello las declaraciones realizadas por Habimana el 24 de noviembre de 1993, donde establece que

“Por los acuerdos de Arusha, olvidaremos al millón de refugiados de Nyacyonga, olvidaremos los tres años de guerra, olvidaremos todo lo que pasó... ¿Significa eso que por la fusión el Ejército olvidará que lucharon contra aquellos? Inkotanyi? ¿Se olvidarán de Mimuli, Nyakayaga? En cualquier caso, tal vez Twagiramungu pueda evitar que Radio Ruanda les cuente la historia a los ruandeses. Aún así, no puede evitar que una radio independiente les cuente a los ruandeses sobre la historia.”⁶⁶⁵

⁶⁶³ UBILLOS, S. et al., “Agresión, odio, conflictos intergrupales y violencia colectiva” en PÁEZ, D. et al. (ed.), *Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz*, Ed. Fundamentos, Madrid, 2011, pp. 15-37, p. 34.

⁶⁶⁴ CHRISTIE, D. J. y MONTIEL, C. J., “Contributions of psychology to war and peace, *American Psychologist*, vol. 63, nº6, 2008, pp. 502-513, p. 508.

⁶⁶⁵ Declaraciones de Habimana en la R.T.L.M. el 24 de noviembre de 1993 recopilado en: <http://www.rwandafile.com/rtlm/rtlm0039.html>

Incluso hubo rechazo desde el conocido como Movimiento de la Mujer y de las Órdenes Menores cuando Gaudence Nyirahabimana afirmaba que

“Existe una verdad que no se contó en Arusha cuando compartían el poder. Le di algunas ideas a la gente que estaba en Arusha, diciéndoles que en realidad hay dos partidos, que los otros son solo una tapadera. Les dije que debían compartir el poder entre las dos partes, M.R.N.D. y R.P.F., y luego esas dos partes deben dividirse entre sus respectivos partidarios. Entonces, la paz debe recuperarse para siempre.”⁶⁶⁶

La quiebra de la confianza en el proceso de paz y en el cumplimiento y eficacia de los acuerdos era ya sintomática de la falta de celeridad y de la falta de éxito futuro del procedimiento transicional. Con los acuerdos se nombra a Agathe Uwilingiyimana como primera ministra encargada de la formación, en consulta con los partidos, del gobierno transicional. La imposibilidad de formar dicho gobierno, unida a las labores de difusión de mensajes de odio de la radio y a la ausencia de desarme de las milicias armadas, supusieron la quiebra del proceso de paz. El gobierno comienza toda una labor persecutoria. El 21 de octubre de 1993, el primer ministro hutu de Burundi, Ndadaye es asesinado, y la radio aprovecha esta circunstancia para aumentar el clima de tensión en Ruanda sobre la base de que los culpables pertenecían a la minoría tutsi:

“Ndadaye fue asesinado por un grupo de extremistas tutsis de Burundi, pero los otros tutsis del ejército de Burundi que acaban de ver cómo se perpetraba este crimen también son en cierto modo responsables, ya que cometieron el delito de “no ayudar a una persona en peligro”. Por nuestra parte, queremos dejar en claro que Ndadaye, Ndadaye, como salvador, un salvador asesinado por la causa de la democracia ... es un mártir de la democracia y creemos que las relaciones hutu-tutsi seguirán un nuevo curso, tras la muerte de Ndadaye. Este es un problema nuevo que se acaba de introducir y, en mi opinión, las relaciones entre hutus y tutsis tendrán que cambiar.”⁶⁶⁷

El elemento de explosión del conflicto fue el atentado perpetrado contra el presidente de Burundi, Ntaryamira, y el de Ruanda, Habyarimana, ambos de etnia hutu, con el derribo del avión en el que iban a aterrizar en el aeropuerto de Kigali. Tras el incidente, el gobierno hutu llevó a cabo toda una política de exterminio y desplazamiento forzado

⁶⁶⁶ Declaraciones de Gaudence Nyirahabimana en la R.T.L.M. el 24 de noviembre de 1993 recopilado en: <http://www.rwandafile.com/rtlm/rtlm0171.html>

⁶⁶⁷ Mensaje de Gaspard Gahigi en la RTLTM el 21 de octubre de 1993 recopilado en <http://www.rwandafile.com/rtlm/rtlm0143.html>

de la etnia tutsi hacia Tanzania, Burundi, Zaire y Uganda⁶⁶⁸, cuyos elementos eran incardinables en el concepto de genocidio ofrecido por la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Hasta junio de 1994, el Ejército francés no recibió autorización para establecer la llamada “zona turquesa” o zona segura para los refugiados.

La intervención de las Naciones Unidas en la región fue bastante cuestionable ya que la primera medida fue la disminución del tamaño de la Misión (UNAMIR) dirigida por el teniente general Romeo Dallaire. Este momento de crisis fue aprovechado por la radio, de nuevo empleando un discurso nacionalista y anticolonial en el que se culpaba a la administración belga del fracaso de los acuerdos de paz:

“Ruanda no es Somalia y el orgullo de un pueblo nunca puede ser pisoteado por ninguna fuerza de las Naciones Unidas o por un gobierno extranjero, incluso si dice ser un amigo. Eso equivale a una declaración de guerra y la amistad se convertiría en un odio despiadado (...). No a los belgas que se están convirtiendo en cómplices de los enemigos de Ruanda y tal vez en enemigos de ellos mismos también. ¡Así que ten cuidado! (...). Sembraron el terror en todas partes entre la población y los soldados belgas han cometido errores terribles que vale la pena castigar (...). Un error más que cometieron fue ser racistas, que es su personaje principal. Se negarían a quedarse con los soldados de Bangladesh, diciendo que son negros y apestan; están sucios [...] Sus crímenes no tienen límites porque mostrarían a quién representan.”⁶⁶⁹

Otro elemento esencial a tener en cuenta en el estallido definitivo del conflicto es ya no sólo el empleo del argumento colonial para la polarización social, así como para evitar injerencias extranjeras o, mejor dicho, la aceptación de intervenciones internacionales por la población nacional con vistas a la pacificación. En la búsqueda de un enemigo externo y, por extensión, de focalizar la atención popular en la intervención externa y no en los enfrentamientos nacionales, Estados Unidos también es puesto en el foco de atención de la radio que llega a difundir el siguiente mensaje:

“La Comisión de Investigación fue propuesta por Canadá, un país que usted conoce muy bien, ya que Dallaire es ciudadano de ese país, al igual que la esposa de Ndasingwa. Canadá quiere venir e investigar lo que está sucediendo en Ruanda. Ya no seremos conciliadores con respecto a lo que está sucediendo en Ruanda; lucharemos sin descanso. Hoy en día, ciertas personas blancas, especialmente estadounidenses, canadienses y belgas, creen que el villano en este país es el hutu que empuña el machete y el garrote, mientras que el hutu solo está tratando de asegurarse de que los hutus no sean aniquilados por los descendientes de Gatutsi (...). Durante mucho tiempo, el hombre blanco ha albergado la errónea concepción

⁶⁶⁸ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Situación de refugiados en el mundo*, Ed. Icaria Editorial, Barcelona, 2000, p.275.

⁶⁶⁹ Retransmisión de la R.T.L.M. sobre la disminución de UNAMIR acordada el 21 de abril de 1994 recopilado en: <http://www.rwandafile.com/rtlm/rtlm0177.html>

de que los tutsis son la buena gente. En opinión del hombre blanco, el tutsi es más guapo e inteligente, aunque no se han definido los criterios de belleza.”⁶⁷⁰

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante TPIR) tuvo una fuerte influencia en el Derecho Internacional y en la inclusión de una perspectiva de género, al contemplar una especial protección a las mujeres en tiempo de conflicto. Este es un elemento especialmente interesante, ya que la irrupción de la perspectiva de género en el ámbito internacional supone también una aproximación al papel de la mujer en tiempos de régimen dictatorial, ya que las estructuras de poder son de una jerarquización patriarcal; al papel de las mujeres en el ámbito de la oposición; al rol que desempeñan en tiempos de guerra -ya que la violencia sexual ha sido y es un instrumento empleado por las fuerzas en conflicto-, y al protagonismo que han desempeñado y deben desempeñar las mujeres en el contexto transicional como parte activa de la sociedad.

En el caso ruandés, el papel del tribunal se centró especialmente en el empleo de la violencia sexual como arma de guerra y en la necesidad de catalogar dicha práctica como crimen internacional, pero es representativo y ejemplificante de una tendencia feminista.⁶⁷¹ En el genocidio ruandés hay un fuerte componente étnico, que es un elemento diferenciador, distorsionador y complejo en cualquier sociedad, y más aún en una sociedad en transición. Establece Kabunda que “para poder entender el conflicto sería necesario estudiar las tres etapas que ha vivido el pueblo sudafricano: etapa precolonial, colonización y postcolonización, no sólo fijarse en el atentado, aunque, sin duda, éste fue la gota que colmó el vaso”⁶⁷², ya que las dinámicas de rivalidad étnicas son fruto de la cesión del poder por la antigua metrópoli a la etnia tutsi.

Hasta noviembre de 1994, con la institución del TPIR, realmente no hubo ninguna medida real más allá de pronunciamientos aislados, permitiendo que se culminase una de las mayores masacres tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial. En un

⁶⁷⁰ Extracto de emisiones radiofónicas de la R.T.L.M. durante 1994 recopiladas en: <http://www.rwandafile.com/rtlm/rtlm0009.html>

⁶⁷¹ DE LA FUENTE, M., “Contribución del Tribunal Penal Internacional para Ruanda al Derecho Internacional y a la protección de las mujeres en tiempo de conflicto”, *Instituto de Estudios sobre Conflictos y Acción Humanitaria*, 29 de mayo del 2012.

⁶⁷² KABUNDA, M., Doctor en Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid, 2012, Facultad de ciencias de la información de la Universidad Complutense, Madrid, postgrado Información internacional y países del sur el 21 de febrero de 2012 citado en *Íbidem*, p. 5.

documento elaborado por Naciones Unidas y titulado *Las enseñanzas extraídas de Ruanda* se reflexiona sobre algunos elementos importantes:

El primero de ellos, lo que subyace tras la violencia sexual, resumido en que

“históricamente, se ha considerado la violación una manera legítima de mantener contentos a los efectivos (militares). Debido a que en muchas sociedades se considera que las mujeres son ‘propiedad’, un ejército victorioso suele violar y convertir a las mujeres en esclavas sexuales como botín de guerra.”⁶⁷³

Según el mismo documento, se estiman unas cifras de entre 100.000 y 250.000 mujeres violadas durante los tres meses de genocidio. En este aspecto, el TPIR siguió la estela cosechada por el TPIY como el primer tribunal internacional de la Historia en categorizar la violación como crimen contra la humanidad y tortura. Mediante la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad del año 2000⁶⁷⁴, se puso fin a un eje común de los procesos transicionales postconflicto bélico, la amnistía e impunidad de los actos de violencia sexual. La labor de la Fiscalía encabezada por Louis Arbour y la recepción de las demandas de la sociedad civil ruandesa por parte de este órgano fueron las que permitieron la inclusión histórica de la violencia sexual en un acta de acusación por crímenes internacionales. Cabe mencionar el testimonio de los miembros de UNAMIR y, especialmente, del comandante Brent Beardsley en la primera sentencia penal internacional contempladora de la violencia sexual como crimen internacional, al declarar que

“...cuando ellos mataban mujeres aparecía que todas estaban dañadas en los órganos sexuales, en los senos o en la vagina; habían sido golpeadas o cortadas deliberadamente en esas áreas de sus cuerpos. Y, en segundo lugar, gran parte de lo que encontrábamos eran violaciones donde se veía claramente como la ropa había sido arrancada de sus cuerpos, las encontrábamos tumbadas boca arriba con las piernas abiertas, especialmente en el caso de las chicas más jóvenes. Estoy hablando de niñas de seis o siete años, sus vaginas se encontraban hinchadas y partidas después de haber sido violadas múltiples veces por grupos y fueron asesinadas en esa misma posición. Se encontraban exactamente en la misma posición en que habían sido violadas. La violación era una de las cosas más duras con la que teníamos que lidiar en Ruanda. Nos afecta profundamente a todos nosotros.”⁶⁷⁵

⁶⁷³ Paneles del Programa de Divulgación sobre el Genocidio en Rwanda y las Naciones Unidas.

⁶⁷⁴ Resolución 1325 del Consejo de Seguridad por la que se insta a la inclusión de la perspectiva de género en la realización de todas las competencias del Consejo de Seguridad y la Secretaría General de las Naciones Unidas, 31 de octubre del 2000.

⁶⁷⁵ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda relativa al caso nº ICTR-96-4-T, Fiscal contra Jean- Paul Akayesu, 2 de septiembre del 1998, prueba testifical.

El segundo de ellos, el fracaso de la prevención o lo que se sintetiza como el “caso omiso de las advertencias detalladas de los representantes de las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas en tierra, sobre una inminente matanza.”⁶⁷⁶ Esta constatación es importante en el sentido de que reseña la responsabilidad de la comunidad internacional en el marco de cualquier tipo de conflicto como agente de prevención, vigilancia y notable influencia por un lado, y como agente de garantía en el marco de la protección internacional frente a la negación o el olvido que desean los autores de matanzas de esta naturaleza.

El tercero es la trascendencia de los que después serían calificados definitivamente y de forma conjunta como crímenes internacionales en un instrumento convencional como es el Estatuto de Roma para la Comunidad Internacional, especialmente en un contexto de más de 800.000 muertos por razones étnicas en menos de 100 días, según datos de Naciones Unidas.⁶⁷⁷

En cuarto lugar, la experiencia ruandesa muestra una interacción en el marco transicional entre dos elementos: el elemento internacional en virtud de la Resolución 995 del Consejo de Seguridad de 8 de noviembre de 1994, en virtud de la cual se ordena la constitución del TPIR, que comenzaría a juzgar en enero de 1997; y el elemento nacional, con los llamados Gacaca, en otras palabras, con el empleo de los tribunales tradicionales de aldea en una versión modernizada para atender el fuerte volumen de casos. Se estima la existencia de más de 100.000 sospechosos teniendo en cuenta que “a principios de 1995 entre 100 y 150 personas eran arrestadas cada día y el número fue creciendo hasta llegar a detener a 80.000 en agosto de aquel mismo año.”⁶⁷⁸

El empleo de esta figura jurisdiccional local tuvo su fundamentación en el colapso de la actividad del TPIR y en la ausencia de un cuerpo judicial nacional consolidado debido a la destrucción de las estructuras del Estado durante el genocidio. Comenzaron sus labores en el año 2002. Frente a los enjuiciamientos de altos cargos responsables en el sentido militar y político de los que estaba dando cuenta el TPIR, estos tribunales se centraron en intervinientes y responsables con un status notablemente inferior. Lo que

⁶⁷⁶ Paneles del Programa de Divulgación, *op. cit.*

⁶⁷⁷ *Ibidem*

⁶⁷⁸ PRUNIER, G., *Africa's world war: Congo, The Ruandan genocide and the making of a continental catastrophe*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2009, cap. 1.

permitió la actuación de estos tribunales no permanentes, reconocidos durante la colonización belga, fue la Ley Orgánica nº 40/2000, de 30 de enero, de establecimiento de las jurisdicciones gacaca y organización del enjuiciamiento de crímenes de genocidio o crímenes de lesa humanidad cometidos entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 1994, mismo margen temporal que el del TPIR. El gobierno ruandés formuló críticas, llegando incluso a votar en contra de la creación del TPIR.⁶⁷⁹

Es cierto que, con el objeto de aumentar el número de procesados y ampliar al máximo los niveles de responsabilidad, se desvirtuaron en este ámbito local las reglas del debido proceso, al categorizar a los acusados de forma previa a la sentencia; al no contemplarse una doble instancia, salvo para los previamente calificados de violadores, asesinos y torturadores y al no establecerse mecanismos de aseguramiento del principio de seguridad jurídica.⁶⁸⁰

El trabajo realizado previamente por el Relator Especial, René Degni-Ségui, y el de la Comisión de Expertos, sirvieron para evidenciar la necesidad de un enjuiciamiento internacional que sería reclamado por el propio gobierno ruandés con el Partido Patriótico Ruandés al frente.⁶⁸¹ Para Torres y Bou Franch, la institución del TPIR supone todo un hito ya que es el primer tribunal internacional *ad hoc* con competencia para el conocimiento de crímenes cometidos en el marco de un conflicto armado de naturaleza no internacional. Queda así evidenciado que si bien hay un fuerte componente nacional en los conflictos y en las transiciones, la fuerte expansión del DIP ha generado la trascendencia internacional de la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales,⁶⁸² ampliando el catálogo de herramientas disponibles para su persecución y aplicando por primera vez la protección emanada del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, tal y como expresó el propio TPIR en su sentencia relativa al caso Akayesu.⁶⁸³

⁶⁷⁹ M TORRES, M. y BOU FRANCH, V., *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a las configuraciones jurídicas de los crímenes internacionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

⁶⁸⁰ AMENGUAL, M. P., *Las decisiones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y los perfiles del genocidio*, Tesis doctoral dirigida por Enrique Madrazo, Universidad CEU San Pablo, 2017, pp. 127 -128.

⁶⁸¹ Carta del Secretario General de Naciones Unidas al Consejo de Seguridad donde se incluye el Informe final de la Comisión de Expertos para Ruanda, 9 de diciembre de 1994, Doc. S/1994/1405.

⁶⁸² TORRES, M. y BOU FRANCH, V., *La contribución...*, *op. cit.*, p. 31.

⁶⁸³ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda relativa al caso Akayesu, *op. cit.*

c. REFLEXIÓN SOBRE LAS APORTACIONES DEL DPI A LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Finalmente, hay que hacer una referencia a los elementos de posible incidencia de la CPI en la justicia penal de carácter transicional que recogen las deficiencias de los primeros sistemas de DPI y los avances efectuados por los tribunales híbridos, pero especialmente por los tribunales *ad hoc*, solo que mediante el establecimiento de una jurisdicción permanente, aunque mayoritariamente voluntaria. El Estatuto de Roma fue el resultado de muchas negociaciones y, aunque no todos los Estados parte de las Naciones Unidas lo han ratificado, lo cierto es que todos enviaron delegaciones a la Conferencia de Roma, lo que determinó, cuanto menos, la existencia de un consenso generalizado entorno a la necesidad de creación de la CPI. El Estatuto entró en vigor el 1 de junio de 2002, una vez alcanzado el mínimo de 60 ratificaciones requeridas, y los primeros jueces llegaron el marzo del año siguiente. En materia de incidencia de la CPI en procesos transicionales, lo cierto es que, hasta la fecha, no hay un ejemplo de intervención explícita de esta jurisdicción penal internacional en procesos transicionales, al menos con la intencionalidad propia de la justicia penal transicional; no obstante, sí hay una serie de elementos que convierten a la CPI en una corte con un fuerte potencial en el ámbito penal transicional, pero con las limitaciones propias del contexto transicional, especialmente, la cuestión de la gestión de los tiempos y de caracterización particular de cada proceso y sociedad en transición como reflejan dos ejemplos: el primero, la decisión de arresto de la CPI frente a cinco líderes del Ejército de Resistencia del Señor ugandés en el año 2005, que generó “los diálogos de paz más prometedores”⁶⁸⁴, frente al caso sudanés, con la orden de detención contra Omar-Al Bashir en 2009, que supuso un obstáculo para las negociaciones de paz en la región de Darfour y la llegada de ayuda humanitaria a las víctimas por el apoyo de organizaciones regionales al gobierno sudanés. Hay varias cuestiones del Estatuto de Roma que suponen ejes de actuación en materia de justicia penal transicional:

En primer lugar el valor trascendental que un proceso iniciado en la CPI aporta al reconocimiento de los derechos de las víctimas. Esto viene definido por la expresión empleada en el artículo primero del Estatuto de Roma al referirse de forma genérica a la competencia de la Corte empleando la expresión “La Corte (...) estará facultada para

⁶⁸⁴ CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL, “¿Justicia, paz o las dos?”, *Enfoque paz y justicia*, 2009, p. 2.

ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional.” Esta precisión supone, por un lado, una limitación jurisdiccional en el sentido de que hay una valoración cualitativa sobre la relevancia de las violaciones de DDHH, categorizadas, eso sí, como crímenes internacionales, que entran en el ámbito competencial material de la Corte; o, en otras palabras, se trata de dejar en la jurisdicción internacional aquello que supone un atentado contra los valores de la Humanidad reconocidos por toda la comunidad internacional y hacer permanecer en el ámbito nacional otras transgresiones del DIP; pero, por otro lado, aporta al enjuiciamiento por la CPI un valor notablemente superior desde un punto de vista simbólico para las víctimas, ya que supone el reconocimiento de su condición, la realización de los derechos a la verdad y la justicia y la recepción de un apoyo internacional a sus demandas, condición y derechos, de obligada recepción por las instituciones nacionales. En otras palabras, la acción de la CPI excedería las funciones definidas en el caso Katanga, a saber, las de prevenir y castigar⁶⁸⁵, para situarse, según Paul Seils, en el plano de “restaurar un sistema roto.”⁶⁸⁶ La Oficina del Fiscal ha identificado, sin ser un listado *numerus clausus* algunos elementos de gradación de la gravedad de los crímenes, como los sufrimientos causados a las víctimas, el incremento de su vulnerabilidad, el daño social, económico o ambiental causado y su persistencia temporal, y el terror infligido.⁶⁸⁷ En su labor como Fiscal General, Luis Moreno Ocampo diseñó una estrategia en la que el propósito era la investigación y acusación de los crímenes más graves y los más responsables autores⁶⁸⁸ dejando, entonces, en manos de los organismos judiciales nacionales, especialmente en procesos de transición, al cederles la responsabilidad del enjuiciamiento del resto de participantes en la comisión de los crímenes internacionales. La gravedad de los crímenes es, entonces, el nexo de unión entre el DIDH y el DPI debido al derecho aplicable que, según el artículo 21 del Estatuto de Roma, que delimita una suerte de prelación entre fuentes, es, siguiendo el orden: disposiciones del propio Estatuto de Roma como resultado de una fuerte negociación y miscelánea de todos los sistemas jurídicos internacionales, los Elementos de los Crímenes, las Reglas de Procedimiento y Prueba, los tratados internacionales y la

⁶⁸⁵ Sentencia de la Corte Penal Internacional de la Sala de Primera Instancia relativa al caso Katanga, Décision Relative à la Peine (art.76 du Statut), Katanga, Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04-01/07-3484, TC II, ICC, 23 Mai 2014, párr. 38.

⁶⁸⁶ SEILS, P., “Putting Complementarity in its Place” en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 305-327, p. 306.

⁶⁸⁷ Documento de la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional de política general sobre exámenes preliminares, noviembre 2013, párr.65.

⁶⁸⁸ Paper of the International Criminal Court Prosecutor’s Office on some policy issues before the Office of the Prosecutor, septiembre 2003, p. 3.

costumbre, los principios generales de la jurisdicción nacional que no contradigan lo anterior, jurisprudencia ya dictada por la propia CPI y dos elementos de garantía esenciales, a saber, el principio de no discriminación y las normas del DIDH, que supone que la interpretación y aplicación del derecho de conformidad con el apartado tercero del artículo veintiuno debe ser compatible con los DDHH internacionalmente reconocidos. Se trata de una especie de complementación entre las dos ramas del DIP en el sentido que el DIDH sitúa la responsabilidad en el Estado y el DPI en el individuo solo en supuestos en que el Estado no cumple con el deber de protección y la posición de garante que le atribuye el DIDH⁶⁸⁹, al menos desde el punto de vista de la justicia ideal, ya que el sistema ha recibido críticas tanto desde el punto de vista del inicio de investigaciones por la Fiscalía como desde el punto de vista de los casos que podría remitir el Consejo de Seguridad sin el requerimiento de que el Estado concernido por razón de nacionalidad o territorialidad sea parte del Estatuto de Roma, condicionados por la propia configuración y sistema de votación del órgano de Naciones Unidas.

En segundo lugar, por el principio de complementariedad incluido de forma expresa en el párrafo décimo del preámbulo y en el artículo primero del Estatuto de Roma. Supone una suerte de punto intermedio ya empleado en el marco del TPIY y del TPIR, en el que la CPI tiene limitaciones a la hora de valorar la adecuación o idoneidad de procedimientos internos y carece de potestades ilimitadas de enjuiciamiento, aunque sí está dotada de criterios propios para determinar la admisibilidad de los casos y para que la Fiscalía considere o no dar impulso procesal a un caso concreto. En otras palabras, este principio viene a articular las relaciones entre los sistemas jurídicos nacionales o, de forma extensa, entre un sistema de Derecho nacional basado, en el caso de las democracias constitucionales, en el respeto de la soberanía popular a través del papel del juez como aplicador de normas parlamentariamente tramitadas⁶⁹⁰, y un sistema de DPI cuya labor es la imposición de una doble sanción, por un lado la que nace de la responsabilidad internacional del Estado y, por otro lado, la que nace de la sustracción del sujeto nacional para determinar su responsabilidad penal individual en el plano internacional.⁶⁹¹ La materialización práctica de este principio se encuentra en el artículo 17.1 apartados a, b y c del Estatuto de Roma.

⁶⁸⁹ VENTURA, M. E., “La relación entre los Derechos Humanos y la Justicia Penal Internacional”, *Revista IIDH*, vol. 59, n°304, 2014, pp. 303-344, p. 310.

⁶⁹⁰ CORREA, R., *International Law. The view from the Republic*, Tesis doctoral, Yale Law School, p. 25.

⁶⁹¹ DRNAS, Z., “Principio de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Incoherencias sistémicas”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. XI, 2001, pp. 51-89, p. 53.

Se está disponiendo un difícil equilibrio entre el resguardo de la facultad punitiva del Estado y la lucha contra la impunidad, en el que entran en juego la existencia de investigaciones o juicios nacionales iniciados y la cosa juzgada, ambos con tres limitaciones: la primera de ellas, la necesidad de que concurra una identidad de sujeto y objeto teniendo en cuenta que en el plano del sujeto el Estatuto de Roma contempla todas las formas de autoría y participación previstas en los derechos domésticos y no realiza distinciones por razón del cargo oficial, dígase, no se sujeta a los regímenes de inmunidades nacional o internacionalmente reconocidos según el artículo 27 del Estatuto de Roma, y, en el plano del objeto el elemento determinante de la jurisdicción de la Corte es la gravedad de los crímenes cometidos, elemento que en la jurisdicción doméstica ni es definitorio ni suele estar contemplado, ya que en la trasposición penal de los crímenes internacionales confluye la necesidad de una obligación convencional y la complejidad de los procedimientos legislativos nacionales.

Las dos limitaciones restantes tienen una mayor relevancia o protagonismo en procesos transicionales que la primera de ellas, ya que son dos circunstancias características del proceso de democratización frente a la naturaleza más cotidiana y vinculada a supuestos de estabilidad democrática de la tratada en primer lugar. Estas dos limitaciones se refieren a lo que el Estatuto de Roma recoge en el artículo 17 de la siguiente forma: que el Estado “no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.” En otras palabras, ausencia de voluntad entendida como la simulación de procesos con vistas a la sustracción de la responsabilidad penal en los planos nacional e internacional, o ausencia de capacidad en el sentido de no poseer una Administración de Justicia dotada de las potestades o recursos requeridos para la realización de los procedimientos. Estas precisiones sitúan a la CPI en una posición privilegiada, en el sentido de que está dotada de capacidad para considerar inválidos los procedimientos nacionales e iniciar el ejercicio de la jurisdicción penal internacional sin vulneración del principio *non bis in idem*, pero, al mismo tiempo, este recurso aun no ha sido empleado ya que supone un análisis y una valoración de los sistemas judiciales nacionales y de la propia Administración de Justicia estatal y, en esencia, su empleo sin elementos probatorios sólidos vulneraría ya no sólo el principio de complementariedad en sí mismo, sino la base del DIP que es el respeto a la soberanía estatal.

Hay dos ejemplos recientes que, si bien no han entrado en la competencia de la CPI, sí reflejan muy bien la presencia de esos dos últimos elementos en el marco transicional.

El relativo a la falta de voluntad lo reflejan perfectamente las relaciones entre el gobierno serbio y el TPIY en los primeros años de su funcionamiento, ya que Serbia reflejó una actitud marcada por la ausencia de cooperación y de cambios en el orden interno que posicionó al TPIY en una posición extremadamente difícil en la que frente a la ausencia de respuestas gubernamentales, al inmovilismo, a la ficción de procesos nacionales y al silencio cómplice de las autoridades y de la sociedad serbia, su estrategia estuvo marcada por la publicidad internacional de la falta de cooperación.⁶⁹² El segundo de ellos, la falta de capacidad lo refleja bien el caso español tal y como lo expuso Pablo De Greiff en su último informe del año 2014, tras la visita en misión oficial al referirse a las limitaciones impuestas por la Ley de Amnistía de 1977 a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que certifica su aplicabilidad y la inadmisibilidad de plano de los procedimientos sin investigaciones previas y al envejecimiento de las víctimas y de los verdugos que limita las capacidades jurisdiccionales.⁶⁹³ Expone Tamarit Sumalla que, junto a estas cuestiones relativas a la admisibilidad, no hay que olvidar la cláusula de los intereses de la justicia en el inicio de una investigación o decisión de enjuiciamiento por el fiscal, ya que es esta potestad valorativa la que permite la operatividad del principio de complementariedad en el ejercicio de las funciones investigadoras y acusatorias del fiscal, especialmente en procesos transicionales por la multiplicidad de factores a ponderar.⁶⁹⁴ Según Robinson, esta cláusula encuentra un amplio margen de operatividad en transiciones que siguen a actos masivos de violencia ya que en estas ocasiones, la labor de la CPI, si bien debe ser la de luchar contra la impunidad y enjuiciar los graves crímenes internacionales, también debe ponderar que en esas situaciones hay un interés superior por enjuiciar a los más altos criminales en nivel de responsabilidad en vez de a la totalidad de los intervinientes. Esto favorece el proceso transicional y la reconciliación a nivel interno, ya que se aplican criterios de política transicional como el de necesidad, el tratamiento de las víctimas, los recursos habilitados a nivel nacional no excluyendo la labor reparadora de las comisiones de la verdad, y el proceso y grado de democratización⁶⁹⁵ y criterios de orden jurisdiccional propios del derecho anglosajón, que reconoce una mayor discrecionalidad al Ministerio Fiscal, tales como la gravedad del delito, la capacidad probatoria, la finalidad de los procesos y la existencia de medidas a nivel nacional. Teniendo en cuenta, en relación a

⁶⁹² ZIDEK, N., *La justicia...*, *op. cit.*, p. 119

⁶⁹³ Informe del Relator Especial Pablo De Greiff sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición sobre España, Consejo de Derechos Humanos, 27º período de sesiones, 22 de julio de 2014, párr. 67 y ss.

⁶⁹⁴ TAMARIT, J. (coord.), *Justicia...*, *op. cit.*, p. 55.

⁶⁹⁵ ROBINSON, D., "Serving the interests of justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, vol. 14, nº3, 2003, pp. 481-505, p. 493.

esto último, que no se ha alcanzado un consenso en el marco internacional ni sobre la capacidad sustitutiva de las comisiones de la verdad⁶⁹⁶ ni, por extensión, sobre el efecto que las resoluciones de esos órganos pueden tener en el marco de la jurisdicción penal internacional, a saber, su suspensión temporal según definiendo Ambos, o la renuncia definitiva a la acción penal internacional.⁶⁹⁷

En conclusión, la capacidad de influencia de la CPI en procesos transicionales está por ver, especialmente por las diferencias en la caracterización del proceso penal internacional y del proceso de justicia transicional nacional cada vez menos vinculado a un elemento punitivo y más cercano a herramientas más flexibles y oficiosas; la interacción entre ambos elementos y la interpretación que se haga tanto a nivel estatal como a nivel de fiscalía y Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI determinará el futuro de la justicia transicional, el papel de las comisiones de la verdad como elemento reparador, como elemento de prueba de ausencia de voluntad estatal por depurar las responsabilidades penales, como elemento de amnistía limitada o moderada, o como elemento de encaje entre la gravedad que exigen los crímenes competencia de la CPI en relación a altos responsables, y la labor de reconciliación y no de sanción que parece articularse como idónea en el marco interno en relación al conjunto de intervinientes en la comisión de los crímenes.

En tercer lugar, por las garantías judiciales del debido proceso que se establecen y que suponen una reafirmación de los principios del Estado de Derecho y del DIDH sobre la arbitrariedad e inseguridad jurídica que caracterizaría a cualquier proceso judicial contextualizado en un marco dictatorial, y a las posibles acusaciones de parcialidad y ánimo de revancha que pueden marcar los procesos judiciales en sede transicional. El nivel es distinto, además, según van avanzando las fases del proceso penal internacional diferenciándose principalmente los derechos del investigado incluidos en el artículo 53 y los de acusado una vez un caso resulta confirmado diseminados en los artículos 63 y siguientes del Estatuto de Roma.

El mayor exponente de estas garantías es la obligación continua de la Fiscalía de comunicar en cualquier fase del procedimiento la existencia de una prueba de descargo, su naturaleza y su ubicación.⁶⁹⁸ Establece Bousquet, sin embargo, que hay una

⁶⁹⁶ SINGER, R., *Criminal Procedure II: from Bail to Jail*, Ed. Wolters Kluwer, Nueva York, 2008, p. 33.

⁶⁹⁷ WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 137.

⁶⁹⁸ DELMAS-MARTY, M., "Interactions between national and international criminal law in the preliminary phase of trial at the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, nº3, 2005, pp. 1-10.

dependencia entre la CPI y las jurisdicciones nacionales a la hora de hacer valer realmente estos derechos⁶⁹⁹, lo que en sede transicional puede ser un factor de impulso en el establecimiento y operatividad de los principios del Estado de Derecho, pero también un elemento de quiebre social en procesos de mayor conflictividad; esa dependencia viene condicionada por el hecho de que la CPI requiere de la cooperación estatal, obligación de los Estados parte según el artículo 86 del Estatuto de Roma, y no tiene competencia o control sobre determinados aspectos como la forma de obtención de la prueba⁷⁰⁰, las normas de registro y confiscación⁷⁰¹ o las condiciones de arresto, problemas que ya estuvieron presentes en el desarrollo de la labor de los tribunales *ad hoc*.⁷⁰²

No obstante, a pesar de esas limitaciones, hay una serie de derechos que dependen directamente de la CPI y que otorgan al proceso unos estándares de calidad y legitimidad en términos de DDHH que no siempre cumplen los procesos nacionales penales de las sociedades en transición, como son, en virtud de los artículos ya citados: el derecho a conocer la investigación y acusación, el derecho a no ser coaccionado, intimidado, amenazado o torturado, el derecho a la libertad, el derecho a contar con un abogado, el derecho a interpretación gratuita, el derecho a presentar prueba y conocer las pruebas de descargo, la presunción de inocencia, el derecho a oponer excepciones, el derecho a la libertad salvo en casos en que el arresto sea necesario, el derecho a estar presente en el acto de juicio y, aunque con una menor aplicabilidad debido a la necesidad de colaboración de las autoridades estatales, nacionales y extranjeras, a prohibición de dilaciones indebidas. La necesidad de estos principios y las dificultades que enfrentan en la práctica, son propias de las características de la CPI que puede intervenir en conflictos aun no finalizados y, por tanto, en transiciones no culminadas primando el principio de oportunidad y relevancia frente al de culminación. Estos derechos permiten que la CPI pueda desarrollar una labor *quasi* preventiva de procesos revanchistas en el plano interno, anticipándose a ellos y exigiendo unos estándares de calidad mínimos y previos a una posible inhibición en favor de lo nacional, aportando estabilidad y descargo al proceso transicional.

⁶⁹⁹ BOUSQUET, I., “Debido proceso y cooperación estatal en el proceso ante la Corte Penal Internacional”, *Revista Aequitas*, vol. 5, n°5, 2011, pp. 50-66.

⁷⁰⁰ GORDON, G. S., “Toward an International Criminal Procedure. Due Process Aspirations and Limitations”, *Bepress Legal Series, Working Paper*, septiembre, 2006, p. 32.

⁷⁰¹ *Ibidem*

⁷⁰² Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de la Sala Primera relativa al caso Rwamabuka, *Prosecutor v. Rwamakuba*, ICTR-98-44-T, 12 de diciembre del 2000, párr. 22.

En cuarto lugar, por el papel de las víctimas. Establece Odio Benito que el éxito de las tareas transicionales “dependerá, sin duda alguna, de que todas las víctimas del conflicto formen parte, o estén, al menor, debidamente representadas.”⁷⁰³ Este es, en cierta manera, el espíritu del Estatuto de Roma, que ya en el párrafo segundo del preámbulo menciona a las víctimas. Hay tres elementos esenciales en lo concerniente a las víctimas. Por un lado, está la conjugación entre el principio de complementariedad y la gravedad de los crímenes y de los responsables que exige la competencia de la CPI, que deja un fuerte peso en manos de las jurisdicciones domésticas más cercanas a la cuestión y con mayor capacidad probatoria, partiendo de la base de que no exista esa contaminación jurisdiccional inicial que caracteriza a los procesos transicionales, y que son, también, más accesibles para las víctimas en términos de recursos materiales y económicos.

Por otro lado, el reconocimiento a su participación en los procesos frente a esa concepción en virtud de la cual parece que el precio de la paz es la justicia. En este sentido, los artículos 68 y 75 del Estatuto de Roma reconocen tres derechos a las víctimas: derecho a ser protegidas, a participar en los procedimientos no solo en calidad de testigos sino de víctimas y a obtener reparaciones. El artículo 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba incluye la definición de víctimas definiéndolas como personas naturales forma individual o colectiva y organizaciones que hayan sufrido daños directos a bienes de naturaleza determinada.⁷⁰⁴ Las víctimas son participantes en el juicio, pero no son partes del procedimiento y desde el inicio del procedimiento la Sala Preliminar puede recibir sus comunicaciones según lo establecido en el artículo 15 apartado tercero del Estatuto y determinará la forma de participación de las mismas una vez se haya identificado un caso contra un individuo concreto autorizando la misma en las audiencias preparatorias, habiendo participado en los alegatos de apertura, el examen de testigos y peritos, en los alegatos finales, en apelaciones interlocutorias e incluso siendo interrogadas en su condición de víctimas y no como prueba testifical.

Hay un mecanismo específico de protección contemplado en el apartado sexto del artículo 43 del Estatuto de Roma llamado Dependencia de Víctimas y Testigos con el objetivo de preservar su seguridad, bienestar, dignidad y vida privada que contempla, a su vez, una protección especial a las víctimas de violencia sexual y en el desarrollo

⁷⁰³ ODIO, E., “Posibles aportaciones del Estatuto de Roma a los procesos judiciales en las sociedades en transición” en ALMQVIST, J. y ESPÓSITO, C. (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 241-254, p. 242.

⁷⁰⁴ Artículo 85 apartado b) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.

práctico, a niños, personas mayores y personas con discapacidad, en línea con la regla 86 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. El papel de las víctimas por tanto se resume en cuatro ejes: participación activa en el procedimiento, mecanismos de protección, derecho a reparaciones y prueba *prima facie* con su participación en el proceso.⁷⁰⁵ Es la Secretaría quien, recibida una situación, evalúa quienes ostentan la condición de víctima, diferenciando, según especifica Olásolo, entre víctimas de la situación que tendrán un rol de argumentación ambiental en el proceso y cuyo papel se restringe a la iniciación de la investigación, y víctimas del caso, que asumen un papel más protagónico en fase de juicio y reparación.⁷⁰⁶ Quizás la única limitación en materia de garantía y protección de los derechos de las víctimas sean las atribuciones, o mejor dicho, la prelación que el Fiscal debe hacer entre el interés de la justicia y el interés de las víctimas quedando el primero por encima según el artículo 53 del Estatuto de Roma.

Y, finalmente, la cuestión de las reparaciones que se ordenan con cargo a la o los condenados y que, según el artículo 75 apartado primero del Estatuto de Roma, incluyen “la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes.” Supone ir un paso más allá, ya que la labor de los tribunales *ad hoc* se había limitado a una restitución patrimonial al legítimo dueño, pero no había incluido los principios de reparación individualizada en atención al daño sufrido por el crimen internacional.⁷⁰⁷ Son cuatro, en esencia, los elementos reparativos reseñables en materia de protagonismo, protección y reconocimiento de las víctimas delimitados por el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba, concretamente: la identificación de una responsabilidad individual sobre deberes reparatorios, la especificación del tipo, alcance y financiación de la reparación, la definición del daño reparable respecto a víctimas directas e indirectas y el establecimiento de criterios específicos de identificación de las víctimas del caso, que no necesariamente han debido participar en el proceso, para proceder a la reparación.

La reparación toma en cuenta los derechos del condenado, los intereses de las víctimas, la existencia o no de multa o decomiso de bienes, la naturaleza individual o

⁷⁰⁵ PÉREZ, A., “Las víctimas ante la Corte Penal Internacional ¿El final del oxímoron víctimas-justicia internacional?”, *Revista de Derechos Humanos Defensor*, nº7, 2011, pp. 22-29, p. 23.

⁷⁰⁶ OLÁSULO, H., “Cuestiones procesales y procedimentales sobre la posición de las víctimas ante la CPI”, en AMBOS, K. et al., *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la CPI*, Ed. Comares, Granada, 2008, pp. 60-70.

⁷⁰⁷ BURGORGUE-LARSEN, L., “Las víctimas del delito en el proceso penal internacional: el ejemplo de la Corte Penal Internacional”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº12, 2005, pp. 9-32, p. 27.

colectiva de la reparación, la caracterización especial de la víctima institucional y las posibles situaciones de riesgo discriminación que haya sufrido la víctima colectiva. Como muestra del carácter no solamente punitivo, sino también retributivo del proceso penal internacional, se incluye la figura del Fondo Fiduciario en el artículo 79 del Estatuto, permitiendo que, en casos de indigencia o insolvencia del condenado o existencia de un número indeterminado de víctimas, estas puedan recibir la cuantía reparatoria con cargo a las aportaciones estatales y de administración por la Asamblea de Estados parte (artículo 79.3 del Estatuto de Roma).

En sexto lugar, por la atribución de la Fiscalía en materia de exámenes preliminares emanada del artículo 53.1 apartados a y c del Estatuto de Roma, por ejemplo, en el caso colombiano como mecanismo de seguimiento a las actuaciones transicionales e incluso de evaluación y calificación de las acciones transicionales. La Jurisdicción Especial para la Paz ha sido y es objeto de seguimiento por parte de la Fiscalía de la CPI, ya que si bien es cierto que desde la Corte se está asumiendo, por el momento, la operatividad del principio de complementariedad positiva y manteniendo las limitaciones impuestas por la ausencia de consenso en la redacción del Estatuto sobre la acción de la CPI en casos de amnistías, comisiones de la verdad y mecanismos de similar naturaleza⁷⁰⁸, es cierto que surge el debate entorno a la labor preventiva y punitiva que está en la naturaleza y acción de la CPI frente a la labor restaurativa que puede inspirar acciones penales transicionales por un lado, y entorno al papel o no vigilante que debiera asumir la CPI en materia de respeto a las normas del debido proceso penal tal y como subraya Gerhard Werle.⁷⁰⁹ En 2015, el Fiscal Adjunto de la CPI, James Stewart, matizaba que el sistema alternativo de sentencias elegido por los colombianos para evitar la repetición de episodios de violencia entre Ejército, paramilitares y guerrilleros, era compatible con el Estatuto de Roma; no obstante hay determinados factores de limitación de la justicia en su vertiente punitiva y retributiva que quedan limitados por esta configuración y que han sido objeto de alertas y recomendaciones por la Fiscalía de la CPI, a saber, la preocupación manifestada en julio de 2013 por el Fiscal Jefe Fatou Bensouda en el sentido de que la suspensión de la ejecución de sentencias por crímenes de guerra, contra la humanidad o el genocidio darían paso a la competencia de la Corte por ausencia de capacidad de persecución por las autoridades nacionales; la reiteración de la preocupación de agosto del mismo año incorporando que el sistema de priorización de prelación para los casos supondría una

⁷⁰⁸ WERLE, G., *Tratado de...*, op. cit., p.176.

⁷⁰⁹ *Ibidem*, p. 200.

conculcación de las garantías del debido proceso y del principio de igualdad, así como una vulneración del factor jerárquico, de mando y de subordinación en la gradación de la responsabilidad⁷¹⁰; las declaraciones pronunciadas ante la Cámara de Comercio de Bogotá en noviembre de 2018 por Stewart en el sentido de considerar el establecimiento de una jurisdicción diferenciada para los militares como un elemento distorsionador de la igualdad y de caracterización beneficiosa o parcial para dicho colectivo.⁷¹¹

En enero de 2020, la Fiscalía enviaba una misión a Colombia para evaluar los progresos efectuados desde el Reporte Intermedio de 2012, toda vez que las actuaciones de la CPI son posibles desde noviembre de 2004⁷¹² y teniendo en cuenta que en todo momento la Fiscalía, en su examen sobre admisibilidad y competencia ha seguido de cerca los progresos en el acuerdo para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera y las características del sistema integral de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición⁷¹³; en las conclusiones sobre la visita, la Fiscalía manifestaba un apoyo a las acciones nacionales en tanto en cuanto fuesen compatibles desde el punto de vista fáctico y jurídico con los mandatos de la ratificación del Estatuto de Roma⁷¹⁴, recordados en el Informe Anual de 2019 de la Fiscalía sobre exámenes preliminares, donde se recogen los crímenes que podrían ser enjuiciados por la CPI en caso de no existir procedimientos nacionales que cumplan con los estándares internacionales, a saber, crímenes contra la humanidad (artículo 7) desde el 1 de noviembre de 2002 incluyendo la muerte, el traslado forzoso de población, el encarcelamiento y otras formas graves de privación de la libertad y violencia sexual y crímenes de guerra (artículo 8) desde el 1 de noviembre de 2009 por la reserva efectuada por el país en la ratificación, incluyendo muertes, ataques contra población civil, tortura, atentados contra la dignidad personal, violencia sexual como arma de guerra y el empleo de niños en las hostilidades.⁷¹⁵

⁷¹⁰ AKSENOVA, M., “The ICC involvement in Colombia: Walking the Fine Line Between Peace and Justice” en BERGSMO, M. y STAHN, C. (ed.), *Quality Control in Preliminary Examination*, vol. I, Ed. Torkel Opsahl, Bruselas, 2018, pp. 257-282, p.271.

⁷¹¹ STEWART, J., “Complementariedad: una introducción al papel de los tribunales nacionales y la CPI en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales”, *Cámara de Comercio de Bogotá*, 1 de noviembre de 2018, párr. 55.

⁷¹² Rapport du Bureau du Procureur de la Cour Pénal Internationale sur les activités menées en 2019 en matière d'examen préliminaire, 5 décembre 2019, p. 26.

⁷¹³ *Ibidem*

⁷¹⁴ Nota de prensa de la Corte Penal Internacional, “La Fiscalía concluye su misión a Colombia”, *ICC-OTP*, 23 de enero de 2020.

⁷¹⁵ Rapport du Bureau du Procureur..., *op. cit.*, p. 27.

Si bien Colombia no es el único supuesto de examen preliminar por la Fiscalía (están abiertos actualmente Guinea, Nigeria, Irak, Palestina, Filipinas, República de Corea, Ucrania y Venezuela⁷¹⁶), sí es el único que presenta los matices propios del marco transicional ya que, si bien Venezuela podría encajar también en el supuesto, las circunstancias fácticas y contextuales en el marco político del país no permiten aún enmarcarlo en el seno de un proceso transicional. Es una muestra de cómo, según las declaraciones de la propia Oficina del Fiscal en 2019, los sistemas jurisdiccionales especiales en procesos transicionales son admitidos como mecanismo válidos por el DPI y por la labor garantista del mismo de la CPI, con la condición de que sirvan para la depuración de las responsabilidades penales individuales requeridas por los mandatos del DPI y se enmarquen dentro de acuerdos de paz o de democratización (principio de legalidad adaptado).⁷¹⁷ Lo que subyace es lo sintetizado por Stewart:

“La cuestión para la Fiscal de la CPI, pero, principalmente, para un Estado Parte del Estatuto de Roma, es cómo cumplir los requisitos de la justicia con arreglo al Estatuto, y asegurar al mismo tiempo una paz duradera.”⁷¹⁸

El caso colombiano es también representativo, ya que representa el empleo de la moratoria incluida en el artículo 124 del Estatuto de Roma, que autoriza a los Estados parte a una moratoria de siete años en la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra cometidos por nacionales o en el territorio del Estado firmante. Odio Benito ha calificado este mecanismo como “esencial en procesos de reconstrucción social de las sociedades en transición.”⁷¹⁹ Realmente, no ha transcurrido aun un plazo de tiempo ni ha habido acciones concretas que permitan valorar la utilidad del mecanismo desde un punto de vista práctico, pero en el marco teórico parece poder tener un impacto positivo en términos de conceder al proceso transicional la autonomía y flexibilidad que requiere la negociación política, pero, al mismo tiempo y desde el lado contrario, tiene un componente negativo, ya que supone un alargamiento de la impunidad frente a las demandas de las víctimas.

⁷¹⁶ Nota de prensa de la Corte Penal Internacional, “Preliminary Examinations”, *ICC-OTP*, 28 de octubre de 2021.

⁷¹⁷ Rapport du Bureau du Procureur..., *op. cit.*, p. 39.

⁷¹⁸ STEWART, J., “El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia”, *Conferencias organizadas por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo*, Universidad Externado en Bogotá, y la Universidad EAFIT en Medellín, 30-31 de mayo de 2018, p.3.

⁷¹⁹ ODIO, E., “Posibles..., *op. cit.*, p. 248.

BLOQUE IV: LA VERDAD: UN NUEVO DERECHO EN SEDE TRANSICIONAL

1. APROXIMACIONES A LA VERDAD COMO CONCEPTO TRANSICIONAL.

Como se subraya en la introducción del concepto de justicia transicional, el hecho de que se haya optado por la denominación de justicia no reduce los mecanismos que la integran a los índole judicial, toda vez que el Derecho y su capacidad de respuesta ante las sociedades modernizadas ha exigido desde la Revolución Industrial, y con mayor intensidad desde el fenómeno de la globalización, la instauración de mecanismos alternativos de gestión de los conflictos, con vistas no sólo a compensar los déficit que puedan experimentar los sistemas de justicia, sino también a canalizar los déficit que las respuestas judiciales plantean. Esta flexibilización pasa por la comprensión de las necesidades de las víctimas en sociedades en transición y por la comprensión de la inestabilidad e inmadurez prolongada que caracteriza a estas sociedades en tránsito hacia la democratización no sólo completa en términos formales sino estable, duradera y funcional desde el enfoque más eficiente posible.

Las comisiones de la verdad son uno de los mecanismos que resultan de este proceso. Aunque con menor intensidad que la justicia penal internacional, la verdad como institución en procesos transicionales también es el resultado de la integración de la perspectiva de los DDHH, del DIDH y de la concepción del ideal de justicia basada en los mismos, pero aplicada a la sede transicional. Como se avanzaba, la Corte IDH sí ha dejado clara su existencia en el marco de los países que se encuentran dentro del espectro de su jurisdicción; no obstante, merece la pena detenerse a analizar si existe algún fundamento para catalogar a la verdad como derecho desde una perspectiva más universal en primer lugar y continuar después con la apreciación de si, con independencia del status jurídico que se le conceda, la verdad y los instrumentos que se emplean para obtenerla, a saber, las llamadas comisiones de la verdad de manera genérica, aportan algo en sede transicional, ya sea en términos complementarios, sustitutivos, favorecedores o estancadores del procedo transicional y de sus mecanismos de acompañamiento.

Yasmin Naqvi, especialista en Derecho Internacional, presentaba en el año 2006 en el TMC Asser Institut de la Haya y, en el marco de una conferencia sobre derecho penal supranacional, una ponencia bajo la rúbrica *El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?*⁷²⁰ El planteamiento parte de una concepción penalista de la cuestión en atención a la cual, no existe derecho sin reconocimiento y sin ratificación. Lo cierto es que, tal y como ya resulta evidente, hay una marcada diferenciación entre los mecanismos propios del DIDH que combinan un *hard law* y un *soft law*, respecto a los mecanismos del DPI que, si bien es cierto, toma como sustento la universalidad y la vinculación intrínseca a la naturaleza humana de los DDHH, exige un sistema de tipificación expresa más riguroso con vistas a la garantía de los derechos de los penados. A pesar de estas exigencias autoimpuestas por el fundamento mismo del que parte esta concepción, pueden encontrarse indicios de complementariedad entre instrumentos transicionales en las resoluciones del Consejo de Seguridad que habilitan los tribunales penales internacionales, ya que, como indica la propia autora, en el plano de la justicia penal internacional hay un salto cualitativo y cuantitativo, toda vez que se pasa de un modelo centrado en la culpabilización, es decir, un modelo en el que el eje central es el acusado, para transitar también hacia un modelo basado en las víctimas donde, aparte de culpables, también se busca la contribución a la paz⁷²¹ y a la reconciliación nacional.⁷²²

Como ya se ha expuesto, el ejercicio de la justicia penal en sede transicional plantea una problemática basada en el compromiso con la estabilidad del proyecto transicional y una problemática de índole jurídica. Respecto a la primera, lo cierto es que un alto nivel de ejercicio de la facultad punitiva del estado naciente sobre el estado saliente puede derivar en el fracaso del proyecto de democratización, especialmente, porque es una de las bazas de negociación más constantes y, al mismo tiempo, más problemáticas. En el momento transicional, los equilibrios de poder son inestables, y frágiles y su supervivencia pasa por la búsqueda de alianzas. Puede verse, de manera gráfica y metafórica, como si la democracia y la sociedad en transición fuesen un equilibrista que va andando sobre una cuerda en un precipicio: los acuerdos y las concesiones fruto de una negociación política refuerzan la cuerda; los desacuerdos y la

⁷²⁰ NAQVI, Y., “El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?”, *International Review of the Red Cross*, n°862, 2006, pp. 245-273.

⁷²¹ Considerando 9 del preámbulo de la Resolución 808 del Consejo de Seguridad, *op. cit.*

⁷²² Considerando 7 de la Resolución 955 del Consejo de Seguridad sobre el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 8 de noviembre de 1994.

falta de capacidad de concesión la tensan, pudiendo llegar a romperla con consecuencias nefastas para la vida del trapeceista. Se genera una tensión constante, que sobrevive incluso a la finalización de la fase transicional acompañando a la joven democracia en su fase de maduración y estabilización, entre la impunidad y el éxito del proceso transicional. Esta tensión que, por otro lado, se aprecia en todos los procesos transicionales, nace de la propia inminencia del proceso transicional, ya que, si bien es cierto que la consolidación puede dilatarse en el tiempo casi de manera indefinida, la ruptura con el régimen saliente depende de la apertura de una ventana de oportunidad y exige determinada agilidad e inmediatez por los gestores del proceso transicional.

Calvo González, en su artículo titulado *La verdad de la verdad judicial*, expone que “si los hechos hablaran por sí mismos, bastaría con “reproducirlos” en juicio; pero sucede que los hechos son “mudos” y esto obliga a que para “oírlos” procesalmente se los deba reconstruir como una narración.”⁷²³ Esta afirmación se realiza en el contexto de la reflexión entre lo que es la verdad en sí misma considerada, como aquello que verdaderamente ocurrió y cuyos intervinientes son los únicos que lo conocen, y la verdad judicial, que es aquella establecida en sentencia tras la práctica de la prueba y la lucha judicial antagónica entre las partes en el proceso. En términos judiciales solo existe una verdad, pero en términos fácticos lo cierto es que existen tantas verdades como vivencias de la misma experiencia o situación o, tal y como expuso Borges respecto a la verdad llamada histórica: “la verdad histórica no es lo que sucedió, sino lo que juzgamos que sucedió.”⁷²⁴ También puede hablarse de lo que se conoce como verdad oficial, que, si bien es cierto ha estado tradicionalmente asociada a la ratificada en sede judicial o a la defendida por la representación procesal estatal representada por la Fiscalía, a día de hoy ha adquirido un significado mucho más amplio gracias a las instituciones dedicadas a garantizar el calificado como derecho a la verdad.

El hecho de que se plantee un debate acerca de la existencia o no de un derecho a la verdad es indiciario de que esta conceptualización o esta nueva concepción de la verdad está revestida de un carácter diferente al que tiene la verdad judicial, ya que nadie cuestiona que la finalidad del proceso, no siempre conseguida, sea la de la obtención con garantías de una verdad. No supone esta reflexión desestimar el valor que pueda tener la

⁷²³ CALVO, J., “La verdad de la verdad judicial (construcción y régimen narrativo)” en CALVO, J. (coord.), *Verdad, narración, justicia*, Ed. Universidad de Málaga, Málaga, 1998, pp. 7-37, p. 9.

⁷²⁴ BORGES, J. L., “Pierre Menard, autor del Quijote” en BORGES, J. L., *Ficciones 1944. En prosa completa*, vol. I, Ed. Bruguera, Barcelona, 1980, pp. 425-433, p. 432.

verdad judicial o restarle importancia, pero sí supone aproximarse a si los cauces que derivan en su obtención sirven para la garantía del mayor estándar de protección general o solamente de los estándares propios del proceso judicial y, con mayor intensidad, de los derechos de los acusados. El propio Tribunal Supremo español, en su sentencia de 29 de marzo de 1994, define la presunción de inocencia de la siguiente manera, a saber, como “verdad interina constitucionalmente garantizada.”⁷²⁵

Calvo González establece, de nuevo, una diferencia entre lo que es la verdad judicial cuya misión, expone, es simplemente, la fijación de los hechos⁷²⁶. A esa función se le debe complementar con la perspectiva que el enfoque de DDHH puede aportar a la verdad. Castillo-Córdova sintetiza este planteamiento de la siguiente manera:

“Después de un tiempo de olvido, esta premisa ha marcado no solo al constitucionalismo europeo continental con Alemania a la cabeza, sino también al actual constitucionalismo latinoamericano. La superación de las aporías en las que incurrió el estado legal de derecho exige necesariamente no agotar la justicia en el derecho positivado. Esta exigencia se manifiesta relevantemente en el significado de los derechos humanos como realidades que existen al margen e incluso en contra de la voluntad mayoritaria.”⁷²⁷

El origen de la verdad como institución jurídica con entidad propia se relaciona con los conflictos armados y, concretamente, con la desaparición forzada de personas y con los artículos 32 y 33 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, ya que desde el plano de las víctimas indirectas se reclamaba no sólo el enjuiciamiento de los culpables sino la determinación de las circunstancias en que la desaparición había tenido lugar y el lugar donde se las había llevado. Es un nuevo enfoque del Derecho Penal, al mismo tiempo que pone el acento en las víctimas y en su reparación más que en la punibilidad *stricto sensu*. Carla del Ponte, en la conferencia que dio el 12 de marzo de 2006 en La Haya como Fiscal del TPIY, subrayaba que los testimonios de los testigos y las pruebas instrumentales presentadas ante el Tribunal, si bien no habían servido para la obtención de una sentencia condenatoria contra Milosevic, “representan un caudal de pruebas que han quedado registradas.”⁷²⁸ La cuestión, entonces, radica en determinar si

⁷²⁵ Sentencia 16602/1994 del Tribunal Supremo de España de 29 de marzo de 1994.

⁷²⁶ CALVO, J., “La verdad...”, *op. cit.*, p. 9.

⁷²⁷ CASTILLO-CÓRDOVA, L., “Derecho a la verdad” en ÁLVAREZ, M. y CIPPITANO, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos Humanos e integración jurídica*, Ed. ISEG, Monterrey, 2013, pp. 118-126, p. 120.

⁷²⁸ Conferencia de prensa de la fiscal del Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia, Carla Del Ponte en La Haya el 12 de marzo de 2006.

puede darse a esas pruebas, a esas verdades un valor meramente simbólico en ausencia de condena penal o si, por el contrario, existen elementos jurídicos suficientes para dotarles de otra consideración, naturaleza y entidad y, en conclusión, si esa entidad jurídica puede ser la del paraguas del derecho a la verdad.

Ocurre con la verdad en sede transicional algo similar a lo que Benedetto Croce define en torno al análisis histórico cuando establece que la exploración de la verdad histórica se realiza mediante un interés actual.⁷²⁹ Derrida, en su obra *Prophets of extremity*, sostiene que no hay verdad más allá de lo reconocido en el plano institucional, al sentenciar que “nada hay fuera del texto; todo es un juego textual, sin conexión alguna con la verdad original.”⁷³⁰ Existe la tendencia a pensar que no hay verdad sin reconocimiento institucional. En este sentido, Naqvi plantea si la condena de pago del Monumento Conmemorativo y Cementerio de Srebrenica-Potocari ordenada por la Cámara de Derechos Humanos de Bosnia-Herzegovina a Serbia supone un reconocimiento del llamado genocidio de Srebrenica. En otras palabras, viene a debatir si la existencia de cualquier acto que suponga un esfuerzo restaurativo constituye un reconocimiento de la verdad o no. En términos transicionales, y toda vez que los mecanismos de la justicia transicional han quedado definidos como justicia, verdad y reparación, un acto de ese calado parece encajar más bien en el plano de la reparación que en el plano de la verdad. Cabe plantearse también el hecho de si la escritura, la manifestación lingüística o la oficialidad son características propias de la verdad para entenderla garantizada o no. Por ejemplo, en sede judicial hay escritura y oficialidad, incluso puede haber participación de las víctimas en el proceso y, sin embargo, en este punto del análisis todo parece indicar que no es suficiente para poder conceptualizar la verdad como derecho con entidad propia. Una de las garantías propias del proceso judicial es la de la imparcialidad y una de las grandes preocupaciones filosóficas en la determinación de la verdad es el relativismo. Continuando con la línea de Croce, si el interés o la mirada con la que se estudia el pasado influye en cómo este se narra, lo cierto es que casi se da por válida la premisa posmodernista acerca de la relatividad de la verdad, en función de la cual autores como Foucault han llegado a afirmar que

“la verdad no se halla fuera del poder, ni le falta poder (...). La verdad es una cosa de este mundo: se produce sólo en virtud de múltiples formas de coacción (...). “la verdad está ligada, en una relación circular, con los sistemas de poder que

⁷²⁹ CROCE, B., “History: Its Theory and Practice” citado en MEYERHOFF, H.(ed.), *The Philosophy of History in Our Time*, Ed. Doubleday Anchor, Nueva York, 1959, p. 45.

⁷³⁰ DERRIDA, J., *Prophets of Extremity*, Ed. University of California Press, Berkeley, 1985, p. 3.

la producen y la sostienen, y con los efectos del poder que la verdad induce y que, a su vez, la extienden. Un 'régimen' de verdad."⁷³¹

En definitiva, una premisa aparentemente tan sencilla como la defendida por Aristóteles para definir la verdad, en atención a la cual, "el decir de lo que es que no es, o de lo que no es que es, es falso; mientras que el decir de lo que es que es, o de lo que no es que no es, es verdadero"⁷³², trasladado al ámbito práctico, por ejemplo, en el seno de los Tribunales de Nuremberg, cuando se estableció en el discurso Robert H. Jackson al Presidente del Tribunal que el objetivo era "establecer sucesos increíbles mediante pruebas creíbles"⁷³³, ni siquiera en el ámbito de la más alta independencia judicial ha resistido al relativismo que la Filosofía lleva siglos enfrentando cuando aborda la cuestión de la verdad toda vez que, continuando con el ejemplo, existen corrientes negacionistas del Holocausto.

Este es, quizás, el primer escollo que enfrenta la definición del status jurídico de la verdad, el hecho de que hay tantas verdades como narradores y que, reconociendo cierta validez a Foucault, si bien todo no tienen por qué ser dinámicas de poder, control y dominación, sí existen planos sociales e institucionales que entran en el juego de la verdad. Hay dos elementos que permiten de alguna manera sortear este escollo o esta crítica a la propia esencia del concepto de verdad en el escenario jurídico ofrecido por las transiciones: el primero de ellos es la utilidad al proceso transicional y a su consolidación y el segundo de ellos radica en la difusión de la verdad. A efectos de escritura, se está empleando verdad en singular, pero la justificación es de mera economía lingüística, ya que, si bien es cierto que hay un interés académico notable en las discusiones en torno a la verdad, o, mejor dicho, la Verdad, en sede transicional quizás hay que abordarlo con un componente más práctico, desde el enfoque de las verdades, buscando una cierta coherencia y evitando el absurdo o la incompatibilidad de versiones. No se trata, entonces, en sede transicional y, más concretamente, en el ámbito de la verdad transicional de encontrar una narrativa descriptiva única de los hechos, sino de abordar los testimonios de las víctimas con un enfoque, una utilidad y una practicidad restaurativas.

⁷³¹ GORDON, C. (ed.), *Michael Foucault. Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972–1977*, Ed. Harvester Wheatsheaf, Londres, 1980, pp. 114.

⁷³² ARISTÓTELES, *Metafísica*, Ed. Austral, Barcelona, 2013.

⁷³³ Informe de Robert H. Jackson sobre Atrocidades y Crímenes de Guerra, dirigido al presidente del Tribunal de Nuremberg el 7 de junio de 1945.

Sintetiza, de nuevo, Naqvi esta aparente paradoja con la siguiente frase:

“Aunque algunos advierten contra la atmósfera permisiva que genera el posmodernismo, que tolera incluso a los negadores de los “hechos” históricos más documentados, un posmodernista aduciría que las diferentes interpretaciones de la verdad son fundamentales para precaverse contra regímenes absolutistas, como el régimen nazi.”⁷³⁴

a. LA CONVIVENCIA ENTRE VERDAD Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UNA APROXIMACIÓN PRÁCTICA

Entra en conexión directa con la verdad el derecho a la libertad de expresión, cuya existencia en tanto entidad jurídica y derecho no se cuestiona, pero cuyos límites sí pueden llegar a ser difusos y a plantear una problemática en el ámbito del respeto a las víctimas y en el reconocimiento de la verdad como derecho en sí mismo entendido. Un ejemplo ilustrativo de esto es el caso conocido como Librería Europa. El planteamiento del caso es el siguiente: Pedro Varela Geiss, el demandado, nació en Cataluña en 1957 y fue presidente del Círculo Español De Amigos De Europa (en adelante CEDADE), una asociación de ideología nacionalsocialista fundada en la ciudad condal en los años sesenta y que se convirtió, hasta su disolución en 1993, en un foco de difusión de ideas neonazis. Después fundó la Librería Europa, un establecimiento de edición, revisión y distribución de materiales que hacen apología del nazismo, del racismo, del antisemitismo, de la discriminación,... Esta librería es uno de los pocos establecimientos que poseen ese tipo de material, razón por la cual la distribución del mismo por parte de Pedro Varela Geiss no se limita al puro ámbito nacional, sino que también posibilita la adquisición de los mismos a nivel europeo y a Latinoamérica, entre otros.

En 1996, la figura jurídica del Fiscal Jefe de Cataluña, intervino la Librería Europa y extrajo materiales relativos a la apología del nazismo, a la negación de la existencia del Holocausto judío, archivos de organización de la CEDADE... A partir de esta intervención comenzó un largo proceso judicial que siguió el cauce natural de instancias jurídicas en España. La primera fase del proceso judicial tuvo lugar en el Juzgado de lo Penal de Barcelona, exactamente en el Juzgado número 3, que dictó en 1998 una sentencia

⁷³⁴ NAQVI, Y., “El derecho..., *op. cit.*, p. 254.

en la que condenaba a Pedro Varela Geiss de acuerdo a los artículos 607.2 y 510.1 de la versión del Código Penal vigente en ese momento. Estos preceptos sancionaban:

“La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo (genocidio y otros afines), o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos.”

Y:

“los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.”

El artículo 607 se refiere a los delitos de genocidio, entendiendo por tal la intención de exterminar a, o terminar parcialmente con un grupo de personas por motivos de tipo étnico, religioso, racial o nacional, es decir, por motivos de inspiración sociológica, pero añade otro segundo delito que entraría dentro de los tipificados como genocidio, al considerar también sancionable (antes de que el artículo fuera modificado por el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad) el hecho de negar la veracidad o la existencia de actos de genocidio reconocidos por la ley y el hecho de incitar a la reaparición o aparición de regímenes políticos que propugnen estas prácticas genocidas. Partiendo de esta configuración legal, el Juzgado de lo Penal condenó a Pedro Varela Geiss a dos años de prisión. Como fundamento de esta condena se tuvo en cuenta el material encontrado en la librería, entre el cual, se incluían, en diferentes plataformas de difusión (carteles, libros, cartas,...), varias ideas sirviendo esta como causa de la condena: la negación del Holocausto sufrido por la comunidad judía en la II Guerra Mundial y durante el gobierno del III Reich, que comenzó con discriminaciones en el acceso a determinadas profesiones y servicios, la posterior persecución a la comunidad judía y su final internamiento y asesinato colectivo en campos de exterminio, que están correcta e históricamente documentados. De la lectura del Código Penal se desprendería que el hecho de afirmar la no existencia de uno de los casos tipificados como genocidio era una conducta antijurídica.

Por otro lado, el artículo 510 contemplaba que el hecho de incitar al odio, desprecio, marginación o agresión hacia un grupo humano por motivos de tipo sociológico, físico, sexual o religioso es susceptible de ser sancionado con una pena de cárcel entre uno y tres años, además de con una sanción pecuniaria que podría durar entre medio y un año y, a la luz del contenido de los materiales encontrados en la librería que calificaban a los judíos como una raza inferior y como, literalmente, “ratas a las que hay que exterminar”, el Juzgado de lo Penal consideró oportuna una sanción de tres años de privación de libertad en prisión, más el pago de una multa de 2.000 pesetas diarias durante 12 meses por incitación al odio y la agresión o al antisemitismo violento.

Se interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona convocó a las partes para plantear una cuestión de inconstitucionalidad de los preceptos del Código Penal invocados, por posible colisión con el derecho a la libertad de expresión recogido en el artículo 20.1 CE. La Audiencia Provincial de Barcelona planteó que el origen de su duda se encontraba en el hecho de que el artículo 607.2 solo sancionaba la transmisión o divulgación de doctrinas que negasen o justificasen delitos de genocidio y no contemplaba nada más, ya que la apología del delito se contemplaba en otro artículo del Código Penal y la incitación al odio o violencia por motivos discriminatorios en el 510. Esa gran especificidad del artículo 607.2, que solo sancionaba la difusión de ideas sobre hechos históricos, contradecía, según la Audiencia Provincial, el principio de libertad de expresión reconocido por la Constitución. Consideró, además, que el espíritu del artículo 607.2, es decir, la intención con la cual el legislador lo redactó, era la de penar la creación de una atmósfera de convivencia que favorezca el empleo de la violencia y la discriminación, pero, este hecho estaba contemplado en otros artículos del Código Penal como el 18 o el 510. En resumen, la Audiencia Provincial entendía que no coincidían la letra y el espíritu del precepto 607.2, que la intención era la de sancionar conductas contempladas en otros artículos y que, por tanto, atendiendo a su significado literal, el 607.2 limitaba el derecho a la libertad de expresión.

El abogado del Estado se posicionó en contra de la cuestión de inconstitucionalidad y el Congreso de los Diputados decidió no presentar alegaciones en un tema tan sensible como el que se estaba debatiendo: si la verdad históricamente reconocida entra dentro del derecho al disenso y dónde acaban los límites del disenso y comienzan los delitos de odio y, trayendo la cuestión a este estudio en concreto, si la tipificación de los delitos de odio es una garantía de la verdad como derecho y cómo

conviven disenso, verdad y libertad de expresión. Una tríada especialmente convulsa en sede transicional, donde el relato aún se encuentra en una fase de construcción social.

Entre otros argumentos, el abogado del Estado sostuvo que, del mismo modo que se sanciona la apología del delito, debía ser sancionada la justificación de la realización del delito, ya que esta última comprendía tanto el hecho delictivo como al autor, es decir, acreditar la realización de una infracción abarca también el proteger al que la realizó. Entonces, la finalidad del artículo 607.2, era la de proteger a las minorías frente a la justificación de actos que les pongan en peligro, y entonces sería un artículo válido constitucionalmente, ya que la Constitución garantiza la protección a las minorías, la dignidad, libertad..., de todos los miembros de la sociedad española. El artículo 607.2 serviría, siguiendo el hilo argumentativo del abogado del Estado, para impedir conductas que desequilibren o dañen la convivencia humana y cuyas consecuencias, muestra la historia, son de alcance amplio y grave. Su conclusión final la expresó en los siguientes términos: “Profesar ideas y doctrinas que nieguen que el genocidio sea delito o que justifiquen el delito no constituye un acto de ejercicio del derecho fundamental a opinar libremente”.

El Fiscal General se apoyó, sin embargo, en el artículo 10.2 del CEDH y determinó que dentro de la libertad de expresión tenían cabida tanto las opiniones aceptadas socialmente como aquellas que carecieran de esa aceptación o de rigor histórico-científico, siempre y cuando estas últimas no consistieran en el desprecio de algún ser humano, en cuyo caso podría ser sancionada la conducta y, por tanto, no quedaría amparada por la libertad de expresión. Es decir, diferenció entre dos conductas, la de corregir o estar en desacuerdo con la existencia de algo, y la de menospreciar o faltar al respeto a la dignidad de las personas.

El Tribunal Constitucional comenzó su razonamiento haciendo una definición de lo que es y lo que significa la libertad de expresión en el régimen político democrático actual. Indicó que, en línea con Jurisprudencia y con la de organismos internacionales, la libertad de expresión tiene una importancia vital, ya no sólo como libertad individual sino como garantía de una comunicación libre. Con ello, la libertad de expresión entraría dentro de esos valores, libertades y derechos fundamentales necesarios para el establecimiento de una sociedad democrática, tal y como reconoce la Constitución. La libertad de expresión es, entonces, un pilar fundamental en el régimen democrático garantizado por la Constitución, y sin ella artículos como el 1.2 o el 20 quedarían vacíos

de contenido real, es decir, serían papel mojado y preceptos sin efecto. Esta importancia de la transmisión de información reside en un principio fundamental democrático, que es la participación ciudadana. Esta participación requiere a un ciudadano con acceso a fuentes informativas verídicas a partir de las cuales pueda formarse su propio parecer. Este acceso a la información y ese mantener informados y/o formados a los ciudadanos conlleva de forma inmediata el surgimiento de la crítica, es decir, que aparezca la posibilidad de estar a favor o en contra de determinadas cosas, de corregirlas o de compartirlas. Por lo que la libertad de expresión comprende tanto las opiniones favorables y aceptadas por la conciencia colectiva estatal como aquellas que puedan parecer chocantes o sean las propias de una minoría, es decir, no se puede limitar la libertad de expresión bajo la premisa de que lo expresado sea anticonstitucional, ya que el acceso a la información conlleva que aparezca la capacidad de valorar el sistema político, social, económico, histórico... en el que uno se encuentra. En otras palabras, no es obligatorio estar a favor del régimen en el que se desarrolla la vida social, por lo que no es anticonstitucional estar en contra del mismo. Esto, da pie de forma inmediata y consecuente a una sociedad plural, es decir, de diversas opiniones. Estas garantías recogidas en la Constitución limitan, por tanto, la intervención estatal en el pensamiento o modo de ver y razonar individual, especialmente a los órganos judiciales y legislativos, que no podrán desempeñar una labor de control o limpieza ideológica, pues eso sí sería inconstitucional.

Bajo el derecho de la libertad de expresión quedan recogidas, según sentencias de casos anteriores dictadas tanto por el propio Tribunal Constitucional como por el Europeo de Derechos Humanos, todas las ideas, frases y expresiones que carezcan de ofensa o de ultraje, por lo que, todas aquellas expresiones que “busquen una verdad histórica”, están amparadas por la libertad de expresión. Lo definido como “búsqueda de la verdad histórica” se refiere a cualquier tipo de expresión que aporte una mera visión de los hechos históricos, aunque no sea la visión rigurosa o mayoritariamente aceptada. Ahora bien, se establece una diferencia entre una simple visión o discrepancia frente al rigor histórico y una expresión que propugne una visión de los acontecimientos que incite al odio, la discriminación, la violencia..., puesto que entonces entrarían en conflicto los derechos y libertades de la Constitución de igualdad, seguridad y dignidad frente al de libertad de expresión.

Esto quiere decir que existe una libertad de expresión, que ampara todas las opiniones, pero que posee los límites fijados por el resto de garantías constitucionales. Todas las expresiones que ensalcen y justifiquen la figura de un régimen o persona que atente o haya atentado contra la dignidad humana y sus valores inherentes, y/o las expresiones que justifiquen dichos actos, quedan fuera de la cobertura de la libertad de expresión. Las sentencias del TEDH van más allá e imponen otro límite: la negación de hechos históricos cuyo rigor no está sometido a debate, es decir, sobre los cuales no existe duda alguna acerca de su veracidad; el negarlos tampoco quedaría amparado por la libertad de expresión siempre y cuando conlleve una clara intención de odio, violencia, maltrato... hacia las víctimas, los supervivientes, los opositores... Este límite está establecido en un convenio europeo, es decir, cada estado puede establecer sus propias medidas en torno a la cuestión siempre y cuando se alcance el objetivo del convenio, que no es otro que el de sancionar las opiniones claramente vejatorias hacia una comunidad o que exalten comportamientos de tipo violento o discriminatorio que pongan en riesgo la dignidad y la convivencia democrática.

El Tribunal Constitucional se adhirió a esa jurisprudencia o interpretación europea, diferenciando entre una mera concepción de la historia y una falta a la dignidad de un grupo social. El fallo del tribunal se concentró en dos cuestiones: por un lado, determinó que la negación simple y llanamente no conlleva incitación, exaltación o discriminación violenta hacia colectivos sociales, según establecen tanto acuerdos internacionales como la propia Constitución; es más, la negación por sí sola, está protegida no solo por el derecho a la libertad de expresión, sino también por el de libertad científica. Entendió que la Historia es una ciencia, que no se puede entender puramente objetiva, sino que conlleva ciertas interpretaciones o juicios de valor personales, y es esta característica la que es fundamental para que esta disciplina que es la Historia se desarrolle plenamente como ciencia. Consecuentemente, según el Tribunal Constitucional, la negación de un hecho, sin ser un juicio valorativo sobre su delictividad o legitimidad, está protegida por el derecho a la libertad de expresión. Y, por otro lado, la justificación de un delito sí supone una conducta punible.

Hubo cuatro votos discrepantes que sí veían en la negación una conducta sancionable y perseguible penalmente:

El magistrado García-Calvo y Montiel consideró que la negación es un peligro potencial, pues teniendo en cuenta el impacto histórico y social que han tenido los delitos

de genocidio, no puede quedar amparado bajo la libertad de expresión el hecho de negarlos. Según este magistrado, la distinción entre provocación directa y provocación indirecta es una distinción pura y llanamente teórica que en la realidad social representa el mismo tipo de peligro para la convivencia humana. Además, hizo referencia a la labor que el legislador desempeña en el contexto jurídico-social y opina que el hecho de diferenciar diferentes formas de genocidio y diferentes formas de incitación al mismo en diferentes artículos constituye por parte del legislador una forma de abarcar todas las posibles incitaciones y exaltaciones que del genocidio puedan hacerse, considerándolas a todas como peligrosas por el impacto que han tenido estas acciones a lo largo de la historia, siendo las más recientes el Holocausto nazi y el genocidio de Ruanda.

En segundo lugar, el magistrado Rodríguez Zapata, que comenzó recordando que a pesar de que en inicio el pluralismo era el ideal jurídico por excelencia, actualmente, en el sistema jurídico europeo y en el español en particular, el derecho fundamental a proteger es el de la dignidad de las personas y en sentencias anteriormente dictadas por el Tribunal Constitucional se habían penado y considerado constitucionalmente inválidas aquellas posturas que, negando la historia, pudieran resultar ofensivas para determinados colectivos, como por ejemplo el pueblo judío. Aludía a la labor y el componente histórico-social por el que se encuentra siempre influenciado tanto el Derecho como el legislador, siendo la negación de los genocidios un peligro social, la protección del pluralismo una prioridad en el derecho europeo común y el interno de cada estado, y el evitar que un país pueda convertirse en cuna del resurgimiento de tendencias genocidas es el objetivo principal. En anteriores sentencias, expuso el magistrado, el Tribunal Constitucional se había pronunciado a favor de la constitucionalidad de preceptos y de sentencias que condenaban la negación de algún genocidio, por considerarla un ataque a un colectivo.

En tercer lugar, el magistrado Rodríguez Arribas consideró “el negacionismo” como un menosprecio hacia las víctimas que sufrieron un determinado genocidio y como una tergiversación de hechos históricos fehacientes que puede hacer rebrotar las actitudes cuya existencia niega, atentando contra la democracia existente. Del mismo modo, el empleo de la conjunción “o”, significa que el legislador consideraba igual de sancionables ambas conductas y sus consecuencias, igual de nefastas para el conjunto social, que no puede entender la negación de un genocidio universalmente comprobado como fruto de la investigación científica.

Y, en último lugar, el voto del magistrado Sala Sánchez, cuya argumentación se basaba en que el empleo por parte del legislador de la conjunción “o” entre negar y justificar implica que ambas conductas han sido por él contempladas como peligrosas y como posibles incitadoras de conductas que atenten contra la dignidad de colectivos o que inciten a la violencia.

La cuestión llegó al TEDH tanto por las garantías procesales previstas en el artículo 6 del CEDH como por sus artículos 9 y 10, relativos a la libertad de conciencia y expresión, siendo la sentencia condenatoria para España, ya que el TEDH considera que la libertad de expresión ampara la venta de esos materiales; cuestión diferente sería la de la redacción de los mismos.

En este caso en particular, no se cuestiona en ninguno de los niveles judiciales el relato histórico consolidado y se pone el foco en lo que viene denominándose posverdad y relatos alternativos, pero la discusión entra de lleno en el ámbito de la verdad, particularmente en si, existiendo una verdad oficial y oficializada, la libertad de expresión ampara otras versiones y con qué límites, siendo el honor de las víctimas uno de ellos. Si esta cuestión tiene trascendencia respecto de un hecho históricamente lejano, como es el Holocausto, y respecto de un hecho en el que hay un consenso científico, las implicaciones de esta relación entre verdad y expresión, entre derecho y libertad, son aún más intensas en sede transicional, donde aún se está en la búsqueda y definición de la verdad tanto en términos históricos como en términos sociales. La cuestión planteada de una manera cruda sería: ¿entran todas las verdades en la verdad transicional? ¿El enfoque de DDHH opera desde el inicio mismo de la búsqueda de esa verdad?

Un elemento particularmente relevante es el de la memoria acompañada de adjetivos como histórica o democrática, e íntimamente relacionada con el concepto de verdad y con la idea de la no repetición, ya que no se trata de obtener una verdad en el instante transicional y después guardarla en un cajón, sino de crear un relato sobre los hechos que la sociedad transicional sea capaz de recordar, lo que requiere un alto esfuerzo democrático y ciudadano. Ilustrativa de esta capacidad es la sentencia de Alberto Medina sobre la transición española cuando expuso que

“Todos sabemos que este maravilloso espacio de conciliación y unidad nacional no es más que simulación de sí mismo, pero qué necesidad hay de levantar la máscara. Ese movimiento de revelación abriría la puerta de un retorno a la irracionalidad y la violencia del pasado. El teatro es condición necesaria para una

pacífica convivencia. No es otro el pacto que sostiene el consenso y que sus voces críticas unánimemente luchan por desvelar.”⁷³⁵

Colacrai, interpretando a Halbwachs, exponía sobre los marcos en que se define el pasado en relación al presente que “esos marcos son sociales en tanto se construyen con los otros y son los que posibilitan la aparición de un recuerdo. El sociólogo francés los define como recuerdos estables que permiten a los individuos la recuperación del pasado.”⁷³⁶

Lo cierto es que el concepto de memoria parece más vinculado al ámbito de la psicología o de la psiquiatría que al de la historiografía, las ciencias jurídicas o la politología y, sin embargo, el modo en que una sociedad enfrenta su pasado es crucial en todos los campos mencionados. El propio Halbwachs, conocido como el sociólogo de la memoria, sostuvo la importancia del componente social que atañe a la memoria al sostener que

“Para obtener un recuerdo, no basta con reconstruir pieza a pieza la imagen de un hecho pasado. Esta reconstrucción debe realizarse a partir de datos o nociones comunes que se encuentran en nuestra mente al igual que en la de los demás, porque pasan sin cesar de éstos a aquélla y viceversa, lo cual sólo es posible si han formado parte y siguen formando parte de una misma sociedad. Sólo así puede entenderse que un recuerdo pueda reconocerse y reconstruirse a la vez.”⁷³⁷

Lo que está planteando Halbwachs es que no puede pretenderse que la memoria sea objetiva e imparcial en el sentido más puro de los términos, porque esta es fruto ya no sólo de la vivencia individual, sino del relato y del imaginario colectivo. Esta idea que, en un primer momento puede ser el argumento para desterrar cualquier planteamiento sobre la memoria democrática o la memoria histórica, es la que permite sostener que si la memoria en sí misma es un acto social y de comunicación y diálogo, la memoria democrática y la memoria histórica también deben serlo toda vez que, como propone Jelin en su obra *Los trabajos de la memoria*, “la memoria como construcción social narrativa

⁷³⁵ MEDINA, A., “De la emancipación al simulacro: la ejemplaridad de la transición española”, en SUBIRATS, E.(ed.), *Intransiciones. Crítica de la cultura española*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2002, pp. 8-37, p. 30.

⁷³⁶ COLACRAI, P., “Releyendo a Maurice Halbwachs, Una revisión del concepto de memoria colectiva”, *La Trama de la Comunicación*, vol. 14, 2010, pp. 63-73, p. 65.

⁷³⁷ HALBWACHS, M., *La memoria Colectiva*, Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2004, p 34.

implica el estudio de las propiedades de quien narra, de la institución que le otorga o niega poder y lo/a autoriza a pronunciar las palabras.”⁷³⁸

Castillejo, analizando la situación colombiana exponía que a ese elemento de construcción social debe añadirse un segundo elemento y es que la sociedad en búsqueda de su memoria y en construcción del relato de su pasado esté capacitada para escucharlo.⁷³⁹ Este requisito pone el énfasis en dos matices importantes en sede transicional: el primero de ellos es el tiempo y la necesidad de gestionarlo adecuadamente para garantizar la viabilidad del proceso transicional y el segundo de ellos es el componente de realidad o de objetividad que se exige a la memoria para categorizarla de histórica o democrática. Desde el Centro Nacional de Memoria Histórica de Bogotá se determinó que “construir memoria es un acto político y una práctica social.”⁷⁴⁰ A esta frase habría que añadirle el matiz de que es la construcción de la memoria colectiva la que es un acto político, en tanto en cuanto exige un compromiso y es una práctica social porque de no involucrar a todos los miembros de la sociedad no sería colectiva, sino grupal o individual, y tampoco sería democrática o histórica. Entienden Jelin que lo que define a la memoria colectiva es que

“se la puede interpretar también en el sentido de memorias compartidas, superpuestas, producto de interacciones múltiples, encuadradas en marcos sociales y en relaciones de poder. Lo colectivo de las memorias es el entretendido de tradiciones y memorias individuales, en diálogo con otros.”⁷⁴¹

Los problemas ya no tanto de definición conceptual como de dotación de contenido a cada memoria colectiva residen en el trauma del recuerdo⁷⁴², recogiendo el testigo de la psiquiatría en la capacidad de crítica individual, en la asunción, que no depuración, de responsabilidad y, yendo al ámbito de la politología, en la confrontación que implica la ideología. En el plano de las transiciones democráticas, la construcción o, mejor dicho, la reconstrucción de la memoria se ve, se vive y se siente de manera ideológica y, por extensión, emocional o, tal y como resume Ibarra, la memoria colectiva,

⁷³⁸ JELIN, E., *Los trabajos de la memoria*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2002, p 35.

⁷³⁹ CASTILLEJO, A., “Perspectivas en diálogo: una reflexión con Alejandro Castillejo sobre el legado de Elizabeth Jelin a los estudios de la memoria latinoamericanos”, *Crolar*, nº 2, vol. 6, 2017, pp. 44-50, p. 47.

⁷⁴⁰ CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA, *Recordar y narrar el conflicto*, Ed. University of British Columbia, Bogotá, 2013, p. 34.

⁷⁴¹ JELIN, E., *Los trabajos...*, *op. cit.*, p. 22.

⁷⁴² ROLDÁN, I., “El testimonio. Aportes a la construcción de la memoria histórica”, *Revista Colombiana de Psiquiatría*, nº 2, vol. 42, 2013, pp. 222-226, p. 223.

“se expresa y se recrea a partir de las creencias, los mitos, los ritos y los actos litúrgicos celebrados por un determinado grupo que los transmite de generación en generación.”⁷⁴³

A esto se suma en el contexto de transiciones democráticas un problema de legitimidad y silencio que actúa en un doble sentido: por un lado, hasta el momento transicional es la verdad del régimen la dotada de legitimidad institucional (o de oficialidad ya que, en ocasiones, el desgaste del régimen saliente es de tal magnitud que el reconocimiento institucional y, por extensión su legitimidad, se encuentran en el mínimo nivel social) y las víctimas se encuentran silenciadas o desacreditadas. Y, por otro lado, los interlocutores no se reconocen legitimidad entre ellos, lo que deriva en una percepción recíproca del relato como justificación y revanchismo, respectivamente.⁷⁴⁴ A esto se une la disyuntiva terminológica del concepto mismo de memoria histórica que parece contraponer dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo. De ahí que a día de hoy se esté optando por el concepto de memoria democrática.

Esto no supone que la memoria democrática sea únicamente el resultado de visiones contrapuestas propias del imaginario colectivo; lo que implica es que, en primer lugar la Historia como disciplina científica tiene sus fuentes, dentro de las cuales se enmarcan también el imaginario colectivo y los testimonios; y, en segundo lugar que la memoria democrática no puede eludir la verdad histórica, pero sí complementarla con las vivencias personales. A estos efectos, la verdad como institución transicional, se asocia con el relato de la memoria democrática más que con una verdad puramente empírica, o absolutamente objetiva e imparcial.

Nora en su obra *Los lugares de la memoria* trata la diferencia entre memoria e historia exponiendo que

“Memoria, historia: lejos de ser sinónimos, tomamos conciencia de que todo los opone. La memoria es la vida, siempre encarnada por grupos vivientes y, en ese sentido, está en evolución permanente, abierta a la dialéctica del recuerdo y de la amnesia, inconsciente de sus deformaciones sucesivas, vulnerable a todas las utilidades y manipulaciones, capaz de largas latencias y repentinas

⁷⁴³ IBARRA, A. C., “Entre la historia y la memoria. Identidad colectiva, memoria y experiencia, discusiones recientes” en AGUILUZ, M. y WALDMAN, G. (comp.), *Memorias (in) cognitivas: contiendas en la historia*, Ed. Universidad Autónoma de México-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, México, 2006, pp. 21-38, p. 25.

⁷⁴⁴ SÁNCHEZ, G., “Tiempo de memoria, tiempo de víctimas”, *Análisis político*, n°63, 2008, pp. 3-21, p. 7.

revitalizaciones. La historia es la reconstrucción siempre problemática e incompleta de lo que ya no es.”⁷⁴⁵

Esto supone que historia en tanto que disciplina científica es una, pero sus interpretaciones son muchas, tantas como memorias, porque la memoria es vivencia. En el marco de la asociación entre verdad y memoria, existe la pregunta de cuantas versiones acepta la verdad transicional. Si solo fuese una, estaríamos hablando de historia, una historia de carácter objetivo que toma el testimonio como fuente, pero busca otros elementos y evidencias de apoyo. La verdad transicional es diferente porque el testimonio es la fuente principal, pero tampoco la única. No existe una definición precisa de los elementos que integran la verdad transicional, pero un criterio válido puede ser el ya definido entorno a la libertad de expresión, es decir, de la misma manera en que la libertad de expresión en sede democrática no ampara todas las expresiones ni tiene un alcance ilimitado, un mismo razonamiento es aplicable en sede transicional, pero de una manera distinta, ya que en la búsqueda de la verdad transicional conviven dos cuestiones: la idea de obtener una narrativa o un relato y la de integrar los testimonios de víctimas y autores, en definitiva de los partícipes de la historia. En relación al proceso colombiano de transición y sobre la importancia del testimonio, Roldán expuso que, a través del testimonio, “se hace posible mostrar al país las vivencias, crear conciencia pública sobre el sufrimiento y fortalecer la capacidad de perdonar y de construir nación.”⁷⁴⁶

El objetivo de la verdad y, por tanto, de la memoria en sede transicional, es el de reconstruir una sociedad fracturada por la violencia y las violaciones de DDHH a través de una escucha activa y de un relato de los hechos que tiene en cuenta el discurso de los partícipes. Se incluye en los análisis citados el concepto de perdón, más bien se trata de generar una confianza social, un reconocimiento de responsabilidad y de legitimidad y una cohesión social. Aguilar define las políticas de memoria, es decir, todos aquellos esfuerzos encaminados a la obtención de la verdad de la siguiente manera

“todas aquellas iniciativas carácter público (no necesariamente político) destinadas a difundir o consolidar una determinada interpretación de algún acontecimiento del pasado de gran relevancia para determinados grupos sociales o políticos, o para el conjunto de un país.”⁷⁴⁷

⁷⁴⁵ NORA, P., *Los lugares de la memoria*, Ed. Trilce, Montevideo, 2008, p. 20.

⁷⁴⁶ ROLDÁN, I., “El testimonio...”, *op. cit.*

⁷⁴⁷ AGUILAR, P., *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Ed. Alianza, Madrid, 2008 p. 53.

La misma autora expone que en ese proceso lo que hay son memorias enfrentadas. Ella define el proceso poniendo el foco en la inestabilidad transicional, a saber,

“En ocasiones, cuando las múltiples memorias están en abierta contradicción entre sí en un período crítico especialmente necesitado de consenso y equilibrio (como la Transición española) puede suceder que, ya que se prevé una confrontación de memorias, o bien se busque en la propia Historia (a veces inventando, de no existir en el pasado, una memoria adecuada) una memoria oficial que satisfaga a todos (esta memoria suele ser valorativa, como el “todos tuvimos la culpa”, y no factual, ya que sobre los episodios más concretos es más difícil llegar al consenso), o bien se silencien las referencias al hecho en cuestión con la finalidad de alejar la polémica tanto como sea posible.”⁷⁴⁸

En otras palabras, la confrontación entre memorias es conflictiva porque parte de una vivencia subjetiva y contrapuesta basada en los roles y la diferenciación de los mismos, así como en la asimetría de poder propia del régimen saliente. Es importante también la noción de consenso que expone la autora y cabe plantearse si la verdad transicional y la memoria democrática lo requiere y de requerirlo, en qué medida lo hace.

Filippo Focardi, titulaba su obra sobre la Resistencia italiana *La guerra della memoria*, haciendo hincapié en el componente conflictivo de enfrentar visiones contrapuestas de lo ocurrido. La transcendencia de esa contraposición radica no solamente en las versiones diferenciadas por las vivencias, las ideologías y los posicionamientos institucionales, sino también en la construcción de una nueva ideología de estado que se encuentra en su fase de definición, delimitación y conceptualización y que no sólo comprende la manera en la que afrontar el futuro sino también la manera en la que lidiar con el pasado. Rossana Rossanda, en su novela *La muchacha del siglo pasado*, dice que la memoria, “porque es un registro inmóvil, es un magna móvil. No es historia, si por “historia” se entiende “lo sucedido, todo lo sucedido y nada más que lo sucedido”, como en la fórmula del tribunal. Entra también cómo ha sido vivido, cómo ha sido recordado y olvidado. Algo tendrá que ser después de todo.”⁷⁴⁹ Esta es la esencia misma de la memoria transicional, es decir, de una manera viva, la memoria democrática es una toma de consciencia a nivel social e institucional de lo que fue porque algo pasó.

⁷⁴⁸ AGUILAR, P., *Memoria y olvido de la Guerra Civil española*, Ed. Alianza, Madrid, 1996, p. 26.

⁷⁴⁹ ROSSANDA, R., *La muchacha del siglo pasado*, Ed. Foca, Madrid, 2008.

Carreras y Forcadell, y esta es una visión compartida por un sector doctrinal, entienden que la memoria y la verdad en sede transicional son una apuesta ideológica por cuanto que asocian la ausencia de mecanismos de verdad en sede transicional europea con el neoliberalismo:

“la historia habría terminado, existirían sólo las pequeñas historias(...). Pero parece que a los metarrelatos emancipadores de la burguesía decimonónica o del proletariado revolucionario lo que les ha sucedido y sustituido es otro metarrelato, no menos determinista, el de la globalización neoliberal.”⁷⁵⁰

Lo que subyace en ese análisis es una visión pesimista de los procesos transicionales, porque los aprecia como concesiones del poder en vez de como cambios estructurales o, en otras palabras, como un cambio en el modelo de gobierno que permite la permanencia de las mismas instituciones a través de una renovación aparente, pero que no integra nuevos principios, por lo que no tiene interés en la construcción o en la obtención de un nuevo relato sobre la manera en la que afrontar el pasado. Evidentemente, el tipo de transición delimita la participación del régimen saliente en el propio proceso transicional y en las nuevas instituciones, pero el foco de atención debe ponerse sobre el consenso en torno al futuro que desea construirse por la vía de esa transición y no tanto en torno a un caso sobre la delimitación por contraposición de buenos y malos en el régimen pasado.

Esta concepción es heredera del concepto de la lucha de clases trasladado a la permanencia en el poder y a sus dinámicas, partiendo de lo resumido por Chesneaux, a saber,

“En las sociedades de clases, la historia forma parte de los instrumentos por medio de los cuales la clase dirigente mantiene su poder. El aparato del estado trata de controlar el pasado, al nivel de la política práctica y al nivel de la ideología, a la vez. (...). Así, el estado llega a intervenir más concretamente, para ritualizar el pasado y atraerse a su servicio la memoria popular (...). El poder controla todavía el pasado de manera mucho más activa y directa. Funda su práctica política, su decisión, sus opciones, en el pasado, sobre todo el más reciente.”⁷⁵¹

⁷⁵⁰ CARRERAS, J. J. y FORCADELL, C., “Introducción. Historia y política: usos” en CARRERAS, J. J. y FORCADELL, C. (eds.), *Usos públicos de la historia*, Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza y Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 11-45, p. 40.

⁷⁵¹ CHESNEAUX, J., *¿Hacemos tabla rasa del pasado? A propósito de la historia y de los historiadores*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1984, p. 29-33.

En el enfoque transicional basado en el ideal de justicia propio de los DDHH, esta idea del relato politizado pierde sentido, porque no podría hablarse de un verdadero proceso transicional ni de la presencia de la verdad y de la memoria en sede transicional si del análisis del proceso se dedujera una lógica gatopardista, que es la que, de hecho, subyace en los enfoques aquí expuestos. Esta aproximación permite consolidar la idea aquí propuesta de que la verdad en sede transicional y su resultado, la memoria democrática, son un proceso dialógico y multidireccional.

b. LA VERDAD. SU LUGAR EN LA JUSTICIA TRANSICIÓN

Establece Bernaldes Rojas que “el reconocimiento de este derecho precisa que ya no sólo se le contemple como una parte del debido proceso, sino como un derecho fundamental autónomo, ubicado además dentro de los derechos sociales, resultando su reconocimiento una necesidad en las sociedades políticas modernas.”⁷⁵²

Uprimny y Saffon entienden que la verdad entendida como derecho

“es de gran centralidad en la discusión sobre la manera como deben ser enfrentados los crímenes atroces perpetrados en el seno de un conflicto armado o de un régimen autoritario. En efecto, la verdad se erige como un derecho individual de las víctimas a conocer las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que acaecieron los crímenes atroces, así como en un derecho colectivo de la sociedad a acceder a un relato histórico sobre las razones por las cuales sucedieron tales crímenes atroces.”⁷⁵³

Desde esta definición puede entenderse que el derecho a la verdad tiene dos dimensiones, a saber, una de carácter individual y una de carácter colectivo o una tendente al otorgamiento de una reparación de carácter simbólico a las víctimas y una tendente a la realización del ideal de sociedad justa defendido por Rawls, quien expuso que “las primeras virtudes de la actividad humana, la verdad y la justicia, no pueden estar sujetas a transacciones.”⁷⁵⁴

⁷⁵² BERNALDES, G., “El derecho a la verdad”, *Estudios Constitucionales*, n°2, vol. 14, 2016, pp. 263-304, p. 266.

⁷⁵³ UPRIMNY, R. y SAFFON, M. P., “Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica”, *De justicia*, 24 de julio de 2007.

⁷⁵⁴ RAWLS, J., *Teoría...*, *op. cit.*, p. 18.

Sin embargo, aunque este planteamiento es válido, lo cierto es que no resuelve el problema de la consideración o aproximación que jurídicamente deba dársele a la verdad, toda vez que se centra en las funcionalidades de la misma en vez de en su naturaleza. Es cierto que la doctrina sobre transiciones coincide en la utilidad y necesidad de la verdad en sede transicional, ahora bien, es necesario reflexionar sobre el encaje jurídico de esta entidad, sobre el contenido que se le da a la misma y sobre el momento y alcance de su empleo. La primera distinción que debe hacerse es la que ya se anunciaba, consistente en la existencia de tres tipos de verdades posibles: la judicial, la institucionalizada extrajudicial y la social.

La primera de ellas no plantea problemas en cuanto a su configuración jurídica, toda vez que se incardina en la justicia penal nacional e internacional y toda vez que sus parámetros de obtención son los propios del proceso, con los inconvenientes y beneficios que en dicho apartado se desgranán. Cabe añadir que la delimitación de la verdad en sede judicial no pasa solamente por la obtención de sentencias condenatorias ni por la identificación y ejercicio del *ius puniendi* sobre los culpables, sino que puede ir más allá incluyendo el relato de indicios favorables o la certificación de hechos aunque estos se encuentren prescritos, sin imputados o con imputados que no sean penalmente sancionables de conformidad con las normas propias del derecho a un debido proceso legal, más intensas en el plano penal que en otras áreas del ejercicio de la jurisdicción.

Son, sin embargo, la segunda y la tercera categoría de la verdad las que plantean dudas acerca de su incardinación jurídica y de su estatus y naturaleza. Las primeras aproximaciones a la verdad extrajudicial tuvieron lugar en los años 70 y 80 con las transiciones latinoamericanas y surgieron como un mecanismo alternativo a la justicia penal. El planteamiento que subyacía era el de combinar algún mecanismo de satisfacción extraprocesal a las víctimas con el aseguramiento del proceso transicional. De este primer empleo de la verdad surge, quizás, la mala fama o el enfoque peyorativo con el que se aprecia socialmente a las comisiones de la verdad en sede transicional, porque surge la siguiente problemática: el enfoque transicional se realiza desde la perspectiva de los DDHH y, consecuentemente, desde una de sus características definitorias como es la inalienabilidad y, sin embargo, el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en el régimen saliente se incluye dentro de las negociaciones transicionales. Así planteada la cuestión, la verdad se articula como un mecanismo alternativo y excluyente de la justicia y, al

mismo tiempo, como un sustitutivo de esta y como un paliativo a los reclamos de las víctimas.

La gran dificultad radica en la extrema complejidad y debilidad que envuelve al momento transicional. Se exponía con anterioridad la idea de la negociación y del liderazgo negociador en sede transicional como una de las habilidades políticas necesarias para el éxito de la transición. El hecho de que la percepción social sea la de un intercambio o la de una cesión es indiciario de que algo falla en ese liderazgo, en el reconocimiento social de los líderes transicionales y en el enfoque transicional. En ese periodo en concreto, el objetivo principal era la obtención de regímenes democráticos casi a cualquier precio, toda vez que la inclusión en el conglomerado internacional de intereses parecía estar supeditada a ello. Las propias características de las transiciones latinoamericanas son únicas, ya que no se trata de derrocamientos o de agotamientos de los regímenes salientes sino de renunciaciones voluntarias al poder por parte de los dictadores lo que forzaba la búsqueda de mecanismos alternativos al punitivo. Esto supuso la aplicación de un elemento jurídico, la amnistía, con otro elemento que es el de los mecanismos de la verdad. Mientras que en el plano de las transiciones centroamericanas se descartó por completo la justicia como mecanismo transicional, en las transiciones del llamado Cono Sur, Argentina y Chile principalmente, las amnistías fueron precedidas de investigaciones judiciales para la determinación de los hechos, aun sin responsabilidad penal de conformidad con la llamada Doctrina del Presidente Aylwin

No obstante, ese condicionamiento no fue el único para la búsqueda de mecanismos alternativos al judicial en sede transicional. Martha Minow⁷⁵⁵ expone que fueron las deficiencias de los procedimientos judiciales penales nacionales e internacionales las que también motivaron el empleo de la verdad. Estas críticas ponían el foco de atención en el hecho de que uno de los objetivos a conseguir en sede transicional es que los mecanismos empleados sirvan para la llamada reconciliación nacional; objetivo que quedaba, según Uprimny y Saffon, desacreditado y caído en desuso si el mecanismo principal era el punitivo.⁷⁵⁶ Lo que subyace es un cambio del paradigma

⁷⁵⁵ MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Ed. Beacon Press, Boston, 1998.

⁷⁵⁶ UPRIMNY, R. y SAFFON, M. P., "Justicia restaurativa y justicia transicional: tensiones y complementariedades", en UPRIMNY, R., BOTERO, C., RESTREPO, E. y SAFFON, M. P., *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Ed. De Justicia, Bogotá, 2006, pp. 109-138, p. 118.

de la justicia, entendida en términos globales como ideal, en sede transicional desde una justicia punitiva hacia mecanismos de justicia restaurativa.

**c. LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y EL DERECHO A LA VERDAD.
APLICACIÓN TRANSICIONAL**

Márquez Cárdenas pone el foco de atención en la siguiente premisa:

“Los sistemas de justicia penal en general, tiende a ser sistemas altamente estructurados y formales, que dependen fuertemente del encarcelamiento y de los poderes del Estado para mantener el orden social. Carecen de un sistema de política criminal y víctimal que busquen la solución del conflicto penal de una manera diferente a la sola alternativa represiva.”⁷⁵⁷

Esta misma lógica que se emplea en el marco de las deficiencias que enfrentan los sistemas penales convencionales se hace más evidente y tiene una presencia plena en el seno de las transiciones políticas y en un entendimiento de la transición basado en el castigo. De la misma manera en que la lógica penalista tradicional es punitiva y se centra en la transgresión de la norma, los esfuerzos transicionales en un primer momento se centraron en el enjuiciamiento criminal de las violaciones de DDHH cometidas durante el régimen saliente. Y, de la misma manera que han ido surgiendo nuevos enfoques del derecho penal, han ido apareciendo nuevas alternativas en sede transicional dándose el fenómeno que puede categorizarse como el paso de un modelo de justicia transicional exclusivamente retributivo hacia un modelo mixto donde hay mecanismos restaurativos. Díaz Madrigal expone que, si bien la conceptualización de la justicia restaurativa fue consecuencia de una serie de críticas hacia los sistemas penitenciarios y de demandas de protagonismo de las víctimas que comienzan en la segunda mitad del siglo XX, hay un momento particularmente relevante: la expansión de un neoliberalismo en el que el Estado deja de tener tanto protagonismo. En el ámbito penal esto se tradujo en la atribución al sistema penal de los delitos más graves y en la socialización y también

⁷⁵⁷ MÁRQUEZ, A.E., “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”, *Prolegómenos. Derechos y valores*, n°20, vol. 10, 2007, pp. 201-212, p. 201.

administrativización de delitos de menor naturaleza, cuyas sanciones pasaron de ser privativas de libertad para ser de tipo pecuniario o de compensación social.⁷⁵⁸

Sin embargo, y a pesar de que la evolución planteada por Díaz Madrigal sea exacta cronológicamente, lo cierto es que es Zehr⁷⁵⁹ quien incluye por primera vez el concepto de justicia restaurativa unificando las teorías de Christie⁷⁶⁰ y Barnett⁷⁶¹, al determinar en su obra *Retributive Justice, Restorative Justice. New Perspectives on Crime and Justice*, que el protagonismo debe transitar desde el Estado como perseguidor de las conductas sancionables hacia los supuestos delincuentes y las víctimas. Una de las primeras experiencias con trascendencia a efectos doctrinales y prácticos y, a pesar de que tal y como apunta Kelmelmajer⁷⁶² ya se venía empleando como sistema para la resolución de conflictos en las comunidades indígenas y tribales, es el conocido como Experimento Kitchener en Ontario, consistente en la reunión supervisada por jueces entre víctimas de daños a la propiedad y sus causantes para la determinación de la reparación más idónea.

Macías Sandoval, Puente Ochoa y De Paz González sintetizan los principios generales de la justicia restaurativa según Zehr de la siguiente manera:

“se basa en tres preguntas principales que contrastan con la justicia del derecho penal: a) quién ha sido dañado, en lugar de qué leyes se violaron; b) cuáles son las necesidades de la víctima, en lugar de quién lo hizo; c) quién tiene la responsabilidad de atender estas necesidades, en lugar de qué castigo merece el ofensor. (... algunos principios:

1. Devolver el papel protagónico a la víctima y al ofensor para llegar juntos a una solución.

2. Dar oportunidad al ofensor de asumir la responsabilidad sobre el hecho cometido.

3. Hacer participar a la comunidad para hacer que la reparación no solo sea un fin individual del ofensor con respecto a la víctima, sino también un fenómeno

⁷⁵⁸ DÍAZ, I. N., *La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa en México y España*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013 p. 27.

⁷⁵⁹ ZHER, H., “Retributive Justice, Restorative Justice” en MCC CANADA VICTIM OFFENDER y MCC US OFFICE OF CRIMINAL JUSTICE (ed.), *New Perspectives on Crime and Justice*, Ed. MCC U.S. Office of Criminal Justice and MCC Canada Victim Offender Ministries, Washington, 1985.

⁷⁶⁰ CHRISTIE, N., “Conflicts as property”, *The British Journal of Criminology*, nº1, vol. 17, 1977, pp. 1-15.

⁷⁶¹ BARNETT, R. E., “Restitution...”, *op. cit.*

⁷⁶² KELMELMAJER DE CARLUCCI, A., *Justicia restaurativa: Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2004.

que busca la paz social. Por ello, la participación de la comunidad es fundamental para el cumplimiento de los acuerdos.”⁷⁶³

Uprimny, en un esfuerzo por acercar ese modelo propio del derecho ordinario a las transiciones, entendió que el objetivo principal del modelo restaurativo podía resumirse en el restablecimiento de los lazos sociales, objetivo idéntico al de la cohesión social perseguida en sede transicional.⁷⁶⁴ En esencia, la víctima es en el modelo de justicia restaurativa penal lo que la sociedad y la comunidad social son en sede transicional, de ahí los esfuerzos por trasladar el planteamiento restaurativo a las transiciones. Igualmente, la búsqueda de alternativas parte de la misma insatisfacción con los modelos de justicia ordinaria o, en otras palabras, con la justicia penal a nivel jurisdiccional, otro argumento a favor de la inclusión de ese enfoque restaurativo en sede transicional. De esta manera, Uprimny y Lasso entienden que los mecanismos de la justicia restaurativa son aplicables en sede transicional por cuanto que “permiten responsabilizar de manera no retributiva al ofensor, de forma tal que este asume su responsabilidad y repara el daño ocasionado sin verse obligado a ser castigado punitivamente.”⁷⁶⁵

Este enfoque ha sido adoptado por los altos tribunales en países como Colombia, donde la Corte Constitucional ha establecido que

“las víctimas son el centro del modelo de justicia transicional adoptado en la Constitución, el cual tiene como finalidad prevalente garantizar en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, con garantías de no repetición.”⁷⁶⁶

A esa concepción y a los principios enunciados por Zehr se han ido realizando distintas aportaciones que han permitido dotar de contenido a los mecanismos propios de la justicia restaurativa:

⁷⁶³ MACIAS, M. R., PUENTE, G. y DE PAZ, I., “La justicia restaurativa en el Derecho Internacional Público y su relación con la justicia transicional”, *Iustitia*, nº17, 2005, pp. 9-30, p. 14.

⁷⁶⁴ UPRIMNY, R. y SAFFON, M. P., “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades” en UPRIMNY, R., SAFFON, M. P., BOTERO, C. y RESTREPO, E., *¿Justicia transicional...*, *op. cit.*, pp. 109-138, p. 119.

⁷⁶⁵ UPRIMNY, R. y LASSO, L., “Verdad, reparación y justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones” en BORDA, E. (ed.), *Conflicto y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas*, Ed. FESCOL, Bogotá, 2004, pp. 88-101, p. 92.

⁷⁶⁶ Sentencia C-080/18 de la Corte Constitucional de Colombia de 15 de agosto de 2018.

Ferrer y Escalante, en su obra *Derecho procesal de los derechos humanos*⁷⁶⁷, incluyen el principio de oportunidad, consistente en que el ordenamiento jurídico ponga a disposición de las víctimas distintos mecanismos para su satisfacción y que sea ella misma quien elija. En el marco transicional esto supone que la justicia penal debe complementarse con otras estrategias.

También incorporan la noción de legalidad, entendiendo que la finalidad de estos mecanismos alternativos no es eludir la justicia, sino obtener la realización de, en el contexto transicional, el ideal de justicia basado en los DDHH como pilar esencial de la convivencia democrática, por cauces que no sean necesariamente los judiciales o jurisdiccionales. Ello no obsta la institucionalización de dichos mecanismos alternativos y complementarios.

Por otro lado, añaden el principio de inmediatez, que consiste en la involucración de las víctimas, de los actores institucionales y de los transgresores en el mecanismo restaurativo y en la solución restaurativa adoptada.

Bardales, en su obra *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa*⁷⁶⁸, propone una formulación diferente pero de tintes similares, toda vez que defiende la voluntariedad y el consentimiento de los mecanismos restaurativos, asimilable a la oportunidad y la legalidad. Entiende que los mecanismos restaurativos deben ser también más ágiles, más flexibles y basados en una intervención mínima de los terceros involucrados, lo que, a su vez, le lleva a defender la oralidad de los mecanismos restaurativos. Subyace en este entendimiento la defensa de una dinámica dialógica entre las partes, que es de especial trascendencia en sede transicional. En un manual titulado *Diálogo democrático*, elaborado por Bettye Pruitt y Philip Thomas⁷⁶⁹, se habla de la diferencia entre el concepto de ingeniería democrática defendido por Roel von Meijenfeldt⁷⁷⁰, relativo al desarrollo del aparato institucional democrático, y el concepto de cultura democrática o lado blando de la democracia, centrado en el desarrollo de cuatro capacidades, a saber, la resolución pacífica de conflictos, la cooperación al margen de las diferencias ideológicas, el desarrollo de agendas incluyentes e inclusivas y la

⁷⁶⁷ FERRER, E. y ESCALANTE, S., *Derecho procesal de los derechos humanos*, Ed. Porrúa, México, 2014, p. 230

⁷⁶⁸ BARDALES, E., *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa*, Ed. Flores editor, México, 2011, p. 4.

⁷⁶⁹ PRUITT, B. y THOMAS, P., *Diálogo democrático. Un manual para practicantes*, Ed. OEA, Nueva York, 2008, pp. 29 y ss.

⁷⁷⁰ Entrevista de Katrin Käufer a Roel von Meijenfeldt del año 2005 citado en *Íbidem*, p. 29.

participación ciudadana. Poniendo como ejemplo la evaluación de la Mesa de Diálogo creada por Interpeace en el año 2002 en Ruanda, se expone la importancia de ir un paso más allá de la oralidad defendida por Bardales en favor de la aplicación del diálogo en la lógica restaurativa, entendiendo que las características del diálogo restaurativo pasan por la creación de “un espacio en el que las personas se sintieran seguras para expresarse y donde pudieran escucharse unos a otros, a pesar de que esto posiblemente reavivara el dolor.”⁷⁷¹

La trascendencia en sede transicional de ese diálogo que desde el plano de la víctima tiene un componente íntimo, es que a través de la participación de los actores involucrados se obtiene un doble objetivo: la revisión de lo ocurrido fuera del plano acusatorio, y la determinación de sentimientos, situaciones, prácticas y vivencias comunitarias que no deben repetirse o que son rechazadas por los principios democráticos. El proyecto de Agenda 2025 para Mozambique realizado por el Centro Carter resume bien esta idea cuando define el propósito de sus acciones: “establecer, mediante un proceso participativo, una visión nacional común de largo plazo.”⁷⁷²

El empleo, por tanto, de la justicia restaurativa en el ámbito del derecho penal ordinario se asocia más con la vertiente más íntima de estos mecanismos que con su vertiente más pública toda vez que el elemento público se supone queda cubierto a través de figuras como las del fiscal. En el plano transicional ambas facetas restaurativas son importantes a efectos de garantizar el éxito transicional. Evidentemente, el contexto transicional es importante porque la magnitud y la violencia que le preceda van a determinar la intensidad con que se trabajan ambas vertientes.

En su obra titulada *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos debates, experiencias*⁷⁷³, Benavides expone que una de las tensiones propias de las transiciones es la que se da entre la justicia y la reconciliación, es decir, entre el enjuiciamiento y el reconocimiento de legitimidad a los actores. El concepto de justicia restaurativa pretende solucionar dicha tensión toda vez que, siguiendo a Pérez Saucedo y Zaragoza Huerta⁷⁷⁴,

⁷⁷¹ NAASSON, N., MUGIRANEZA, J. P. Y VAN BRABANT, K., *Rwanda Case Study*, Ed. Interpeace, Ginebra, 2005.

⁷⁷² [CARTER CENTER, *Agenda 2025. Nation's vision and strategies*, Ed. Committee of Counselors, Maputo, 2005, p. 120.](#)

⁷⁷³ BENAVIDES, F.S., *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*, Ed. Institut Internacional Català per la Pau, Barcelona, 2013, pp. 5-18.

⁷⁷⁴ PÉREZ, J. B., ZARAGOZA, J., “Justicia restaurativa: del castigo a la reparación”, en CAMPOS, F. G., CIENFUEGOS, D. y ZARAGOZA, J.(coords.), *Entre libertad y castigo: dilemas del Estado*

el proceso de restauración busca un reconocimiento de culpabilidad, el desarrollo de acciones reparadoras y la readmisión social de los culpables, siendo esta una tríada indisoluble para garantizar la viabilidad de la inclusión del enfoque restaurativo en sede transicional.

No se trata de una tríada que pueda operar sin alguna de sus aristas; el funcionamiento de estos mecanismos depende de que se cumplan cada uno de esos tres pasos, ya que de lo contrario se vería afectado el propio ideal de justicia basado en DDHH y se estaría favoreciendo una cultura del olvido en vez de una cultura de la reconciliación.

Hay autores que, en torno al empleo de la justicia restaurativa para grandes crímenes internacionales y violaciones de DDHH, emplean la noción de los límites del perdón. La elección del término perdón no parece la más adecuada en estos contextos, al menos, si el entendimiento que se ofrece la justicia restaurativa es el aquí propuesto, donde los mecanismos, ya sean institucionalizados o no, en ningún caso buscan un ejercicio de caridad o un sacrificio. Desde un enfoque pura y estrictamente punitivo, la justicia restaurativa no cumple con los estándares de responsabilidad exigibles penalmente y la discusión debería elevarse a un nivel previo, concretamente acerca de la utilidad real, social y efectiva de la punibilidad y el castigo como únicas herramientas penales. No es objeto de este estudio abordar la eficacia de los sistemas penales tradicionales, pero sí es relevante en sede transicional distinguir perdón de reconciliación, elusión de opción y memoria de rencor.

Un ejemplo sencillo para ilustrar estas cuestiones son las demandas que la Plataforma para la Comisión de la Verdad en España dirige anualmente a las Cortes Generales, dentro de las cuales las tres primeras demandas son recoger los testimonios y documentos que aporten las víctimas de prisión, tortura, exilio, ejecución sumaria y desaparición forzada; crear un registro público de víctimas; y reconocer y reparar a las víctimas. Son demandas que a nivel jurisdiccional ordinario no son realizables; es más, en el total de las dieciséis demandas incluidas, ninguna se refiere al establecimiento de penas. Esto no se debe a la existencia de una ley de amnistía, ya que una de las demandas podría ser su derogación y, de hecho, así lo entienden y proponen distintas organizaciones de defensa y representación de los derechos de las víctimas de la dictadura franquista,

contemporáneo. Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz, Ed. Laguna, México, 2011, pp. 639-654.

pero en ningún caso es esta la medida o la demanda principal. Este es, de alguna manera, algún indicio de madurez democrática porque se prioriza la memoria frente al castigo.

El caso español es ilustrativo a efectos de estas reflexiones porque a nivel internacional y politológico ha sido elogiado, pero a nivel de justicia transicional ha sido duramente criticado, llegando a dar lugar a títulos de artículos académicos como el ya citado de Yuste: *La Transición española: reconciliación nacional a cambio de desmemoria: el olvido público de la Guerra Civil*⁷⁷⁵. El contexto transicional español es un contexto pacificado y dulcificado por la etapa de apertura o liberalización de la dictadura y, sin embargo, todo el esfuerzo transicional estuvo centrado en el reconocimiento político pero no en la cohesión social.

Sin embargo, en un contexto transicional también español como es el de la desarticulación y fin del grupo ETA, los esfuerzos han sido dobles, ya que se ha procurado la integración política condicionada junto con mecanismos de justicia penal retributiva y restaurativa (aunque pueden encontrarse deficiencias en el proceso transicional). El objeto en este punto no es el de analizar esos contextos transicionales sino el hacer hincapié en que los mecanismos son compatibles y en que las demandas de las víctimas en el proceso transicional no tienen porqué coincidir con el patrón retributivo y punitivo tradicional.

d. LA VERDAD COMO DERECHO

La verdad como derecho encuentra sus raíces en el DIH. Este origen no es casual ni poco relevante a efectos transicionales, toda vez que los cambios de régimen no son por definición pacíficos. Encuentra, entonces, sus primeras aproximaciones en el derecho de los familiares de los desaparecidos en combate a conocer qué les ocurrió. En las Conferencias Internacionales de París y de Berlín de 1867 y 1869, donde se abordó la cuestión del intercambio de información sobre los prisioneros de guerra. Esto supuso un giro en la política que hasta entonces había venido desarrollando el CICR, puesto que viró desde la asistencia a heridos y enfermos, que tenía un evidente componente humanitario, hasta la intervención en favor de los prisioneros de guerra, una práctica bélica

⁷⁷⁵ YESTE, E., “La transición española. Reconciliación nacional a cambio de desmemoria: el olvido público de la Guerra Civil”, *Historia Actual Online*, nº21, 2010, pp. 7-12.

consolidada. Lo cierto es que esta fue una primera aproximación a la intervención internacional en el control de los prisioneros de guerra que requería de un gran despliegue logístico y se fue demorando en el tiempo. No obstante, el hecho de incluir la reflexión acerca de la necesidad de asistir no solamente a los heridos en combate, sino también a quienes son capturados, llegando a requerir información sobre los prisioneros en poder de los contendientes y llegando a determinar una serie de prácticas y principios básicos de convivencia, era un gran avance para ese momento. Su enunciación como derecho llegó más de un siglo después a través del artículo 32 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, donde se establece la existencia de un derecho que “que le asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros desaparecidos.”⁷⁷⁶

Una de las cuestiones que apunta la Comisión Colombiana de Juristas en su análisis sobre la entidad jurídica de la verdad es que esa primera enunciación del DIH es tremendamente amplia, toda vez que incluye el derecho a conocer y que no precisa el tipo de desaparición, abarcando en su seno a la conocida como desaparición forzada.⁷⁷⁷ En contrapartida, la aplicación del mencionado Protocolo I queda restringida a los supuestos de conflicto armado internacional, a pesar de las resoluciones de las Conferencias del Comité de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja donde se afirma la existencia de un derecho a la verdad aplicable en situaciones de conflicto armado internacional y no internacional. Concretamente, en la Resolución II de la XXIV Conferencia de expuso que “las familias tienen derecho a ser informadas sobre el paradero, la salud y el bienestar de sus miembros, derecho refrendado en diversas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.”⁷⁷⁸

Desde el enfoque del *soft law* y, según autores como Bugnion, Henckaerts y Doswald-Beck⁷⁷⁹, desde el conocido como Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, hay un reconocimiento del derecho a la verdad en el marco del conflicto armado cuyo sustento radica en la obligación general contenida en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el artículo 4 del Protocolo Adicional II de trato humanitario a quienes no participan en las hostilidades. Así, Bugnion entiende que “no cabe duda de que el hecho de rehusar a las familias las informaciones de que se dispone acerca de las

⁷⁷⁶ Artículo 32 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949.

⁷⁷⁷ COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *Derecho a la verdad y derecho internacional*, Ed. COL, Bogotá, 2012, p. 19.

⁷⁷⁸ Resolución II de la XXIV Conferencia de la Cruz Roja celebrada en Manila en 1981 sobre desaparición forzada.

⁷⁷⁹ HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I, Normas, Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2007, pp. 477 y ss.

personas muertas o desaparecidas constituye una forma de tortura moral que no es compatible con esta obligación.”⁷⁸⁰

El DIDH ha abordado la consideración jurídica del derecho a la verdad desde una analogía que se realiza por la vía del núcleo duro del DIH o núcleo inderogable de DDHH, cuyo respeto se mantiene vigente e inmutable aun en tiempo de conflicto de armado. Desde este enfoque, la primera aproximación que el DIDH realiza entorno al derecho a la verdad consiste en que no hay fundamento jurídico para obstar su aplicación y vigencia en tiempos de paz. El Coloquio de París sobre Desaparición Forzada de 1981 supuso la primera manifestación internacional a favor del reconocimiento de la verdad convertida en conocimiento en tiempos de paz; el magistrado francés Louis Joinet expuso en su informe final el espíritu de este derecho:

“Su derecho a la protección encuentra su fuente en el derecho fundamental que tienen las familias de conocer la suerte corrida por sus seres queridos, tal como lo definen las convenciones y protocolos de Ginebra.(...) Sería chocante sobre el plano humanitario —y por lo menos paradójico en derecho— constatar que, de facto, las personas sometidas a desapariciones forzadas o involuntarias no se beneficien de las mismas garantías que el derecho positivo reconoce y en particular los convenios de Ginebra, a las personas desaparecidas en el curso o con ocasión de los conflictos armados.”⁷⁸¹

Este posicionamiento se basa en un principio de igualdad entre estándares de protección, es decir, en otorgar en tiempos de paz al menos la misma protección que en tiempos de conflicto armado, partiendo de que en el contexto de final de la Guerra Fría esa catalogación de los conflictos armados ya se reputaba obsoleta. Es ilustrativo que el Relator Especial sobre la Cuestión de los DDHH y los estados de excepción de las Naciones Unidas, en su informe de 1995, hiciese uso del posicionamiento de Joinet partiendo de que existen situaciones diferentes de las del conflicto armado en las que los derechos se encuentran en suspensión o limitación y en las que es también necesario definir una serie de limitaciones y, concretamente, determinar si el hecho de que los derechos se encuentren en suspenso o limitación supone opacidad en las actuaciones institucionales o no.⁷⁸²

⁷⁸⁰ BUGNION, F., *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Ed. Comité International de la Croix-Rouge, Ginebra, 1994, p. 576.

⁷⁸¹ JOINET, L., “Rapport général” en V.V.A.A., *Le refus de l’oubli. La politique de disparition forcée de personnes* (Colloque de Paris, Janvier/février 1981), Ed. Berger-Levrault, Paris, 1982, p. 302.

⁷⁸² Informe de la Reunión de expertos sobre derechos no expuestos a suspensión en situaciones de emergencia y circunstancias excepcionales, celebrada en Ginebra del 17 al 19 de marzo de 1995

El informe del Grupo de Trabajo ad hoc para conocer la situación de los DDHH en Chile en su informe de 25 de octubre de 1978 dedicó un apartado a lo que denominó como *El derecho a conocer la suerte de los familiares necesidad de una investigación exhaustiva de los casos de las personas desaparecidas*. Este testigo fue recogido por el Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada que en el año 2010 publicaba el *Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*. En concreto, el fundamento de su reconocimiento radica según el Grupo de Trabajo en el consenso existente en torno a los artículos 4 y 9 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que prevén mecanismos de atenuación de la pena para el caso en que se desvelen datos sobre el paradero del desaparecido y la definición del objeto del proceso penal como el encuentro del paradero del desaparecido definiendo el derecho a la verdad como el “derecho a conocer los progresos y resultados de una investigación, la suerte y el paradero de las personas desaparecidas y las circunstancias de la desaparición, así como la identidad del autor o los autores de la desaparición.”⁷⁸³

Es, cuanto menos, curioso que la configuración del derecho a la verdad en el marco internacional se haya realizado en relación con los procesos penales. Como se exponía anteriormente, el empleo de mecanismos adicionales al de la jurisdicción penal en sede transicional ha requerido de un cambio en el enfoque que está muy presente en la articulación del derecho a la verdad y que supone un viraje hacia las víctimas, así como una visión ampliada del concepto de víctima. En estas primeras catalogaciones, es un derecho que se reconoce a los familiares del desaparecido. La propia configuración del derecho a la verdad en el Conjunto actualizado para la protección y la promoción de los DDHH mediante la lucha contra la impunidad parte de la necesidad de combinar tres perspectivas, a saber, la sanción a los responsables, el conocimiento de las víctimas y la garantía del orden público a través de todos los mecanismos posibles. El propio Joinet lo definía de la siguiente manera:

“La lucha contra la impunidad tiene su origen en la necesidad de que se haga justicia, pero no puede centrarse únicamente en ese objetivo: castigar a los culpables. Debe responder a tres imperativos: sancionar a los responsables, pero también satisfacer el derecho de las víctimas a saber y obtener reparación y, además, permitir

reproducido en el informe del Relator Especial sobre la Cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción de las Naciones Unidas, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/ Sub.2/1995/20, Anexo I.

⁷⁸³ Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, documento de las Naciones Unidas A/HRC/16/48 de 26 de enero de 2011, párr. 1.

que las autoridades desempeñen su mandato como poder público que garantiza el orden público.”⁷⁸⁴

Este primer enfoque lo refrenda el análisis realizado por el Relator Especial sobre la independencia de abogados y magistrados, quien en su informe relativo a la visita realizada en Perú vinculaba el derecho a la verdad con el derecho a la justicia. Esto supone que las primeras aproximaciones a la verdad como derecho están vinculadas a la lucha contra la impunidad y que se inserta como uno de los objetivos del proceso judicial de depuración de responsabilidades. Concretamente, el relator, Despouy, expuso que

“En la concreción del derecho a la verdad, el derecho a la justicia ocupa un lugar preeminente, puesto que garantiza el conocimiento de lo acontecido a través de la acción del poder judicial, que tiene a su cargo la investigación, la valoración de elementos de prueba y el enjuiciamiento de los responsables. A su vez, el derecho a la justicia implica el derecho a un recurso efectivo, lo que se traduce en la posibilidad de hacer valer los derechos ante un tribunal imparcial, independiente y establecido por ley, asegurando al mismo tiempo que los culpables sean enjuiciados y castigados en el marco de un proceso justo, y culmine con una adecuada reparación a las víctimas. Así, desde el punto de vista del derecho a la justicia, la verdad es a la vez un requisito para determinar responsabilidades y el primer paso del proceso de reparación. La instancia judicial, debidamente substanciada, es el medio para alcanzar los altos valores de la verdad y la justicia. En esta perspectiva, la administración de justicia con independencia e imparcialidad constituye un instrumento de gran importancia para satisfacer el derecho a la verdad.”⁷⁸⁵

En este punto el derecho a la verdad aún no tiene reconocida una autonomía o unos mecanismos propios, sino que se inserta dentro del marco definido por la verdad judicial, pero hay avances en su entendimiento por su vinculación con los mecanismos de reparación, ya que la verdad se define como reparadora de las víctimas en contextos ya no bélicos, ya no de desaparición forzada, sino de cuadros de violaciones de DDHH.

En ausencia de un reconocimiento explícito en un instrumento convencional, cabe plantearse si el enfoque de Joinet sobre el derecho a la verdad como un derecho consuetudinario puede ser válida. A estos efectos, Meron expone qué elementos permiten identificar la existencia de un derecho humano consuetudinario:

⁷⁸⁴ Informe de la Subcomisión sobre la cuestión de la impunidad de los autores de las violaciones de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1993/6, párr.16.

⁷⁸⁵ Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre la independencia de los magistrados y abogados, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2006/52, 23 de enero de 2006, párr. 17.

“en primer lugar, el grado en que la declaración de un derecho en particular en un instrumento sobre derechos humanos, en especial un tratado de derechos humanos, se ha repetido en otros instrumentos sobre derechos humanos, y, en segundo lugar, la confirmación del derecho en la práctica nacional, principalmente a través de la incorporación de ese derecho en las leyes nacionales.”⁷⁸⁶

Lo cierto es que, como se adelantaba, no aparece enunciado un derecho a la verdad o un derecho a saber en ningún tratado sobre DDHH, pero el trabajo de la Asamblea General de Naciones Unidas y de todos los mecanismos de protección de los DDHH, así como la entidad jurídica de las disposiciones de las resoluciones de estos órganos y la ausencia de oposiciones generalizadas directas a la existencia del mismo, suponen un reconocimiento explícito de su aplicación por interpretación de las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales. Un ejemplo de ello es el Dictamen del Comité de Derechos Humanos que supervisa el cumplimiento del PIDCP relativo al caso Lyashkevich contra Bielorrusia⁷⁸⁷, que recogía el voto particular de Bertil Wennergren en el caso contra Argentina de R.A.V.N. y otros⁷⁸⁸ para apoyar que el hecho de no reconocer el derecho a la verdad o, al menos, de no aplicarlo en la práctica constituye tortura psicológica para los familiares.

En el marco regional, el TEDH lo ha reconocido en relación con las víctimas de desapariciones en circunstancias con riesgo para la vida, vinculándolo al derecho de estar libre de la tortura o malos tratos, el derecho a la vida, el derecho a un recurso eficaz, y el derecho a una investigación efectiva y a ser informado de los resultados en sentencias relativas a Turquía como el caso Kurt del año 1998, del caso Tas del año 2000 y en el pronunciamiento debido al conflicto chipriota-turco del año 2001.⁷⁸⁹

Tanto la CIDH como la Corte IDH han ido más allá en la interpretación de la CADH para darle entidad al derecho a la verdad en sede transicional y su planteamiento es especialmente relevante porque sitúa el énfasis en dos cuestiones de interés:

⁷⁸⁶ MERON, T., *Human Rights and Humanitarian Law as Customary Law*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 94.

⁷⁸⁷ Dictamen del Comité de Derechos Humanos relativo al caso Lyashkevich contra Bielorrusia de 3 de abril de 2003, párr. 9.2.

⁷⁸⁸ Voto particular de Bertilo Wenner Gren en el Dictamen del Comité de Derechos Humanos relativo a los casos A. V. N. y otros contra Argentina de 5 de abril de 1990.

⁷⁸⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso Kurt contra Turquía de 25 de mayo de 1998; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso Tas contra Turquía de 14 de noviembre de 2000; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso Chipre contra Turquía de 10 de mayo de 2001.

La primera de ellas es si una obligación de carácter general tiene entidad suficiente para ser el pilar de construcción de un derecho autónomo como es el de la verdad y, por extensión, si el hecho de que el derecho a la verdad se infiera en la gran mayoría de las convenciones sobre DDHH es argumento suficiente para entender cumplida la reiteración exigida para considerar un derecho humano como consuetudinario expuesta y propuesta por Meron.

La segunda de ellas es el hecho de que la CIDH y la Corte IDH hacen empleo de uno de los fundamentos básicos de enunciación de cualquier derecho, como es el hecho de que todo derecho conlleva una contrapartida en deber, en este caso, el deber de recordar definido por Joinet

“al Estado le incumbe el “deber de recordar”, a fin de protegerse contra esas tergiversaciones de la historia que llevan por nombre revisionismo y negacionismo; en efecto, el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y debe por ello conservarse.”⁷⁹⁰

La idea de asociar verdad con patrimonio común y social supone un argumento más a favor del concepto de memoria democrática y a favor del entendimiento de que el eje de la democratización se articula sobre planteamientos de corte universal o universalizables frente a postulados que insertan cualquier tipo de transición en un ejercicio de dominación del tipo que sea y sostienen que lo que existe son memorias hegemónicas o dominantes, un poco en la línea de esa frase tan habitual que dice que la historia la escriben los vencedores. Aguilar plantea que

“Entiendo por memorias dominantes (en plural, si estamos en regímenes democráticos) las que más representadas están en los medios de comunicación, las que cuentan con los mayores y mejores medios de difusión. La “memoria hegemónica”, sin embargo, es la que prevalece de forma mayoritaria en el grupo que estamos investigando. En los regímenes democráticos podría llegar a ocurrir, aunque no tiene por qué ser así, que existan coincidencias entre ambas, mientras que, en los autoritarios, lo normal es que la(s) memoria(s) hegemónica(s) de los diversos grupos presentes en la sociedad (o, en singular, la memoria hegemónica predominante en una sociedad dada) difieran de la memoria dominante u oficial.”⁷⁹¹

⁷⁹⁰ Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por Joinet, documento de la ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1., anexo I, párr. 17.

⁷⁹¹ AGUILAR, P., *Políticas de...*, *op. cit.*, p. 24.

Desde el punto de vista jurídico y, por extensión, desde los fundamentos jurídicos de la verdad en sede transicional, el planteamiento es diametralmente opuesto ya que no hay una pretensión de jerarquizar, sino de legitimar no tanto versiones contrapuestas o no, como legitimar la creación de espacios de expresión, de participación y de canalización de las vivencias y los sentimientos de los participantes directos e indirectos. De lo contrario, es decir, de entender que el fundamento jurídico de la verdad en sede transicional es la legitimación exclusiva de una versión oficial que estandariza el nuevo poder y que puede o no coincidir o discrepar con versiones privadas, se estaría desvirtuando el sentido mismo de la verdad como derecho y eludiendo el vínculo entre democracia y DDHH; hasta tal punto es esto así que no cabría entender la verdadera democratización sin la verdadera canalización de la versiones más allá de una aplicación práctica del derecho a la libertad de expresión.

La CIDH en el Informe 136/99 relativo a la situación de El Salvador ha defendido que

“El derecho a la verdad es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a la información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación.”⁷⁹²

Newman-Pont⁷⁹³ propone que, en el marco de la colectividad del derecho a la verdad, se adopte el enfoque de la responsabilidad internacional de los estados que James Crawford deducía de la resolución 56/83 de las Naciones Unidas del año 2001, a saber, que hay una legitimación colectiva para reclamar responsabilidad a un estado incumplidor cuando

“la obligación es debida a la comunidad internacional en su conjunto (...) si todos los Estados son miembros de la comunidad internacional y las obligaciones son por definición obligaciones colectivas que protegen intereses de la comunidad internacional como tal.”⁷⁹⁴

⁷⁹² Informe de la CIDH n° 136/99, relativo al caso Ignacio Ellacuría y otros contra El Salvador, de 22 de diciembre de 1999, párr. 224.

⁷⁹³ NEWMAN-PONT, V., “Falso o verdadero (¿El derecho a la verdad es norma imperativa internacional?)”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n°14, 2009, pp. 43-69, p. 49.

⁷⁹⁴ HENAO-PÉREZ, J.C., *El Daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

Este enfoque en sede transicional puede tener fundamento en el hecho de que la universalidad de los DDHH y la trascendencia de sus violaciones en la comunidad internacional es título habilitante para la actuación internacional, no necesariamente siempre por la vía de la responsabilidad internacional. No obstante, presenta contraargumentaciones basadas en el nacionalismo inherente a los cambios políticos y en la necesidad de adecuar y proporcionar las actuaciones internacionales a las vivencias en sede nacional. En otras palabras, la naturaleza colectiva del derecho a la verdad visto no como un derecho de alcance social en términos subjetivos, sino de alcance internacional, debe suponer una transferencia de conocimientos, de habilidades y de exigencias que pueden encontrar múltiples canalizaciones a través de los mecanismos no convencionales, de la CPI y de los mecanismos regionales de protección de los DDHH. Alejando con este planteamiento aquellas posturas que identifican la posibilidad de acción por parte de la comunidad internacional como una injerencia o una conculcación del principio de soberanía nacional.

Esto supone que la evolución de la configuración jurídica del derecho a la verdad es doble ya que por un lado se desarrolla su vertiente como derecho individual, aunque de subjetividad indeterminada, y por otro se desarrolla en el seno de un sistema regional de DDHH como un derecho de naturaleza colectiva, en línea con las generaciones de DDHH, y un derecho esencial en sede democrática. La aplicación de este planteamiento está limitada por dos hechos:

En primer lugar, el hecho de que la CIDH es algo más atrevida en su interpretación del derecho a la verdad que la Corte IDH y, en segundo lugar, que esto tiene un ámbito de aplicación regional que no ha sido refrendado en sede internacional universal más allá de resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas. Lo cierto es que la Resolución 2822 aprobada en la sesión plenaria de 4 de junio de 2014 viene a certificar dos cuestiones importantes en relación al derecho a la verdad, a saber, que hay un consenso internacional acerca de la existencia de este derecho y de su vinculación con las instituciones democráticas, y que la CIDH y la Corte IDH son los organismos de protección de los DDHH que mayores desarrollos jurisprudenciales han tenido en la materia, toda vez que la labor de los relatores especiales se inserta dentro de los mecanismos no convencionales y, por tanto, no tiene un componente verdaderamente vinculante para los Estados. Dicha resolución parte de todo un trabajo de compilación y enunciación de prácticas y principios que comienza con la resolución 2055/66 de la

Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 20 de abril de 2005 y el seguimiento posterior realizado acerca del nivel de cumplimiento y aplicación por los estados de dichos principios por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos desde el año 2006 en adelante especialmente centrados en su uso como mecanismo de reconciliación y complemento al sistema judicial para la elaboración de un catálogo de prácticas legislativas y administrativas sobre la garantía del derecho a la verdad recogido en el documento A/HRC/5/7 del Consejo de Derechos Humanos⁷⁹⁵ donde se recogen tanto las dimensiones de apoyo a la investigación judicial como las medidas relativas a la preservación de archivos y de información.

Este hecho permite obtener algunas conclusiones importantes:

Por un lado, desde el punto de vista teórico, la verdad genera un posicionamiento diferenciado, ya que abordando la construcción de una teoría sobre democratizaciones con una base jurídica, el enfoque de DDHH aporta elementos a favor de la existencia de un derecho a la verdad en sede transicional, pero desde un planteamiento totalmente juridificado ocurre que en el espacio de actuación de la CIDH y la Corte IDH está plenamente reconocido y garantizado en aplicación del principio de control convencional extensivo; mientras que en sede universal es discutible la entidad jurídica del mismo y el análisis se sitúa en el marco de la costumbre internacional y, concretamente, en el elemento subjetivo, donde pueden apreciarse dos matices importantes: la aceptación tácita o expresa de que existe ese derecho y la práctica y uso por los Estados de ese derecho en sede transicional.

La aceptación tácita o expresa que puede existir en sede internacional sobre la existencia del derecho a la verdad supone un acuerdo de mínimos sobre su naturaleza y alcance basado, siguiendo a Naqvi, en las siguientes premisas: primero, la existencia de las ya mencionadas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, el empleo en los dictámenes de los mecanismos convencionales y la existencia de mecanismos no convencionales centrados en este derecho. Segundo, un entendimiento basado en que se trata de un derecho que

“surge después de cometerse la violación de otro derecho humano, y aparentemente, es violado cuando las autoridades no proporcionan información particular sobre la violación inicial, sea mediante la revelación oficial de información

⁷⁹⁵ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el derecho a la verdad, documento de la ONU A/HRC/5/7, de 7 de junio de 2007.

o la aparición de esa información a raíz de un juicio, sea a través de otros mecanismos cuyo objetivo es esclarecer la verdad.”⁷⁹⁶

Tercero, la existencia de dos realidades fácticas transicionales: la primera de ellas la define bien Méndez cuando expone que “las transiciones terminan y, sin embargo, las cuestiones relacionadas con el pasado las sobreviven.”⁷⁹⁷ Esto es que, desde un punto de vista político, el hecho de que una democracia esté viva en términos funcionales no significa que la transición haya finalizado ni que el pasado se haya enterrado, ya que pervive, ya sea a través de medidas reparativas simbólicas, a través de fechas o a través de las demandas de víctimas y grupos sociales insatisfechos con las labores transicionales por incompletas. Lo que aporta el derecho a la verdad es la posibilidad de saber convivir socialmente con un pasado que resulta conflictivo o doloroso afrontar desde el punto de vista social. La segunda de las realidades fácticas es que, estando clara o no la naturaleza jurídica del derecho a la verdad en el plano universal, en las transiciones se han empleado mecanismos de obtención de la verdad como las conocidas comisiones de la verdad y existen fenómenos asociativos de las víctimas y mecanismos institucionales públicos y democráticos como los registros de memoria que certifican la asunción de que garantizar el derecho a la verdad es necesario en sede transicional para garantizar una democracia plenamente operativa y no sólo desde el punto de vista funcional o electoral. El citado informe A/HRC/5/7 recoge las prácticas realizadas y sentencias dictadas por los altos tribunales de algunos estados. A título de ejemplo, en Colombia entró en vigor la conocida como Ley de Justicia y Paz que en su artículo 7 expone que

“La sociedad, y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada.”⁷⁹⁸

Expone el mismo documento que estados como Suiza o Argentina han reconocido en sus aportaciones al mismo que

“El derecho a la verdad se considera un elemento necesario de todo proceso de retorno a la democracia en el sentido de que cumple un papel esencial de

⁷⁹⁶ NAQVI, Y., “El derecho..., *op. cit.*, p. 250.

⁷⁹⁷ MÉNDEZ, J. E., “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los Derechos Humanos” en V.V.A.A., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp- 517-540, p. 518.

⁷⁹⁸ Artículo 7 de la Ley 975/2005, de justicia y paz de Colombia.

reconstrucción histórica de las causas y consecuencias de las violaciones de los derechos humanos. Este derecho implica el derecho a un conocimiento acabado de las violaciones graves de los derechos humanos, las circunstancias y las razones por las que fueron cometidas y los autores de las violaciones. (...) Los instrumentos de derechos humanos en conjunto tampoco disponen un derecho de los pueblos a conocer la verdad, si bien reconocen cierto número de derechos a las víctimas de violaciones masivas de los derechos humanos, como el derecho a saber, el derecho a obtener reparación, a la justicia, el derecho a la garantía de no repetición.”⁷⁹⁹

Recoge el documento experiencias de búsqueda de la justicia a través de la verdad articuladas ya sea como mecanismos complementarios del proceso judicial, como en el caso chileno, o a través de mecanismos de reconciliación como el caso paraguayo o marroquí, que certifican la existencia de prácticas transicionales nacionales fundamentadas en el enfoque, garantías y derechos ratificados en los distintos convenios internacionales referidos y que constituyen prueba fáctica de la aplicación por parte de los estados del derecho a la verdad, al menos, en conexión o como consecuencia de otros derechos y obligaciones internacionalmente asumidas. A estos ejemplos pueden sumarse una treintena más de mecanismos de verdad empleados en Sierra Leona, Perú, Guatemala, Sudáfrica, El Salvador o Ruanda. El gran problema que enfrenta dicha enumeración es la regionalidad ya que la mayor parte de esos mecanismos se sitúan en América Latina y en África.

Por otro lado, debe añadirse la cuestión de la conectividad en el sentido de que los mencionados informes realizados en el marco del Consejo Económico y Social y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos vinculan el derecho a la verdad con el derecho a la justicia y que los instrumentos internacionales en los que se reconoce de manera implícita hacen referencia a realidades concretas como, por ejemplo, la desaparición forzada. El hecho de que los mecanismos regionales como la Corte IDH y el TEDH hayan establecido que la lucha contra la impunidad sea una obligación de medios y que el derecho a la verdad se incluya dentro de los derechos conexos a una práctica respecto a la cual hay consenso internacional como es la lucha contra la impunidad supone que este también lo es. Lo que queda patente es que, como derecho autónomo, el derecho a la verdad requiere de algún tipo de práctica o comportamiento estatal para su juridificación pero que, su fundamento radica en las obligaciones internacionales en materia de protección internacional de los DDHH.

⁷⁹⁹ Informe de la Oficina del Alto Comisionado... *op. cit.*, párr. 6 y ss.

Cabe plantearse si lo que Slye ha denominado como amnistías responsables constituyen práctica suficiente para considerar que un estado asume la entidad jurídica de la verdad como derecho autónomo. El concepto de amnistía responsable viene a configurarse sobre la base de que, existiendo mecanismos alternativos de reparación a las víctimas que se sustancien por cauces democráticos, es posible considerar legítima una amnistía a quienes no ostentan un alto grado de responsabilidad criminal.⁸⁰⁰ A esta definición, Dugard añade que sigue los cauces democráticos aquel mecanismo de carácter participativo que contribuye a alcanzar la paz y la justicia eludiendo el carácter obligatorio de la acción judicial⁸⁰¹, y Scharf que es útil a efectos de paz y justicia aquella amnistía que permite poner fin al conflicto y transitar hacia la democratización.⁸⁰² Este enfoque es interesante porque permite entender que dentro de los márgenes de libertad que otorga la soberanía nacional en sede transicional, el enfoque democrático y transicional basado en los DDHH impone obligaciones a cargo del Estado permitiéndole optar por el empleo de unas u otras herramientas transicionales, pero imponiéndole el deber de actuar de alguna manera. Esto da una entidad mayor al derecho a la verdad como un derecho autónomo ya que se flexibiliza el margen de actuación penal o de aplicación del elemento justicia en sede transicional, al estilo del modelo de responsabilidad criminal internacional de la CPI, que se centra en los grandes responsables y en las más graves violaciones para delimitar que, cumpliendo esos principios y normas de derecho imperativo y convencional internacional, el Estado en transición puede establecer a efectos internos las herramientas transicionales que considere, siendo obligatoria su implementación. En otras palabras, este enfoque propone que el Estado tenga obligación de actuar en uno u otro sentido, pero que tenga que hacerlo y no baste la mera justificación de posible regresión autoritaria o fracaso del proceso de democratización para alegar una inacción. Así, el derecho a la verdad se vuelve autónomo, aunque su garantía pueda establecerse por distintos cauces. Evidentemente, el modelo ideal de transición a la democracia es aquel en el que pueden convivir justicia, verdad y reparación a la misma escala de nivel, pero las realidades transicionales son tan diversas que el propio modelo requiere habilitar mecanismos de flexibilización.

⁸⁰⁰ SLYE, R. C., “The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, pp. 239-247.

⁸⁰¹ DUGARD, J., “Dealing with Crimes of a Past Regime: Is Amnesty Still an Option?”, *Leiden Journal of International Law*, n°4, vol. 12, 1999, pp. 1001-1015, p. 1001.

⁸⁰² SCHARF, M. P., “The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *Cornell International Law Journal*, vol. 32, 1999, pp. 507-527.

Y, por otro lado, desde el punto de vista práctico, el derecho a la verdad también resulta problemático, ya que por un lado es un mecanismo caracterizado por poder insertarse en la justicia restaurativa y cuyas manifestaciones vienen a compensar la desigualdad en la legitimidad del discurso que operaba en el régimen saliente y entre los actores sociales, pero, al mismo tiempo, genera un enfrentamiento entre visiones que tiene trascendencia en el avance transicional especialmente por el propio significado del término verdad, que viene a significar una conformidad con la idea que mentalmente se ha conformado acerca de la realidad. De ahí que, a pesar de que se haya estandarizado el empleo del término derecho a la verdad o verdad como mecanismo transicional o de comisiones de la verdad, sea preferible el término de memoria democrática porque este no incluye connotaciones de la presencia un juicio de valor o de conformidad previo.

2. APROXIMACIONES PRÁCTICAS A LA VERDAD. ESTUDIOS DE CASO

a. Argentina

i. La dictadura argentina

El 24 de marzo de 1976, las Fuerzas Armadas argentinas protagonizaron el golpe de estado que pondría fin al gobierno de María Estela Martínez de Perón, sucesora de Juan Domingo Perón tras su fallecimiento. Este golpe de estado, al igual que los sufridos en la misma etapa por Chile, Brasil y Uruguay, supuso el fin de un gobierno constitucional y la instauración del régimen que se denomina dictadura cívico-militar.

Napal sostiene que

“El período que comprende la presidencia de María Estela Martínez de Perón, entre el 1° de julio de 1974 y el golpe militar del 24 de marzo de 1976, fue complejo y, si bien no existe pleno acuerdo al respecto, es posible señalar que tuvo una identidad propia, ya que se vio definido por una serie de desafíos derivados del vacío político generado por la desaparición del líder del movimiento peronista y la creciente inestabilidad institucional que conduciría a su derrocamiento.”⁸⁰³

Esta afirmación viene a suponer que el periodo inmediatamente anterior al golpe de estado vino caracterizado por la desaparición de la figura que había venido sosteniendo el conocido como movimiento peronista y por un debate acerca de la legalidad y la legitimidad de su sucesión por María Estela Martínez de Perón.

Las raíces del peronismo entroncan directamente con un liderazgo del movimiento obrero alejado de las posiciones únicamente izquierdistas. Howard y Roger exponen que la figura política del coronel Perón, acompañado siempre de un liderazgo en la sombra por su mujer, Eva Perón, “logró desviar al movimiento obrero del incipiente izquierdismo y creó una poderosa coalición nacionalista y reformista que, a despecho de la oposición norteamericana, llegó al poder en las elecciones de 1946.”⁸⁰⁴ Aparece vinculado al final de la conocida como Década Infame de la historia Argentina y como una organización de las demandas sociales y del descontento argentino, canalizando todos aquellos

⁸⁰³ NAPAL, M. C., “La presidencia de María Estela Martínez de Perón, entre el liderazgo vacante y la construcción discursiva de la legitimidad (1974-1976)”, *PolHis*, n°13, 2014, pp. 152-166, p. 153.

⁸⁰⁴ PODERTI, A. E., *Perón: la construcción del mito político 1943-1955*, Tesis doctoral dirigida por Claudio Panella, Universidad Nacional de la Plata, 2011, p. 63.

sentimientos de ausencia de representatividad. Ramos describe el éxito del fenómeno peronista en la década de los 40, de la siguiente manera:

“El neutralismo ante la segunda guerra era demasiado poderoso en el Ejército para permitir una ruptura con el Eje. La revolución del 4 de junio 1943 puso término al ciclo. El coronel Perón se abrió paso vertiginosamente como el caudillo político del Ejército. Desde el comienzo buscó el apoyo de los obreros sin organizar (los sindicatos eran poco representativos y estaban en manos de socialistas y comunistas) y promovió la formación de grandes entidades gremiales. Las enormes corrientes de obreros provincianos ingresaron a estas organizaciones de masa y obtuvieron derechos que no habían conocido nunca.”⁸⁰⁵

Se trata, por tanto, de un movimiento vinculado al establecimiento de reforma estructurales regidas por los militares pero tendentes a la inclusión en la forma de hacer política de los sectores más desfavorecidos de la sociedad argentina, aprovechando el impulso de los movimientos obreros y sindicales, el fuerte desarrollo industrial y la presencia de un vacío de poder importante respecto a la clase trabajadora, que se encontraba desestructurada y desorganizada, ya que los sindicatos no tenían ni la configuración jurídica, ni los medios ni el reconocimiento suficiente para canalizar estas demandas. Sidicaro y Jackisch coinciden en las similitudes y en el empeño de Perón por importar en América Latina y, particularmente en Argentina, la capacidad de funcionamiento, organización y atracción de las masas que había observado en los regímenes fascistas europeos. Jackisch entiende que el elemento más atractivo y políticamente más útil en la Argentina de los años 40 era el de *Gleichschaltung*, que significa alineación o unificación de determinadas actitudes sociales como puedan ser la cultura, el deporte o la región⁸⁰⁶; mientras que Sidicaro pone el énfasis en dos elementos, la organización estatal y la organización, que serían alabados por Perón incluso una vez derrotadas las potencias fascistas.⁸⁰⁷

El 4 de junio de 1943, sin embargo, no se produjo la que se considera la victoria del peronismo, sino más bien un golpe de estado militarizado frente a un gobierno marcado por el fraude electoral y la corrupción, aunque legítimo. Esta dictadura militar convocó elecciones para el 24 de febrero de 1946 y fue en ellas cuando la coalición formada por el Partido Laborista, la Unión Cívica Radical y el Partido Independiente

⁸⁰⁵ RAMOS, J. A., *Historia de la nación*, Ed. Peña Lillo, Buenos Aires, 1968, p. 459.

⁸⁰⁶ JACKISCH, C., *El nazismo y los refugiados alemanes en la Argentina*, Ed. De Belgrano, Buenos Aires, 1997.

⁸⁰⁷ SIDICARO, R., *Juan Domingo Perón. La paz y la guerra*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1996, p. 21.

llevaron a Perón a triunfar en las urnas. El partido principal de la coalición y el que marcó una diferencia en el entorno político argentino tradicional por la canalización de las peticiones políticas y sociales obreras fue el Partido Laboral. Si bien es cierto que, tal y como reseña Barry, Perón solo tuvo de cara a la opinión pública el mérito de ser el primer afiliado, no es menos cierto que se buscó combinar un equilibrio entre partido y liderazgo, entre organización y persona.⁸⁰⁸ La elección de combinar las fuerzas con la Unión Cívica Radical se explicaba por el hecho de obtener un electorado más amplio y de eliminar del debate político y del discurso electoral la posible caracterización de Perón como obrero de manera exclusiva. Aunque la perdurabilidad de esta coalición y de su carácter colectivo fueron escasos en el tiempo, sirvieron para cumplir dos cometidos:

En primer lugar, llevar a Perón a la presidencia.

Y, en segundo lugar, comenzar la construcción de un clima político basado en la simplificación y en la contraposición entre lo nacional y lo extranjero, lo justo y lo injusto, lo autoritario y lo democrático, lo social y lo oligárquico. Especialmente la publicación del conocido como Libro Azul, que venía a desvelar los vínculos entre Perón y el fascismo europeo, fue empleado por la retórica peronista para avivar un debate político presente en las sociedades latinas: el imperialismo, primero por españoles y portugueses y después ejercido por los estadounidenses. La contrapropuesta fue el titulado Libro Azul y Blanco. El 12 de febrero de 1946, Perón pronunció un discurso que daba buena cuenta del personalismo vendría a ceñirse no sólo sobre su futuro, por entonces, gobierno, sino en todo el debate político argentino de la segunda mitad del siglo XX:

“En consecuencia, sepan quienes voten el 24 por la fórmula del contubernio oligárquico-comunista, que en ese acto entregan sencillamente su voto al señor Braden. La disyuntiva, en esta hora trascendental, es ésta: o Braden o Perón. Por eso, glosando la inmortal frase de Roque Sáez Peña, digo: sepa el pueblo votar.”⁸⁰⁹

Perón contó con una segunda legislatura y después, en 1955, con la Revolución Libertadora, se exilió del país como figura, pero no como movimiento.

⁸⁰⁸ BARRY, C., “La conformación política del peronismo 1945-1955”, *Revista de Historia Iberoamericana*, nº2, vol. 3, 2010, pp. 10-21, p. 11.

⁸⁰⁹ Discurso de Juan Domingo Perón en el lanzamiento de su candidatura de 12 de febrero de 1946.

Las características del gobierno de Perón fueron las siguientes: en primer lugar, la disolución de los partidos y facciones políticas que habían conformado la coalición para la creación del conocido Partido Peronista (PP por sus siglas). En segundo lugar, la consolidación del movimiento sindicalista a través de la Ley de Asociaciones Profesionales, pero bajo un fuerte control gubernamental, que atajaba la conflictividad laboral por la vía del arbitraje o la represión. En tercer lugar, el papel de su mujer, Eva Perón, que se articuló como una figura esperanzadora en dos sentidos, a saber, en el plano de la participación y del sufragio activo y pasivo de la mujer en el escenario político argentino; y en el plano de la acción social por la vía de la creación de una Fundación financiada con fondos públicos que atendía solicitudes de asistencia social. En cuarto lugar, la percepción de la sociedad argentina como una comunidad lo que, al mismo tiempo supuso una derivada autoritaria y la inmersión de los dictámenes propios del comunitarismo en la dinámica del gobierno peronista. En quinto lugar, tuvo una fuerte vinculación con el clericalismo hispano y un mantenimiento del ejército como garante del orden público con la ubicación de sus cargos en puesto de dirección política. Romero resume las características de la etapa peronista de la siguiente manera:

“una reestructuración de las instituciones republicanas, una desvalorización de los espacios democráticos y representativos y una subordinación de los poderes constitucionales al Ejecutivo, lugar donde se asentaba el conductor, cuya legitimidad derivaba menos de esas instituciones que del plebiscito popular. Paradójicamente, un gobierno surgido de una de las escasas elecciones inobjetables que hubo en el país recorrió con decisión el camino hacia el autoritarismo.”⁸¹⁰

La historia política de Argentina tras el gobierno de Perón es una sucesión de derrocamientos y golpes de estado. Desde 1966 y hasta 1973, Argentina vivió en una dictadura permanente sostenida por la Doctrina de la Seguridad Nacional estadounidense, generando como reacción el movimiento que se ha catalogado como peronismo revolucionario, frente a la falta de legitimidad de los regímenes que sucedieron a la Revolución Libertadora. El objetivo era la vuelta a un nacionalismo popular frente al nacionalismo elitista empleado por los regímenes autoritarios argentinos en ese periodo y venía alentado por el éxito de la revolución cubana. A pesar de no ser un movimiento homogéneo, ya que en él confluía toda la oposición al régimen autoritario, la totalidad de sus manifestaciones, es decir, tanto aquellas proclives al empleo de la fuerza como las

⁸¹⁰ ROMERO, L. A., *Breve historia contemporánea de la Argentina*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2001, p. 1930.

posiciones de carácter negociador, fueron catalogadas como amenaza comunista en la región y la contundencia del régimen autoritario para frenarlas determinó el empleo de la violencia política y del estamento militar con funciones de policía ideológica. La muestra del liderazgo de Perón desde el exilio vino por el abandono de la vertiente más violenta a favor de la realización de labores más cercanas a las de una oposición; concretamente, el Programa del Primero de Mayo vino a convertirse en el ideario del peronismo revolucionario ya que, siguiendo a Bozza,

“era un minucioso y crítico inventario de fenómenos económicos, sociales, educacionales, habitacionales, laborales, etc.; prohijados por las inicuas estructuras capitalistas vigentes en el país. Transgredía los límites del mero gremialismo economicista, prebendario o reformista, Aspiraba a convertirse en un bloque reivindicativo multisectorial que, orientado por los trabajadores, expresara la voluntad política de grupos sociales e institucionales más amplios, entre ellos, sectores pequeñoburgueses, profesionales, intelectuales críticos, estudiantes, artistas y ciertas representaciones del "empresariado nacional" víctima del capital monopolista, También alentó iniciativas políticas al estilo de un Frente Opositor, en la que también participaron corrientes radicalizadas provenientes de la izquierda.”⁸¹¹

A partir de 1971, era tal el desgaste del régimen y el apoyo del movimiento peronista que se establecieron negociaciones para la obtención de un Gran Acuerdo Nacional para elegir un candidato presidencial que aglutinase el acuerdo de todos los intervinientes políticos. La publicidad del debate entre Perón y Lanusse determinó el bloqueo de las negociaciones y el alcance de un nivel de tensionamiento en ambos frentes; por un lado, un sector del peronismo era proclive a la salida negociada mientras que otro, solo entendía legítimo un nuevo gobierno que cumpliera con los elementos y objetivos planteados en el Programa del Primero de Mayo. En el plano del régimen, las posiciones también divergían entre los partidarios de posturas más conservadoras y los proclives a la negociación.

El retorno de Perón a Argentina vino de la mano de la búsqueda de una estrategia nacional exitosa para el final de la dictadura y esta propuesta se hizo definitiva con las llamadas Coincidencias Programáticas del Plenario de Organizaciones Sociales y Partidos Políticos, un documento que aglutinaba a los principales actores de la oposición al régimen, incluyendo a la propia Unión Cívica Radical, que había liderado el movimiento antiperonista, aunque finalmente, a las elecciones de 1973, las posiciones más próximas a la izquierda no concurrirían junto al peronismo y las posiciones

⁸¹¹ PODERTI, A. E., *Perón...*, *op. cit.*, p. 15.

antiperonistas lo harían disgregadas en tres partidos. Ante la imposibilidad, por determinación del régimen, de que el propio Perón se presentase a las elecciones, su candidato fue Héctor J. Cámpora junto a Vicente Solano Lima. El peronismo ganó las elecciones con un porcentaje del 49,56%, seguido por la Unión Cívica Radical con un 21,29%.

Estos resultados fueron bien recibidos por todos los sectores, con la excepción del sector militar más conservador, que proponía incluso invalidar los comicios celebrados. Esto supuso que, en 1973, Argentina tuvo que lidiar con una transición desde un modelo de dictadura cívico-militar hacia el modelo peronista, contando ahora con una fuerte oposición de los sectores militares y con la presencia de grupos armados revolucionarios y guerrilleros, escindidos del peronismo revolucionario. Herbitsky, en relación a uno de los momentos clave del primer gobierno elegido democráticamente tras la Revolución Libertadora en Argentina, a saber, la conocida como Masacre de Ezeiza, sostuvo que

“La masacre de Ezeiza cierra un ciclo de la historia argentina y prefigura los años por venir... En torno de la masacre de Ezeiza y de sus consecuencias comenzó a manifestarse la alianza entre la derecha peronista y la derecha no peronista, que tan clara se hizo durante el gobierno militar 1976-1983.”⁸¹²

Este acto de violencia contra la muchedumbre concentrada para recibir a Perón en su regreso definitivo a Argentina supuso la escenificación de la situación real por la que atravesaba el país, concretamente, el hecho de que la tolerancia del peronismo hacia los movimientos guerrilleros había generado una reacción en los sectores más conservadores, de la misma manera que el largo periodo dictadura lo había hecho en los sectores peronistas y de izquierda. El tensionamiento del debate político hacía su representación en las calles mediante el empleo de fórmulas de violencia política. El propio Perón alertó del peligro de violencia en caso de que la dictadura no le dejase concurrir a las elecciones, y también explotó políticamente esta posibilidad bajo el lema “Cámpora al gobierno, Perón al poder.” Concretamente declaró que

“Si en las próximas elecciones no se llama a elecciones generales, ofreciendo todas las garantías constitucionales, será difícil evitar la guerra civil... Yo les contesté (a los enviados de Lanusse) que no había trato y que sólo debían llamar a elecciones. Y si quiere Lanusse, que se presente nomás a las elecciones presidenciales, por mi yo tengo más posibilidades de salir primer ministro o rey de Inglaterra que Lanusse

⁸¹² VERBITSKY, H., *La Masacre de Ezeiza*, Ed. Contrapunto, Caracas, 1985, p. 3.

presidente de los argentinos. Yo seré presidente, no puedo negarme a pesar de mis 76 años.”⁸¹³

El 23 de septiembre de 1973 se convocaron nuevamente elecciones, tendentes a garantizar la llegada al poder de Perón que si bien quería hacerlo junto a quien fuese su Ministro del Interior, Benito Llambí para garantizar la fórmula de su oposición a la propia dictadura basada en una apariencia de unidad nacional, finalmente lo hizo bajo la fórmula de Perón-Perón, concurriendo a la vicepresidencia, su mujer María Estela Martínez de Perón.

El fallecimiento de Perón, como se exponía, hizo recaer el peso de la presidencia de Argentina sobre su mujer, siendo la primera presidenta de la historia argentina y asumiendo un contexto especialmente dificultoso, no solo por las tensiones políticas y la violencia, sino por el cuestionamiento de la legitimidad de su gobierno. La ausencia de un proyecto ideológico concreto en el peronismo y la agrupación de varias doctrinas vario su seno dificultaba en cierta manera el liderazgo de María Estela. Con la muerte de Perón, el mensaje que ella dirigió a la nación argentina se basaba en el respeto al marco constitucional y la idea de que la nación llevase a cabo un periodo de duelo en el que primase la idea misma de Argentina y la adopción de un papel preponderante en el mundo por encima de aproximaciones ideológicas:

“Con gran dolor debo transmitir al pueblo el fallecimiento de un verdadero apóstol de la paz y la no violencia. Asumo constitucionalmente la primera magistratura del país, pidiendo a cada uno de los habitantes la entereza necesaria dentro del lógico dolor patrio, para que me ayuden a conducir los destinos del país hacia la meta feliz que Perón soñó para todos los argentinos. Ruego a amigos y adversarios que depongan las pasiones personales en bien de una patria libre, justa y soberana. Que Dios me ilumine y me fortifique para cumplir con lo que Dios y Perón me otorgaron como misión.”⁸¹⁴

El estilo de gobierno de María Estela se basaba en su papel continuador del peronismo y, concretamente, en la idea de democratización del bienestar propuesta por

⁸¹³ Discurso de Juan Domingo Perón como respuesta a la modificación del Estatuto de la Revolución Argentina de 27 de julio de 1972.

⁸¹⁴ Declaración de María Estela Martínez de Perón sobre el fallecimiento de su marido, publicado en *La Nueva Provincia (Bahía Blanca)*, 2 de Julio de 1974, p. 3.

Torre y Pastoriza.⁸¹⁵ El Acta de Compromiso Nacional de 24 de julio de 1974 supone un punto de inflexión en el peronismo porque reconoce de manera oficial la legitimidad convertida en política de una sociedad argentina movilizada y socialmente organizada a través de la juventud, el sindicalismo y un sector intelectual vinculado al ámbito de la cooperación internacional y de las teorías del desarrollo postindustrial.⁸¹⁶

El desgaste del peronismo y el fallecimiento de Perón, unidos a las corrientes movilizadoras socialmente, al contexto de crisis económica y alta inflación y a la existencia de episodios, aunque aislados, de violencia política, crearon el caldo de cultivo para que las conspiraciones militares para derrocar al peronismo se hicieran reales. La legitimidad del gobierno peronista procedía, tal y como había ocurrido a finales de los años 40, no del establecimiento de una política verdaderamente democrática, sino de su origen, a saber, unas elecciones celebradas en términos de garantías y transparencia. El hecho de que el argumento más sólido a favor de la legitimidad del gobierno peronista fuese meramente formal, alertaba sobre la debilidad de su liderazgo, especialmente cuando desde la aparición del Partido Peronista, este movimiento se había centrado en un liderazgo personalista capaz de movilizar a la sociedad argentina y de aglutinar perspectivas políticas diversas bajo su mando.

El golpe de estado contó con un fuerte apoyo popular, no sólo expresado por las instituciones religiosas, empresariales, los sectores conservadores y los medios de producción, sino también por un amplio sector de la sociedad argentina que con el fallecimiento de Perón y el contexto de recesión nacional e internacional había perdido las esperanzas en el modelo peronista.

Además, tal y como propone Quiroga, la politización de lo castrense o la militarización del espacio político era un hilo conductor común de la historia política argentina, por lo que la resistencia social era la misma que respecto a la dictadura precedente, a saber, de componente ideológico y no de componente legitimador o de una convicción democrática.⁸¹⁷ Esto propició que el vacío de poder dejado por Perón y

⁸¹⁵ TORRE J. C. y PASTORIZA, E., “La democratización del Bienestar”, en TORRE, J. C. (comp.), *Nueva Historia Argentina. Los años peronistas (1943- 1955)*, tomo VII, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2002, pp. 257-313.

⁸¹⁶ SVAMPA, M., “El populismo imposible y sus actores 1973-1976” en JAMES, D. (comp.), *Nueva Historia Argentina. Violencia, proscripción y autoritarismo*, tomo IX Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2003, pp. 384-436.

⁸¹⁷ QUIROGA, H., *El tiempo del proceso. Conflictos y coincidencias entre políticos y militares. 1976-1983*, Ed. Fundación Ross, Santa Fe, 1994, p. 39.

profundizado por la conflictividad social y la crisis económica sirviese como elemento justificador y legitimador no solo de la intervención militar, sino del control militar del espacio político como estructura de orden.

Se constituyó una Junta Militar dotada de atribuciones para la elección del Presidente por un mandato de tres años, se suprimieron las cámaras legislativas a favor de una Comisión de Asesoramiento Legislativo y se intervino el poder judicial. Como elemento característico de las dictaduras cívico-militares, todas las manifestaciones ideológicas, asociativas y de ejercicio de libertades públicas quedaron suprimidas y la intervención militar de todos los niveles administrativos apoyada en burocracia civil quedó rápidamente instaurada, suspendiéndose todas las competencias descentralizadas.

Con el nombramiento de Jorge Rafael Videla, teniente general, como presidente y como comandante del Ejército, se inició el Plan de Reorganización Nacional, teniendo como objetivos principales tal y como sintetizan Benítez y Mónaco:

“restituir los valores esenciales del Estado; erradicar la subversión; promover el desarrollo económico de la vida nacional basado en el equilibrio y participación de los distintos sectores; posteriormente, instaurar una democracia, republicana, representativa y federal, adecuada a la realidad y exigencias de solución y progreso del Pueblo Argentino.”⁸¹⁸

El gran elemento de unión de las fuerzas de la dictadura era la eliminación de la subversión y el establecimiento de un nuevo orden que generase una nueva sociedad argentina sobre las bases de la competitividad económica liberal y el cristianismo. Realmente no había un proyecto político, sino una idea de establecimiento de un régimen de control social y económico donde el valor del orden primaba sobre cualquier otra concepción, en línea con las características de las dictaduras cívico-militares latinas, lo que se traducía según, de nuevo, Quiroga, “fundar una nueva etapa en la vida argentina que diera término al ciclo de disputas sectoriales sobre la base de afianzar una nueva hegemonía sobre la sociedad.”⁸¹⁹

Hay un elemento especialmente importante en la comprensión de este proyecto basado en el orden, la militarización y la eliminación de la subversión, y es que, mediante

⁸¹⁸ HERNÁN, D. y MÓNACO, C., “La dictadura militar, 1976-1983” en V. V. A. A., *Problemas socioeconómicos de la Argentina contemporánea*, Ed. Universidad Nacional de General Sarmiento, Los Polvorines, 2012, pp. 1-24, p. 3.

⁸¹⁹ QUIROGA, H., *El tiempo...*, *op. cit.*, p. 66.

el Decreto 261 de 1975, se había atribuido, por María Estela, la función de represión de grupos guerrilleros al Comando General del Ejército, legitimando por la vía del decreto presidencial el combate de la subversión con el empleo del monopolio de la fuerza por el estado, militarizando una conflictividad ideológica que ya había sido convertida en armada por la parte más radical del peronismo revolucionario y de la izquierda argentina.

Calveiro sostiene que la historia de la militarización de la política argentina, unida a las medidas tomadas por quien era considerado el gobierno legítimo en la lucha contra lo catalogado como guerrilla, unido al golpe de estado, crearon un ambiente propicio y poco ajeno para la sociedad argentina en el que al Estado le era atribuido lo que ella denomina el poder de desaparecedor que actuaba sobre las personas concretas con la finalidad de hacer desaparecer la cultura de la movilización y el componente ideológico de la vida política, social, cultural y económica.⁸²⁰

Los regímenes argentino, chileno, uruguayo, paraguayo, brasileño, y salvadoreño y hondureño después, emplearon el mismo tipo de prácticas represivas basadas en la persecución y desaparición con resultado de muerte mediante diversos instrumentos como la ejecución, las fosas comunes o los llamados aviones de la muerte. En América Latina se creó bajo el paraguas del Plan Cóndor, un espacio de represión colaborativa entre las distintas dictaduras cívico-militares.

Canitrot sostiene que incluso la política económica diseñada por el régimen servía a ese objetivo de orden, toda vez que solo hay dos explicaciones que puedan encontrar sentido al diseño de producción e industrialización de la dictadura cívico-militar. En primer lugar, se eliminó la política de sustitución de las importaciones que había fomentado y hecho crecer la producción local desarrollando una base obrera sólida y consolidada como movimiento social y como agente económico. En segundo lugar, se incorporó el enfoque neoliberal resultante de la Escuela de Chicago y de la crisis mundial de 1973, eliminando la presencia de medidas propias del estado del bienestar y sometiendo el progreso o la recuperación económica argentina o, en términos internacionales, el desarrollo a la liquidez crediticia internacional o, en otras palabras, al aumento de la deuda externa.⁸²¹ Dentro del plano económico, un elemento esencial fue que la vinculación de la política económica con la idea de orden delimitó un sistema de

⁸²⁰ CALVEIRO, P., *Poder y desaparición. Los campos de concentración en la Argentina*, Ed. Colihue, Buenos Aires, 2006, p. 11.

⁸²¹ CANITROT, A., "La disciplina como objetivo de la política económica. Un ensayo sobre el programa económico del gobierno argentino desde 1976", *Desarrollo Económico*, n° 76, vol. 19, 1980, pp. 453-475.

impedimento del acceso a financiación y concentración de capital por parte de los grupos subversivos, pero no así de la ciudadanía argentina. Se trataba de un sistema basado en la individualidad y en la generación de acreedores externos para la distribución disciplinada de la riqueza, con una población con fuertes desigualdades y una base de bajo poder adquisitivo.

La ausencia de un verdadero proyecto político determinó el propio desgaste del régimen una vez neutralizada la actividad subversiva a través de esa política del miedo; esto no supone que no hubiese voces clandestinas, pero disidentes, sino que el espacio público había sido completamente anulado como espacio de debate o de manifestación de opiniones, cuestiones de conciencia o pensamiento. En 1980, ya se manifestaba lo expuesto por González Bombal sobre la dictadura y es que

“su legitimidad básica presentó así una manifiesta incoherencia programática porque su concepción de la política no guardaba relación alguna con la supuesta finalidad que aseguraron justificaba su acceso al poder: la restauración de la democracia.”⁸²²

Tcach sintetiza las tres posturas predominantes en materia de dirección política dentro de la cúpula militar de la dictadura: la que pretendía un antipartidismo indefinido en el tiempo, la de la regeneración de la derecha político-militar, y la de la participación de los políticos tradicionales bajo la tutela militar.⁸²³ El documento titulado Bases Políticas de las Fuerzas Armadas para el Proceso de Reorganización Nacional, publicado en 1979, daba buena cuenta del desgaste y de la necesidad de plantear una suerte de cesión del poder por la cúpula militar que derivase en una salida pactada y en una asunción del poder por los partidos políticos, pero con legitimación reconocida del papel de la institución castrense, tanto su labor de orden en el periodo de la dictadura cívico-militar como su labor de guardián del orden en el nuevo contexto argentino. Las primeras conversaciones sobre el papel de los militares en la transición argentina se iniciaron un año después, pero según sostiene Velázquez, “por la dinámica que adoptó el encuentro, más que un diálogo, la entrevista con el ministro se asemejaba más a un referendo

⁸²² GONZÁLEZ, I., *El diálogo político: la transición que no fue*, Ed. CEDES, Texas, 1991, p. 14.

⁸²³ TCACH, C., “Partidos políticos y dictadura militar en Argentina (1976-1983)” en DUTRÉNIT, S. (ed.), *Diversidad partidaria y dictaduras: Argentina, Brasil y Uruguay*, Ed. Bielous, México DF, 1996, pp. 25-88, pp. 51-53.

respecto a la legitimidad de las Fuerzas Armadas para conducir la etapa de normalización institucional.”⁸²⁴

En 1981, Roberto Viola llega a la Presidencia asegurando que la etapa que se iniciaba con su mandato se caracterizaba por ser “una etapa de participación, es decir, de tránsito de un gobierno militar constitucional a un estado total de derechos.”⁸²⁵

La propia Junta Militar, no conforme con el planteamiento consensuado de Viola, puso al frente del proceso a Leopoldo Galtieri, quien proponía el mantenimiento del poder en manos militares y bajo la Junta Militar hasta la generación, que no regeneración, de partidos con garantías electorales, capaces de asegurar el mantenimiento de los patrones de orden público y de reconocimiento de la militarización del espacio público desarrollados durante la dictadura. El estancamiento social y de la negociación, así como la asimetría de las posturas, altamente inmovilistas por parte de los militares, y poca legitimidad por parte de la parte social, aun no reagrupada en partidos políticos con verdadera entidad, medios, respaldo y funcionalidad, delimitó en buena parte el que sería el último intento del régimen por legitimarse tanto en sus actuaciones dictatoriales como en su papel transicional: las Malvinas. Novaro y Palermo sostienen que

“la idea de recuperar Malvinas no era en absoluto artificial ni circunstancial, era un proyecto de larga data, sustentado en motivaciones sinceras del régimen militar, que se descontaba que contaría con un amplio respaldo civil.”⁸²⁶

En realidad, el único nexo de unión entre la propia élite militar y el único espacio de acción política en el que habían conseguido, aunque fuese a costa de violaciones de los DDHH, éxito y eficacia, era precisamente ese, el bélico. Aunque en términos militares la derrota a manos de los británicos fue ineludible, a efectos sociales y de reagrupamiento de la cúpula militar generó una cohesión pasajera. Reynaldo Bignone, sucesor de Galtieri, realmente ya sólo podía negociar la salida de los militares toda vez que, perdida la guerra en Las Malvinas, ni siquiera el apoyo social reunido había dado sus frutos.

⁸²⁴ VELÁZQUEZ, A., “De la concertación a la multipartidaria: el espacio político partidario en los albores de la transición a la democracia en Argentina (1980-1981)”, *Revista contemporánea*, n°7, vol. 1, 2015, pp. 1-28, p. 4.

⁸²⁵ Discurso de Roberto Viola de 27 de febrero de 1981, recogido en *La Nación*, 28 de febrero de 1981.

⁸²⁶ NOVARO, P. y PALERMO, V., *La dictadura militar (1976-1983): del golpe de Estado a la restauración democrática*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2013, p. 412.

Un hecho especialmente relevante vino delimitado por la no disolución de los partidos políticos durante la dictadura cívico-militar; las medidas del régimen fueron en el plano de la suspensión de su actividad, lo que en cierta manera los desestructuró, pero no supuso la pérdida de sus ejes estructurales. En el marco de la oposición, los partidarios de la Unión Cívica Radical eran proclives a una salida pactada mientras que el peronismo era partidario de un modelo de democratización forzado. Sin embargo, no había unanimidad en el seno de los partidos y los líderes tradicionales habían fallecido por lo que no existía la figura de un liderazgo especialmente carismático a nivel político, partidista ni, en consecuencia, social.

Morales Solá en agosto de 1982 publicaría en el diario Clarín, la siguiente pregunta: “¿qué hacer con la Argentina que perdió una guerra y qué hacer en su último y triste tramo con un proceso que repartió a manos llenas durante un lustro estéril?”⁸²⁷ Esta era la gran pregunta de la nación y la que determinaría las bases de una transición determinada por un acuerdo, La Concertación.

ii. La transición en Argentina

Acuña y Smulovitz plantean la gran pregunta que recae sobre las transiciones desde regímenes autoritarios regidos bajo la fórmula de la dictadura cívico-militar, a saber,

“¿cómo consolidar un régimen cuya legitimidad se funda en la participación democrática, la justicia y el respeto a los derechos humanos y, a la vez, obtener la colaboración de un actor como las Fuerzas Armadas, que hasta ayer constituyó el eje del régimen autoritario y aún hoy reivindica las estrategias represivas utilizadas?”⁸²⁸

El sentir argentino se dividía entre víctimas, verdugos y cómplices por acción u omisión y, aunque es cierto que el primer objetivo de las medidas represivas emprendidas por la dictadura cívico-militar, tal y como se resaltaba con anterioridad, no supuso una disolución de la actividad política, sino más bien la desarticulación de los antiguos representantes a favor de la constitución de nuevos movimientos de defensa de los DDHH situados en un ámbito de clandestinidad primero, y de presión pública y política en el

⁸²⁷ MORALES, J., “¿Qué hacer con Argentina?”, El Clarín, 29 de agosto de 1982.

⁸²⁸ ACUÑA, C. H. y SMULOVITZ, C., “Militares en la transición argentina: del gobierno a la subordinación constitucional” en PÉROTIN-DUMON, A., *Historizar el pasado vivo en América Latina*, Ed. Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2008, pp. 3-94, p. 3.

momento en que comenzaron a delinearse las condiciones para la salida pactada del régimen. Ya a finales de 1976, estas nuevas organizaciones, tenían reconocimiento a nivel internacional y tenían centrada su labor en la asistencia a las víctimas. Esto supuso forzar al régimen a delimitar, cuanto menos, una estrategia común de actuación, consistente primero en neutralizar a los nuevos elementos subversivos y en negar los hechos o calificarlos de abusos excepcionales y aislados en una segunda etapa. La retórica y el discurso respecto a esta cuestión lo representa bien el discurso del Almirante Massera del 2 de noviembre de 1976, donde se aprecian una serie de características y elementos que dan buena cuenta de la problemática transicional argentina:

“No vamos a tolerar que la muerte pueda andar suelta en la Argentina. Lentamente, casi para que no nos diéramos cuenta, una máquina de horror fue desatando su impunidad sobre los desprevenidos y los inocentes, en medio de la incredulidad de algunos, de la complicidad de otros y el estupor de muchos... Por eso los que estamos a favor de la vida vamos a ganar, porque mientras nosotros luchamos para ganar la paz, ellos luchan para mantener la guerra; por eso los que estamos a favor de la vida no vamos a tolerar ningún pacto, ninguna conversación y aquellos ambiciosos melancólicos –si los hay– que sueñan con persuasiones imposibles, no sólo serán considerados reos de alta traición a la Patria, sino reos de alta traición a la vida.”⁸²⁹

La percepción que el régimen ofrece de la sociedad argentina es la de una sociedad en conflicto que requiere de los valores militares respecto a la patria, respecto al deber y respecto al saber hacer; en esencia, las posturas son simplemente dos, las que comprenden, aceptan y comparten la postura del régimen frente a los que desean quebrantar el orden establecido. Esto supone una sociedad fragmentada entre patriotas y enemigos desde la perspectiva del régimen, y entre víctimas y victimarios desde la perspectiva de las víctimas de la acción represiva del régimen. Son posturas muy alejadas entre sí y basadas en una culpabilización bidireccional. En el plano nacional, Videla afirmaba el éxito de la guerra antisubversiva llegando a declarar ante la prensa que

“la lucha armada contra las organizaciones armadas del terrorismo subversivo está llegando a su fin. Quiero que se entienda bien: no está llegando a su fin el poner término a los excesos de la represión; lo que está llegando a su fin es la lucha armada contra elementos armados de la subversión.”⁸³⁰

⁸²⁹ URIARTE, C., *Almirante cero. Biografía no autorizada de Emilio Eduardo Massera*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 1992, p. 140.

⁸³⁰ PODER EJECUTIVO DE LA NACIÓN, *Mensajes Presidenciales: Proceso de Reorganización Nacional*, Tomo 2, Ed. Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1977, p. 104.

El intento de justificación o blanqueamiento de la política de represión vino de la mano de una estrategia mediática y otra diplomática basada en la intervención de Gabriel Martínez como embajador de Argentina en las Naciones Unidas ante la Comisión de Derechos Humanos, y la invitación a visitar el país a los miembros de la CIDH en el marco del diálogo político reinstaurado, aunque de manera controlada, por el propio régimen. En esencia, esto supuso que uno de los límites referidos por la dictadura cívico-militar de cara a aceptar la transición pasaba por la aceptación de la estrategia represiva desarrollada, condicionante, dispuesto especialmente para garantizar la inviolabilidad y la inmunidad de sus miembros y para eliminar del debate transicional la cuestión de los DDHH.

La guerra de las Malvinas que, entre otras razones, había sido una contienda emprendida con la voluntad de legitimar a un régimen dividido interna y externamente, supuso la visibilización de las fracturas en el seno del régimen, especialmente entre quienes desempeñaban labores de dirección política y quienes desempeñaban labores de corte militar tradicional.

Toda esta desestabilización interna del régimen determinó un posicionamiento cercano al del inicio de la dictadura, en el que la vertiente más conservadora tomaba las riendas del proceso transicional y lo condicionaba a través de una serie de medidas de orden legislativo, a saber: el Acta Institucional de 28 de abril de 1983, donde se determinaba que las operaciones desarrolladas contra la subversión eran actos de servicio y, en conclusión, no punibles; la Ley 22924 de Pacificación Nacional, que se correspondía con una ley de amnistía que abarcaba el periodo temporal comprendido entre el 25 de mayo de 1973 y el 17 de junio de 1982; y, el decreto número 2726 de 1983, que disponía la destrucción de los documentos relativos a la represión militar.⁸³¹

La oposición reunida bajo la coalición denominada Multipartidaria, aún a pesar de estas medidas, era consciente de la difícil situación en la que se encontraba el país tanto a nivel de cohesión social como en términos económicos, por ello no presionó una cesión inmediata del poder a un gobierno civil de transición, sino que optó por la participación de los militares en la transición con vistas a obtener algún tipo de solución o de indicación sobre la gestión transicional argentina a todos los niveles. La propuesta de Raúl Alfonsín representa bien esta postura ya que era partidario de que un presidente

⁸³¹ FONTANA, A., *Political decision making by a military corporation: Argentina 1976-1983*, tesis doctoral, Universidad de Texas-Austin, 1987, p. 183.

civil asesorado por un gabinete de salvación nacional liderase el proceso transicional, más que por el propio liderazgo del proceso a través de su partido.

Las posturas, por tanto, tanto en el plano de la dictadura militar como en el plano de la oposición se reducían, simplificando la cuestión, a dos: el acuerdo sobre las acciones futuras y la asunción de la impunidad de la acción represiva, o la creación de un nuevo ordenamiento jurídico e institucional en Argentina. Los mayores puntos de debate en el seno de los partidos con mayores perspectivas electorales democráticas, subyacía fundamentalmente en la cuestión acerca de la impunidad, ya que el modelo de salida pactada era algo aceptado con vistas a eliminar el riesgo de nuevas sublevaciones militares y golpes de estado que se habían sucedido en la historia argentina del siglo XX.

El movimiento peronista, liderado por Italo Luder, consciente de que nunca había sido derrotado electoralmente, optó por un proyecto transicional basado en la cesión pacífica del poder a cambio de la amnistía. La postura de Alfonsín, sin embargo, fue diferente en este sentido, ya que se posicionó de manera abierta sobre la represión y la violencia política de la dictadura cívico-militar, llegando incluso a afirmar en un periodo de negociaciones transicionales e inmerso en un debate político tremendamente ambiguo ante las cercanas perspectivas electorales que, “creo que hay desaparecidos con vida.”⁸³²

En octubre de 1983, las elecciones celebradas dieron la victoria a Raúl Alfonsín, quizás por el distanciamiento que había marcado respecto al régimen militar durante el periodo electoral y por su tendencia a admitir las medidas tomadas por la dictadura cívico-militar para controlar el proceso transicional, pero, al mismo tiempo, confiar en las facultades judiciales para revisarlas o declararlas inconstitucionales. El perfil de Raúl Alfonsín era conciliador en el sentido de que no presentaba una oposición a una cesión pactada del poder, pero avanzaba un cuestionamiento de la legitimidad y legalidad de las acciones del régimen que se pospondría hasta la culminación transicional en términos formales.

Ansaldi plantea que puede considerarse consolidada una democracia en el contexto de las transiciones del Cono Sur,

“cuando el poder civil democrático no tiene ningún tipo de condicionante originado en el ejercicio de la dictadura e impuesto por esta en su retirada, ni intentos

⁸³² Declaraciones de Raúl Alfonsín el 22 de octubre de 1983 recogidas en *El Clarín*, 23 de octubre de 1983.

de cuestionamientos de decisiones del poder civil que afectan a los militares, por parte de las Fuerzas Armadas. Es decir, cuando estas dejan de tener prerrogativas que escapan a sus funciones específicas como parte del Estado y quedan subordinadas por completo al poder civil. Debe incluirse, también a modo de refuerzo del proceso, la elección libre del segundo gobierno posdictadura, siempre y cuando, por cierto, no continúen vigentes condicionamientos impuestos por la dictadura.”⁸³³

Esta caracterización de la consolidación democrática en América Latina da buena cuenta de lo intenso y de la exigencia de liderazgo y asunción de valores democráticos que deben tener los líderes políticos en sede transicional. A estos efectos, la victoria de Alfonsín en las elecciones de 1983 suponía una fase de la transición en Argentina y no su culminación, ni siquiera a efectos formales, toda vez que las reglas del juego democrático, de la convivencia política, del rol militar y del gobierno civil no habían sido aún definidas y se encontraban en proceso de delimitación. Es cierto que autores como Ernesto López sitúan el inicio de la transición argentina en el inicio del proceso de diálogo por parte del régimen y que definen la transición en las cuatro últimas presidencias de la dictadura cívico-militar⁸³⁴; no obstante, desde el planteamiento transicional aquí defendido, si bien se asume que el final de la transición no coincide con la consolidación democrática necesariamente, sí se requiere un cierto nivel de institucionalización y verdadera delimitación del marco jurídico-político como requisito para entender finalizada la transición, de lo contrario, se asumiría que la mera convocatoria de elecciones en un contexto de sufragio universal basta para entender terminada la transición.

Ansaldi sostiene que consolidación democrática en el seno de transiciones desde regímenes cívico-militares coincide con la completa subordinación de las Fuerzas Armadas al poder civil⁸³⁵ o, siguiendo a Linz, con la ausencia o minimización del riesgo de un golpe de estado. Este postulado es asumible en el sentido de que supone la interiorización de los valores democráticos en todos los niveles institucionales; no obstante, dicha interiorización parte de algún punto, y en particular, de la definición de las reglas del juego democrático y del establecimiento de los nuevos roles de cada actor político. Desde la victoria de Alfonsín y hasta 1989, distintas facciones militares, entre ellas los denominados carapintadas, provocaron crisis de orden público nacional e

⁸³³ ANSALDI, W., « Juego de patriotas. Militares y políticos en el primer gobierno posdictadura en Bolivia, Brasil y Uruguay » en PUCCIARELLI, A. (coord.), *Los años de Alfonsín : ¿el poder de la democracia o la democracia del poder ?*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2006, pp. 24- 58, p. 24.

⁸³⁴ LÓPEZ, E., *Ni la ceniza ni la gloria. Actores, sistema político y cuestión militar en los años de Alfonsín*, Ed. Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, 1994, p.36.

⁸³⁵ ANSALDI, W., « Juego... », *op. cit.*

internas en el ámbito castrense, denotando la pervivencia de la posibilidad de regresión autoritaria dentro del cuerpo militar. La toma del Edificio Libertador, sede del Ejército, durante la legislatura de Carlos Menem es el punto de inflexión dentro del ejército argentino, ya que el estado respondió con dureza al intento de sublevación militar e impulsó una labor de profesionalización castrense.

Se entiende por profesionalización militar al fenómeno según el cual hay un cambio de mentalidad en el seno del ejército, que asume el rol de fuerza armada, en contraposición al papel de fuerza armada política. Pion y López caracterizan a los militares profesionales de la siguiente manera:

“no habían sido alcanzados por los amotinamientos, por un lado, o por la inacción burocrática por el otro, ni se habían afiliado a ninguna camarilla determinada. (...) Se mantenían al margen de las disputas políticas, prefiriendo llevar a cabo la tarea de su cargo de la manera más discreta posible. (...) En la lucha en torno a la identidad profesional y el significado que el profesionalismo debía tener (...) eran espectadores que esperaban el resultado final entre las facciones contendientes. (...) En su mayor parte tendían a aceptar la subordinación al poder constitucional y a los gobernantes electos. A su juicio, esa lealtad debía ejercerse independientemente de las orientaciones o predilecciones políticas de quienes estuvieran en el poder.”⁸³⁶

La llegada de Alfonsín al poder determinó el empleo de una estrategia prudente respecto al procesamiento de los militares basada en el autojuzgamiento o, en esencia, en que el propio cuerpo militar tuviese un cierto control sobre la capacidad judicializadora. Además, en un intento por mostrar un cierto equilibrio, los decretos dictados suponían el enjuiciamiento de dos sectores: el decreto número 157/83 ordenaba la persecución penal por los delitos de asociación ilícita, atentados contra el orden público y la paz interior de, entre otros, los principales líderes guerrilleros: Mario Eduardo Firmenich, Fernando Vaca Narvaja, Enrique Gorriarán Merlo y Roberto Perdía. El decreto número 158/83 ordenaba el arresto y procesamiento de los miembros de las juntas militares entre 1976 y 1983, complementado después con el decreto número 3090/84, que ampliaba la lista de militares a ser detenidos y procesados. El planteamiento era evitar el favorecimiento de los discursos de antimilitarismo y, al mismo tiempo, generar una sanción de las reclamaciones políticas convertidas en causas armadas. Acuña y Smulovitz sitúan esta

⁸³⁶ PION-BERLIN, D. y LÓPEZ, E., “Una casa dividida: crisis, fractura y conflicto en el Ejército argentino”, en LÓPEZ, E. y PION-BERLIN, D., *Democracia y cuestión militar*, Ed. Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, 1996, pp. 91-146, p. 118.

dualidad dentro de la conocida como teoría de los dos demonios, que establecía las bases o causas del autoritarismo en Argentina

“como producto de las acciones de dos actores con igual responsabilidad criminal: la guerrilla de izquierda, que había optado por la violencia para alcanzar cambios sociales, y aquellos miembros de las Fuerzas Armadas que habían diseñado una metodología represiva basada en la toma del poder político y la sistemática aplicación del terrorismo de estado.”⁸³⁷

Las dos leyes que definieron el éxito o fracaso de la estrategia de Alfonsín fueron:

Primero, la Ley número 23040 de 1983 que derogaba la Ley de Amnistía.

Segundo, la Ley número 23049 de 1983 que reformaba el Código Militar para dotar de un marco jurídico a la táctica del autoenjuiciamiento. Se confería al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas la actuación como primera instancia cuya decisión era susceptible de recurso ante los tribunales civiles y también reclamable por estos en caso de demoras superiores a un plazo de seis meses entre el inicio del procedimiento y la emisión de sentencia. El gobierno planteaba la restricción de las condenas derivadas de estos juicios a los altos cargos militares, contemplando, en todo caso, una presunción de error insalvable ante la obediencia debida. Esta propuesta de redacción del artículo 11 de la ley mencionada fue objeto de debate parlamentario y modificación, excluyendo de la obediencia debida a las órdenes aberrantes o atroces en su redacción final. Esto determinó el fracaso de la estrategia del gobierno de Alfonsín, en el sentido de que dejaba en manos de los tribunales ordinarios la delimitación del contenido aberrante o atroz de las órdenes, lo que venía a comprometer la prudencia en los enjuiciamientos que este había anunciado al estamento militar. En términos democráticos y de protección de los DDHH, el éxito parlamentario de una propuesta tendente a alinearse con los estándares de protección y de determinación de la responsabilidad penal internacional y de la responsabilidad en el plano de los actos y crímenes de guerra fue y ha sido un logro transicional por parte de los sectores políticos alineados con esa visión internacional de la tríada entre justicia, democracia y DDHH; y, al mismo tiempo, es una dinámica transicional excepcional, porque supone un cuestionamiento al liderazgo transicional del propio Alfonsín, elegido democráticamente, y la adopción de medidas de justicia transicional en el ámbito penal que no cuentan con otro ejemplo similar en el mundo en el contexto de transiciones

⁸³⁷ ACUÑA, C. H. y SMULOVITZ, C., “Militares...”, *op. cit.*

pactadas. Dos fueron los objetivos no conseguidos en este sentido por los movimientos de DDHH en sede transicional: la existencia de juicios totalmente independientes de la jurisdicción militar y la eliminación, con esa enunciación de la ley, de la posibilidad de juzgar la complicidad por omisión.

Lo que no fue cuestionable era el papel de la jurisdicción militar en los procedimientos penales por dos motivaciones: la primera alineada con la prevención de regresiones autoritarias ante una política de enjuiciamiento dotada de los elementos de independencia, imparcialidad judicial y formación en protección de DDHH, y la segunda, más que una motivación, supuso un fundamento a este tipo de procedimientos especiales: la autotutela propia del Derecho Administrativo, especialmente característica del orden castrense. No obstante, el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas manifestó ante la Cámara Federal que debía juzgarse a los autores inmediatos de los hechos y no a quienes dictaban las órdenes, así como la ilicitud de los hechos y no la ilicitud de las órdenes mismas, intentando alejar de la cúpula militar los enjuiciamientos y optando por un modelo que eludía la institucionalización política de la violencia política como elemento estructural de la dictadura cívico-militar, a la vez que aumentaba el número de casos objeto de juicio sumario.⁸³⁸

En 1989, Raúl Alfonsín perdió las elecciones y la reflexión que se obtuvo quedó plasmada en un editorial de *Ciudad Futura*:

“Seguramente la ansiedad de muchos nosotros por construir un régimen democrático de gobierno en la Argentina, tras décadas de autoritarismo, nos hizo caer en una exageración politicista, en un desdén por los hechos sociales estructurales sacrificados a una visión demasiado autónoma de la política.”⁸³⁹

El propio Grossi, un año antes, había publicado en la misma plataforma una reflexión interesante sobre los avances transicionales argentinos de cara a las elecciones de 1989 y ante la división presente en el movimiento peronista particularmente, entre aquellos a favor de una visión identitaria entre política y nación, es decir, por una política de corte populista, y aquellos partidarios de una renovación y de la necesidad de construir otro discurso político:

⁸³⁸ ASOCIACIÓN AMERICANA DE JURISTAS, *Argentina. Juicio a los militares. Documentos secretos, decretos-leyes, jurisprudencia*, Ed. Asociación Americana de Juristas, Buenos Aires, 1988, p. 34.

⁸³⁹ Editorial “¿Y ahora qué?”, *Ciudad Futura* n° 17-18, 1989, p. 3.

“esto impedirá la consolidación de un sistema partidario funcional para la democracia. El riesgo reside en que volveremos a votar por alternativas de régimen político más que por alternativas políticas y, en consecuencia, que la alternativa se plantee en los viejos términos. La consolidación del régimen democrático sigue estando en juego.”⁸⁴⁰

Esta reflexión de Grossi sobre el contexto argentino de cara a las segundas elecciones democráticas definía un contexto en el que todavía estaban por delimitar las reglas del juego democrático, es decir, no se había conformado aún en Argentina el modelo de estado y de gobierno democrático por el que se quería optar y que regiría las actuaciones políticas y esto suponía que el debate no era sobre políticas públicas o formas de gestión, sino sobre el modelo político que quería instaurarse. A la cuestión sobre la justicia transicional se añadía un componente esencial como era el económico y, particularmente, la recuperación de la economía argentina y de una clase media mayoritaria y con poder adquisitivo suficiente. Raúl Alfonsín había optado por una forma de tecnocracia y había impulsado la integración de técnicos y especialistas en el ámbito de la realización de políticas públicas. La victoria de Menem no supuso un cambio relevante en materia económica, es más, en cierta manera triunfó la vertiente más conservadora de la gestión económica en detrimento de la política económica de carácter social vinculado a la hiperinflación provocada por la actuación de los grupos de presión económica. Esto supuso una crisis de gobernabilidad iniciada con Alfonsín y heredada por Menem, en la que no solo los actores no eran capaces de definir el rumbo en materia de políticas públicas, sino que tampoco tenían, de cara a la opinión pública, ni las herramientas ni la capacidad para hacerlo, quedando absolutamente sometidos el rumbo de la economía argentina al mercado y a la actuación de sus agentes privados.

Cavarozzi sostiene que la política económica desarrollada durante las dos legislaturas de Menem vino caracterizada por la descomposición de la matriz estadocéntrica de posguerra y por el alejamiento de las posturas de intervención económica estatal que habían caracterizado hasta ese momento al peronismo⁸⁴¹, pero sin perder el apoyo sindical, a través de una política de participación de los sindicatos como empresarios accionistas en las empresas liberalizadas y su inclusión en los programas de

⁸⁴⁰ GROSSI, M., “Una opción positiva”, *Ciudad Futura*, n° 12, 1988, p. 4.

⁸⁴¹ CAVAROZZI, M., *Autoritarismo y democracia (1955-1996), La transición del Estado al mercado en la Argentina*, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1997.

obras sociales.⁸⁴² La ley número 23696 de 1989 y la Ley número 23697 de 1989 definieron el nuevo curso económico de Argentina con el recorte de los subsidios sociales y la capacidad estatal de intervenir, reestructuras, privatizar o liquidar las empresas públicas. Esta política económica determinó la apertura de una nueva fractura en la sociedad argentina, especialmente entre los partidarios de un neoliberalismo y los defensores de lo que ha venido denominándose Patria contratista.⁸⁴³

Rivas Otero, en su estudio sobre la gobernabilidad en Argentina, sostiene que desde el inicio de la transición democrática tiene lugar un fenómeno en razón del cual cuanto más se cuestiona la legitimidad gubernamental mayor es el grado de eficacia en el desempeño de gobierno que muestran los actores políticos. Esta conclusión enlaza directamente con los estilos de liderazgo que operaron en sede transicional y que vinieron caracterizados por una ambivalencia constante no solo entre las promesas electorales y los actos de gobierno, sino por los propios cambios de rumbo apreciados en uno y otro contexto.

El gobierno de Menem, apodado el de la reestructuración, da buena cuenta de los fallos de las primeras etapas transicionales y de cómo éstos se heredan en el gobierno llamado a ser el de la consolidación:

“Después de la experiencia militar y con la divulgación de los hechos ocurridos, parecía existir un tácito consenso en que el fortalecimiento de la democracia, que a todos los efectos era comprendida como la vigencia de la constitución y los derechos humanos, debía ser la prioridad en las políticas de estado y no es extraño que el discurso democrático tuviera tanto éxito, aún por sobre el discurso “económico” del populismo peronista. La estabilización política del país en el marco de la protección de las libertades y garantías individuales era el punto de apoyo principal de la nueva gestión política en sus comienzos. Sin embargo, la separación discursiva de ambos campos no era coherente con el estado de cosas, con las consecuencias inevitables sobre ambos términos en el largo plazo.”⁸⁴⁴

La gran manifestación de estas disfuncionalidades vino dada por el hecho de que los partidos políticos quedaron absolutamente vaciados de sus contenidos ideológicos para asumir las demandas canalizadas de diferentes actores sociales y terminaron

⁸⁴² MURILLO, M. A., “La adaptación del sindicalismo argentino a las reformas de mercado en la primera presidencia de Menem” *Desarrollo económico*, n°147, vol. 37, 1997, pp. 419-446.

⁸⁴³ LOZANO, C. y FELETTI, R., “La economía del menemismo. Cambio estructural, crisis económicas y destino incierto” en V.V. A. A., *El Menemato. Radiografía de dos años de gobierno de Carlos Menem*, Ed. Letra Buena, Buenos Aires, 1991, pp. 119-169.

⁸⁴⁴ SOLTONOVICH, A. G., *Democracia, nominal y daño estructural: el caso del proceso democrático argentino 1983-2003*, tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2005, p.165.

actuando y definiendo las políticas públicas por razón de estos. En este sentido, se abre una línea de discusión interesante en materia transicional, la de situar los fallos en la gestión transicional en la ausencia de un liderazgo fuerte o en la incapacidad democrática, traducida en ausencia de definición de un sistema básico o de ausencia de reconocimiento de dicho sistema por parte de los actores.

En la transición argentina se evidencia una notable aceptación de la democracia como fórmula, pero el hecho de la indefinición en términos de reglas democráticas es la que condiciona en buena manera la ausencia de sustratos ideológicos y, por extensión, del pluralismo como elemento democrático estructural y la ocupación de esos vacíos de poder partidistas por colectivos con capacidad para presionar como pueden ser los sindicales y los empresariales. Esto supone que son las tensiones sociales las que marcan el rumbo político y las que determinaron la victoria electoral y parlamentaria de Alfonsín en primera instancia debido a la ausencia de identificación de su partido con un ala ideológica concreta, y, al mismo tiempo la victoria de Menem después por la reestructuración peronista y la admisión de distintas líneas de conducción.

Esto supuso la prolongación de la amenaza golpista como estrategia de los militares para la definición de su nuevo rol democrático. Durante el gobierno de Menem, una de las primeras cuestiones a dirimir era si se aplicaba lo que Alfonsín había definido como periodo de perdón, es decir, la concesión de indultos a los militares condenados como política de reequilibrio y reconciliación institucional. El 8 de octubre de 1989 se hizo pública la decisión de indultar, incluyendo bajo esta medida una diversidad de situaciones que abarcaba militares condenados por las sublevaciones durante el periodo de Alfonsín, militares condenados por sus actos en la Guerra de las Malvinas, militares condenados por la violación de DDHH. Se excluyó de la medida a Videla, Viola, Lambruschini y Massera y otros generales con altas capacidades de mando. Lo cierto es que la lectura de la medida se abría a múltiples interpretaciones, desde que la diversidad de los actos indultados se había hecho con el objetivo de no generar protestas de los movimientos de DDHH, hasta la de favorecer de nuevo el régimen de autoenjuiciamiento militar. Lo cierto es que esta medida favoreció, por un lado, la aplicación de la disciplina militar, una vez eliminada la vía penal ordinaria, para el grupo carapintadas y los intentos de sublevación durante el gobierno de Alfonsín y los primeros meses de Menem; y, por otro lado, supuso una deslegitimación de las demandas institucionales de los sectores más conservadores del ejército argentino y la deslegitimación pública del grupo más radical.

Los conocidos como carapintadas se vieron obligados a cambiar su discurso apolítico en favor de la vertiente más institucional, centrando sus ejes de acción en la defensa de los intereses militares. Fue una suerte de negociación implícita en la que el grupo, no interiorizó los principios democráticos necesariamente, pero comprendió que desde las instituciones gubernamentales se había debilitado tanto su discurso que su legitimidad radicaba en la nueva forma que eligiera para reivindicar su postura⁸⁴⁵. Esto determinó una crisis en el grupo entre los partidarios de Rico, que percibían una identificación entre los valores del pueblo y los valores castrenses, y los de Seineldín, que partían de concebir al pueblo como un ente necesitado de la imposición de los valores nacionales como inmutables y válidos. Este último sector protagonizó el asalto a la sede del Estado Mayor el 3 de diciembre de 1990, generando en el ejército una fractura considerable que sería resuelta por la justicia ordinaria con penas de 2 a 20 años de prisión para los participantes.

Buena parte de la doctrina se plantea si el enjuiciamiento de los militares fue el que propició la extensión de su resistencia y las reacciones a través de los carapintadas. Hay una serie de elementos importantes en esta reflexión:

En primer lugar, tal y como sostienen Acuña y Smulovitz, “la persecución penal de los responsables de las violaciones a los DDHH en la transición argentina no respondió a la estrategia del Ejecutivo, pues frustró los dos elementos centrales de la misma, a saber: el juzgamiento limitado a unos pocos y la autodepuración militar.”⁸⁴⁶

En el plano de los movimientos de DDHH, la victoria fue relativa, ya que, si bien es cierto que vieron parcialmente satisfechas sus demandas sobre la eliminación de la obediencia debida y el juzgamiento en la jurisdicción ordinaria, lo cierto es que después debieron hacer frente a la política de indultos. Cabe reflexionar sobre el alcance transicional de los indultos y si este tipo de políticas se insertan en el marco de la reconciliación nacional o en el seno de la impunidad. El indulto, en esencia, es una figura que se inserta dentro de los actos de gracia y que viene a condonar el cumplimiento de una condena; desde este planteamiento, la sentencia en la que se consideran probados unos hechos y cometidos unos actos existe y tiene plena validez y reconocimiento jurídico. Esta consideración supone un reconocimiento de una verdad judicial en su

⁸⁴⁵ NORDEN, D., *Between coups and consolidation: military rebellion in post-authoritarian Argentina*, tesis doctoral, Universidad de California-Berkeley, 1992, p. 302.

⁸⁴⁶ ACUÑA, C. H. y SMULOVITZ, C., “Militares..., *op. cit.*, p. 43.

máxima expresión, pero también la renuncia del estado al ejercicio efectivo del *ius puniendi*.

A efectos de la dimensión transicional de la verdad, las contribuciones jurídicas son innegables; no obstante, cabe cuestionar la legitimidad de la medida de indulto en un contexto donde no hay reconciliación nacional y, especialmente, teniendo en cuenta que la motivación principal de la medida subyace sobre la consecución de dos objetivos: deslegitimar las sublevaciones militares, aunque estas fuesen solo de una facción castrense, y asegurar una lealtad o subordinación o reconocimiento del poder civil por el estamento militar. Un elemento central a la hora de dilucidar las consecuencias de los indultos en materia de reconciliación nacional se encuentra en los niveles de reconciliación. En este caso particular, el objetivo puede traducirse en una suerte de reconciliación institucional; sin embargo, el impacto sobre la reconciliación social fue notable, ya que generó un sentimiento en el colectivo de las víctimas de ineficacia e incapacidad traducida en una desconfianza hacia las nuevas fórmulas políticas. Sostiene Arendt que “los hombres son incapaces de perdonar aquello que no pueden castigar”⁸⁴⁷, y sobre esta afirmación el énfasis en el caso argentino en si el perdón institucionalizado debilita los valores democráticos y la confianza en los representantes o supone un coste a asumir en favor de un beneficio, bien o interés superior.

En segundo lugar, hay una afectación directa del principio de separación de poderes toda vez que la labor judicial se ve limitada no solo por las leyes de punto final y obediencia debida, sino también por la ineficacia punitiva de sus sentencias. Al contrario de lo acaecido en otros procesos transicionales, la judicatura argentina no había sido sometida al mismo nivel de intervención durante la dictadura cívico-militar que en otros escenarios, como el chileno o el español, y estaba siendo capaz de integrar principios y estándares internacionales de protección en sus sentencias.

En tercer lugar, es notable una amplia capacidad de cambio en favor de una efectividad por parte de los dos primeros gobiernos democráticos argentinos. En este sentido, ambos gobiernos demostraron capacidad para modificar sus planteamientos iniciales ante circunstancias no previstas y ante el fracaso de las propuestas planteadas. Esta capacidad tiene una doble implicación: por un lado, supone una definición de objetivos a largo plazo por parte de los actores políticos y, en definitiva, una visión sobre

⁸⁴⁷ ARENDT, H., *The Human Condition*, Ed. University of Chicago Press, Chicago, 1958, referenciado en WESCHLER, L., *A Miracle, A Universe*, Ed. Pantheon Books, Nueva York, 1990, p. 243

el modelo de gobierno y de estado que querían plantear. Por otro lado, genera una cierta desconfianza en el electorado, ya que no hay una asunción de compromiso electoral.

En cuarto lugar, toda la deriva política expuesta genera un agotamiento en el ámbito castrense que se manifiesta no sólo por sus divisiones y crisis internas, sino también por una disminución de sus capacidades y, especialmente, de su legitimación para cuestionar el propio orden constitucional. La cuestión radica en sí se trata de una verdadera interiorización institucional de los valores democráticos o, más bien, de un análisis de costes y beneficios sobre su politización.

Si se asume la definición de reforma política de Solari como un “proyecto de cambio sostenido por determinados actores políticos y sociales”⁸⁴⁸ y se añade en sede transicional el objetivo de alcanzar la democratización, la transición Argentina ofrece un contexto especialmente conflictivo en el plano institucional y de la legitimidad pero, al mismo tiempo, un cambio rápido en las representaciones y en los valores a nivel gubernamental, con una traducción institucional sujeta a tensiones y desafíos regresivos.

El contrapeso entre lo militar y el auge de los movimientos de DDHH en Argentina, así como la fuerte capacidad asociativa y reivindicadora demostrada por estos movimientos, convertidos en verdaderos grupos de acción política, es la que permite entender la convivencia en sede transicional argentina de los mecanismos propios de la justicia transicional con las tensiones propias del momento de transición. Aparecen involucrados tres elementos: la justicia, la verdad a través de la acción judicial, de los efectos de los indultos y de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (en adelante, CONADEP), y las garantías de no repetición convertidas en estrategia política, especialmente, en el campo de la despolitización del ejército.

iii. La verdad en la transición Argentina

Novaro y Palermo sostienen que desde el final de la dictadura en Argentina se creó un clima antidictatorial y alineado con los DDHH con una notable influencia y capacidad de presión a los primeros gobiernos de la democracia.⁸⁴⁹ Se trata, en esencia, de la manifestación de un clima asociativo que había venido sentando sus bases durante la dictadura cívico-militar. Tal y como propone Leis, las organizaciones de DDHH que

⁸⁴⁸ NOHLEN, D. y SOLARI, A. (comp.), *Reforma política y consolidación democrática*, Ed. Nueva Sociedad, Caracas, 1988.

⁸⁴⁹ NOVARO, M. y PALERMO, V., *La dictadura...*, *op. cit.*

ocuparon los vacíos de poder dejados por la acción represiva del régimen frente a los movimientos reivindicativos tradicionales eran de diversa corriente, destacando las vinculadas a la labor asistencial desarrollada por el cristianismo en el país, como el Servicio Paz y Justicia o el Movimiento Ecueménico por los Derechos Humanos; las vinculadas a los afectados directamente por la represión, como las Madres de la Plaza de Mayo o Familiares de Detenidos y Desaparecidos; y las de carácter legal, informativo o meramente denunciador, como la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos o la Liga Argentina por los Derechos del Hombre.⁸⁵⁰ La labor de la Iglesia Católica en el proceso transicional vino determinada por el hecho de que, si bien había sostenido al régimen durante sus primeras etapas, defendía que, a efectos de una transición pacífica, la verdad y la reconciliación eran dos elementos esenciales.⁸⁵¹ De hecho, fueron estas asociaciones las que mediante las denuncias ante organismos europeos y americanos, en el exilio e internamente, difundieron el propio nombre que recibiría después el informe de la CONADEP.⁸⁵² Una cuestión importante, y que puede haber sido definitiva del trabajo de la CONADEP, fue la ausencia de apoyo a su creación por parte de las asociaciones de DDHH argentinas, con excepción de la Asamblea Permanente de los Derechos Humanos (en adelante, APDH), pero su disposición a transmitirle sus denuncias una vez constituida. Incluso este hecho quedó recogido en diversas actas de la CONADEP, como la número 2 de 27 de diciembre de 1983, hasta la número 11 de 1984.

Un tema resulta particularmente relevante, de la misma manera que ocurriría en Chile: la figura de los desaparecidos. La desaparición genera una situación de incertidumbre en la que se desconoce el paradero de la víctima, e incluso las circunstancias en las que tiene lugar la mera desaparición. Esto supone que se encuentran en un estatus en el que no hay cuerpo, no hay por tanto una determinación de muerte y las familias están absolutamente indefensas ante el blindaje institucional.⁸⁵³

Como se exponía, la CONADEP fue la comisión constituida en el año 1983 con el objetivo de emitir un informe sobre la acción represiva del régimen y el fenómeno de

⁸⁵⁰ LEIS, H., *El movimiento por los derechos humanos y el proceso de democratización política en la Argentina*, Ed. CEAL, Buenos Aires, 1989.

⁸⁵¹ GARANO, S. y WERNER, P., *Detenidos-aparecidos. Presas y presos políticos de Trelew a la dictadura*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2007, p. 276.

⁸⁵² ROJKIND, I., "La revista en controversia: reflexión y polémica entre los argentinos exiliados en México" en YANKELEVICH, P. (comp.), *Represión y destierro. Itinerarios del exilio argentino*, Ed. Al Margen, La Plata, 2004, pp. 239-243, p. 237.

⁸⁵³ FELD, C. y FRANCO, M., "Democracia y derechos humanos en 1984, ¿hora cero?" en FELD, C. y FRANCO, M. (ed.), *Democracia, hora cero. Actores, políticas y debates en los inicios de la posdictadura*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2015, pp. 359-400.

las desapariciones. Dicho informe se hizo público en septiembre de 1984 y sería nombrado como el Informe Nunca Más o como el Informe Sábado, como es más conocido coloquialmente. Estructurado en seis capítulos, el informe recogía las características y alcance de la acción represiva, un estudio sobre las posibles víctimas y cuantificaciones estimadas, un análisis de la labor judicial durante el periodo dictatorial, una reflexión sobre los propios elementos constitutivos de la comisión, una exposición del respaldo doctrinario a la represión y, finalmente, un capítulo de recomendaciones y conclusiones.

Tal y como expone Teitel, la importancia de la CONADEP radica en que fue la primera comisión de componente transicional, es decir, establecida no como un mecanismo de revancha, sino como un verdadero instrumento de apoyo y complementación al proceso de democratización y, especialmente, al ámbito de la reconciliación nacional.⁸⁵⁴ Avruch⁸⁵⁵ complementa el éxito de la CONADEP entendiendo que, al contrario de lo ocurrido con la implementación de comisiones de la verdad en otros contextos transicionales, esta comisión sí logró la consecución del objetivo principal, que era el de obtención de la verdad, entendiendo por tal no solo el esclarecimiento de los hechos, sino la transparencia en cuanto a la actividad represiva del régimen y su calificación como terrorismo de estado. En este sentido, es relevante la reflexión propuesta por Cassese en el sentido de que, a pesar de la opacidad que define a las dictaduras cívico-militares, su labor represiva no es pública en cuanto a los métodos, pero sí en cuanto a su ejecución, ya que es la base misma sobre la que se sostiene la legitimidad del gobierno dictatorial y militar: “Lo que ha ocurrido en Argentina entre 1976 y 1983, en casi siete años de despiadada dictadura, es por todos conocido...”⁸⁵⁶

La CONADEP quedó bajo el mandato funcional del Ministerio del Interior y estuvo conformada por ocho personalidades procedentes de distintos ámbitos: Ernesto Sábado, que la presidió; la periodista Magdalena Ruiz; Hilario Fernández, rector de la Universidad de Buenos Aires; el doctor René Favalaro, el jurista Ricardo Columbres; el filósofo Eduardo Rabossi; diputados como Horacio Huarte, Santiago López y Hugo Piucill; y representantes de distintos credos, como un rabino, un pastor metodista y un obispo. La propia configuración de la comisión, que en un primer momento podía parecer incluso conflictiva, tenía como objetivo dotar al análisis y conclusiones extraídas de los

⁸⁵⁴ TEITEL, R. G., “Transitional..., *op. cit.*

⁸⁵⁵ AVRUCH, K., “Truth and reconciliation commissions: problems in transitional justice and the reconstruction of identity”, *Transcultural Psychiatry*, n°1, vol. 47, 2010, pp. 33-49.

⁸⁵⁶ CASSESE, A., *Los derechos en el mundo contemporáneo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1993, p. 185.

testimonios y documentos objeto de investigación, de un rigor científico y multidisciplinar, de la misma manera que, de cara a las recomendaciones, no se buscaba una reflexión únicamente política o jurídica, sino que ampliase las perspectivas para determinar cuáles eran los ejes de la reconciliación nacional en el medio y largo plazo.

Si bien es cierto que la comisión argentina constituyó casi un análisis de caso, en el sentido de que fue la primera experiencia de estas características, sus conclusiones y el impacto de su informe, así como el desarrollo posterior de Argentina en materia de enjuiciamientos y empleo de la información obtenida por la comisión, dotándola de plena legitimidad a efectos probatorios, han permitido aplicar al caso argentino las conclusiones propias de los estudios de DDHH en sede transicional del siglo XX. Concretamente, en el año 2008 Hutchison y Bleiker expondrían que el contexto transicional y el vacío momentáneo de poder genera una ventana de oportunidad para la construcción de nuevas identidades ante la pérdida de las referencias anteriores y es ahí donde los mecanismos de protección de los DDHH juegan un papel esencial a la hora de utilizar ese vacío de poder y canalizarlo en la constitución de identidades basadas en el ideal de justicia basado en los DDHH.⁸⁵⁷ De una manera similar, Méndez sostuvo en 1997 que el mero reconocimiento por el estado democrático naciente de la existencia de las víctimas del régimen supone una contribución al proceso de reconciliación nacional.⁸⁵⁸ Sostiene Acuña, González y Bombal que la comisión vio aun más legitimada su labor cuando en 1985, su informe sirvió para la construcción del argumentario fiscal en el procesamiento de los miembros de las Juntas Militares y, sobre todo, cuando aparte de ser empleado por la acusación estatal, fue legitimado el informe como prueba por los jueces. Esto ha supuesto que la comisión argentina haya tenido un impacto a nivel internacional y a nivel nacional superior al de otros mecanismos similares adoptados tanto en América Latina (destacando el caso chileno) como en otras experiencias como la sudafricana.⁸⁵⁹

Hay dos cuestiones esenciales en el análisis del Informe Nunca Más como objeto de estudio: las conclusiones del propio informe y sus repercusiones.

⁸⁵⁷ HUTCHISON, E. y BLEIKER, R., "Emotional reconciliation. Reconstituting identity and community after trauma, *European Journal of Social Theory*, nº3, vol. 11, 2008, pp. 385-403.

⁸⁵⁸ MÉNDEZ, J., "Accountability for past abuses, *Human Rights Quarterly*, nº2, vol. 19, 1997, pp. 255-282.

⁸⁵⁹ ACUÑA, C. et al., *Juicio, castigos y memorias, derechos humanos y justicia en la política argentina*, Ed. Nueva Visión, Buenos Aires, 1995.

En cuanto a las conclusiones del informe, como se exponía, este se estructuró en seis capítulos que analizaban los distintos aspectos de la represión durante la dictadura. El primero de sus capítulos aborda en sí misma considerada la acción represiva y sus tácticas. En cuanto al concepto mismo de desaparición, el informe se apoyaba en los testimonios de las víctimas indirectas, particularmente en la manera en que dichas desapariciones se producían. El testimonio de las víctimas quedó directamente integrado en el informe. A título de ejemplo, el legajo número 3860 relataba la desaparición de Alberto Santiago Burnichon de la siguiente manera:

“El 24 de marzo de 1976, a la 0.30 horas., penetraron por la fuerza en nuestro domicilio de Villa Rivera Indarte, en la provincia de Córdoba, personas uniformadas, con armas largas, quienes se identificaron como del Ejército junto con personas jóvenes vestidas con ropas deportivas. Nos encañonaron y comenzaron a robar libros, objetos de arte, vinos, etc., que fueron llevados al exterior por los hombres uniformados. No hablaban entre ellos, sino que se comunicaban mediante chasquidos de los dedos. El saqueo duró más de dos horas; previamente se produjo un apagón en las calles cercanas a nuestro domicilio. Mi esposo, que era gremialista, mi hijo David y yo fuimos secuestrados. Yo fui liberada al día siguiente, luego lo fue mi hijo, quien estuvo detenido en el Campo "La Ribera". Nuestra casa quedó totalmente destruida. El cadáver de mi esposo fue hallado con siete impactos de bala en la garganta.”⁸⁶⁰

Un 62% de las desapariciones tuvieron lugar durante la noche, en los propios domicilios de los desaparecidos. El hecho de incardinar estos casos en la categoría de desapariciones radica en dos elementos: la ausencia de voluntariedad y la ausencia de certezas sobre el paradero después de la detención o la ausencia de hallazgo de los cuerpos. Una consideración importante del informe es que, con la salvedad de algunas provincias especialmente afines a la dictadura cívico-militar, como fuese el caso de Tucumán, los agentes estatales que no tenían necesariamente porqué ser militares o miembros de fuerzas policiales, ya que estas prácticas contaban con una colaboración forzosa o voluntaria de carácter ciudadano, realizaban estas prácticas ocultando su identidad. Este fenómeno de que la dictadura en el plano público hiciera valer el éxito de la política represiva y, en periodo transicional, la necesidad de la misma, frente al hecho de realizar las acciones que la integraban ocultando la identidad los ejecutores tiene que ver con el control de la opinión pública que se da en contextos de dictadura cívico-militar, es decir, con la idea de que el régimen da a conocer la información cuando quiere y la presenta de manera distorsionada, deslegitimando con la ausencia de pruebas los

⁸⁶⁰ Legajo número 3860 del Informe Nunca Más.

discursos contrarios a esa verdad oficial. Este elemento determina la importancia de los mecanismos de verdad en sede transicional, no solo porque dan a las víctimas un espacio en el que contar de manera segura su experiencia, sino porque al incluirlos en un informe oficial, les están dotando de la credibilidad negada durante la vigencia del régimen.

De acuerdo con Verbitsky, el 90% de las desapariciones tuvieron lugar inmediatamente después del golpe de estado y fueron catalogados por el propio Videla como resultados no deseados de la guerra contra la subversión.⁸⁶¹

Dentro de la institucionalización de la violencia política, el informe describe tanto las torturas como los centros clandestinos de detención. Un elemento particularmente relevante en la redacción del informe es el expresado en el legajo número 3901, en el que el testimonio de Miguel D'Agostino como víctima de tortura se transcribe de la siguiente manera: “Si al salir del cautiverio me hubieran preguntado: ¿te torturaron mucho?, les habría contestado: Sí, los tres meses sin parar. Si esa pregunta me la formulan hoy les puedo decir que pronto cumplo siete años de tortura.”⁸⁶²

Esta afirmación y el hecho de introducirla en el informe supuso la asunción de una verdad ineludible si se quería afrontar una transición y una consolidación democrática exitosa, consistente en que el nivel de represión y de institucionalización y normalización de la violencia política en la dictadura cívico-militar había generado fracturas en los propios supervivientes que iban a trascender el éxito del proceso de democratización. Esta concepción, bien recibida en el ámbito asociativo de protección de los DDHH y con escasa transcripción en el entramado político, da buena cuenta del impacto del terrorismo de estado, que ha sido la calificación finalmente dada a estas prácticas represivas, entendiendo por tal lo propuesto por Crenzel, a saber,

“el uso sistemático del Estado para perpetrar violaciones a los derechos humanos, civiles y políticos por medios que transgreden, incluso, los marcos consentidos de represión instituidos en el ordenamiento jurídico legal. El ejercicio del terrorismo de Estado busca aniquilar y/o reprimir a la oposición armada o desarmada y a la protesta social y lograr la obediencia y/o la colaboración activa a la población.”⁸⁶³

⁸⁶¹ VERBITSKY, H., *El vuelo*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 1995, p. 78.

⁸⁶² Legajo número 3901 del Informe Nunca Más.

⁸⁶³ CRENZEL, E., “Políticas de la memoria en Argentina. La historia del informe nunca más”, *Papeles del CEIC*, n°61, 2010, pp. 1-31, p. 3.

El hecho de que la CONADEP asumiera toda esta conceptualización incrementó el alcance de su informe. En este sentido, es relevante lo expuesto por Alberto Mansur en una entrevista realizada en el año 2004 con objeto de su condición de Secretario de Asuntos Legales de la CONADEP, donde manifestó que, en relación al concepto de centros de detención, la comisión había entendido que debía merecer tal calificación todo lugar donde hubiese estado cautivo un detenido con independencia de las instalaciones y de la duración de la detención sobre la base de que “todas las unidades policiales o militares podían ser convertidas en lugares secretos de cautiverio por decisión de sus jefes, probando el carácter sistemático del terrorismo de Estado.”⁸⁶⁴

La CONADEP cifró en 340 el número de centros de detención calificados de clandestinos por la negativa constante y pública del régimen acerca de su existencia. En 1977 Videla en una entrevista para la revista *Gente* llegó a afirmar que

“niego rotundamente que existan en la Argentina campos de concentración o detenidos en establecimientos militares más allá del tiempo indispensable para indagar a una persona capturada en un procedimiento y antes de pasar a un establecimiento carcelario.”⁸⁶⁵

Y, en 1978, Viola aseguraba que

“No hay detenidos políticos en la República Argentina, excepto algunas personas que podrían estar involucradas en las actas institucionales, que están realmente detenidas por su labor política. No hay detenidos por ser meramente políticos o por no compartir las ideas que sustenta el Gobierno.”⁸⁶⁶

Se aprecia un cambio en el discurso, desde la negativa rotunda hacia la asunción de detenciones por parte del régimen, pero calificadas como legales. El propio concepto del preso político y, también el del delito político, es controvertido, toda vez que en sede democrática la tipificación de delitos políticos es contraria a los principios pluralistas y el concepto debería tener otra acepción más cercana a los llamados delitos de odio; pero, al mismo tiempo, la propia configuración de los regímenes dictatoriales de carácter cívico-militar en cuanto a la ausencia de ideologías en el espacio público parece no

⁸⁶⁴ Entrevista a Alberto Mansur, Secretario de Asuntos Legales de la CONADEP, el 1 de septiembre de 2004 en CRENZEL, E., “Políticas..., *op. cit.*, p. 10.

⁸⁶⁵ Entrevista a Jorge Rafael Videla, *Gente*, 22 de diciembre de 1977.

⁸⁶⁶ Declaraciones de Roberto Viola, *Gente*, 7 de septiembre de 1978.

encajar bien tampoco con la idea del delito o del preso político toda vez que la propia articulación jurídica e institucional del régimen codifica la actividad política como alteración del orden público. El contenido del informe sobre los centros de detención arroja la conclusión de la existencia de tolerancia en determinadas regiones como Tucumán y la involucración de todas las fuerzas del orden público, tanto militares como policiales en el control de dichos centros.

Dentro del análisis sobre las condiciones de vida y funcionamiento de los centros de detención, destaca el conocido como La Perla, ubicado en la provincia de Córdoba y particularmente en la sede del Escuadrón de Exploración de Caballería Aerotransportada número 4. Dentro de las competencias de la comisión, y tal y como se veía en otras experiencias latinas, se encontraba la de requerir asistencia de los entes públicos. Haciendo de esa facultad, la CONADEP ordenó excavar el terreno ante los testimonios que aseguraban el desarrollo de una labor de exterminio en la zona mediante los llamados fusilamientos en masa. La comisión recopiló toda una serie de testimonios que aseguraban la realización de exhumaciones en el terreno previas al proceso transicional, lo que vino a justificar el resultado negativo de la orden de excavación de la CONADEP. Fueron numerosos los testimonios tanto de detenidos que sobrevivieron como de agricultores de la región. Adolfo Ernesto Contemponi y Patricia Astelarra, en el legajo número 4452, testificaron que

“A los secuestrados, luego de ser fusilados, se los tiraba a un pozo previamente cavado. Atados de pies y manos, amordazados y vendados, eran sentados en el borde del mismo y simultáneamente se les pegaba un tiro. Numerosos prisioneros recibimos este testimonio de diversos militares e incluso en ocasiones pudimos ver personas sacadas en estas condiciones. Se los sacaba de La Perla generalmente a la hora de la siesta; la cantidad y frecuencia de los traslados fue variable. Eran retirados de la cuadra por la guardia de gendarmería, a veces llamándolos por sus números en voz alta, otras se acercaban el sentenciado diciéndole algo en voz baja y lo llevaban.”⁸⁶⁷

Uno de los principales elementos destacados por la CONADEP fue el del esfuerzo del régimen por garantizar la impunidad y aunque esta cuestión contó con un epígrafe específico, también se ubicó en la reflexión titulada *El porqué de la desaparición de los cadáveres* donde la propia CONADEP concluía que:

⁸⁶⁷ Legajo número 4452 del Informe Nunca Más.

“(…) pensamos que estos muertos sin nombre encuadran dentro de la misma lógica que decidió la desaparición forzada de personas: al borrar la identidad de los cadáveres se acrecentaba la misma sombra que ocultaba a miles de desaparecidos cuya huella se perdió a partir de las detenciones y secuestros. Fue otra de las formas de paralizar el reclamo público, de asegurarse por un tiempo el silencio de los familiares. Precisamente, alentando en ellos la esperanza de que su ser querido estaba con vida, manteniéndolo en la imprecisa calidad de persona desaparecida, se creó una ambigüedad que obligó al aislamiento del familiar, a no hacer nada que pudiera irritar al Gobierno, (...). También se pretendió con ello bloquear los caminos de la investigación de los hechos concretos, diluyendo en el ocultamiento de las acciones la asignación individual de responsabilidades; así se lograba extender el cono de sospecha a una gran parte de los funcionarios militares - salvo la casi imposible probanza del hecho negativo -, sobre su participación personal en la dirección o ejecución de las acciones delictivas.”⁸⁶⁸

La comisión identifica las motivaciones que subyacen detrás no solo de la estrategia represiva, sino de los métodos empleados combinándose una idea de orden público llevada al extremo con el aseguramiento de una obediencia basada en el miedo o el terror. El hecho de que la comisión analizase las motivaciones del régimen para la cuestión de las desapariciones, de los fusilamientos o de la desaparición de los cadáveres no tiene que ver ni con una justificación ni con una crítica, sino con el elemento de la verdad transicional vinculado al esclarecimiento y al conocimiento. Esto apoya la tesis en función de la cual, los mecanismos de verdad no consisten en la mera recopilación de testimonios sino en la obtención de un relato completo para la sociedad en su conjunto y, en particular para las víctimas porque hay un elemento de ausencia de individualización en las actuaciones del régimen que, a efectos de reconciliación es importante y que se ha visto en otras experiencias restaurativas como la española en el plano del terrorismo etarra. El hecho de la indiscriminación en las acciones represivas del régimen no supone escapar de la individualización de los casos o de la labor de identificación de las víctimas, pero sí establece una diferencia sustancial entre los elementos de la verdad judicial que aparece vinculada a hechos, autores y víctimas concretas, respecto de la verdad puramente transicional que viene a corresponderse más con la identificación de elementos en común.

La propia estructura del informe identificando categorías de víctimas obedece a ese objetivo. La comisión identificó a parte de los propios detenidos, desaparecidos y ejecutados, a los adolescentes, las familias, los periodistas y el gremio laboral agrario como colectivos de víctimas sometidos a una labor represiva directa o indirecta pero también institucionalizada. Uno de los elementos que explica la presencia de entidades

⁸⁶⁸ Capítulo “Por qué la desaparición de los cadáveres” del Informe Nunca Más.

de corte cristiana en el seno de los movimientos de DDHH es, tal y como se titula uno de los epígrafes del informe, *La profesión de la fe cristiana de los militantes frene al anticristianismo de la represión*. Los testimonios recopilados contrastan con las afirmaciones realizadas desde el régimen y según las cuales, Emilio Massera en una entrevista concedida a la revista *Familia cristiana* exponía que:

“Nosotros, cuando actuamos como poder político seguimos siendo católicos, los sacerdotes católicos cuando actúan como poder espiritual siguen siendo ciudadanos. Sería pecado de soberbia pretender que unos y otros son infalibles en sus juicios y en sus decisiones. Sin embargo, como todos obramos a partir del amor, que es el sustento de nuestra religión no tenemos problemas y las relaciones son óptimas, tal como corresponde a cristianos.”⁸⁶⁹

El testimonio del Sacerdote Patrick Rice, recogido en el legajo número 6976, da cuenta del anticristianismo imperante en la actividad represiva, como también lo hace el del Sacerdote Orlando Vigilio Yorio recopilado en el legajo número 6328. Este anticristianismo actuaba entres sentidos:

El primero de ellos, vinculado a la mera represión por concebir la propia institución cristiana como una agrupación potencialmente subversiva y por el componente de la privacidad confesional:

“Nos llevaron a la Comisaría 36 de la Policía Federal de Villa Soldati... Cuando gritaba ellos silbaban, hacían ruido para tapar los gritos. Después me llevaron a un calabozo y al rato vinieron otros a decirme que «iba a los militares», que iba a ver que los romanos no sabían nada cuando perseguían a los primeros cristianos en comparación con los militares argentinos.”⁸⁷⁰

El segundo de ellos, vinculado a la solidaridad como valor cristiano, pero interpretada por el régimen como un valor a adoptar sólo en relación a las personas afines:

“Volvió el otro hombre que me había tratado respetuosamente en el interrogatorio y me dijo: «...usted es un cura idealista, un místico, diría yo, un cura piola, solamente tiene un error que es haber interpretado demasiado materialmente la doctrina de Cristo. Cristo habla de los pobres, pero cuando habla de los pobres habla de los pobres de espíritu y usted hizo una interpretación materialista de eso, y se ha ido a vivir con los pobres materialmente.”⁸⁷¹

⁸⁶⁹ Entrevista al Almirante Emilio Massera, *El Clarín*, 13 de marzo de 1977.

⁸⁷⁰ Legajo número 6976 del Informe Nunca Más.

⁸⁷¹ Legajo número 6328 del Informe Nunca Más.

Y, el tercero de ellos, el empleo de la fe como herramienta de tortura en sí misma considerada:

“Antes de permitirnos acostar en el suelo para dormir, el personal de guardia nos obligaba a rezar en voz alta un «Padre Nuestro», un «Ave María», a la vez que nos exhortaban a «dar las gracias a Dios porque han vivido un día más» y también para que «ese día no fuese el último. Después nos acostábamos.”⁸⁷²

En cuanto a la labor judicial durante la dictadura cívico-militar, la comisión recoge diversos testimonios vinculados a solicitudes de habeas corpus, pero, tal y como se adelantaba, frente a otros modelos como el chileno donde el poder judicial fue intervenido por el régimen, en el caso argentino, los jueces solicitaban información a las autoridades y daban curso a las solicitudes de amparo. Evidentemente, su labor no generaba muchos resultados en el sentido de que, si bien no fue intervenido y si bien mantenía la potestad de recabar pruebas y de solicitar la colaboración de las instituciones a efectos probatorios, no existía colaboración ya que la respuesta era la negativa institucional de los hechos a todos los niveles.

En el plano de las recomendaciones lo cierto es que la labor de la comisión no fue especialmente exhaustiva frente a la realizada por otras comisiones, como la chilena, donde las recomendaciones, a pesar de no contener una enunciación de políticas concretas, sí eran más numerosas y abarcaban distintas dimensiones de la reconciliación nacional. La labor recomendatoria de la comisión, sin embargo, resultó exitosa, ya que las medidas propuestas recaían sobre:

- La remisión de la documentación recopilada a los juzgados.
- La dotación de recursos judiciales para la tramitación de las denuncias.
- La adopción de programas asistenciales en el estudio y en el trabajo a los hijos y familiares de las víctimas directas.
- La tipificación de la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad.
- La derogación de la totalidad del marco legislativo que sustentaba la represión.

⁸⁷² Legajo número 4440 del Informe Nunca Más.

- La integración de Argentina de los estándares internacionales de protección de los DDHH.

- La inclusión de la educación en DDHH en los planes educativos de todos los niveles y orígenes, incluyendo la formación militar.

Esto supuso que la CONADEP asumió no solamente el rol institucional que le había sido asignado, sino también el papel exigido por las organizaciones de DDHH, combinando ambas perspectivas, tanto la oficial dirigida a que la labor de la comisión sirviese para una justicia llamada restringida a las cúpulas de decisión y centros de mando de la dictadura cívico-militar; como la social, que exigía una justicia generalizada, de ahí, el empleo de lo que Halbwachs denominó marcos para la evocación, a saber una delimitación temporal, espacial e identificativa de todos los actores.⁸⁷³

Tres fueron las grandes críticas al informe:

Por un lado y debido a su edición en formato de libro, se expuso a las críticas del público sobre la crudeza y emotividad de algunos de los testimonios.⁸⁷⁴

Por otro lado, las Madres y Abuelas de la Plaza de Mayo en el primer número de su diario publicado en diciembre de 1984, sostuvieron que el informe recopilaba testimonios sin pruebas y dejaba de lado la cuestión de que la represión no tenía sólo un fundamento de orden público, toda vez que la guerrilla en ese momento se encontraba diezmada, sino también de establecimiento de un status quo propio de la Doctrina de Seguridad Nacional.⁸⁷⁵

Finalmente, el llamado informe *Definitivamente Nunca Más* redactado por el foro de abogados creado durante la dictadura cívico-militar (conocido por sus siglas FORES) aludiendo a que el informe es una criminalización del cuerpo militar sin sustento probatorio alguno.⁸⁷⁶

La comisión incluyó un espacio concreto para la cuestión de los niños, intentando dar una respuesta al origen del movimiento de las Madres y Abuelas de la Plaza de Mayo.

⁸⁷³ HALBWACHS, M., *Los marcos sociales de la memoria*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2004.

⁸⁷⁴ CRENZEL, E., "Políticas...", *op. cit.*, p. 18.

⁸⁷⁵ "CONADEP Los desaparecidos no se archivan", *Diario de las Madres de Plaza de Mayo*, nº1, diciembre 1984, pp. 6-7.

⁸⁷⁶ FORO DE ESTUDIOS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, *Definitivamente Nunca Más. La otra cara del Informe de la CONADEP*, Ed. FORES, Buenos Aires, 1985, p. 20.

En el marco de las detenciones, no llegó a discriminarse entre familias enteras que eran detenidas ni entre mujeres embarazadas que daban a luz en situación de cautiverio. El destino de los niños nacidos bajo detención y de los niños de menor edad detenidos junto a sus familiares fue, a efectos oficiales, la desaparición, pero, en realidad, subyacía un fenómeno de reubicación y reeducación. En definitiva, eran dados en adopción a familias afines al régimen y dotados de una nueva identidad. El fenómeno de las madres y las abuelas de la Plaza de Mayo responde a la búsqueda de los hijos sustraídos por el régimen. Tal y como sostienen Acuña y Smulovitz,

“la tarea de recuperación de los niños desaparecidos por parte de sus verdaderos familiares es una tarea que todavía llevará años. Por otra parte, el éxito en cada una de estas búsquedas significa el desgarrador trámite (por parte de la autoridad judicial) de contarle al niño que aquellos que ha aprendido a conocer como padre y madre durante años, no los son, que en realidad su identidad era otra, que fue separado de sus verdaderos padres quienes han sido asesinados.”⁸⁷⁷

Esta práctica, que fue categorizada como un hecho inédito de la modernidad por Van Boven⁸⁷⁸, ha sido replicada en otros contextos dictatoriales. La Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (en adelante, CONADI) cifra en 500 los casos. El protagonismo de este movimiento vino dado por la capacidad para insertar en el debate sobre la dictadura cívico-militar, la noción de minoridad y la conversión de la desaparición de menores como un acontecimiento histórico en el sentido propuesto por Sahlins⁸⁷⁹, frente a una retórica oficial que lo negaba y frente a un posicionamiento social, al principio anclado en nociones patriarcales, que subestimaba no solo la capacidad reivindicativa del colectivo, sino la magnitud de sus denuncias. Uno de los elementos clave para entender el éxito de sus reclamos fue no solo la notable capacidad de resistencia que manifestó el movimiento, sino su capacidad para construir sus denuncias y críticas frente al régimen con los mismos valores que este defendía pero resignificándolos políticamente⁸⁸⁰, así, la familia natural, la maternidad, la infancia y la inocencia se vieron contrapuestas a la piedad, la buena educación y el papel salvador del estado.⁸⁸¹ Es cierto

⁸⁷⁷ ACUÑA, C. H. y SMULOVITZ, C., “Militares...”, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁷⁸ VAN BOVEN, T., “Prevención de la apropiación de niños” en ABUELAS DE LA PLAZA DE MAYO (ed.), *Restitución de niños*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1997, pp. 56-65.

⁸⁷⁹ SAHLINS, M., *Islas de historia. La muerte del Capitán Cook. Metáfora, antropología e historia*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1997.

⁸⁸⁰ GRASSI, E., “Redefinición del papel del Estado en la reproducción y cambios en el discurso sobre familia y mujer en Argentina” en GONZÁLEZ, S. (coord.), *Mujeres y relaciones de género en la antropología latinoamericana*, Ed. Colegio de México, México, 1990, pp. 223-252.

⁸⁸¹ GIBERTI, E., “Adopción y restitución de niños. El papel de los medios” en ABUELAS PLAZA DE MAYO (ed.), *Restitución, ... op. cit.*, pp. 123-130.

que no solo existía una complejidad en cuanto a los casos en que efectivamente se llega a corroborar la identidad de los menores, sino también en cuanto a la conformación del relato. En esencia, el debate y la polémica se centran sobre lo que Jelin define como la representación del pasado y

“la situación de luchas por las representaciones del pasado, centradas en la lucha por el poder, por la legitimidad y el reconocimiento. Estas luchas implican, por parte de los diversos actores, estrategias para oficializar o institucionalizar una (su) narrativa del pasado.”⁸⁸²

Esto supone plantear si, en un primer estadio transicional, la sociedad argentina estaba preparada para asumir las acciones represivas del régimen basadas en desapariciones, detenciones, torturas y ejecuciones y también a asumir que el colectivo de la infancia se había visto afectado de manera directa por la política antisubversiva de la dictadura cívico-militar. Ese es un primer elemento, vinculado al contexto transicional cuya apreciación es relevante; a él, debe añadirse la legitimidad del discurso femenino, que en ese momento se ve cuestionado por la experiencia traumática y también por el reporte de las condiciones de vida en los centros de detención que hacían, aparentemente, poco viable la supervivencia a un embarazo y el mantenimiento de menores de corta edad; y también debe tenerse en cuenta la difícil tarea probatoria e indefinición de las víctimas potenciales ante la ausencia de registros oficiales a este respecto, la falsificación documental que sostenía institucionalmente esta práctica, la ausencia de registros de nacimientos en los centros de detención y la falta de credibilidad parcial de los testimonios femeninos. Estas últimas apreciaciones hicieron que el éxito del movimiento se restringiera a lo que Cerruti⁸⁸³ define como discurso medio, es decir, a la existencia de hechos aislados o personalidades especialmente perversas dentro del entramado institucional de la dictadura cívico-militar. En otras palabras, y evitando un análisis de la dictadura que en el contexto transicional habría sido calificado de demonización, se optó por el modelo de tranquilizar conciencias de Calveiro⁸⁸⁴, evidenciando los testimonios en el informe de la comisión, pero sin dotar al colectivo de los menores de una entidad importante dentro de la violencia política institucionalizada. Incluso en 1995, cuando la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires anuló una adopción realizada, de acuerdo a los hechos probados en el seno del Proceso de Reorganización Nacional, siendo la

⁸⁸² JELIN, E., *Los trabajos...*, *op. cit.*, p. 36.

⁸⁸³ CERRUTI, G., “La historia de la memoria”, *Revista Puentes*, n°3, 2001, pp.14-25.

⁸⁸⁴ CALVEIRO, P., *Poder...*, *op. cit.*

sustracción de menores un hecho público y notorio en dicho periodo de la historia argentina, el fallo no terminaba de satisfacer los reclamos de justicia, toda vez que situaba el reproche solamente en la parte adoptante. Siguiendo a M. de G., la percepción era la de un

“abandono o desamparo moral y material lejos de existir en realidad, ha sido el artilugio con el que se trató de encubrir en primer término un acto ilícito por cual se sustrajo una criatura del control de sus padres (...) y, en segundo lugar, fue utilizado como subterfugio para encuadrarse en los supuestos de la ley que rige la adopción y que carece de todo andamio, pues lejos de responder a la verdad de los hechos trata de enmascarar conductas ilícitas y reprochables criminalmente.”⁸⁸⁵

Como se adelantaba, la labor de la comisión argentina tuvo una fuerte repercusión a nivel nacional e internacional y, a pesar de ser la primera experiencia de empleo de la verdad nivel transicional, incluyó un enfoque basado en el protagonismo de las víctimas frente a un desarrollo político de los acontecimientos centrado en dimensiones de estabilidad institucional y reorganización militar. No está exenta de las críticas mencionadas, pero debe reconocerse un elemento que la distingue respecto de otras comisiones y por el cual tomó ese formato el informe: su vocación hacia la judicialización como quedaría notoriamente demostrado con el juzgamiento con ocasión de las declaraciones de Adolfo Scilingo en 1995 sobre los llamados aviones de la muerte. Más que un verdadero complemento transicional en el plano político, se articuló como una serie de recursos testimoniales a favor de la justicia y como un recuento del alcance de la política de represión del régimen que impedía a la sociedad argentina y a la justicia, en particular, permanecer ajenas a ello.

b. Chile

i. La dictadura chilena

La dictadura chilena que parte del golpe de estado de 1973 es el resultado de una historia y de unos años precedentes caracterizados por la contraposición ideológica. Politzer en su obra *Miedo en Chile* expone que

“Desde hace varios años, Chile está dividido en dos países claramente definidos que no se miran, no se tocan y no se conocen; pero se intuyen y se temen. Esta situación encierra sin duda, un enorme riesgo, porque pasar del miedo al odio y

⁸⁸⁵ Sentencia de la Sala II de la Cámara de los Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón relativa al caso Mónaco de Gallicchio, Darwinia Rosa contra Siciliano, Susana sobre nulidad de adopción, expediente 275, de 9 de agosto de 1991.

del odio a la agresión es una evolución casi natural que nos lleva inevitablemente a la lógica de la guerra, como sucedió en septiembre de 1973.”⁸⁸⁶

El golpe militar chileno de septiembre de 1973 debe insertarse en dos contextos:

Por un lado, un contexto internacional fuertemente marcado por el escenario de Guerra Fría y de polarización política que fue el hilo conductor y el punto de unión de los regímenes militares latinos de la segunda mitad del siglo XX. De manera acertada, Velásquez expone que la doctrina propia del ámbito de la seguridad nacional se amplía y aplica a la totalidad de los aspectos de la vida pública, convirtiendo lo político en un instrumento más de la seguridad nacional hasta el punto de que

“todas las áreas de acción, desde el desarrollo económico hasta la educación o la religión, y determinó los criterios fundamentales que debían ser tomados en cuenta para, de una manera integrada, proponer el afianzamiento del proceso para combatir al supuesto enemigo interno.”⁸⁸⁷

Esto supone una nacionalización de la problemática internacional que traslada dos elementos propios de la Guerra Fría al ámbito interno de los países: por un lado, la bipolarización y la percepción del contrario como un peligro o un mal; y, por otro lado, la asimilación de lo patriótico con una ideología concreta, que se plasmó en la asunción de lo militar con el componente capitalista y la asunción de los movimientos sociales con el componente comunista. El razonamiento es sencillo: ante la amenaza del comunismo trasladada a la sede nacional, el Estado debe reaccionar con la mayor intensidad posible, de ahí el componente castrense en las dictaduras latinas de la segunda mitad del siglo XX. En palabras de Tapia Valdés, este razonamiento es el que justifica en el imaginario colectivo el establecimiento de

“un régimen no democrático de gobierno, fuertemente autoritario y con gran capacidad de acción policial; en la esfera económica, crecimiento económico a través del fomento y defensa de la propiedad privada de los medios de producción, la libre empresa, el incremento de las capacidades de ahorro e inversión a través de un brusco corte de todas las políticas redistributivas y la aniquilación de la capacidad negociadora de las organizaciones laborales: y en la esfera social, el desarrollo de la

⁸⁸⁶ POLITZER, P., *Miedo en Chile*, Ed. Ediciones Chile y América, Santiago de Chile, 1985, p. 11.

⁸⁸⁷ VELÁSQUEZ, E., "Historia de la Doctrina de Seguridad Nacional", *Convergencia*, n° 27, 2002, pp. 11-39., p. 12.

unidad nacional y del sentido del orden y disciplina en torno a un proyecto cultural monista.”⁸⁸⁸

En otras palabras, supone una reestructuración social y económica, basada en frenar la contrarrevolución y en la creación de una comunidad política, al menos aparentemente, política dotada de una cierta estabilidad y de un cierto reconocimiento o legitimidad internacional.

Por otro lado, un contexto nacional de fuerte polarización donde conviven ideologías altamente contrapuestas en una sociedad heterogénea desde el punto de vista étnico, ideológico, cultural y religioso. El Chile de la década precedente al golpe de estado militar era un Chile vivo desde el punto de vista ideológico, gobernado por el conservador Jorge Alessandri Rodríguez, quien, a pesar de gozar de un alto nivel de popularidad en el país, no quedaba exento de la influencia de la reciente revolución cubana entre la juventud ni del crecimiento de los debates intelectuales en el seno de las universidades chilenas o de los cuestionamientos al régimen en sede cultural, a través de la música o de los periódicos abiertamente partidarios de una u otra posición ideológica. Es concretamente en este contexto cuando, recibiendo toda la influencia exterior y la campaña propagandística, así como de política internacional desarrollada por la Administración estadounidense, el lenguaje político comienza a ir haciéndose cada vez no solo más polarizado, sino más crudo y violento en sus especificaciones.

En los últimos años de la década de los 60, en Chile va explotar una fuerte polarización política, que no se traduce en debates sino en la justificación de la lucha y violencia política por todos los sectores, desde el Movimiento Nacionalista Patria y Libertad hasta el Movimiento de Acción Popular Unitaria. Así, el movimiento comunista chileno, haciendo uso de herramientas propias de la propaganda, contribuyó en buena manera a la generación de un clima político y social poco distendido. A estos factores internos debe sumarse el éxito de la revolución cubana y la llegada al país de extranjeros con intención de sostener en el territorio chileno una acción revolucionaria similar. El hecho de que el gobierno de Allende propugnase la conocida como vía chilena pacífica al socialismo no apaciguó los ánimos, ni de los sectores más conservadores ni de la izquierda chilena que exigía acciones mucho más contundentes. Ejemplos claros de la

⁸⁸⁸ TAPIA, J., *El terrorismo de Estado. La Doctrina de la Seguridad Nacional en el Cono Sur*, Ed. Nueva Imagen, México, 1980, p. 149.

violencia política y de la fragmentación de la izquierda chilena durante el gobierno chileno son el asesinato del demócrata cristiano Edmundo Pérez Sujovic o del militar Héctor Lacrampete. El sector más conservador hizo un uso político de estos crímenes atribuyendo su comisión al gobierno en vez de a sectores radicales. Un factor diplomático esencial fue la visita de estado realizada por Fidel Castro al Chile en 1971, lo que hizo visible, por un lado, la intención de injerencia en la política interior chilena de los países afines al bloque soviético y, por otro lado, las divisiones internas del partido de Allende, Unidad Popular donde convergían sectores más partidarios del ideal revolucionario bolchevique con sectores más moderados cercanos al modelo de socialdemocracia europeo. El diplomático mexicano Mendoza y Caamaño, en su libro titulado *Chile: surgimiento y ocaso de una utopía 1970-1973*, sostiene que

“la propaganda instigada por Estados Unidos, en su confrontación con la Unión Soviética, había dado buenos resultados en el sentido de profundizar los sentimientos antimarxistas de las derechas chilenas, especialmente de los sectores financieros, militares e industriales, y algunos grupos reducidos de intelectuales, ya que una parte considerable de éstos simpatizaba abiertamente con la izquierda.”⁸⁸⁹

Ejemplos prácticos de ese éxito fueron: en primer lugar que, ante la llegada al poder del gobierno socialista de Allende, buena parte del sector agrario tenía miedo a la expropiación de tierras agrícolas y buena parte del sector industrial del país se externalizó, mientras que la otra quedó subsumida por los partidos políticos y los sindicatos que ocupaban los puestos directivos y distribuían la jornada computando como tiempo de trabajo la asistencia a los mítines y reuniones de carácter sindical.

En segundo lugar, por la huida del país de la clase media y la clase alta ante la posibilidad de ver sus casas, propiedades y pequeños y medianos negocios expropiados y de no querer participar en los grupos de autodefensa y rondas armadas.

Evidentemente, la llegada al gobierno de Allende en 1970 supuso recoger y terminar de sembrar una serie de apatías políticas generadas por los regímenes precedentes. Cañas Kirby sostiene que la forma de gobierno en solitario llevada a cabo por el Partido Demócrata Cristiano y la propia división en el partido que ejercía el poder fraccionaron la derecha y alentaron a la izquierda en la misma intensidad, llegando a producir en ambos campos del espectro político chileno de la época el mismo efecto: la

⁸⁸⁹ MENDOZA Y CAAMAÑO, H., *Chile: surgimiento y ocaso de una utopía (1970-1973)*, Ed. Secretaría de Relaciones Exteriores de México, México, 2004, p. 70.

división entre sectores proclives al diálogo y sectores partidarios de la acción. Concretamente, Cañas expone que

“A diferencia del pragmatismo centrista del Partido Radical en los años 40, una mentalidad articuladora o de aliento a la centralidad entre la derecha y la izquierda fue el fenómeno que precisamente no ocurrió en el Partido Demócrata Cristiano. (...) El rechazo de las fórmulas de regulación transaccional se reflejó en el hecho de que la democracia cristiana no incluyó a la derecha ni al centro dentro de su órbita de toma de decisiones, despertando con ello el antagonismo de todos los elementos de la oposición. Los conflictos con la izquierda fueron producto de antipatías y desconfianzas mutuas.”⁸⁹⁰

Cañas Kirby va un paso más allá y analiza todo un periodo de deterioro de las instituciones chilenas que tiene lugar desde los años 60 y que culmina con el golpe de estado en 1973. El análisis que plantea el autor no pretende demonizar el golpe de estado ni ofrecer una visión edulcorada del gobierno precedente de Allende, sino aportar las claves para comprender tanto uno como otro fenómeno dentro de un contexto internacional altamente influyente en el país y en un continente bajo el ámbito de influencia estadounidense por la proximidad geográfica. El triunfo del socialismo en Chile, aunque no fuese fruto de una revolución al estilo cubano, era la amenaza a la hegemonía mundial norteamericana y ello unido a un sistema político democrático en proceso de descomposición desde los años 60

“como efecto de la masificación de la participación política, del fuerte deterioro de las estructuras socioeconómicas y del proceso de polarización y de pérdida de eficacia de la competencia política, todo lo cual, frente a las exigencias de un desarrollo más estable e integrador de la sociedad, terminó por inmovilizar el sistema político en su conjunto dando lugar al derrumbe de la democracia en 1973.”⁸⁹¹

Un ejemplo claro es que ni siquiera las elecciones que llevaron a Allende al poder supusieron la obtención de una amplia mayoría por el socialismo chileno. Los resultados electorales arrojaban por un lado elementos de positividad en el sentido de que, aún reflejando una comunidad política, fuertemente fragmentada y con poco margen de representatividad real, se permitía una alternancia pacífica en el poder a pesar de que en el plano propagandístico y mediático, la competencia política estuviese alcanzando amplios niveles de agresividad en un estilo similar a lo que ocurría en las calles chilenas

⁸⁹⁰ CAÑAS, E., *Proceso político en Chile*, Ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997, p. 37.

⁸⁹¹ *Ibidem*, pp. 19-20.

y en grupos de acción radicalizados de izquierda y derecha. En otras palabras, el elemento positivo recaía sobre las instituciones, capaces de sostener un cierto funcionamiento a pesar del panorama social. El elemento negativo, que lo que en sede democrática deben ser debates parlamentarios, se convirtió en violencia política callejera ante dos circunstancias: la primera de ellas, que el gobierno no reunía apoyos sociales suficientes para considerar que ejercía un poder verdaderamente representativo; dicho sea de otra manera, Allende obtuvo un 36,2% de los votos, Alessandri un 34,9% y Tomic un 27,8%.

La segunda de ellas está vinculada a lo expuesto por Cañas en el sentido de la huida del centro político, que enlaza directamente con uno de los elementos claves del ejercicio del gobierno democrático, que no es otro que el hecho de que quien gobierna debe hacerlo para todos y no para sus votantes. En otros términos, el hecho de que la victoria de Allende fuese tan apretada y de que su elección como presidente dependiese de una cierta aproximación a la democracia cristiana, debía haber sido indiciario de que el proyecto político del país debía ser lo más inclusivo posible o, a efectos prácticos, lo más aséptico desde el punto ideológico. La pérdida de la centralidad política en este periodo y el impulso de las políticas socialistas en un parlamento y en una sociedad chilena altamente fragmentada solo sirvió para polarizar aún más las tensiones socio-políticas imperantes, poniendo en riesgo la legitimidad del gobierno de Allende, que, desde el punto de vista electoral y democrático, era escasa. Huneus ilustra esta situación con el asesinato del General René Schneider, cometido en los días previos a la votación de Allende como Presidente y atribuido, por la labor propagandística de la CIA en el país, a la izquierda chilena, concretamente a la Brigada Obrero-Campesina, cuando en realidad fue cometido por un sector de la aristocracia chilena vinculado a la derecha con la intención de boicotear la votación.⁸⁹²

Uno de los elementos que marcó notablemente la competencia electoral en 1970, fue el de la libertad, un valor y un derecho del que todos los sectores se hicieron valedores en sus diversas interpretaciones, destacando cada uno de ellos un elemento particular o característico de la libertad, que en su verdadera esencia tiene múltiples acepciones. Como muestra, casi anecdótica, de un fenómeno que ha ocurrido en todos los países del mundo donde ha existido esa pugna por el poder entre un sector de la derecha y un sector de la izquierda, ambos radicalizados, la propaganda de la asociación Acción Mujeres de

⁸⁹² HUNEEUS, P., *En aquel tiempo. Historia de un chileno durante Allende*, Ed. Nueva Generación, Santiago de Chile, 1992, p. 55.

Chile, del entorno de la derecha chilena, exponía bajo el eslogan “¿Dónde está el papá?”, que el régimen soviético mandaba a la cárcel y a campos de concentración a aquellos hombres que ejercían su derecho a la libertad de expresión en contra del gobierno y, el propio Mendoza y Caamaño comenta en su libro que “las mujeres de Chile no estaban muy lejos de ver esta versión de la realidad, pero bajo la dictadura derechista de Pinochet.”⁸⁹³

Esta afirmación da buena cuenta del fenómeno que se anticipaba y que concierne a la totalidad de los regímenes autoritarios y que no sólo se materializa en una afectación a la libertad, sino en un empleo demagógico de la misma, en el sentido de que la defensa de una liberación termina siendo, con independencia de la ideología que sostenga dicha lucha política, un pretexto para limitar la libertad en todas sus facetas.

A pesar de que el gobierno de Allende no llegó al poder mediante un proceso revolucionario ni aplicó una política económica al estilo soviético, las medidas de producción tendentes a la autorregulación del trabajo y la producción por los trabajadores no tuvieron el efecto esperado y generaron una grave crisis de abastecimiento tanto material como de mano de obra en el país. El gobierno de Allende generó un doble efecto: por un lado, es cierto que se cumplieron las pretensiones de favorecimiento a la mayoría obrera en el sentido de que, tal y como expone quien fuese ministro de Economía entonces, Pedro Vuscovic en su artículo titulado “Dos años de política económica del gobierno popular”,

“Se ha rescatado el cobre de manos del imperialismo norteamericano; se han nacionalizado el hierro, el salitre, el carbón y otros recursos básicos del país; está próxima a completarse la erradicación total del latifundio; se ha estatizado el sistema bancario; ha terminado el control monopólico privado que dominaba la industria siderúrgica, del cemento, de otros sectores industriales, así como de la gran distribución mayorista; y se han abierto canales de participación a través de los cuales son los propios trabajadores quienes van tomando el control de esas actividades.”⁸⁹⁴

Pero, por otro lado, hubo un exilio de chilenos hacia el exterior, un ejercicio desmedido del poder laboral por parte de la clase trabajadora que hostigaba a los altos cargos de las industrias siderúrgica, del cobre y textil que derivó en una ausencia de mano

⁸⁹³ MENDOZA Y CAAMAÑO, H., *Chile...*, *op. cit.*, p. 73.

⁸⁹⁴ VUSCOVIC, P., “Dos años de política económica de gobierno popular” en V.V.A.A., *El golpe de estado en Chile*, Ed. Fondo de Cultura Económica de México, México, 1975, pp. 9-37, p. 9.

de obra cualificada para los puestos de mando efectivo en la industria chilena, y una disminución de producción por el tiempo dedicado a reuniones sindicales. El gobierno de Allende tuvo que afrontar las circunstancias que han experimentado todos los gobiernos de corte marxista o inspirados por la idea de la lucha de clases, y es que las sociedades eran mucho más complejas que la idea planteada por Marx, los grupos sociales eran mucho más heterogéneos y la política económica más compleja, especialmente en un mundo cercano a la era de la globalización. Un ejemplo claro de la diferencia entre la teoría marxista y su puesta en práctica lo representan las Juntas de Abastecimiento, establecidas con la intención de regular el reparto de los bienes y sus precios, pero que, en la práctica, quedaron sometidas a un acaparamiento de bienes por parte de quienes tenían mayores ingresos, derivando en la instauración de un potente mercado negro entorno a bienes de primera necesidad.⁸⁹⁵

Las políticas de Allende generaron una doble reacción: en el marco de la clase terrateniente, sus acciones en contra de los latifundios supusieron granjearse la enemistad de un grupo social de fuerte influencia y capacidad política y económica pero es que, en el plano de su propio partido, se fue acentuando cada vez con mayor intensidad una división, primero interna e ideológica, pero después pública y de lucha por la imposición de un modelo determinado de poder y economía, que Cañas Kirby resume de la siguiente manera:

“Izquierda, centro y derecha, actuaron entre 1970 y 1973, sobre la base, y con diferentes acentos y matices, de posturas divergentes en materia de compromisos tanto con el orden socioeconómico, como con la institucionalidad y procedimiento vigentes hasta 1970. Esto último, al involucrar asuntos fundamentales, llegó a tocar la propia supervivencia de las reglas del juego democrático. (...) La coalición de izquierda que gobernaría el país en los próximos años, era una coalición invertebrada, con divergencias internas no resueltas, incapaz de definirse como alternativa unificada y pacificadora.”⁸⁹⁶

Esta división interna y, especialmente, la división presente en el seno de la izquierda chilena se manifestaron en un doble sentido, por una parte aquellos posicionamiento de corte moderado, en el sentido de asunción completa de las reglas del juego democrático, es decir, aquellos sectores que entendían que el cambio político del sentido que fuese debía llegar a través de los comicios electorales, en contraposición a

⁸⁹⁵ MENDOZA Y CAAMAÑO, H., *Chile...*, op. cit., p. 76.

⁸⁹⁶ CAÑAS, E., *Proceso...*, op. cit., p. 80.

aquellas facciones que analizaban la situación chilena como un fracaso de los mecanismos democráticos, bien porque habían permitido la llegada de un gobierno socialista al poder, bien porque no permitían la realización plena del socialismo en el país.

En un intento de diplomacia blanda por parte de Estados Unidos, y en un intento de autoaniquilamiento político de la izquierda chilena por parte de los sectores más conservadores, se celebraron elecciones el 4 de marzo de 1973, que fueron a dar de nuevo la victoria al partido de Allende. Teitelboim relata este acontecimiento como un fracaso de la estrategia de la derecha chilena que ni aún en un contexto de escasez de bienes de primera necesidad, paro de los transportistas, división parlamentaria y violencia política, había sido capaz de derrotar en las urnas a la vía chilena al socialismo:

“El resultado de las elecciones parlamentarias del 4 de marzo de 1973 ha dado al traste con el “golpe blanco.” La Unidad Popular ha tenido un éxito más allá de lo esperado en las urnas. La conjura tiene que decir adiós a su plan de destituir al Presidente de la República. Declara cancelado el camino legal. Opta por la sedición armada.”⁸⁹⁷

En otras palabras, la reelección de Allende en las urnas incentivó dentro de la derecha chilena el triunfo del sector contrario a las instituciones democráticas y a la concurrencia competitiva electoral sobre el entendimiento de que el electorado chileno se encontraba bajo el ámbito de influencia de la propaganda soviética, sin ser verdaderamente conscientes de que los sectores más conservadores de la derecha chilena se encontraban bajo la influencia directa de la CIA en América Latina y bajo el entendimiento estadounidense de la política exterior que, frente a la inestabilidad y frente a la presencia soviética, propugnaba la instauración de regímenes cívico-militares en zonas estratégicas bajo el planteamiento sostenido internacionalmente de que un periodo de represión bajo estricto mandato militar era necesario para asegurar la vía al liberalismo.

El golpe militar de 1973 es el resultado de un periodo de quince días en el que el sector militar chileno declara de manera oficial su rechazo al Presidente Allende. La violencia se intensifica a través de allanamientos a industrias, reuniones golpistas, renuncias de altos cargos militares y discursos de las facciones a través de la radio y la televisión. Culmina el 11 de septiembre con la intervención militar de los medios, el aislamiento de ciudades clave como Valparaíso y Santiago de Chile y el bombardeo de

⁸⁹⁷ TEITELBOIM, V., *Neruda*, Ed. Hermes, México, 1996, p. 481.

zonas estratégicas, pero sin llegar a desencadenar un contexto específico de guerra civil desde el punto de vista jurídico del conflicto armado interno. Prácticamente la totalidad de la estructura de seguridad nacional, tanto política como militar, se desmorona y exige al Presidente su dimisión inmediata. Concretamente, es el teniente Roberto Guillard quien desde el Ministerio de Defensa pronuncia el siguiente discurso:

“Teniendo presente: primero, la gravísima crisis social y moral por la que atraviesa el país; segundo, la incapacidad del gobierno para controlar el caos; tercero, el constante incremento de grupos paramilitares entrenados por los partidos de la Unidad Popular que llevarán al pueblo de Chile a una inevitable guerra civil, las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile exige: primero que el señor Presidente de la República debe proceder de inmediato a la entrega de su alto cargo a las fuerzas Armadas y Carabineros de Chile. Segundo, las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros de Chile están unidos para iniciar la responsable misión de luchar por la liberación de la patria del yugo marxista y la restauración del orden y la institucionalidad. Tercero, los trabajadores de Chile deben tener la seguridad de que las conquistas económicas y sociales que han alcanzado hasta la fecha no sufrirán modificaciones en lo fundamental. Cuarto, la prensa, las radioemisoras y canales adictos a la Unidad Popular deben suspender sus actividades informativas a partir de este instante, de lo contrario recibirán castigo aéreo y terrestre. El pueblo de Santiago debe permanecer en sus casas a fin de evitar víctimas inocentes.”⁸⁹⁸

A las 13.40 horas del 11 de septiembre de 1973 y ante los bombardeos del Palacio de la Moneda y de la casa presidencial, Allende se suicida antes de ser detenido o ejecutado por la facción militar golpista. Solo una hora más tarde, la autoproclamada Junta de Gobierno de las Fuerzas Armadas, bajo la voz del teniente Guillard, lanza el siguiente mensaje:

“Las Fuerzas Armadas y de Orden han asumido el deber moral que la Patria les impone de destituir al gobierno que, aunque inicialmente legítimo, ha caído en la ilegitimidad flagrante, y han decidido asumir el poder por el solo lapso que las circunstancias lo exijan, apoyados en la evidencia del sentir de la gran mayoría nacional, lo cual por sí, ante Dios y ante la Historia, hace justo actuar y, por ende, las resoluciones, normas e instrucciones que se dicten para consecución de la tarea de bien común y de alto interés patriótico que se dispone a cumplir.”⁸⁹⁹

Este mensaje representa el triunfo del golpe militar y el inicio de lo que la doctrina ha denominado la ideología de la seguridad nacional basada en cuatro pilares:

⁸⁹⁸ Discurso del Teniente Guillard desde el Ministerio de Defensa el 11 de septiembre de 1973.

⁸⁹⁹ Bando n°5 de la Junta Militar de las Fuerzas Armadas de Chile.

Primero, la restauración, es decir, el convencimiento de que la intervención militar estaba justificada por una situación de caos nacional provocada en exclusividad por el gobierno de Allende.

Segundo, la regeneración, es decir, los militares chilenos se presentaban como el único mecanismo de vuelta a los valores democráticos frente a la amenaza socialista.

Tercero, la seguridad, sobre la base de que el ejército chileno estaba cumpliendo el mandato asumido de velar por la seguridad nacional.

Sobre el cuarto pilar hay opiniones divergentes; Cañas Kirby⁹⁰⁰ sostiene que se trata de un pilar revolucionario, en el sentido de que el golpe es un intento armado de institucionalización forzosa de la política militar a nivel nacional. Sin embargo, otros autores como Moulian lo califican de revolución terrorista, por cuanto que confluyen la representación de la violencia ejercida por los militares durante el golpe y durante la dictadura cívico-militar como legítima, con la integración de la capacidad legisladora en una entidad militar o grupo armado, pero no en una entidad o institución estatal diferenciada, y el empleo del terror o la violencia como mecanismo de aceptación social, definida por el autor en términos de un poder ejercido de la siguiente manera:

“poder para conformar las mentes a través del saber, de un saber. De este fluyen interpretaciones, ideas-fuerzas que explican y orientan la acción, pero también una normatividad, una capacidad creadora de normas, de prescripciones que se transforman en derechos, en poder-derecho, por tanto, en poder para hacer.”⁹⁰¹

Sostienen Bruner y Catalán, que los efectos prácticos de dichos pilares en términos ideológicos fueron la ideología de la seguridad nacional, la ideología del neoliberalismo y la ideología del tradicionalismo católico.⁹⁰² Frente a esta afirmación cabe hacer un matiz, y es que, en el plano teórico-político, los regímenes cívico-militares se caracterizan por un posicionamiento público de corte ideológica, es decir, al ser fruto de reacciones militarizadas frente a situaciones políticas donde hay un fuerte impacto ideológico tanto en las políticas desempeñadas como en los motivos de fractura institucional y social, estas dictadura se presentan como un ejercicio objetivo y tecnificado del poder que persigue el

⁹⁰⁰ CAÑAS, E., *Proceso...*, *op. cit.*

⁹⁰¹ MOULIAN, T., *Chile Actual. Anatomía de un mito*, Ed. Lom ediciones, Santiago de Chile, 2002, pp. 165-166.

⁹⁰² BRUNNER, J.J. y CATALÁN, G., *Cinco estudios sobre cultura y sociedad*, Ed. Facultad Latinoamericana de Ciencias, Santiago de Chile, 1985, p. 420.

objetivo de la unidad y seguridad nacional. Lechner lo define en el sentido de despolitización de la vida colectiva o del entorno social⁹⁰³, en definitiva de la ciudadanía, pero no de las instituciones. A este respecto, el mismo autor expone que hay una demonización pública de lo político que se manifiesta a través de una lucha frente al contrario o al enemigo, que es visto como un mal, a través de una intervención militarizada de la vida pública y en sociedad que se organiza según patrones jerárquicos y según la actuación de organizaciones o juntas que disgregan y anulan las identidades individuales y asociativas, y a través de la sustitución del lenguaje político por un lenguaje puramente económico, propio de la Escuela económica de Chicago, aparentemente mecánico, objetivo y matemático.⁹⁰⁴

Lo que subyace, en definitiva, es que existe una ideología de Estado que suprime las manifestaciones ideológicas a nivel individual y social. Es una ideología específica del contexto de Guerra Fría y, particularmente, de la idea de guerra total que desencadena un militarismo llevado al extremo en el que confluyen militares profesionalizados con civiles que asumen la disciplina castrense como política nacional. Velásquez lo define en los siguientes términos:

“la institución castrense al servicio de las clases dominantes asume una ideología específica y se proyecta como un superpoder entronizado en el Estado burgués, erigiéndose en factor decisivo de la política del régimen con pretensiones de controlar, mediante una metodología de guerra, toda la vida nacional. (...) civiles, quiénes piensan que las soluciones a los problemas, y en general toda la vida social, se deben regir por la disciplina castrense. Estos civiles constituyen la expresión política del militarismo armado y son una punta de lanza en las diversas corporaciones públicas y privadas.”⁹⁰⁵

Un elemento de la disciplina castrense que ha caracterizado a los regímenes cívico-militares y a la dictadura de Pinochet es el empleo de la violencia. No debe olvidarse que las fuerzas armadas son la expresión del monopolio del uso de la fuerza por parte del estado y que, a pesar de la existencia de una tendencia al cambio en su configuración y entendimiento a partir de los años 60 con el establecimiento de las llamadas Misiones de Paz durante la Guerra Fría, las fuerzas armadas constituían una demostración de fuerza, de poder, de capacidad, en definitiva, representan la capacidad bélica estatal. Este entendimiento es el que ha legitimado el empleo institucionalizado de

⁹⁰³ LECHNER, N., *Obras Escogidas*, vol. 1, Ed. Lom ediciones, Santiago de Chile, 2006, p. 275.

⁹⁰⁴ *Ibidem*, p. 285.

⁹⁰⁵ VELÁSQUEZ, E., "Historia..., *op. cit.*, pp. 12-16.

la violencia en los regímenes cívico-militares. Aróstegui va un paso más allá y habla no solo de violencia institucionalizada, sino de la violencia política como violencia ideologizada y de que esta consiste en la construcción de una ideología “en la que constituye un elemento aceptado de comportamiento, ético, plausible, válido y creador—e instrumenta(liza)da—se crean organismos para recoger, administrar, dirigir la violencia—”⁹⁰⁶

Esto supone que la violencia política es algo más que el empleo institucionalizado de la violencia, ya que incide directamente en las relaciones entre gobernantes y gobernados, en la dinámica del ejercicio del poder, de reconocimiento de la legitimidad y de la toma de decisiones políticas. Turk sostiene que para hablar de violencia política deben concurrir dos elementos: el primero, un grupo dominante con capacidad de legislación general y, el segundo, la criminalización vía legal de los comportamientos contrarios a la posición dominante, instituyendo así un orden social basado en el terror y un proceso de legitimación pública del poder basado en su imposición forzosa.⁹⁰⁷ La intensidad y la contundencia de las acciones de violencia política varía en función del nivel de cumplimiento público-social del componente legislativo. En esencia, en la violencia política concurre el elemento instrumental definido por Adela Cortina⁹⁰⁸ en su estudio sobre la violencia ejercida como forma de poder, con los elementos de intencionalidad e influencia en la estructura política que propone González Calleja.⁹⁰⁹

Es interesante el análisis de Corvalán respecto a la diferenciación entre dos fenómenos: por un lado, la agudización de las luchas sociales en Chile desde los años 60 hasta los años 70, en las que el uso de la violencia física fue más una proclama que una realidad habitual; y, por otro lado, la violencia política generalizada como práctica institucional característica de la dictadura de Pinochet.⁹¹⁰ Este discurso se ha entendido tradicionalmente como contrapuesto al ofrecido por Arancibia quien ha considerado que la llamada a las armas que tuvo lugar durante la década de los 60 y los años del gobierno de Allende en Chile por parte de la izquierda, incitando a la clase trabajadora a rebelarse

⁹⁰⁶ ARÓSTEGUI, J., “Violencia, sociedad y política”, *Ayer*, nº13, 1994, pp. 17-55, pp. 40-44.

⁹⁰⁷ TURK, A. T., “La violencia política desde una perspectiva criminológica”, *Sistema*, nº 132-133, 1996, pp. 41-55.

⁹⁰⁸ CORTINA, A., “Ética y violencia política”, *Sistema*, nº132-133, 1996, pp. 57-71.

⁹⁰⁹ GONZÁLEZ, E., *La violencia en la política. Perspectivas teóricas sobre el empleo deliberado de la fuerza en los conflictos de poder*, Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2002, pp. 270-271.

⁹¹⁰ CORVALÁN, L., *Del anticapitalismo al neoliberalismo en Chile*, Ed. Sudamericana, Santiago de Chile, 2001, p. 27.

en armas contra la clase burguesa usando la retórica marxista, es también violencia política con independencia de que los hechos fuesen aislados. Realmente, ambos discursos no tienen por qué ser incompatibles totalmente. Lo cierto es que el clima de agudización e intensificación de las luchas sociales en Chile generó una tensión que terminó por quebrar el país y las instituciones democráticas con el golpe de estado de 1973, pero el matiz es relevante e interesante a efectos de análisis de la calidad democrática. En democracia las reglas del juego suponen la admisión de que la lucha es política y electoral, no callejera ni violenta; no obstante, en un contexto mundial tremendamente polarizado en que los dos agentes mundiales estaban interviniendo en América Latina, Chile se convirtió en la escenificación de varias cuestiones: la primera de ellas, la fragilidad de la cohesión social de las sociedades latinas, herederas de los procesos de descolonización y con una gran diversidad étnica regímenes jurídicos diferenciados que hacía insostenible el modelo de democracia europeo directamente exportado en el continente americano. La segunda de ellas, una desigualdad estructural en las sociedades latinas que reiteraba la distribución colonial de la propiedad creando una brecha entre propietarios y trabajadores o, simplificando la cuestión, entre ricos y pobres, característica que se sigue manteniendo actualmente y que pone en tela de juicio la estabilidad de sus democracias. La tercera de ellas, la fuerte capacidad de influencia de los actores internacionales en sociedades donde la credibilidad institucional era cuestionada constantemente y, finalmente, la practicidad de un discurso político basado en el miedo y en el enfrentamiento, que fue el que llevó tanto a Allende a ganar dos veces las elecciones, como a forzar el golpe de estado de 1973.

Las bases de la violencia política institucionalizada durante el régimen de Pinochet parten de una serie de medidas legales, decretos leyes que declaraban la existencia de estados de excepción, con mayor o menor intensidad según el momento dictatorial y el ámbito territorial de aplicación. Concretamente, el conocido como Decreto Ley número 5 declaraba el estado de sitio por conmoción interna, lo que suponía a efectos prácticos la instauración del régimen jurídico previsto para un contexto de guerra, militarizando los espacios públicos y civiles e instaurando la jurisdicción de tribunales militares. Junto a dicho decreto ley, otras medidas tomadas bajo la misma fórmula legal o bajo la forma de bando, supusieron la disolución del Tribunal Constitucional y del Congreso (Decreto Ley número 27), cese de alcaldes (Decreto Ley número 25), intervención de la actividad política prohibiendo los partidos políticos, en esa pretensión de crear un régimen aséptico desde el plano ideológico (Decreto Ley número 77),

intervención de la actividad sindical y universitaria (Decreto Ley número 198 y 50) y la creación de la Dirección de Inteligencia Nacional (en adelante DINA).

Barros resume el proceso represivo de la siguiente manera:

“En los primeros días inmediatamente posteriores al 11 de septiembre de 1973, la represión más severa estuvo dirigida contra los líderes de los partidos políticos de izquierda, los más altos funcionarios del gobierno de Allende, los miembros del aparato de seguridad personal (GAP) del Presidente y los ex ministros de Estado. A poco andar, la represión se extendió a autoridades del gobierno regional y local, administradores de compañías estatales, miembros de organizaciones sociales y agencias asociadas al depuesto gobierno de la Unidad Popular, militantes de nivel bajo y medio de los proscritos partidos de izquierda, líderes sindicales y comunales, e innumerables trabajadores, estudiantes, trabajadores agrícolas y campesinos sin afiliación a partidos políticos.”⁹¹¹

Tal y como expone Lechner, la simplicidad del razonamiento aplicado por la dictadura cívico-militar basada en que el orden pasa por la unidad y la unidad por la homogeneidad, no generaba dudas de legitimidad en sede internacional toda vez que bajo el paraguas de la doctrina de la seguridad nacional y, de una manera más clara, de lucha abierta contra el comunismo, lo diferente al régimen debía eliminarse en nombre de ese bien común superior que era la seguridad convertida en unidad nacional.⁹¹² El propio autor sostiene que se traslada al ámbito de la política interna chilena el discurso de la guerra convirtiendo en las dos caras de una misma moneda al caos comunista frente al orden de las fuerzas armadas.

El aparato logístico se articulaba entorno a la DINA, que respondía ante la Junta de Gobierno y de manera directa frente al propio Pinochet, siendo el organismo encargado de identificar a los enemigos políticos y que, debido a su actuación en territorio no chileno, tuvo que ser sustituida en 1974 por la Central Nacional de Inteligencia (en adelante CNI), con las mismas prerrogativas pero circunscrita al ámbito nacional, sirviendo como una clara representación de lo afirmado por Arendt, a saber, “hasta el dirigente totalitario cuyo principal instrumento de mando es la tortura necesita una base para su poder: la policía secreta y la red de soplones.”⁹¹³

⁹¹¹ BARROS, R., *La junta militar. Pinochet y la Constitución de 1980*, Ed. Sudamericana, Santiago de Chile, 2005, p. 157.

⁹¹² LECHNER, N., *Obras...*, *op. cit.*, p. 285.

⁹¹³ ARENDT, H., *Sobre la violencia*, Ed. Editorial Joaquín Mortiz, México, 1970, pp. 45.

Las consecuencias de este planteamiento no son otras que las violaciones masivas de DDHH durante el periodo de la dictadura de Pinochet con base en una supuesta desviación ideológica y mediante el empleo de desapariciones forzadas, torturas, detenciones ilegales y asesinatos de civiles, además de todas las implicaciones en materia de ejercicio de los derechos inherentes a la intimidad personal, que en este tipo de régimen desaparece, y de libertad de conciencia, que se ve totalmente anulada. Una de las prácticas que ha caracterizado a las llamadas dictaduras del Cono Sur y que fue empleada por Pinochet es la del destierro, el ostracismo, el exilio. Si antes de mencionaba que la historia propia de los DDHH debe identificarse con la historia de la discriminación, una idea similar es aplicable al contexto latinoamericano, en el sentido de que sus sociedades son el fruto de disgregaciones, expulsiones y diferenciaciones étnicas convertidas en repartos territoriales. El exilio forzoso fue una práctica institucionalizada en el régimen de Pinochet; Rebolledo estima en unos 20.000 el número de chilenos obligados a abandonar el país.⁹¹⁴ Uno de los elementos que permitió al régimen de Pinochet detectar a los que serían calificados de enemigos y traidores fue el bando número 40, que obligaba a las compañías de transporte a facilitar a la policía todas las informaciones sobre los viajeros, combinada con la conocida como acta número 2 de 1973, que creaba una comisión para la clasificación de los detenidos, dependiente del Ministerio de Defensa. Se generó todo un aparato institucional destinado a clasificar a la población en elementos afines y elementos subversivos, quienes quedaban sometidos a la justicia militar o no podían regresar al país, bien por encontrarse bajo pena de muerte, bien por haberles sido retirada la nacionalidad de conformidad con la modificación del artículo 6 de la Constitución Chilena. A esta labor de represión pública se unía la detención ilegal y desaparición forzosa de personas llevada a cabo por la DINA y la CNI. Cavallo, Sepúlveda y Salazar definen este periodo, especialmente intenso en los tres primeros años de la dictadura, como una demostración del régimen cívico-militar de la “la urgencia de una ‘purificación ideológica’ nacional, creía que era imprescindible un combate a fondo contra los partidos de la izquierda que habían dado señas de preparación militar y vocación de resistencia.”⁹¹⁵

No se trató únicamente de una práctica política tendente a eliminar la resistencia existente sino también de instauración de un temor ante la resistencia naciente. El Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura del año 2004 arroja la cifra de

⁹¹⁴ REBOLLEDO, L., *Memorias del desarraigo. Testimonios de exilio y retorno de hombres y mujeres de Chile*, Ed. Catalonia, Santiago de Chile, 2006.

⁹¹⁵ CAVALLO, A., SEPÚLVEDA, O., SALAZAR, M., *La historia oculta del régimen militar*, Ed. Sudamericana, Santiago de Chile, 1998, p. 41.

18.364 personas torturadas en los tres primeros años de la dictadura y 22.824 detenciones ilegales.

ii. La transición chilena

El final de la dictadura en Chile fue particular, ya que aparece vinculado al proceso constituyente de 1980. La propia dictadura, ya en su primer decreto de 1973, se definía con un “propósito restaurador de la institucionalidad quebrantada.” De alguna manera, toda la labor legislativa de los primeros años de la dictadura tenía la finalidad de institucionalizar la Junta Militar y juridificar su gobierno. Se creó una comisión conformada por juristas afines al régimen de Pinochet, aunque también con juristas vinculados a la democracia cristiana chilena, para la redacción de la que sería la Constitución de 1980, teniendo como guía un memorándum elaborado por el propio Pinochet. Se trataba de un proyecto con una doble intencionalidad: por un lado, dotar de un cierto orden a toda la labor legislativa de la dictadura en una especie de compilación y, por otro lado, de sentar las bases para una transición en Chile cumpliendo en cierta manera con el espíritu restaurador de la democracia que alegaba la Junta Militar. Esto supuso no tanto un proceso transicional pactado como una cierta liberalización política del régimen que aseguraba una transición hacia una democracia restringida y protegida y el papel de quienes ostentaban el poder durante la dictadura, tanto en la transición como en el modelo democrático posterior. En otras palabras, se trata de un modelo transicional gestionado desde el poder frente a modelos como pueda ser el español, donde, a pesar de existir un control por la élite política, el procedimiento de transición es pactado.

El texto aprobado por la Junta Militar fue sometido a plebiscito el 11 de septiembre de 1980. La legitimidad del texto constitucional ha sido cuestionada, fundamentalmente desde el planteamiento de que reconocer poder constituyente a la Junta Militar supone legitimar el golpe de estado que dio lugar a la dictadura frente a un gobierno elegido democráticamente. Sin embargo, hay una cuestión que es cierta en términos de legitimidad del cuerpo constitucional de 1980 y es que, aunque desde el plano de lo jurídico y de lo político su legitimidad sea más que cuestionable, su operatividad y la aplicación de sus disposiciones al contexto de transición chileno la han dotado, al menos, de eficacia.

El artículo 25 de la Constitución de 1980 determinaba que “El Presidente de la República durará en el ejercicio de sus funciones por el término de ocho años y no podrá

ser reelegido para el periodo siguiente.” En el plebiscito celebrado en 1988, la oposición se unió en el bloque Comando Nacional por el NO y aunque la coalición dirigida por Pinochet no obtuvo la victoria, sí obtuvo el 43% de los votos a su favor, haciendo gala de la existencia de un notable apoyo entre las élites de la sociedad chilena. No obstante, si bien es cierto que la propia Constitución de 1980 regulaba la transición, también contenía una serie de cláusulas para el caso en que el resultado del plebiscito de 1988 diese la victoria a la oposición: concretamente, la disposición transitoria decimocuarta establecía que desde marzo de 1981 y hasta marzo de 1989 continuaría como Presidente de la República Augusto Pinochet. Adicionalmente, la disposición transitoria vigesimonovena, determinaba que “Si la ciudadanía no aprobare la proposición sometida a plebiscito, se entenderá prorrogado, de pleno derecho, el período presidencial, continuando en funciones por un año más el presidente de la República en ejercicio y la Junta de Gobierno, con arreglo a las disposiciones que los rigen.” Este periodo de un año tenía por objetivo perfilar los detalles de la transición, particularmente, las condiciones transicionales para quienes habían ostentado el poder durante el régimen dictatorial y configurar los roles institucionales y de gobierno, limitando por un lado las prerrogativas del presidente que comenzaría su mandato el 11 de marzo de 1990, así como el blindaje de determinadas instituciones.

Maira sostiene que ese año en particular de la dictadura de Pinochet

“Si se mira dentro de una perspectiva de conjunto la acción de la dictadura militar de Pinochet, este último año puede considerarse como una de sus etapas más decisivas y exitosas. Desde la modalidad de «una verdadera operación de Estado Mayor Conjunto» se planificó un ataque a todos los centros de poder del sistema político chileno y se diseñaron las operaciones más adecuadas para entorpecer el manejo de las autoridades democráticas durante la transición.”⁹¹⁶

Determinó un sistema de elección de diputados y senadores que bloquearía al nuevo gobierno y exigiría fuertes acuerdos institucionales que tuviesen en cuenta a los sectores más conservadores y afines a la dictadura cívico-militar para la elaboración de leyes; dotó de autonomía a las regiones, mermando la capacidad de actuación del gobierno central, y concedió incentivos a la jubilación a los jueces de mayor edad de la Corte Suprema, para poder elegir a la nueva judicatura garantizándose un trato de favor en las más altas instituciones judiciales nacionales. Cloromilo Almeyda, canciller de

⁹¹⁶ MAIRA, L., “Notas sobre la transición chilena”, *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, n°74, 1991, pp. 323-359, p. 331.

Allende, retornó a Chile en 1987 y, ante el voto en contra de privarle de los derechos políticos de tres de los magistrados del Tribunal Constitucional, Pinochet también ordenó su sustitución, permitiendo así una notable influencia del régimen en el control de constitucionalidad de las nuevas leyes. Este procedimiento, conocido como el amarre, también incluyó a los cargos policiales y a quienes habían ejercido una labor de policía política, ya que los miembros de la DINA y la CNI fueron integrados en el estamento militar.

Pinochet condicionó todo el proceso transicional, blindó las instituciones y bloqueó una verdadera transición en Chile. De nuevo, Maira realiza una comparación entre la transición chilena y la transición española sobre la base de que

“El general Francisco Franco hizo célebre, en los últimos días de su vida, la frase: «Dejo todo atado y bien atado», pero no logró evitar que la transición española pusiera término a las bases fundacionales del franquismo. El general Pinochet, sin pronunciar expresión alguna, puso en marcha un sólido entramado jurídico y político para asegurar mejor la sobrevivencia de muchas de las instituciones y principios establecidos durante la dictadura.”⁹¹⁷

El caso chileno viene a corroborar lo expuesto por Przeworski, en el sentido de que hay una asunción por parte del propio régimen dictatorial de la inestabilidad e imposibilidad de perdurabilidad de un régimen dictatorial de carácter autoritario, lo que derivó en la progresiva, aunque lenta, liberalización o apertura del régimen de Pinochet desde el año 1983 y al establecimiento de un sistema de control del proceso transicional que, si bien es cierto determinó en buena parte que no hubiese fuerzas subversivas en el proceso transicional, también limitó las alcances de la democratización chilena.⁹¹⁸ En términos politológicos, los reformadores del régimen mantienen al núcleo intransigente bajo control con dichas medidas y en el campo de los opositores al régimen es el sector moderado el que aglutina a toda la oposición y la dirige en el proceso transicional. Siguiendo a Garretón, la característica de este tipo de modelo transicional se basa en la concentración de los esfuerzos en el plano de la transición estrictamente política, a saber, un reconocimiento mutuo entre los actores transicionales y una capacidad de negociación, pero dejando “pendientes los problemas de democratización social (...) y esta pasa a ser,

⁹¹⁷ *Ibidem*, p. 337.

⁹¹⁸ PRZEWORSKI, A., *Democracia y mercado*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 63.

como hipótesis general para este tipo de países, una de las condiciones de la consolidación democrática.”⁹¹⁹

En otras palabras, se prioriza la institucionalización política frente a la realización social de la democracia, lo que supone la adopción de un significado diferenciado entre la democracia en transición y la democracia en consolidación, quedando la primera reducida al significado aportado por Valenzuela, a saber

“La presunción de que un orden democrático puede fundarse en el respeto, comúnmente acordado, a ciertas reglas y procedimientos formales que regulan las diferencias y conflictos sociales ha gozado de mucha mayor estimación. El punto central en este caso ha sido la recuperación de la dimensión estrictamente procesal de la democracia, incluso como núcleo de toda definición correcta y de toda orientación legítima hacia ella. La democracia como “reglas del juego” remite el problema del orden a la presencia de estructuras de coordinación puramente formales entre los sujetos, similares a las que constituyen el mercado como espacio colectivo.”⁹²⁰

El hecho de que la izquierda chilena pudiese reagruparse y conformar un frente unido en contraposición a Pinochet con la Concertación de Partidos por la Democracia, fue el resultado de un análisis y de un proceso de autocrítica sobre los fallos que, tanto en la dinámica de gestión político-democrática como en la regulación interna vía partidos y relaciones entre los mismos que la izquierda chilena había cometido durante el gobierno de Allende, permitiendo el triunfo del golpe de estado y, especialmente de la retórica y discurso del caos que lo sostuvieron. Es Lijphart quien define con exactitud qué características, y concretamente qué concepción de la democracia, debe tener la oposición al régimen autoritario para dar paso a esa transición política articulada como una cesión gradual del poder político:

“En sociedades plurales, la regla de mayoría significa dictadura de la mayoría y contienda civil más que democracia. Lo que necesitan estas sociedades es un régimen democrático que enfatice el consenso sobre la oposición, que incluya en lugar de excluir y que trate de maximizar el tamaño de la mayoría gobernante, en lugar de satisfacerse con una mayoría simple: una democracia consensual.”⁹²¹

⁹¹⁹ GARRETÓN, M.A., *Hacia una nueva era política*, Ed. Fondo de Cultura Económica de Chile, Santiago de Chile, 1995, p. 104.

⁹²⁰ VALENZUELA, E., “Sistema político y actores sociales en Chile”, *Proposiciones*, nº12, 1993, pp. 112-136, p. 116.

⁹²¹ LIJPHART, A., *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, Ed. Yale University Press, New Haven, 1984, p.23.

El elemento definitorio de la etapa nuclear de la transición chilena viene determinado por la ausencia de un colapso del régimen saliente, es decir, por la participación del propio régimen de Pinochet en el proceso transicional, lo que determina la pervivencia de los llamados enclaves autoritarios una vez la democracia ha sido formalmente instaurada en marzo de 1990 con las primeras elecciones verdaderamente libres en Chile. Hace referencia tanto a todo el control institucional y blindaje con el que el régimen de Pinochet había creado un sistema de autoprotección heredado por la democracia naciente, como a la ausencia de permeabilidad del régimen autoritario y de sus acciones. Las consecuencias son dos: primero, la impunidad en el sentido de que, como parte del acuerdo de cesión gradual del poder, se genera una suerte de muro o de silencio en relación a las violaciones de DDHH cometidas durante el régimen, ya sea porque se admite la destrucción o secreto de los registros y la documentación del régimen, ya sea porque a nivel institucional se mantiene vigente un control indirecto tanto funcional como político de personalidades conformadas por y para la pervivencia del régimen saliente; la segunda, la ausencia de una prolongación del proceso transicional a la totalidad de registros de acción pública.

Otro elemento conflictivo en el proceso transicional chileno es el de la representación social, y aquí convergen dos cuestiones: la primera es el mantenimiento de un fuerte apoyo social por parte del régimen saliente y la segunda consiste en el aglutinamiento de los principales conflictos sociales de la comunidad chilena en la Coalición de Partidos por la Democracia. Sobre este último inciso, Garretón aporta dos nociones interesantes:

En primer lugar, que “la coalición de gobierno está formada por partidos que expresaron históricamente los principales conflictos de la sociedad chilena, y a los sectores sociales que encarnaban el cambio social. Su responsabilidad de administración del proceso de transición y consolidación deja a los actores sociales huérfanos de representación en aquello que no se refiere directamente a la transición o les exige subordinar su dinámica a los requerimientos de esta.”⁹²²

Y, en segundo lugar, que “quienes pueden asumir esta representación de la conflictualidad son más bien actores políticos de ruptura que no poseen la capacidad

⁹²² GARRETÓN, M. A., “Balance y perspectivas de la democratización política chilena” en MENÉNDEZ-CARRIÓN, A. y JOIGNANT, A. (ed.), *La caja de Pandora: el retorno de la transición chilena*, Ed. Planeta, Santiago de Chile, 1999, p. 64.

política de respuesta que no sea la pura expresión del descontento, como ocurre con el Partido Comunista o los agrupamientos políticos alternativistas, en general de corta vida.”⁹²³

Esto representa una elección en sede transicional chilena a ser tomada por la oposición al régimen y consiste en optar, bien por un consenso moderado que permita el establecimiento de instituciones democráticas formales; bien, optar por un proceso transicional de ruptura y de alcance social global. La alternativa empleada fue la primera, en un esfuerzo por aplicar las enseñanzas extraídas del triunfo del golpe de estado de 1973, concretamente la idea de que la división ideológica de la izquierda durante el gobierno de Allende era la que había permitido la caída de la democracia en Chile. La lectura de esta conclusión puede ir en dos sentidos, ya que puede ser interpretada como un sacrificio por la democratización del país y un ejercicio de establecimiento de una cultura del consenso y del acuerdo en la izquierda chilena, o puede ser interpretada como una victoria del régimen autoritario por suprimir el componente ideológico y la pasión que le envuelve del espacio de debate público.

Patricio Aylwin, el primer presidente de Chile tras la finalización del régimen de Pinochet, resume todo el escenario aquí descrito de una manera sencilla:

“una controversia insuperable, porque se plantea como cuestión de principios, que compromete la conciencia y el honor de unos y otros, motivo por el cual nadie está dispuesto a ceder (...). Yo soy de los que consideran ilegítima la Constitución de 1980. Pero, así como exijo que se respete mi opinión, respeto a los que opinan de otro modo. Ni yo puedo pretender que el general Pinochet reconozca que su Constitución es ilegítima, ni él puede exigirme que yo la reconozca como legítima. La única ventaja que él tiene sobre mí, a este respecto, es que esa Constitución —me guste o no— está rigiendo. Éste es un hecho que forma parte de la realidad y que yo acato. ¿Cómo superar este impase sin que nadie sufra humillación? Sólo hay una manera: eludir deliberadamente el tema de la legitimidad.”⁹²⁴

Boeninger resalta de manera positiva dos elementos: primero, la capacidad de unión de la izquierda chilena en la Coalición por el No partiendo de la inscripción de hasta 17 partidos diferentes en el Registro Electoral. Segundo, la Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, redactada por Valenzuela, que sometía el plebiscito de 1988 a la

⁹²³ *Ibidem*.

⁹²⁴ AYLWIN, P., *El reencuentro de los demócratas. Del golpe al triunfo del No*, Ed. B Chile, Santiago de Chile, 1998, p. 264.

Ley General Electoral, dando así a la oposición al régimen las garantías que habían exigido a través del Comité de Elecciones Libres de Sergio Molina. Esto supuso el cumplimiento de unas garantías mínimas en el plebiscito de 1988, garantías exigidas y exigibles en cualquier contexto ya democratizado: publicidad, existencia de registro electoral, reconocimiento, legalización y regulación de los partidos políticos y de su régimen de concurrencia y evaluadores electorales extranjeros.⁹²⁵

El 17 de noviembre de 1988, Pinochet realizó un discurso en el que manifestaba que asumía la derrota electoral y que estaba dispuesto a escuchar las demandas de la oposición aglutinadas bajo el Acuerdo Nacional por la Democracia, lo que incluía una serie de reformas entorno a una reforma constitucional y la flexibilización de los mecanismos de reforma de la constitución vigente, la convocatoria de elecciones libres para todo el congreso, la garantía del pluralismo político, la modificación del sistema de seguridad nacional y la supresión de la inamovilidad de los altos cargos policiales y militares con vistas a que estos pudiesen ser renovados en personas de confianza. El régimen de Pinochet aceptó la reforma constitucional, y dentro de los partidos que conformaban la Alianza por el No se creó una Comisión Técnica de Renovación Nacional para determinar cuáles eran las propuestas de reforma constitucional que planteaban, sobre la base de que el éxito de las propuestas era indispensable para garantizar la viabilidad y culminación de la transición pactada; tal y como expone Boeninger,

“Si no se lograban las reformas indispensables, el Gobierno de Aylwin enfrentaba la oscura perspectiva de desangrarse en una difícil lucha por una Asamblea Constituyente, para lo cual, a falta de consenso político y mayoría parlamentaria, habría tenido que recurrir a la presión social, con el consiguiente clima de confrontación e inestabilidad.”⁹²⁶

Las reformas propuestas se articulaban sobre la garantía del pluralismo político y la libertad de expresión, pero manteniendo la posibilidad de penalizar conductas políticas y partidos que transgredieran los principios democráticos pactados; la garantía de las libertades públicas esenciales; el aumento de la representación de diputados y senadores; la supresión del régimen de designación personal de senadores; la modificación del Consejo de Seguridad Nacional quedando bajo control y mandato parlamentario; flexibilización de los mecanismos, tiempos y mayorías de reforma constitucional

⁹²⁵ BOENINGER, E., *La democracia en Chile. Lecciones para la gobernabilidad*, Ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997, p. 338.

⁹²⁶ *Ibidem*, p. 362.

estableciendo un sistema similar al de la Constitución Española en cuanto a mayorías y quórumos reforzados para determinados capítulos.

Las negociaciones fueron tensas y las concesiones del régimen escasas, debido a la fractura evidente en la izquierda chilena que, aunque había sido capaz de constituir una comisión técnica y acordar unos mínimos, estaba sufriendo las primeras escisiones y debido a la posición de equilibrio entre las fuerzas que el plebiscito había mostrado, toda vez que el resultado electoral, a pesar de dar la mayoría a la oposición al régimen, había mostrado un fuerte apoyo a Pinochet. No obstante, en el documento titulado Los Perfeccionamientos, el gobierno de Pinochet hacía una contrapropuesta de reformas que contemplaba la aceptación del pluralismo, los cambios entorno al Consejo de Seguridad Nacional y la modificación del procedimiento de reforma constitucional, aunque exigiendo el mantenimiento de las mayorías vigentes en los puntos clave de reforma.

Este fue un momento de crisis tanto en el proceso transicional total como en el ámbito de la izquierda chilena, pero las negociaciones y los acuerdos en ambos frentes se retomaron cediendo en la permanencia de los senadores vitalicios y designados y en el abandono de dos legislaturas consecutivas para la reforma de puntos esenciales de la constitución. Boeninger define este momento de la siguiente manera:

“La Concertación, consciente de lo que estaba ocurriendo, tuvo que adoptar una decisión política de enorme trascendencia: o rechazaba la propuesta gubernativa por insuficiente, manteniendo su negativa a reconocer la legitimidad del orden institucional (con las consecuencias antes señaladas) o se conformaba con una reforma sustancialmente más modesta, para evitar la prolongación del conflicto constitucional al período de gobierno que se iniciaría en marzo de 1990, aceptando las consiguientes limitaciones a la soberanía popular y al poder de la mayoría”⁹²⁷.

Se optó por llegar a un acuerdo, pero manteniendo el espíritu que Almeyda había reflejado en sus declaraciones de 19 de mayo de 1989, es decir, sosteniendo que este acuerdo no significaba la ausencia de modificaciones institucionales o constitucionales futuras una vez la democracia estuviese en funcionamiento operativo en Chile ya que el sentimiento que subyacía en toda la izquierda y oposición chilena con mayor o menor vigorosidad era que esas modificaciones “no podrán ser considerados como terminales

⁹²⁷ *Ibidem*, p. 364.

del proceso de cambios institucionales imprescindibles para poder reconstruir la democracia en nuestro país.”⁹²⁸

El 30 de junio de 1989 se aprobarían las reformas en un plebiscito con el apoyo del 85,7% de los votantes, un apoyo mayoritario de la población chilena que reflejaba la existencia de un objeto metaconstitucional y metapolítico, la transición a la democracia pactada, consensuada y pacífica a pesar de incluir la intangibilidad de la llamada ley de amnistía y la inviolabilidad política personal de Pinochet. La democracia se inició formalmente en marzo de 1990 con el Presidente Aylwin.

La primera legislatura de Aylwin fue compleja porque su mandato era el que iba a determinar la culminación de la transición política y el inicio de la democratización social o bien a alentar una regresión autoritaria. Walker, en una ponencia impartida el 31 de mayo de 1991, planteó que el contexto chileno de ese momento ya no consistía en un debate entre dictadura o democracia, sino en un debate entre democracia o populismo⁹²⁹, sobre la base de que el gobierno de Aylwin heredaba los problemas de inflación y deuda de la dictadura, una alta tasa de pobreza y un país dividido por una brecha de desigualdad abrupta por no referirse únicamente a una cuestión de poder adquisitivo. A pesar de que en los dos últimos años de la dictadura, Pinochet había incrementado el gasto social, esta partida presupuestaria nunca fue prioritaria durante la dictadura cívico-militar y, en cierta manera, Aylwin y sus gobierno se encontraron ante el desafío de optar por un modelo de recuperación económica u otro en un contexto de crisis a todos los niveles. En esencia, esto supuso optar por un modelo de atención social urgente o por un modelo de recuperación a largo plazo que priorizase la reinstauración de capacidades económicas y productivas antes que determinar un verdadero sistema de redistribución.

El 15 de abril de 1991, Vargas Llosa publicaba un artículo en *El País* sentenciando que

“Por primera vez en nuestra historia a los empresarios no les preocupa quién ganará la próxima elección, me dijo José Antonio Guzmán, presidente de la Confederación de Federaciones y Asociaciones Gremiales de Chile, porque, sea quien sea el ganador, sabemos que no vendrá a cambiarnos las reglas del juego.”⁹³⁰

⁹²⁸ Declaración de Clodomiro Almeyda publicada en *El Mercurio* el 19 de mayo de 1989.

⁹²⁹ Intervención de Ignacio Walker en la mesa redonda acerca del proceso político chileno y el pensamiento de Gramsci, realizada en el Centro de Extensión de la Universidad Católica el 31 de mayo de 1991.

⁹³⁰ VARGAS, M., “La excepción chilena”, publicado en *El País*, el 15 de abril de 1991.

El título era “La excepción chilena” y es que el centralismo y la moderación de las medidas emprendidas por Aylwin habían conseguido cambiar dos cuestiones: en primer lugar, una pauta común en las transiciones latinoamericanas, según la cual el gobierno entrante promovía medidas a corto plazo y actuaciones de urgencia, especialmente en el campo de la desigualdad social y económica, en vez de establecer un plan de medidas de recuperación a medio y largo plazo. En segundo lugar, la desconfianza que el sector empresarial chileno tenía hacia el nuevo gobierno democrático toda vez que la aplicación de las normas del libre mercado y de la doctrina de la Escuela de Chicago por la dictadura cívico-militar había resultado en ganancias empresariales. Esta desconfianza se transformó en un apoyo discreto al gobierno de Aylwin o, cuanto menos, en una tolerancia y seguridad frente a sus políticas económicas por parte de la industria chilena.

Otra cuestión que generaba una cierta problemática era la del sector militar, un ámbito institucional sumamente ideologizado en la dictadura y cuya regeneración democrática había sido en buena manera blindada por el propio Pinochet tal y como se exponía. Los intentos de entablar conversaciones entre el ejecutivo y el sector castrense fueron en su mayoría infructuosos, y las medidas de reforma, totalmente inexistentes ante el riesgo de que esto renovase el sentimiento de necesidad y legitimación que este cuerpo tenía hacia el golpe de estado de 1973.

El mayor esfuerzo transicional y de consolidación democrática de Aylwin durante un mandato caracterizado por dotar a las instituciones nacientes de una cierta normalidad en su funcionamiento y de un acoplamiento a las nuevas reglas del juego, fue la Comisión Especial Presidencial designada en mayo de 1990 presidida por el jurista Raul Rettig, y conformada por Jaime Castillo Velasco, presidente de la Comisión Chilena de Derechos Humanos; José Luis Cea Egaña, profesor de Derecho Constitucional; Mónica Jiménez de la Jara, directora de Participa; Ricardo Martín Díaz, ex ministro de la Corte Suprema; Laura Novoa Vázquez, abogada; Gonzalo Vial Correa, historiador; y José Zalaquett Daher, ex presidente internacional de Amnesty International. De estas personalidades sólo Jaime Castillo y José Zalaquett eran totalmente ajenos a la dictadura cívico-militar. El cometido de esta Comisión era la recopilación de datos relativos a violaciones de DDHH cometidas durante la dictadura cívico-militar de Pinochet.

Es relevante el matiz de la mera recopilación de datos, a pesar de la publicidad de los informes, porque esta atribución tan específica y limitada fue la que permitió el desarrollo de la actividad de la comisión. El Decreto Supremo número 355 enunciaba su labor de la siguiente manera: “contribuir al esclarecimiento global de la verdad sobre casos de desaparición forzada y ejecución.”⁹³¹ En 1991 la Comisión haría entrega del llamado Informe Rettig con un total de cinco volúmenes y, como muestra de continuidad con la política de determinación de la verdad, en 1992 se creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación para implementar las recomendaciones incluidas en el informe. La labor de reparación sería complementada con el Programa de Derechos Humanos instaurado por la Ley 19123 de 1997 y completado con indemnizaciones económicas y medidas de reparación simbólica.

Era complicado que la comisión hubiese podido ir más allá toda vez que la judicatura no había sido regenerada ni reeducada en justicia democrática y DDHH y, especialmente, por la presencia de la Ley de Amnistía o Decreto Ley número 2191 que amnistiaba a todos los participantes en actos delictivos en calidad de autores, cómplices o encubridores, que hubiesen sido cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, sin diferenciar entre delitos comunes, graves violaciones de DDHH o delitos con motivaciones políticas.

Durante la campaña de las elecciones celebradas en 1990, Aylwin había incluido en su programa la derogación de

“aquellas normas procesales, dictadas bajo el actual régimen, que ponen obstáculos a la investigación judicial o establecen privilegios arbitrarios que favorecen a determinados funcionarios estatales eventualmente implicados en violaciones a los derechos humanos.”⁹³²

No obstante, todos los mecanismos de verdad y reparación establecidos por Aylwin vieron limitadas sus actuaciones tanto por sus mandatos concretos como por la imposibilidad de proporcionar los nombres de los responsables o de asistir y asesorar jurídicamente a las víctimas. Expone Collins que el único esfuerzo de justicia penal

⁹³¹ Decreto Supremo número 355 de 1990.

⁹³² Programa electoral de Patricio Aylwin en la Campaña de la Concertación por el No de 1989.

transicional de Aylwin fue la remisión del Informe Rettig a los tribunales y la petición de una interpretación restringida de la Ley de Amnistía.⁹³³

Numerosos fallos de los años 90 recopilados por el Centro de Derechos Humanos⁹³⁴ no sólo no inaplicaban la Ley de Amnistía, sino que la consideraban de aplicación obligatoria y constitucional. De nuevo Collins sostiene que la posición de la judicatura chilena estaba estrechamente relacionada con su vinculación a la dictadura cívico-militar y con la ausencia de intención por asumir una responsabilidad propia en la ausencia de protección de DDHH básicos y vigentes inclusive en estados de excepción, como la integridad física de las personas detenidas.⁹³⁵

Un cambio de paradigma fue el conocido como *Precedente Garzón*, enunciado por Reed Brody en los términos de que

“el arresto de Pinochet inspiró a otros para traer a sus atormentadores ante la justicia, particularmente en América Latina, donde las víctimas desafiaron los acuerdos transicionales de los ochenta y noventa, que habían permitido a los perpetradores de atrocidades quedar impunes y, a menudo, permanecer en el poder.”⁹³⁶

El caso Pinochet, seguido ante la Audiencia Nacional española, constituyó un hito internacional en lo que a la aplicación del Principio de Justicia Universal respecta. Se inició en marzo de 1996 cuando la Unión Progresista de Fiscales interponía, con base en la acusación popular, una denuncia en la que se encausaban los actos cometidos en Argentina y Chile entre 1970 y 1990⁹³⁷; en concreto, y una vez emitido dictamen favorable por la Fiscalía de la Audiencia Nacional en el sumario chileno, el procedimiento se centró en lo enunciado en el hecho segundo de la denuncia

“instalados mediante la violencia en el poder de facto, los denunciados se propusieron conseguir, de manera sistemática, aunque subrepticia y clandestina, la desaparición de los partidos políticos, sindicatos, asociaciones profesionales y

⁹³³ COLLINS, C., “Human Rights Trials in Chile during and after ‘Pinochet Years’”, *The International Journal of Transitional Justice*, nº1, vol. 4, 2010, pp. 67-86, p. 73.

⁹³⁴ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, “Verdad y Justicia respecto de las violaciones del pasado” en V.V.A.A., *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2003, pp. 135- 206, p. 141.

⁹³⁵ COLLINS, C., “Chile a más de dos décadas de justicia de transición”, *Revista de Ciencia Política*, nº2, vol. 51, 2013, pp. 79-113, p. 90.

⁹³⁶ BRODY, R., “Autumn of the Patriarch”, publicado en la web de Human Rights Watch el 17 de diciembre de 2006.

⁹³⁷ Hecho primero de la denuncia presentada por la Unión Progresista de Fiscales de Chile el 1 de julio de 1996.

cualesquiera grupos o personas que hubiesen brindado su apoyo al régimen político derribado, procurando la eliminación física de sus integrantes, la detención, tortura, asesinato, encarcelamiento o exilio de miles de ciudadanos, fueran o no miembros de aquellas organizaciones, cuadros sindicales, trabajadores, intelectuales, profesionales, profesores o estudiantes, religiosos o laicos, niños o mujeres, a quienes fueron agregando a familiares, amigos, conocidos o vecinos, y a cualquier persona que ofreciera resistencia a su dictadura, o que discrepara de los fines y medios que mediante aquella habían impuesto.”⁹³⁸

La competencia de los tribunales españoles para conocer del supuesto venía determinada por varios aspectos: en el plano estrictamente procesal, la competencia española se sustentaba en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) que tipificaba el Principio de Justicia Universal desvinculando la competencia tanto del lugar de comisión del delito como de la nacionalidad del sujeto infractor, centrándose únicamente en los compromisos internacionales.⁹³⁹ En este punto, las opiniones del Fiscal Jefe del Estado, J. Cardenal, y del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, E. Fungairiño chocaban con las del Juzgado instructor, tanto en la competencia española por razón de la materia como en el régimen de inmunidad aplicable al exdictador, lo que motivó la intervención de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a través de un Auto unánime del Pleno de 5 de noviembre de 1998, en el que se confirmaba la competencia de los tribunales españoles sobre la base de una conjugación entre el artículo 6 del Convenio sobre el Genocidio y el 23.4 de la LOPJ. Respecto del primero se entendió que el hecho de

“que las Partes contratantes no hayan acordado la [persecución universal](#) del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de transcendencia en todo el mundo”⁹⁴⁰.

El espíritu del Convenio es el enjuiciamiento de actos que atañen por su gravedad a toda la comunidad internacional, y no el establecimiento de límites en su persecución; respecto del segundo, y especialmente, respecto del principio de irretroactividad alegado por la Fiscalía en el sentido de impedir la aplicación de una ley procesal no vigente en el momento de comisión de los hechos, se argumentó que

⁹³⁸ *Ibidem*, hecho segundo.

⁹³⁹ Ley Orgánica de España 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁹⁴⁰ Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España de 5 de noviembre de 1998.

“la norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales, por lo que su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el artículo 9, apartado tres, de la Constitución Española. La consecuencia jurídica restrictiva de derechos derivada de la comisión de un delito de genocidio -la pena- trae causa de la norma penal que castiga el genocidio, no de la norma procesal que atribuye jurisdicción a España para castigar el delito.”⁹⁴¹

Ante la llegada de Pinochet a Londres por cuestiones médicas en octubre del mismo año, el juez Garzón dictó autos de prisión provisional incondicional, ampliados después, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁴², a una orden de detención internacional en atención a la gravedad de los delitos imputados y al temor de huida a su país de origen. En ese momento, la opinión pública chilena era muy escéptica entorno al posible enjuiciamiento de Pinochet, ya que no existían precedentes jurisprudenciales ni tipificación en la legislación española de *juicios en ausencia*; no obstante, la detención en Londres del ex dictador cambió las probabilidades de éxito del proceso. De forma paralela al debate judicial interno en España, en el estado chileno aumentaba el número de querrelas presentadas en tribunales nacionales, dando un argumento favorable a la repatriación en vez de a la extradición a suelo español⁹⁴³; y simultáneamente, en Londres, se celebraba el juicio de apelación contra la detención, decretándose su arresto domiciliario bajo control policial⁹⁴⁴ y posteriormente, su extradición a España para ser juzgado, según la autorización del Ministro del Interior británico J. Straw, por los actos de tortura y conspiración para cometer tortura⁹⁴⁵ realizados y ordenados en sus últimos 17 años como dictador. Esta delimitación temporal hacía quedar fuera del proceso seguido en España los hechos expuestos en la querrela presentada en 1998 ante el titular del Juzgado Central de Instrucción número cinco, Baltasar Garzón, y los actos detallados en el denominado Informe Rettig, consistentes en la desaparición de chilenos en territorio argentino⁹⁴⁶ como consecuencia del operativo supranacional *stay-behind* conocido como Operación Cóndor y liderado por la Dirección de Inteligencia Nacional chilena, con el militar Manuel Contreras a la cabeza.⁹⁴⁷ El triunfo momentáneo de la orden de detención internacional española dictada frente a Pinochet,

⁹⁴¹ *Íbidem*.

⁹⁴² GÓMEZ, E., “El Derecho Penal Internacional ante el Caso Pinochet”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, vol. 8, 1998-1999, p. 277-306, p. 278.

⁹⁴³ BRETT, S., *El efecto Pinochet: a diez años de Londres 1998*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2008, p. 13.

⁹⁴⁴ GÓMEZ, E., “El Derecho..., *op. cit.*, p. 280.

⁹⁴⁵ *Íbidem*, p. 282.

⁹⁴⁶ BRETT, S., *El efecto..., op. cit.*

⁹⁴⁷ FERREIRA, M., “Operación Cóndor. Antecedentes, formación y acciones”, *Ab Initio*, n° 9, 2014, pp. 153-179, p. 158.

en contraposición a la falta de prosperidad de las dictadas por Bélgica, Francia o Alemania, radicó principalmente en su fundamentación sobre el principio de persecución universal, y no sobre el principio de personalidad pasiva, a pesar de la constancia de víctimas españolas durante el Régimen Militar.⁹⁴⁸ En enero del año 2000, Pinochet era sometido a una revisión médica y su estado de salud impedía la extradición por "estar incapacitado para ser sometido a juicio"⁹⁴⁹; finalmente, en diciembre de 2006 fallecía sin haber sido condenado a pesar de estar incriminado con más de 300 cargos.

En este contexto llegaba a Chile la denominada justicia post-transicional, en el sentido de que quedaba latente, citando a Garretón, que “el paso del tiempo no había borrado el recuerdo de los horrores”⁹⁵⁰ y, mientras el debate político se dividía entre un discurso extremista de lucha contra el *colonialismo español* y una posición moderada del gobierno, que pretendía la repatriación del ex dictador, pero a través de la llamada Mesa de Diálogo; el debate jurídico hacía hincapié en la imposibilidad de juzgar a Pinochet en los tribunales propios por motivos políticos y no legales, tal y como indicó Garretón en el informe realizado en 1999 para Human Rights Watch y entregado a los jueces de Reino Unido.⁹⁵¹ Sostiene Pereira que

“La suerte que corría Pinochet en Londres, por cierto, generaba en estos debates un escenario más complejo que también contribuyó a que los militares comprendieran, aunque no lo explicitaran, que el tratamiento de los casos de víctimas asesinadas, secuestradas y torturadas era insoslayable por la vía judicial. Es decir, que el derecho internacional no era una cuestión meramente declarativa en los salones, sino que se expresaba como una realidad concreta.”⁹⁵²

El camino hacia la judicialización con jueces específicamente dedicados a las violaciones de DDHH cometidas durante el periodo de la dictadura se inició con la Sentencia de la Corte Suprema Chilena 469/98, de 9 de septiembre, relativa al caso Pedro Enrique Poblete Córdova, donde se inaplica la Ley de Amnistía, se reconoce el carácter permanente del crimen de desaparición y se consideran aplicables las disposiciones de los Convenios de Ginebra debido a la declaración de estado de guerra y las obligaciones

⁹⁴⁸ AMBOS, K., “El caso Pinochet y el Derecho aplicable”, *Nuevo Foro Penal*, n° 62, 1999, pp. 158-185, p. 161.

⁹⁴⁹ EKAIZER, E., “Straw pone en libertad a Pinochet”, *El País* el 3 de marzo del 2000.

⁹⁵⁰ BRETT, S., *El efecto...*, *op. cit.*, p. 19.

⁹⁵¹ *Ibidem*, p. 22.

⁹⁵² PEREIRA, P., “Las sendas de la judicialización: una mirada al caso chileno”, en REÁTEGUI, F. (dir.), *Justicia transicional. Manual para América latina*, Ed. Félix Reátegui, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Nueva York, 2011, pp. 293-307, p. 299.

internacionales asumidas por Chile de adecuación de su ordenamiento interno a los estándares de DDHH, 8 años después de la ratificación de la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH y aplicando el principio del control de convencionalidad con todos sus efectos. Este camino iniciado tímida y aisladamente, terminó de construir sus márgenes con la detención de Pinochet en Londres.

En la opinión pública, sin embargo, cundía una sensación de incertidumbre y falta de confianza en el resarcimiento real de las víctimas. Pese a los recelos iniciales, es cierto que dicha Mesa de Diálogo constituyó el punto de partida, tanto del reconocimiento por parte de las Fuerzas Armadas de la comisión de violaciones de DDHH, cuyo culmen se alcanzó en 2004 con las declaraciones del Jefe del Ejército Juan Emilio Cheyre, como del reforzamiento de las actividades judiciales de investigación que se verían intensificadas con la Comisión Valech, dando pie, así, a la tramitación de causas penales por detención ilegal y tortura en Chile.⁹⁵³

En el año 2007, en la Sentencia de la Corte Suprema 3125/2004, de 13 de marzo se observa una aplicación directa de la normativa de DDHH y de la jurisprudencia de la Corte IDH al considerar la corte chilena que

“En esta perspectiva, la llamada ley de amnistía puede ser claramente incardinada como un acto de auto-exoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues se dictó con posterioridad a ellos, por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera, la impunidad de sus responsables. Conculcando así el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra. Que, por ende, el Decreto Ley n° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra, por lo que es inexecutable respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidos en nuestro país durante su vigencia.”⁹⁵⁴

No obstante, el número de condenas en relación al número de denuncias ha sido escaso.

⁹⁵³ BRETT, S., *El efecto...*, *op. cit.*, pp. 24-25.

⁹⁵⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Chile de 13 de marzo de 2007 relativa al caso Manuel Tomás Rojas Fuentes.

iii. Informe Rettig y otras medidas de verdad en Chile

El empleo de los mecanismos de verdad en Chile actúa como una medida de averiguación y cuantificación de las violaciones de DDHH cometidas durante la dictadura ante la opacidad y el blindaje institucional del régimen saliente. Al mismo tiempo, se articula como un mecanismo para la satisfacción parcial de aquellos sectores sociales descontentos con el procedimiento transicional y con las características de la transición pactada por ser apreciada como una manera de garantizar la impunidad del régimen y de blanquear sus acciones.

Tal y como sostiene el propio Aylwin en un informe aportado al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, la creación de la comisión aparece vinculada a un esfuerzo de justicia y, refiriéndose a uno de sus discursos, el propio Aylwin sostuvo que

“En este necesario ejercicio de justicia debemos evitar los riesgos de querer revivir otros tiempos, de reeditar las querellas del pasado y de engolfarnos indefinidamente en pesquisas, recriminaciones y cazas de brujas que nos desvíen de nuestros deberes con el porvenir. Considero mi deber evitar que el tiempo se nos vaya de entre las manos mirando el pasado. La salud espiritual de Chile nos exige encontrar fórmulas para cumplir en plazo razonable estas tareas de saneamiento moral, de modo que más temprano que tarde llegue el momento en que, reconciliados, todos miremos con confianza hacia el futuro y aunemos esfuerzos en la tarea que la patria nos demanda.”⁹⁵⁵

Se optó por la vía de una Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación que, sin depurar o establecer responsabilidades, construyese un relato de los hechos dotándose así, al menos, de una legitimidad en el discurso, a las víctimas del régimen cívico-militar.

Su labor de recopilación y organización de información quedó restringida a un concepto de graves violaciones de DDHH que solo abarcaba las detenciones, desapariciones, torturas o ejecuciones con resultado de muerte perpetradas por agentes estatales o los secuestros y atentados contra la vida cometidos por particulares siguiendo motivaciones políticas. El resultado de dicha Comisión debía ser un informe que contuviera: un informe de los hechos, un mecanismo de individualización de las víctimas, recomendaciones en materia de reparación y justicia y recomendaciones legales a efectos de no repetición. Este último elemento parecía no tener mucho sentido en un Chile que

⁹⁵⁵ AYLWIN, P., “La Comisión Chilena sobre la Verdad y Reconciliación”, *Revista Ius et Praxis*, nº1, vol. 13, 2007, pp. 425-434, p. 425.

ya se encontraba con una democracia formal operativa, pero pretendía crear el marco de legitimidad política y técnica para el desarrollo e implementación de un marco legislativo en Chile que abarcara una menor impunidad y un mayor nivel de cumplimiento y respeto de los DDHH a nivel institucional.

Se cifran en, aproximadamente, 3.400 los casos que llegaron mediante denuncias particulares a la comisión. Uno de los grandes impedimentos fue su capacidad para exigir colaboración de las instituciones y funcionarios y su incapacidad para citar de manera obligatoria a civiles clave en los hechos objeto de averiguación.

El informe de la Comisión dividió en tres etapas las violaciones de DDHH cometidas entre el periodo de 11 de septiembre de 1973 a 11 de marzo de 1990: la actuación de la DINA entre septiembre y diciembre de 1973, la actuación de la DINA desde enero de 1974 hasta agosto de 1977, y de septiembre de 1977 a marzo de 1990 la actuación de la CNI.

El propio Aylwin ofrece un resumen de las cifras resultantes del informe:

“de las 2.920 personas cuya muerte o desaparecimiento se sometió a su conocimiento, 2.115 fueron víctimas de violaciones de derechos humanos, 164 murieron a consecuencia de actos de violencia política y en 641 casos no logró formarse convicción. De las 2.115 personas que fueron víctimas de violaciones de derechos humanos, 1.068 fueron muertas -en ejecuciones, torturas, por decisión de Consejos de Guerra, alegando la llamada ley de fuga en represión a protestas-, 90 murieron por acciones de particulares actuando bajo pretextos políticos y 957 son detenidos desaparecidos.”⁹⁵⁶

El primer volumen del informe de la Comisión determina el esfuerzo de los miembros de la comisión por hacer visibles el cumplimiento de una serie de garantías:

En primer lugar, hay una delimitación conceptual interesante de varios conceptos:

Las características de las graves violaciones de DDHH imputables o vinculadas a un régimen dictatorial: la comisión aportó una serie de notas diferenciadoras de cualesquiera otros actos que, aun siendo violentos y reprochables no encajan en la categoría de grave violación de los DDHH. Concretamente, la comisión entendió que el argumento que validaba el alcance temporal definido el decreto respecto de los actos

⁹⁵⁶ *Ibidem*, p. 430.

sujetos a investigación y esclarecimiento era el hecho de que en ese periodo las violaciones de DDHH estaban revestidas de una gravedad, un alcance y una sistematización y ocultamiento que no caracterizaba a las etapas precedentes. Esta consideración se realizó con ocasión de las críticas recibidas por un sector poblacional que entendía que el clima de violencia política era anterior al golpe de estado. La propia comisión no negó en ningún momento la existencia de un clima tensionado en el Chile inmediatamente anterior al golpe de estado y centró sus esfuerzos en el plano de la sistematización y de la ausencia de justificación.

En cuanto a la sistematización, lo cierto es que se trata de un concepto recurrente en el discurso sobre DDHH, pero son pocas las aproximaciones conceptuales. La Corte IDH en el caso *Atenco contra México* sobre las mujeres víctimas de violencia sexual, entendió que para hablarse de violación sistemática de los DDHH deben concurrir las siguientes características: ausencia de azar en la comisión de los actos, ausencia de reconocimiento de dichos actos por las instituciones y existencia de patrones de actuación comunes.⁹⁵⁷

En el plano de la justificación, el discurso de la dictadura cívico-militar se basaba en la declaración del estado de guerra en Chile como medida de suspensión de derechos y libertades. El informe de la comisión parte del entendimiento del núcleo duro de DDHH propio del DIH para sostener la vigencia de los DDHH aún en estado de guerra.

La comisión también se pronunció sobre el campo de las responsabilidades, especialmente sosteniendo una diferenciación entre las responsabilidades penales o civiles que requieren un sujeto, ya sea persona física o jurídica, a la que atribuírsele, y las responsabilidades históricas o políticas. Toda vez que su ámbito de actuación quedaba restringido al esclarecimiento de los hechos y no a la determinación de culpas, ya se que establecía que, ante hechos delictivos, su labor debía consistir en la remisión a los tribunales de las conclusiones, fue relevante el empleo del concepto de responsabilidad histórica y política cuando existen patrones de conducta institucionalizados, autorizados por el Estado y ejecutados por el personal a su servicio. Esta responsabilidad queda definida por la comisión en los términos de ser atribuible “por prácticas que ordenó, o en

⁹⁵⁷ Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco contra México* de 28 de noviembre de 2018.

las cuales consintió, o respecto de las cuales no hizo todo lo debido por evitarlas o por prevenir su repetición.”⁹⁵⁸

Se trata, en esencia, de una responsabilidad de tipo moral elevada al rango institucional, cuyo reconocimiento en sede de verdad transicional y, especialmente, en el plano de la legitimidad y credibilidad de las instituciones democráticas cuando estas no han sido regeneradas en el proceso de transición subyace en tres elementos identificados por la propia comisión, a saber, el prestigio institucional a través del reconocimiento, el no olvido a través de la asunción y la no repetición a través del recuerdo.⁹⁵⁹

En lo concerniente al propio concepto de desaparición forzada, la comisión emplea el término de detenidos desaparecidos diferenciando dos situaciones: por un lado, aquellas situaciones en las que a la detención le sigue una ejecución encubierta a través de la negación de los hechos y en las que la desaparición es un ocultamiento. La intencionalidad de esta práctica es más jurídica que política ya que viene determinada por el hecho de que

“la desaparición en estos casos es más bien un modo de ocultar o encubrir los crímenes cometidos, antes que el resultado de acciones sujetas a una coordinación central que tuvieran por objeto eliminar a categorías predeterminadas de personas.”⁹⁶⁰

En el plano de las ejecuciones, la comisión identificó tres tipos de prácticas: las realizadas bajo una sentencia dictada por un Consejo de Guerra dotado de capacidad para la imposición de la pena de muerte; las realizadas con base en la conocida como Ley de Fuga, es decir, aquellas computadas a efectos de estadísticas oficiales como el resultado de medidas ante la fuga o desobediencia de presos; y aquellas que no cuentan con ningún tipo de registro. Dentro de estas últimas se enmarcan aquellas acciones de detención y desaparición o de estricta desaparición cuya intencionalidad era el exterminio sistemático y politizado de grupos de personas unidos por la acción, la ideología política o la manifestación pública de cualquier forma de ejercicio de la libertad de conciencia.

⁹⁵⁸ CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Volumen I, Tomo I, Ed. Andros Impresores, Santiago de Chile, 1996, p. 17.

⁹⁵⁹ *Ibidem*, p. 18.

⁹⁶⁰ *Ibidem*.

Un elemento de apoyo a la caracterización de estas violaciones de DDHH como sistemáticas por parte de la comisión lo constituyó la normalización de la violencia por parte de los agentes estatales cuyas manifestaciones fueron fundamentalmente dos: el uso indebido o desproporcionado de la fuerza y el abuso de poder. La comisión entendió que la ausencia de condena o denuncia pública de este tipo de actuaciones durante la dictadura cívico-militar obedecía a las propias características del régimen, específicamente al elemento de ausencia de rendición de cuentas o transparencia, siendo esta una manifestación evidente de una de las características propias de los regímenes autoritarios, concretamente, la existencia de un grupo dominante dotado de atribuciones que exceden al mero gobierno o a la mera gobernanza situando sus actuaciones fuera del ámbito de control por su proximidad ideológica y funcional al régimen.

No obstante, la caracterización de víctima, incluso en el plano de las torturas y a pesar de la ratificación por Chile de la Convención contra la Tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, vino determinada por la existencia de lo que en términos penales sería un resultado de muerte. Esta caracterización de la víctima limitó el reconocimiento de las víctimas de tortura, toda vez que no era fácilmente determinable desde el punto de vista médico y de la teoría de la causalidad penal que la tortura hubiese supuesto la causa directa de la muerte; no obstante, en el plano de las desapariciones, especialmente de aquellas desapariciones cuyas víctimas no fueron encontradas, la comisión manifestó la convicción de que todas ellas habían fallecido como consecuencia de los actos estatales.⁹⁶¹

En materia de recomendaciones, el informe distingue dos tipos de recomendación, las relativas a las reparaciones a las víctimas y las relativas a las garantías de no repetición.

El concepto de reparación defendido por la comisión se basaba en que esta comprende “un conjunto de actos que expresan el reconocimiento y la responsabilidad que le caben al Estado en los hechos y circunstancias que son materia de este Informe.”⁹⁶²

La propia comisión se caracteriza como mecanismo primario de reparación simbólica a las víctimas, y lo cierto es que concedió un espacio de confianza donde relatar las vivencias y al que dirigir opiniones. Gran parte de las recomendaciones incluidas en

⁹⁶¹ *Ibidem*, p. 26.

⁹⁶² CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Volumen I, Tomo II, Ed. Andros Impresores, Santiago de Chile, 1996, p. 1253.

el Informe Rettig son el resultado del procedimiento de consulta y colaboración con entidades de protección de los DDHH en Chile y en el extranjero. Resaltan Lira y Loveman que, concretamente, el informe presentado por la entidad llamada Vicaría de la Solidaridad

“Resumió muchas de las ideas que existían en la mayoría de los organismos de derechos humanos acerca de lo que debería surgir de la Comisión Rettig. (...) El primer y mayor gesto de reparación es el reconocimiento por parte del Estado de la real existencia de las violaciones de los derechos humanos y de su responsabilidad en ellas.”⁹⁶³

En ese sentido, la comisión, aunque no clasifica las medidas, sugiere la implementación de distintos mecanismos de reparación con diferentes funcionalidades:

En lo concerniente a la reparación de la dignidad de las víctimas, es decir, al reconocimiento de su existencia y su memorialización, Chile implementó dos mecanismos, a saber, una política pública de construcción de memoriales insertada dentro del Ministerio del Interior mediante el decreto número 1005 de 1997, y un sistema de financiación de los mismos a través de la cooperación público-privada mediante el artículo 8 de la ley 19980 de 2004 según el cual:

“en el presupuesto del Ministerio del Interior se consultarán los recursos que éste deberá destinar al financiamiento de convenios que celebre con organismos, entidades y personas jurídicas, todas sin fines de lucro, para la creación y mantención de memoriales y sitios históricos recordatorios de las víctimas.”⁹⁶⁴

En lo que respecta a la condenación pública de las violaciones de DDHH y, particularmente a la dignificación de la actividad de resistencia de conciencia y pensamiento desarrollada por las víctimas y sus familiares, la comisión recomendaba que

“el Estado, representado por S.E., el Presidente de la República, o por el Congreso, o por una ley, restablezca solemne y expresamente la dignidad de las víctimas; en cuanto ellas hayan sido acusadas de delitos que nunca les fueron probados y de los cuales nunca tuvieron oportunidad ni medios adecuados para defenderse.”⁹⁶⁵

⁹⁶³ LIRA, E. y LOVEMAN, B., *Políticas de reparación Chile 1990-2004*, Ed. LOM, Santiago de Chile, 2005, p. 129.

⁹⁶⁴ Artículo 8 de la Ley de Chile número 19980 de 2004.

⁹⁶⁵ CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN, *Informe...* Tomo II, *op. cit.*, p. 1256.

A efectos de política social y de reparación legal y económica, la comisión, en línea con las demandas de las asociaciones de víctimas, recomendaba el establecimiento de cauces legales específicos para las declaraciones de muerte de los desaparecidos, toda vez que sin dicha declaración se genera una situación de inseguridad jurídica en el ámbito del estado civil y del derecho sucesorio y de familia. En este ámbito, la primera propuesta legislativa del Senado consistía en una declaración de muerte presunta, pero, tal y como sostiene Camacho, esta medida no era suficiente para el entramado asociativo de protección a las víctimas porque no determinaba la causa de la muerte como la desaparición y servía como limitación a las medidas de búsqueda de los restos.⁹⁶⁶ En el año 2009 se aprobó la Ley 20377 reconociendo la figura jurídica de la declaración de ausencia en un estilo similar al contemplado en el ordenamiento jurídico español.

Como se exponía en el marco general sobre la justicia transicional y las reparaciones, el contenido de las reparaciones es conflictivo, no solo por el mero hecho objetivo y práctico de que la cuantificación de daños morales es dificultosa por su variabilidad subjetiva, sino también porque, específicamente en relación a las violaciones de DDHH objeto del ámbito de acción de la comisión, el derecho humano presente en todas ellas es el derecho humano a la vida y es en este derecho donde la intangibilidad, indisponibilidad e inalienabilidad característica de los DDHH alcanza su máximo significado. La comisión sugiere medidas insertables en el ámbito de la política social, tendiendo a eliminar el componente indemnizatorio de la reparación económica, a favor del componente prestacional y de reducción de las desigualdades enunciándolo de la siguiente manera:

“una pensión única de reparación para los familiares directos de las víctimas y caídos, con la sola condición de que la persona causante figure en el listado de este Informe; esto es, sin que necesariamente sus familiares se acojan al procedimiento de declaración de muerte presunta, aquellos casos de personas detenidas desaparecidas.”⁹⁶⁷

⁹⁶⁶ CAMACHO, F., “Memorias enfrentadas: las reacciones a los informes Nunca Más de Argentina y Chile”, *Persona y Sociedad*, n°2, vol. 22, 2008, pp. 67-99, p. 73.

⁹⁶⁷ CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN, *Informe... Tomo II, op. cit.*, p. 1259.

La ley 19123 de 1992, daría una respuesta parcial a esta recomendación estableciendo como beneficiarios

“el cónyuge sobreviviente, la madre del causante o el padre de éste cuando aquella faltare, renunciare o falleciere, la madre de los hijos de filiación no matrimonial del causante o el padre de éstos cuando aquella fuere la causante y los hijos menores de 25 años de edad, o discapacitados de cualquier edad.”⁹⁶⁸

Lo cierto es que la ausencia de individualización concreta de los hechos en el informe Rettig dificultó el reconocimiento de situaciones especiales en cuanto a la determinación del montante de la pensión. Fue entendido más como una medida electoralista que como una verdadera medida de reparación tanto por la excesiva restricción del concepto de víctima en los beneficiarios de la pensión como por la ausencia de valoración de las circunstancias, no tanto de la violación en sí misma considerada de los DDHH, sino del impacto de la pérdida de esa persona en el entorno familiar y en las potencialidades de desarrollo futuro y formas de vida.

Como complemento a esta pensión y también, como mecanismo para suplir sus carencias se articularon dos sistemas asistenciales: uno pensado para las víctimas directas y supervivientes, y otro enfocado en los hijos e hijas de las víctimas.

Uno de los mayores reproches a las medidas de reparación desde el enfoque de la justicia transicional es la fuerte generalidad de las mismas, consideración que, por un lado, se alineaba con la inexistencia de atribuciones específicas de culpa en el sentido penalista del término y también con la existencia de patrones de discriminación antidemocráticos vinculados a la heterogeneidad étnica de las comunidades sociales latinas y a las cuestiones de género.⁹⁶⁹

En el plano de las medidas de no repetición, el concepto viene asociado a la noción de reconciliación nacional y al establecimiento de una cultura nacional de DDHH, lo que viene a sugerir que las bases de la no repetición se asientan en dos pilares: la democracia como regeneración institucional, política y social, y la educación como herramienta de conocimiento y concienciación.

⁹⁶⁸ Artículo 20 de la Ley de Chile número 19123 de 1992.

⁹⁶⁹ LIRA, E. y LOVEMAN, B., “Derechos Humanos en la transición “modelo”: Chile 1988-1999”, Documento preparado para la reunión *Chile 1990 1999: The model country for democracy and development?* University of California, San Diego, California, 10-12 de diciembre 1998, p. 19.

Las recomendaciones convergen, por un lado, con la ratificación de los instrumentos internacionales universales y regionales en materia de protección de los DDHH y, por otro lado, con las medidas propias del Estado de Derecho, articulándose los marcos de actuación esencialmente en el ordenamiento jurídico y abarcando desde la eficacia directa de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico chileno hasta la integración de sus disposiciones en la legislación ordinaria procesal, administrativa y constitucional. Tal y como sostiene el Centro de Estudios de Justicia de las Américas en un informe del año 2003,

“En prácticamente todos los países de América Latina los procesos de recuperación democrática experimentados a partir de la década de 1980 vinieron acompañados de reformas a sus sistemas de justicia con una profundidad bastante insólita para un sector caracterizado por su inmutabilidad. Quizás el proceso más consistente de todos ellos haya sido el de las transformaciones a la justicia criminal. Precisamente la vinculación entre redemocratización y reformas judiciales, como respuesta a una demanda por sistemas de justicia que efectivamente sirvieran para proteger los derechos humanos, partiendo por el derecho fundamental al debido proceso, es lo que explica una atención preferente por el área penal dentro de esas transformaciones.”⁹⁷⁰

Zalaquett sostiene, en relación al proceso chileno y argentino que

“aún si, en teoría, cualquiera de los nuevos gobiernos hubiera tenido el poder necesario para perseguir ese objetivo, la magnitud misma del problema habría imposibilitado cualquier esfuerzo por llevar a juicio, con garantía del debido proceso. (...) Llegó a ser evidente que aunque los juicios podían arrojar la luz sobre detalles relacionados con crímenes específicos y el paradero de algunas víctimas, la modalidad de hacer justicia caso a caso no era la más adecuada para dilucidar todo lo relacionado con la maquinaria represiva, sus métodos, la magnitud del daño causado y el colapso moral de la nación.”⁹⁷¹

El alcance de las acciones de la comisión de la verdad permitió obtener una serie de conclusiones útiles para el análisis histórico, social y político del periodo dictatorial mucho más amplios que los de una justicia caso a caso y, especialmente en un contexto judicial que había mostrado poca disposición al enjuiciamiento de los actos y métodos empleados durante la dictadura cívico-militar, las perspectivas de procesos individuales

⁹⁷⁰ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA), *Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyectos de Seguimiento*, Ed. CEJA, Santiago de Chile, 2003, p. 7.

⁹⁷¹ ZALAQUETT, J., “Proceso de transición a la democracia y política de derechos humanos en América latina” en V.V.A.A., *Presente y futuro de los derechos humanos*, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Montevideo, 1998, pp. 106-132, p. 118.

eran escasas. En Chile, además, confluye la existencia de un fuerte apoyo al régimen saliente, que permanece presente en las instituciones chilenas actualmente y que sigue generando una fuerte fractura social y limitando los alcances de las recomendaciones de la comisión. No puede cuestionarse la existencia de mecanismos de verdad y reparación en el contexto chileno, pero sí es cierto que cabe cuestionar la verdadera eficacia de los mismos y su impacto y, yendo un poco más allá, cabe plantearse si los avances en los enjuiciamientos y los avances democráticos, así como la existencia de una mayor conciencia democrática son verdaderamente el resultado de estas medidas o si son fruto de una renovación generacional y del paradigma de la globalización. La ausencia de una reconciliación efectiva en Chile, a pesar de los esfuerzos, ha supuesto una brecha étnica y una brecha generacional y lo que pervive en la memoria colectiva es una situación asimétrica no superada, más que un pasado con el que poder convivir.

c. Sudáfrica

i. El apartheid. Algo más que una política de discriminación

González Marrero define el proceso transicional sudafricano de la siguiente manera:

“La transición a la democracia en Sudáfrica vino acompañada de una enorme carga emotiva y de un interesante desafío de aplicación empírica de la Ciencia Política. Emotiva, por las características del régimen autoritario precedente, basado en la segregación racial y la exclusión política de la mayoría de la población. Emotiva, asimismo, por la personalidad carismática y el enorme ejemplo cívico de quien simbolizó el cambio. Nelson Mandela —27 años en prisión— entendió que el futuro del país no podía pasar por ningún tipo de revancha ni nuevas formas de exclusión de los antaño excluyentes y que era necesario diseñar un sistema institucional que permitiera la convivencia armoniosa de los diferentes grupos étnicos del país.”⁹⁷²

Aunque como primera aproximación pueda parecer inclusiva de connotaciones emotivas, lo cierto es que viene a resumir los principios que, desde un punto de vista político, constituyeron las directrices del proceso transicional sudafricano. Frente a otras casuísticas transicionales basadas en regímenes autoritarios o regímenes comunistas donde la posición dominante del régimen está sostenida sobre parámetros ideológicos y/o religiosos, los casos africanos, ya sea el ruandés o el sudafricano, están marcados por un

⁹⁷² GONZÁLEZ, S., “La democracia en Sudáfrica”, *Revista Española de Ciencia Política*, nº28, marzo 2012, pp. 55-84, p. 55.

alto componente de etnicidad en cualquiera de sus manifestaciones y en patrones de discriminación cuyos fundamentos exceden al pensamiento y la conciencia para ir hacia lo externo o físico y lo cultural, poniendo el foco en la asociación entre una culturalidad y una determinada apariencia externa o, en otras palabras, entre la raza, la etnia o los orígenes y la convivencia pacífica. El patrón discriminatorio de este tipo de regímenes, aunque sea similar en las formas, no lo es en cuanto a los fundamentos y apela a contenidos e identidades culturales mucho más primarias que la meramente ideológica, aunque lo objetiva. Como se exponía, una de las ideas que sustentan los regímenes autoritarios de manera generalizada es la de la homogeneidad y, especialmente, la visión del opuesto no solo como contrario u oponente, sino como símbolo de amenaza o riesgo culturizando ese instinto de miedo o rechazo hacia lo diferente o desconocido y, en el caso sudafricano, haciendo uso de la lógica de dominación colonial basada en una suerte de supremacía del hombre blanco sobre el hombre negro.

Paloma Medina, una experta en neurociencia realizó una ponencia, concretamente, una TedTalk en Portland sobre diversidad en el año 2019 donde invitaba a la reflexión en torno al concepto mismo, proponiendo descartarlo a favor del de equidad. La idea es novedosa y polémica a primera vista, pero el hilo argumental está bien definido y las conclusiones son interesantes a efectos de comprender el fenómeno del *apartheid* y los mecanismos transicionales a emplear, porque mientras que la diversidad se basa en la diferencia y en el reconocimiento de su existencia, la equidad alude a un concepto primario de justicia y es tan simple de definir como ser tratado justamente. Desde el punto de vista neurocientífico, ella expone que lo diferente genera la activación de instintos primitivos por una suerte de miedo hacia lo desconocido y, por el contrario, las injusticias, el sufrimiento de otro ser humano, es perceptible de forma prácticamente instintiva y genera una capacidad de reacción y una empatía en nuestro cerebro, es más, incide en que las injusticias son percibidas desde niños y ya en la infancia nos generan ese sentimiento o esa reacción empática. Sobre esta idea fundamenta el dejar de lado el concepto de diversidad y trabajar por la equidad; no hay que hacer una interpretación extrema de sus postulados, en el sentido de entender que la diversidad es descartable como concepto social, pero sí es positiva la contribución que realiza desde el punto de vista de que la diversidad sin equidad es un concepto vacío de contenido.

El resultado social de una época de diferenciación racial y de privilegios en atención a la raza es una sociedad tremendamente fragmentada, donde a la inexistencia

de cauces de participación se añade la ausencia de reconocimiento de legitimidad institucional y opositora que deriva, siguiendo los postulados de Morlino, en un punto de no retorno caracterizado por un incremento de la violencia política ante las medidas de concesión tomadas por el régimen para el mantenimiento de los estatus y dinámicas de poder.⁹⁷³

Beinart y Dubow definen el *apartheid* como “eliminar las lagunas, forjar en hierro las informalidades, eliminar las evasiones, modernizando y racionalizando las estructuras de entre-guerras de control segregado del empleo.”⁹⁷⁴

Esta propuesta para definir al régimen sudafricano que operaría desde 1948 hasta 1994 es interesante porque sitúa el análisis en el empleo de estrategias de discriminación, segregación y polarización culturales y étnicas para garantizar el monopolio de las estructuras económicas del país. Es importante tener en cuenta que el régimen del *apartheid* tiene lugar en una coyuntura mundial caracterizada por una polarización en dos modelos de producción que, al mismo tiempo, constituían dos modelos ideológicos y políticos diferenciados. Tazón Serrano en su tesis titulada *Apartheid y estado. Desigualdad ante la ley y fragmentación de la población y el territorio* propone una de las explicaciones clave en la contextualización del *apartheid* como régimen político legitimado, a saber, su presentación como

“un sistema de federalismo étnico, justificándolo en términos de autodeterminación, pretendía que la lealtad étnica de los homelands reemplazara y desactivara las aspiraciones políticas de auto-gobierno africano de la comunidad negra en Sudáfrica y ofrecer a la comunidad internacional un sistema basado en unos principios reconocidos por esta.”⁹⁷⁵

Uno de los principios esenciales sobre el que se asentaba el régimen del *apartheid* era el de la positivización. Evidentemente, los regímenes autoritarios comparten el control de la producción jurídica por los actores institucionales y la sanción de conductas de pensamiento e ideológicas contrarias a las promovidas desde el régimen, pero se articulan más entorno a un convencimiento ideológico poblacional, a una legitimidad, al menos en

⁹⁷³ MORLINO, L., *Cómo cambian los regímenes políticos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1988.

⁹⁷⁴ BEINART, W. y DUBOW, S. (eds.), *Segregation and apartheid in Twentieth Century South Africa*, Ed. Routledge, London, 1995, p. 61.

⁹⁷⁵ TAZÓN, S., *Apartheid y Estado. Desigualdad ante la ley y fragmentación de la población y el territorio*, tesis doctoral dirigida por Carlos Ruiz-Miguel y Francisco Palacios, Universidad de Zaragoza, 2008, p. 43.

sus inicios, que no procede de la aplicación de la ley sino de una coacción ideológica. El caso sudafricano es diferente en este sentido porque se instituye a través de una serie de normas de derecho positivo que se aplicaron de manera tajante durante la totalidad del régimen. El programa electoral del Partido Nacional en 1948, que representaba los intereses de los afrikáners, incluía ya medidas propias del *apartheid* institucionalizado después de su victoria tales como

“El partido cree que una política definida de separación entre las razas blanca y no blanca, y la aplicación también de una política de separación entre los no blancos, es la única base sobre la cual el carácter y el futuro de cada raza puede ser protegido y salvaguardado, y sobre la cual, cada raza puede ser guiada para desarrollar su propio carácter, aptitud y vocación nacionales.(...) La política del país deberá ser establecida a largo plazo, de forma que eventualmente se pueda llegar a promover el ideal de completa separación a nivel nacional.”⁹⁷⁶

La presentación de la política de segregación racial que vendría a definir durante más de tres décadas la vida y la política nacional sudafricanas en su integridad se presentaba como el modelo idóneo de preservación y autonomía cultural de cada grupo.

La política de colonización desarrollada por los Países Bajos en la región de Sudáfrica contribuyó a desarrollar un entorno especialmente multiétnico, ya que, aunque bajo el liderazgo de Van Riebeeck no se impuso un sistema esclavista local ni un poblamiento europeo, los esclavos eran enviados desde otros puntos de dominio holandés a la región y en los años siguientes, población francesa y alemana emigraría a la región. Las necesidades de productividad y aumento del rendimiento de las tierras fueron empujando a la población europea en Sudáfrica hacia las zonas de interior; no obstante, los problemas económicos de la Compañía Neerlandesa de las Indias Orientales, unidos a la revolución francesa y a la ausencia de protección posible a los colonos en la totalidad del territorio, especialmente en las zonas no fronterizas, conllevaría la aceptación del dominio británico por los bóeres, holandeses afincados en Sudáfrica. La convivencia entre los colonos, tanto los recién llegados como los afincados, y las tribus locales nunca fue sencilla. Un ejemplo que sería empleado en el seno de la memoria colectiva y como argumento a favor de la segregación lo constituyó la Batalla del Río Sangriento, donde los bóeres derrotaron a los zulúes con un fuerte derramamiento de sangre, tras el incumplimiento del trato de cesión de tierras por la población zulú a los bóeres. Mientras que el planteamiento colonial holandés no estaba basado en la exterminación, tal y como

⁹⁷⁶ Programa del Partido Nacional de Sudáfrica 29 de marzo de 1948.

expuso Smuts en su discurso el Día del Juramento de 1949, el Congreso de Berlín inició una época de conflictos entre la administración británica y la población local primero, y entre la administración británica y las repúblicas bóeres después por el control de los recursos en las conocidas como dos guerras bóer del siglo XIX. En la segunda de ellas, la administración británica se impuso al menos desde el punto de vista del ejercicio de un control económico y de racionalización de los recursos y la mano de obra esclava. No obstante, ya había germinado un sentimiento africanista entre los antiguos colonos holandeses, que consideraban a la región su hogar.

Un elemento especialmente relevante entre ambos planteamientos, el holandés y el británico, es el monopolio del poder de una u otra manera y en mayor o menor intensidad, por el hombre blanco y el entendimiento de los nativos como mano de obra esclava. Hay dos cuestiones dentro de este análisis que resultan particularmente llamativas: la primera de ellas es el empleo del término sentimiento africanista, que tiene relación con la proclama que se atribuye a los colonos holandeses cuando se les propuso retornar a su país de origen y es que ellos mismos afirmaban sentirse africanos. La segunda de ellas es el empleo de los fundamentos del nacionalismo sin raíces de carácter territorial; el propio nacionalismo de los afrikáner se construye por oposición a otro: primero por oposición a los holandeses residentes en Europa, después por oposición a la población local y finalmente, por oposición al colonialista británico. Su identidad, ya desde el origen, está basada en una visión de contrario y en la oposición.

La estrategia del Partido Nacionalista en las elecciones sudafricanas de 1948 apelaba a estos precedentes históricos y frente a postulados de corte moderado en favor de una integración parcial y pausada como las propuestas del Partido Unido, explotaron la posibilidad de que la integración se convirtiese en la conquista de aspiraciones políticas por parte de la población negra para generar un clima de miedo entre la población blanca. A estos postulados, y al empleo sentimentalista del pasado histórico, se unía la existencia de leyes con plena aplicación y eficacia en el país que sostenían un régimen público segregacionista:

Por un lado, la Native Act Lands de 1913 prohibía bajo pena de multa la venta a población negra de tierras propiedad de población blanca. Teniendo en cuenta la fuerte dependencia del sector primario, esta legislación venía a fomentar un sistema de explotación laboral y de monopolio de la propiedad y de los medios de producción y subsistencia. De una manera más poética, el escritor Sol Plaatje escribió

“Al despertar el viernes por la mañana, 20 de junio de 1913, el nativo sudafricano se encontró a sí mismo, no realmente como un esclavo, pero sí como un paria en la tierra que le vio nacer (...). Rusia es uno de los países más abusivos del mundo, pero es extremadamente dudoso que el libro de leyes de ese Imperio contenga una ley prohibiendo al siervo comprar la tierra donde hubiese nacido o construir una casa donde terminar sus días.”⁹⁷⁷

A este respecto hay dos conclusiones especialmente relevantes: la construcción política y politizada del enfoque nacionalista que más que en una identidad histórica común se construye sobre una apelación sentimental común a hechos históricos que permiten diferenciar a un grupo de otro y caracterizarlo de contrario; y, por otro lado, la ausencia de identificación de un nacionalismo nativo en Sudáfrica, que viene a ser el reflejo del trabajo de dominación colonial realizado desde el siglo XVII hasta la casi anulación de la identidad política nativa y de su sentimiento de pertenencia a un territorio. Consideraciones que resultan aún más paradójicas si se plantea la inferioridad numérica y de recursos de los llamados afrikáner frente a las poblaciones autóctonas y la imposibilidad de haber perseverado como comunidad sin las guerras de fronteras libradas, aunque no siempre vencidas, por los británicos. No debe olvidarse tampoco la idea jurídica misma que subyace sobre el concepto civil de propiedad, el derecho real de mayores facultades y cuya imposibilidad de tenencia anula la capacidad de decisión sobre la cosa generando una dependencia y una jerarquía.

En segundo lugar, la Native Urban Areas Act de 1923 que venía a dividir de manera étnica y en atención al color de la piel, las zonas residenciales blancas ubicadas en las ciudades y las zonas residenciales negras alejadas de los núcleos urbanos, generando no solo un fenómeno de apartamiento social propio de los guetos, sino un fenómeno de exclusión total de la manera de vida contemporánea. El tránsito estaba regulado a través de permisos y controles de trabajo aunque se fue moldeando según crecía la necesidad de mano de obra industrial.

De esta trayectoria se definen las características esenciales del régimen del apartheid sobre los siguientes fundamentos ideológicos:

La primera idea relevante es que no se trata de un mero sistema de dominación racial o de una fundamentación racista de la política y las relaciones sociales. Se trata de

⁹⁷⁷ PLAATJE, S., *Native life in South Africa. Before and since the European War and the Boer Rebellion*, Ed. Project Gutenberg (edición electrónica), Illinois, 1998, p. 48.

un sistema que, bajo una apariencia formalmente democrática, pretende justificar el racismo institucionalizado como parte del sistema económico. Desde el planteamiento que aquí se ofrece de la democracia, no resulta compatible la idea de democracia con un sistema de discriminación institucionalizado; no obstante, un entendimiento de la democracia basado únicamente en componentes formales sí permite comprender esta asociación. Se da, por tanto, el fenómeno antes expresado de que la terminología democrática puede tergiversarse hasta extraerle su contenido esencial dejándola únicamente en un mero continente. Vickery expone que la dominación colonial europea en África vino acompañada de la transmisión de las ideas propias de la Ilustración y de la Revolución Francesa. Esta transferencia de influencias supuso la transmisión de unos conceptos de igualdad y semidemocracia sujetos a las dinámicas entre poder y Derecho propias del momento histórico y, al mismo tiempo, el establecimiento de un patrón de reconocimiento de derechos basado en la discriminación y no en la universalidad.⁹⁷⁸ Esta conceptualización de la democracia y la igualdad unida a la pauta colonial de supremacía y misión humanizadora del hombre blanco son las que justifican la apariencia democrática del régimen del apartheid, es decir, la combinación entre la discriminación institucionalizada y un sistema representativo donde hay un reconocimiento de derechos y libertades según el estatus social determinado por la raza.

La segunda idea relevante es el propio concepto de supremacía racial. Van den Berghe⁹⁷⁹ sostuvo que el régimen del apartheid encajaba en el concepto alemán de *herrenvolk* que puede traducirse como nación o pueblo de señores definiéndolo como un *herrenvolk* democrático, es decir, como una democracia construida sobre las ideas de supremacía y jerarquía racial en las que el hombre blanco ocupa un lugar hegemónico y las poblaciones aborígenes el último escalón. En líneas generales, el concepto de *herrenvolk* democracia puede resumirse como un régimen parlamentario donde el ejercicio del poder y del voto se encuentran limitados siempre de hecho, y normalmente también de *iure*, al grupo dominante. Vickery sintetiza el régimen de la siguiente manera:

“democrático para la raza superior pero tiránico para el subordinado grupos. El igualitarismo de Herrenvolk puede verse como la extensión de la igualdad en esferas políticas, económicas o de otro tipo a aquellos dentro del grupo dominante pero no a los que no tienen.”⁹⁸⁰

⁹⁷⁸ VICKERY, K. P., *Black and White in southern Zambia: The Tonga Plateau Economy and British Imperialism*, Ed. Greenwood Press, Westport, 1986, p. 309.

⁹⁷⁹ VAN DER BERGHE, P. L., *Race and racism*, Ed. John Wiley & Sons, Inc., New Jersey, 1967.

⁹⁸⁰ VICKERY, K. P., “Herrenvolk democracy and egalitarianism in South Africa and the U.S. South”, *Comparative Studies in Society and History*, nº16, 1974, pp.310-328, p. 310.

Es cierto que esta aproximación ha sido más empleada para abordar la discriminación racial en Estados Unidos y el componente racial en la democracia estadounidense que para el caso sudafricano, especialmente por las diferencias entre las posiciones económicas de las distintas razas en uno y otro contexto; no obstante, el significado del concepto *herrenvolk* hace que la expresión *herrenvolk* democrático pueda ser la más acertada a la hora de comprender la configuración política del régimen del apartheid sudafricano.

Otro posible enfoque es el de la etnopolítica, que viene a construirse a través de dos premisas teóricas: la primera de ellas es la racionalidad característica del llamado discurso ilustrado a la hora de construir conceptos filosóficos y su escasa practicidad en la comprensión de los fenómenos de convención y convencionalización sociales. La segunda de ellas es lo que Benedict Anderson expuso entorno a la idea de los nacionalismos, a saber:

“Los teóricos del nacionalismo se han sentido a menudo desconcertados, por no decir irritados, ante estas tres paradojas: 1) La modernidad objetiva de las naciones a la vista del historiador, frente a su antigüedad subjetiva a la vista de los nacionalistas. 2) La universalidad formal de la nacionalidad como un concepto sociocultural- en el mundo moderno todos tienen y deben tener una nacionalidad, así como tienen un sexo- frente a la particularidad irremediable de sus manifestaciones concretas (...). 3) El poder político de los nacionalismos frente a su pobreza e incoherencia filosófica (...). Me parece que se facilitarían las cosas si tratáramos el nacionalismo en la misma categoría que el parentesco o la religión, no en la del liberalismo o el fascismo.”⁹⁸¹

Esto supone que la aproximación de la etnopolítica al régimen del apartheid puede pivotar en dos sentidos, la idea racionalizada e ilustrada de igualdad, y la etnia o, en este caso más particularmente, la raza, como proceso de convencionalización social.⁹⁸² Conforme a este entendimiento, el régimen del apartheid sería el resultado de la racionalización de un *ethnos* y su jerarquización.

Ambas propuestas de aproximación presentan sus inconvenientes, ya que el concepto de etnopolítica no otorga la caracterización de democrático o aparentemente

⁹⁸¹ ANDERSON, B., *Comunidades imaginadas*, Ed. Fondo de Cultura Económica de México, Londres, 1997, pp. 22-23.

⁹⁸² DÍAZ DE RADA, A., *Discursos del ethnos. Una etnografía incompleta sobre procesos étnicos y etnopolíticos en el Ártico Europeo*, Ed. UNED, Madrid, 2019, p. 26.

democrático al régimen del apartheid como si lo hace la expresión de herrenvolk democrático, pero tampoco ofrece a efectos metodológicos una aproximación que incida en el funcionamiento del régimen sino que se queda en sus fundamentos. Lo cierto es que, desde el enfoque democrático que aquí se ofrece, la participación jerarquizada y segmentalizada de la población es una característica propia del autoritarismo, al menos de un autoritarismo que ha superado la primera etapa de estabilización y que debe hacer frente a una fuerte fragmentación social; ello no obsta para que, a efectos de relaciones internacionales una apariencia de democracia no pueda llegar a ser útil.

La tercera idea relevante es la del pragmatismo económico, es decir, la racionalización de las prácticas racistas a través de resultados económicos y de un sistema de producción basado en la explotación de mano de obra negra y barata. Dentro del plan del apartheid, especialmente de la vertiente denominada *groot apartheid*, se incluían los *bantu homeland*, un plan de segregación racial territorializada por el que se segregaría a la población no blanca en reservas tribales independientes y autogobernables, pero manteniéndose bajo la soberanía del estado sudafricano. A efectos prácticos, esto suponía una habilitación a las comunidades tribales a vivir en una parte del territorio, pero al margen de toda la vida estatal, de los recursos públicos, de los servicios públicos e incluso de las identidades, como si no existiesen a efectos burocráticos y públicos y no hubiese un reconocimiento en términos de igualdad y legitimidad. Aunque este proyecto habría supuesto la negación absoluta de la identidad política de las comunidades no blancas, nunca se llevó a cabo ni se realizó una verdadera labor de presupuestación o tramitación burocrática, porque lo que subyacía bajo el régimen del apartheid era el mantenimiento del sistema de dominación colonial y de un sistema productivo esclavista disfrazado de democracia aparente y formal. El discurso, entonces, venía a construirse sobre la base de que aun teniendo la posibilidad de borrarles su identidad, el estado sudafricano reconocía su existencia y, a cambio, ellos debían satisfacer la necesidad de una alta mano de obra barata sobre la que se sostuvo el crecimiento económico sudafricano de los años 60.

Las corrientes marxistas criticaron el apartheid por entenderlo como una manifestación racializada de la lucha de clases. Partiendo de la característica de la apariencia democrática del régimen del apartheid, autores como Lowenberg y Kaempfer proponen un análisis desde el enfoque de la teoría de la elección pública.⁹⁸³ La teoría de

⁹⁸³ LOWENBERG, A. D. y KAEMPFER, W. H., *The origins and demise of South African apartheid*, Ed. University of Michigan Press, Michigan, 1998.

la elección pública fue ideada por Buchanan a través de la convergencia entre las elecciones políticas y los sistemas económicos, planteando que dentro del marco de decisión ciudadana, el modelo económico es uno de los factores determinantes para justificar el voto en atención a la percepción de una mayor utilidad pública de las políticas económicas propuestas y de un menor coste ciudadano de las mismas. En otras palabras, esta teoría implica que la elección es el resultado de la operación entre coste y beneficio a nivel ciudadano partiendo de una distribución del gasto público a través de las labores impositivas o, lo que es lo mismo, construir una teoría económica de la democracia sobre los postulados del teórico sueco Knut Wicksell quien propugnaba que un gasto y un impuesto legítimo es aquel que es consensuado, introduciendo en el ámbito de la política económica democrática el concepto de consenso como sustitutivo práctico de la unanimidad. Esta concepción de la democracia elimina cualquier tipo de contenido social, solidario o incluso altruista para entender al votante como un consumidor de la política que toma sus decisiones de manera racional e individual llevando las consecuencias del liberalismo, entonces definido como socialismo libertario por la Escuela de Chicago, a su máxima expresión de la individualidad convertida en decisión colectiva. Desde esta perspectiva confluyen dos elementos puramente económicos: la oferta canalizada a través de la burocracia y los funcionarios públicos, y la demanda canalizada a través de los mecanismos de participación ciudadana. Supone retomar el régimen de preferencias de Pareto, abandonando por completo la vertiente utilitarista para seguir los estudios iniciados por Lionel Robbins en su trabajo titulado *La naturaleza y el significado de la ciencia económica*⁹⁸⁴ posicionando a los actores públicos como los canalizadores y ordenadores de las preferencias. Esta concepción parte de lo delimitado por Arrow en su estudio *Social Choice and Individual Values* en cuanto que la democracia como regla de mayorías sin ordenación de las preferencias y atendiendo a la pluralidad de sujetos y elecciones no podía funcionar.

En síntesis, la teoría de la elección pública parte de comprender que la satisfacción a nivel individual de todos los intereses y valores de cada uno de los votantes es imposible, por lo que resulta necesario agrupar intereses coincidentes en programas electorales para garantizar un resultado mayoritario en el que la minoría queda protegida solamente en cuanto a su capacidad de integrarse en cada periodo electoral dentro de la mayoría. Desde esta perspectiva la gran pregunta es: ¿dónde quedan las minorías? Y

⁹⁸⁴ ROBBINS, L., *An Essay on the Nature and the Significance of Economic Science*, Ed. McMillan and Co., London, 1932.

yendo aún más allá, ¿dónde se encuentra el fundamento de la aceptación por parte de las minorías de una elección basada en una regla de mayorías que casi se reputa tiránica?

Tullock y Buchanan en su obra *El cálculo del consenso* proponen diferenciar dos niveles de actuación: un nivel político ordinario en el que la regla de las mayorías garantiza la operatividad, y un nivel político constitucional o marco normativo en el que es necesario lograr la noción de consenso o, una tendencia hacia el concepto de unanimidad. Buchanan condensa estas ideas de la siguiente manera:

“La “forma constitucional de pensar” desplaza la atención hacia las reglas del marco del orden político como el objeto que impone o garantiza el consenso entre los miembros del cuerpo político. Es a este nivel al que los individuos calculan o computan conceptualmente sus propios términos de intercambio con el estado, o con su autoridad política. Las personas pueden acordar que están mejor siendo miembros de la estructura global definida por la constitución, mientras que, simultáneamente, pueden valorar el impacto de acciones políticas concretas como algo que se opone a sus propios intereses. Una forma un tanto vaga de exponer este punto es decir que en una democracia constitucional las personas deben lealtad a la constitución más que al gobierno, como tal, con independencia de cuan “democráticas” puedan ser tales decisiones.”⁹⁸⁵

Paradójicamente, a esta conceptualización de lo público, se suma la concepción del voto como irracional propuesta por Downs⁹⁸⁶, quien sostiene que el voto es irracional en tanto en cuanto el éxito de la elección depende de la uniformidad en el voto, cuestión que queda fuera del margen de actuación individual del votante; a mayor número de votantes participantes, más irracional es el voto, por cuanto más improbable es el éxito de la elección personal. Esta propuesta se refiere al acto mismo de votar como irracional, pero la teoría de la elección pública actúa sobre el plano inmediatamente anterior, el de la decisión que contempla ese voto. Uniendo ambas perspectivas, la conclusión es que cuanto más racional sea el voto, menor participación habrá, porque, en términos de utilidad y beneficio personal, hay una comprensión del fenómeno de la dispersión. Esta teoría descarta todo el componente ideológico-sentimental que hay en el voto y en el acto mismo de votar y cualquier tipo de existencia de conciencia ciudadana o de noción a nivel individual de interés público o social. Se trata de la manifestación radical del liberalismo económico llevado al plano de lo político y de la decisión electoral.

⁹⁸⁵ BUCHANAN, J. M., “Elección pública: génesis y desarrollo de un programa de investigación”, *Revista Asturiana de Economía*, nº33, 2005, pp. 203-222, p. 213.

⁹⁸⁶ DOWNS, A., *An Economic Theory of Democracy*, Ed. Harper Collins Publishers, New York, 1965.

Vorhies, trasladando este análisis al establecimiento y triunfo electoral del régimen del apartheid, sostiene que “los africanos no padecen hambre porque los europeos implementaran relaciones capitalistas explotadoras sobre ellos. Al contrario: hay hambre en África porque el colonialismo impidió el avance del capitalismo negro.”⁹⁸⁷

En esencia, lo que se da en Sudáfrica es la capacidad de aglutinación de intereses similares en grupos de presión de dominio blanco frente a la dispersión y la falta de unidad y de posible unanimidad de los grupos locales, distribuyéndose el trabajo, los medios de producción y la propiedad de manera endógena, de suerte que se obtuvo una unificación de intereses políticos y económicos absolutamente racializada y vinculada al desarrollo económico e industrial de la primera mitad del siglo XX. La implementación de políticas liberales hizo surgir un movimiento sindicalista blanco que presionaba para el mantenimiento de sus condiciones de vida frente a una mano de obra de raza negra y potencialmente más barata. Esto conllevó la concentración de la industria en determinadas zonas bajo el control político de los blancos, lo que determinó el surgimiento de las políticas conocidas como *civiled labor*, en las que en atención a la raza de los trabajadores se establecían medidas de protección económica a las empresas que mantuviesen la tasa de contratación de mano de obra blanca. Se dan dos fenómenos: en primer lugar, el concepto marxista de la lucha de clases se traduce en un fenómeno de lucha entre razas para el mantenimiento del trabajo y del control sobre los medios de producción, basando las medidas proteccionistas en términos endógenos, en vez de en términos redistributivos de la riqueza. Y, en segundo lugar, el hecho de que, en términos de competitividad empresarial y libre mercado, las políticas del apartheid no eran rentables para los empresarios, ya que se extendían a todos los sectores, a saber, el minero, el textil, el del hierro y el acero, la construcción y la industria del motor.

Esta tendencia parece no coincidir con los dictámenes propios de la teoría de la elección pública pero lo cierto es que se basa en un uso y aplicación salvaje de los principios de concentración de intereses en el voto para justificar la implementación de las políticas del apartheid como manifestación de una voluntad democrática sesgada por un marco normativo discriminatorio. Elude, por tanto, el nivel macro de la teoría de la elección pública, entendido como consenso en sede constitucional fingiendo unanimidad, aunque siendo esta verdaderamente limitada por ser la expresión de unanimidad de intereses de la población de raza blanca, para justificar la utilidad de las medidas tomadas

⁹⁸⁷ VORHIES, F., “Hunger and Farming in Black South Africa”, *Essay for Hillsdale College*, 1988.

en el nivel micro o de política ordinaria por provenir de amplias mayorías, también sesgadas a través de los mecanismos normativos de exclusión de los derechos de los ciudadanos de color.

Esta concentración de la decisión se hizo apoyándose en dos mecanismos normativos: la legislación y la exclusión física.

En el marco legislativo hubo dos elementos especialmente significativos: un marco normativo general basado en leyes histórica y tradicionalmente discriminatorias y un sistema de exclusión de derechos políticos.

El marco normativo general se sostenía sobre tres pilares:

- Lands Act de 1913, que limitaba el porcentaje de tierra bajo propiedad bantú al 13%.
- Population Registration Act de 1950, que dentro del sistema de registro nacional incluía la raza como signo distintivo y delimitador del estado civil de la persona, reforzada con la Ley de Registro de la Población del mismo año.
- Group Areas Act de 1950, que determinaba la distribución del territorio en áreas racializadas.

Este marco general fue la base para el establecimiento y desarrollo de una legislación ordinaria y reglamentaria que contenía:

- La Separate Amenities Act de 1953, según la cual se separaba de manera señalizada el espacio de uso de los servicios públicos según la raza y sin necesidad de equiparar las condiciones y calidad de los servicios.
- Las Pass Laws, que suponían un registro de toda la población negra que pasaba por áreas asignadas a población blanca, supeditando a autorización administrativa el tránsito por las mismas.
- La Ley de Matrimonios Mixtos de 1949, que prohibía este tipo de matrimonios.
- La Ley de Supresión del Comunismo de 1950, que definía como comunismo prácticamente cualquier tipo de actividad asociativa, prohibiendo en la práctica los derechos de reunión y asociación pacíficos y la libertad de conciencia y expresión entre las comunidades no blancas.

- La Ley de Inmoralidad de 1950, que incidía sobre la regulación de la vida privada de los individuos, considerando inmorales una enumeración de actos que tuviesen lugar entre población blanca y el resto de razas.

El mejor indicador de la supresión del nivel micro de la teoría de la elección pública se manifiesta en la inexistencia de texto constitucional hasta 1983. Van der Walt sostiene que la Republic of South Africa Constitution Act de 1961, a pesar de su denominación, solo es una declaración de independencia frente a la Commonwealth y una designación de simbología estatal por su contenido. Delimita el himno, la bandera, el escudo y la sustitución del representante de la Corona británica por el nuevo gobierno republicano, sin ofrecer un diseño institucional ni una carta de derechos.⁹⁸⁸

En 1983 se estableció un sistema tricameral, dando voz y participación a las comunidades no blancas, pero manteniendo la hegemonía blanca tanto en términos de representatividad como de capacidad decisoria en el proceso constituyente y manteniendo la segregación por ocupar cada grupo racial una de las cámaras, así como la exclusión absoluta de la población negra que no contaba con cámara de representantes ni con capacidad para elegirlos. Este sistema seguía siendo una manifestación de la apariencia democrática, por cuanto concentraba amplias facultades discrecionales en la figura del Presidente y sometía todas las decisiones a la cámara de representantes de raza blanca. Estas reformas venían a mantener el sistema electoral iniciado con la reforma de 1948 que suprimía los mecanismos de participación política de la población de color en un intento por mantener el nacionalismo *afrikáner*⁹⁸⁹, y apoyado en la Separate Representation of Voters Act de 1951, que contemplaba la atribución de determinados asuntos a los representantes del consejo de personas de color, aunque bajo aprobación posterior de la cámara de representantes de raza blanca.

La Promotion of Bantu Self-Government Act de 1959 suprimió de manera definitiva cualquier tipo de participación de población no blanca en el Parlamento nacional, delimitando como único criterio para la exclusión la raza y clasificando en siete grupos étnicos a la población no blanca. En la práctica esto supuso que aquella población no blanca que no se encontrase agrupada veía absolutamente desaparecido su derecho al sufragio y aquella población no blanca agrupada en comunidades conocidas como bantús

⁹⁸⁸ VAN DER WALT, J., *Law and sacrifice: towards a post-apartheid theory of law*, Ed. Birkbeck Law Press, London, 2006, pp. 33 y ss.

⁹⁸⁹ VOLIO, F., *Apartheid: prototipo de discriminación racial*, Ed. Costa Rica, San José, 1978.

podía ejercer un derecho al sufragio dentro de su propia comunidad bajo el espejismo del autogobierno, pero siendo, en la práctica, una supresión efectiva de todos los derechos civiles y políticos de la población no blanca que se aleja de la definición omnicompreensiva tanto de autogobierno como de democracia resumida por el PNUD en el marco de acciones de construcción de una democracia ciudadana:

“la democracia no se reduce al acto electoral sino que requiere de eficiencia, transparencia y equidad en las instituciones públicas, así como de una cultura que acepte la legitimidad de la oposición política y reconozca y abogue por los derechos de todos (...) la democracia excede a un método para elegir a quienes gobiernan, es también una manera de construir, garantizar y expandir la libertad, la justicia y el progreso, organizando las tensiones y los conflictos que generan las luchas de poder.”⁹⁹⁰

En el marco de la exclusión física, debe atenderse a lo que ha venido denominándose tipología y grados del apartheid. El nivel más sencillo y, al mismo tiempo, el más grosero, era el conocido como Klein-apartheid sostenido por la Separate Amenities Act, que determinaba la segregación en los espacios públicos de manera similar a la discriminación racial practicada en Estados Unidos, con diferenciaciones en el uso, condiciones y distribución de todos los servicios, determinando no sólo una segregación física en los espacios, sino también en las calidades y condiciones, llevando al extremo la idea del *herrenvolk* y apoyándose no solo en la supremacía racial y la jerarquización de las calidades y condiciones, sino también en la idea de contaminación articulada como un peligro de denigración en caso de contacto con población no blanca. Se trata de un nivel de segregación que, si bien es cierto se manifiesta de manera rutinaria y a los niveles más cotidianos de actuación y vida colectiva y social, lo cierto es que marcó una fuerte diferencia entre el apartheid sudafricano y otros regímenes discriminatorios del continente africano, como el angoleño. Supone llevar la segregación racial a su máximo exponente, hasta el punto de condicionar cualquier actividad y hacer visible la discriminación en todos los ámbitos de la vida.

El siguiente nivel es el denominado meso-segregación asociado con el fenómeno de los guetos. El Ministro de Asuntos Nativos, Jansen pretendía implementar una política de agrupación racial extrema, estableciendo núcleos de población en atención a la

⁹⁹⁰ CAPUTO, D. (dir.) y Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *La democracia en américa latina. hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Ed. Alfaguara, Buenos Aires, 2004, p. 25.

distribución racial y tribal. En la práctica solo pudo separar las zonas de población blanca, aunque manteniendo como residentes a la población negra que ocupaba los puestos del servicio doméstico, de las zonas de población negra, india y asiática. Además, el fuerte impacto económico del mantenimiento de la mano de obra blanca derivó en el empleo de mano de obra ilegal de color, lo que originó asentamientos de población no blanca alrededor de las grandes ciudades, conocidos como *townships*.

En última instancia, el gran proyecto del régimen del apartheid fue el conocido como *groot apartheid*. De cara a la comunidad internacional, la idea era permitir el autogobierno de las comunidades no blancas cediéndoles determinadas zonas del territorio alejadas de los núcleos económicos y delimitadas en extensión y configuración étnico-racial por el gobierno central. Se articulaba como un mecanismo de mantenimiento de las identidades culturales asociadas a la raza pero, en realidad, pretendía ser un mecanismo de negación absoluta de pertenencia a la sociedad sudafricana y a la comunidad política del país de la población no blanca hasta el punto de autoimponerles su identidad comunitaria y tribal desde las instituciones del régimen del apartheid. Esta política de reservas tribales o *bantu homelands* se articuló como mecanismo de defensa ante las sanciones internacionales y como un intento por retribalizar Sudáfrica, persiguiendo el objetivo de crear pequeños nacionalismos u oasis de autonomía local regulados en todas sus facetas, salvo la de las decisiones internas, por el gobierno central, limitando así las posibilidades de participación e inclusión de estos grupos y optando por la división de la población no blanca en aras de evitar su asociacionismo y reduciéndolos a grupos minoritarios.

Estas son las características del régimen del apartheid sudafricano y son relevantes a efectos de comprender el mecanismo transicional empleado y el papel de la verdad como herramienta transicional en el país, especialmente por la fuerte fragmentación social que el régimen del apartheid había generado a lo largo de los años. También son relevantes estas características porque se alejan de la simplicidad con la que se ha analizado tradicionalmente al apartheid; no se trata, entonces, de una mera política de discriminación racial, sino de la definición de todo el sistema político e institucional a través de un criterio étnico y subjetivo que, apelando a una determinada noción y época histórica, generó la ruptura de toda una sociedad.

ii. Transición y verdad en Sudáfrica

Una primera aproximación a la verdad en la transición sudafricana parte de esta frase:

“Aunque en nuestros días podamos experimentar agotamiento acerca de las consecuencias del pasado, sigue siendo innegable que si no tratamos con él, el pasado va a dificultar y, más aún, poner en peligro el futuro. Debemos recordar que la Comisión de Verdad y Reconciliación (la Comisión) fue en gran medida creada por los riesgos que podían acarrear los olvidos inapropiados. Advertimos en aquel momento y debemos recordar hoy, que el movernos hacia adelante requiere de un reconocimiento del pasado antes que de su negación.”⁹⁹¹

La transición sudafricana ha sido muy estudiada en el mundo académico. En una primera aproximación, lo cierto es que el momento transicional coincide con la dinámica clásica ya expuesta en la que dos factores, la pérdida de legitimidad internacional y los problemas económicos se combinan con una resistencia nacional frente al régimen del apartheid con gran visibilidad internacional desde los años 60. Ante una crisis política como la detallada, las primeras medidas de liberalización del régimen impulsadas por Pieter Botha, consistentes en la delimitación de cámaras de representación racializadas, no tuvieron el resultado esperado por la élite en el poder, sino que vinieron a culminar con un largo periodo de hartazgo poblacional. Sí hay algo excepcional en la transición sudafricana y es que, a pesar de los vínculos del African National Congress de Nelson Mandela con el Partido Comunista Sudafricano, la caída del telón de acero no supuso un detrimento de su popularidad o su caída o desprestigio. La respuesta a esas medidas aparentemente liberalizadoras pero en síntesis gatopardistas, fue un alto incremento de la violencia interracial. De una manera similar al modelo adoptado en España, su sucesor, F. W. De Klerk, comprendió que la realidad sudafricana de los años 90 exigía el fin del régimen del apartheid para su continuidad como nación, frente a otra posible alternativa como era el endurecimiento del régimen y la regresión autoritaria. Ante la fuerte fragmentación social, el modelo transicional se basó en la cooperación, la decisión compartida y la negociación entre los distintos agentes, dando legitimidad a todos los actores sociales silenciados durante el apartheid. Este enfoque se basó en los postulados de Lijphart sobre los modelos transicionales, donde las posibilidades quedan reducidas a dos grandes modelos, el consociacional o el mayoritario. En un primer momento, Mandela defendió el modelo mayoritario o de Westminster, entendiendo que eran los

⁹⁹¹ Final report of the Truth and Reconciliation Commission of South Africa, vol. 6, 1998, p. 160.

oprimidos del régimen quienes debían decidir qué Sudáfrica futura deseaban; no obstante, en sociedades altamente fragmentadas, como era el caso sudafricano, y donde no existe cohesión social ni siquiera a nivel de grupos, normalmente ideológicos, pero en el caso sudafricano, también raciales, la viabilidad del proceso transicional viene determinada en parte por el mantenimiento de un equilibrio entre las fuerzas en acción y en conflicto.

El proceso negociador se realizó a través de diversas conferencias en las que se iban debatiendo las propuestas de cada grupo político y fue la escalada social de violencia la que incentivó un acercamiento de las posturas al nivel de las élites. Hay dos procesos que tienen lugar de manera simultánea en sede transicional y que en Sudáfrica quedan bien representados: el primero de ellos es el del diseño del nuevo estado en un contexto de fractura político-social, y el segundo de ellos es el aprendizaje en la negociación y el consenso. En otras palabras, la transición democrática siguiendo este modelo se realiza en sí misma de una manera democrática primigenia, pero sin que los actores dominen o tengas delimitadas las reglas del juego; es el escenario el que las va delimitando por ellos. El propio Mandela, a título de ejemplo, expondría que la matanza de simpatizantes de African National Congress el 7 de noviembre de 1992 le llevó a desbloquear las negociaciones sobre los comicios que habían resultado plenamente paralizadas por la ausencia de acuerdo. Este proceso culminaría con la celebración de las primeras elecciones, los días 26 y 28 de abril de 1994, con participación de todos los partidos y sin limitación racial en el derecho de sufragio.

El régimen transicional y el proceso constituyente sudafricano vinieron definidos por lo que ha venido denominándose una constitución interina que regulaba la práctica política, incluyendo el derecho de veto de la minoría, la representatividad de todos los partidos que obtuviesen al menos 80 escaños en el ejecutivo transicional y un sistema de autonomía sin llegar federalista para contentar las demandas zulúes de autogobierno. Y así fue, porque a pesar de obtener el African National Congress la mayoría de votos en los primeros comicios interraciales sudafricanos de la historia, no fue suficiente para la obtención de los 2/3 necesarios para haber cambiado la dinámica transicional al modelo mayoritario. Las minorías también resultaron favorecidas y tuvieron representación en el ejecutivo transicional, quedando al margen del mismo tanto los extremistas supremacistas como los extremistas negros. Esto permitió modular el texto constitucional y obtener un consenso en cuanto al modelo de estado y de gobierno.

En julio de 1995, la sociedad, a pesar de haber sido capaz de obtener un texto constitucional consensuado, de celebrar sus primeras elecciones multirraciales y de tener al primer presidente negro de su historia, seguía tremendamente fragmentada y dividida. El ambiente social no era indicativo del nivel de política democrática que se había alcanzado a nivel institucional, quizás por el hecho de que toda la política del apartheid había estado dirigida a ordenar la vida pública y sus espacios de manera discriminatoria, a inmiscuirse en la vida privada de manera racializada y a otorgar valoraciones a los miembros de la sociedad en atención a criterios étnicos y raciales fuertemente externalizados y visibles. Este ambiente hace que en julio de 1995 se decida mediante un acta del parlamento sudafricano la creación de una Comisión de la Verdad y la Reconciliación siguiendo los modelos argentino y chileno puestos en marcha con anterioridad con el mandato de:

“estableciendo, a través de investigaciones y audiencias el más completo cuadro posible acerca de las causas, la naturaleza y la extensión de las graves violaciones a los derechos humanos que fueron cometidas desde el primero de marzo de 1960 hasta la actualidad, incluyendo los antecedentes, las circunstancias, los factores y el contexto de dichas violaciones así como, de las perspectivas de las víctimas y las perspectivas de las personas responsables –según la Comisión– de cometer violaciones; (b) facilitando la garantía de la amnistía a las personas que realizaran una completa exposición de todos los datos relevantes relacionando los actos realizados con los objetivos políticos y cumplimentando todos los requerimientos del Acta; (c) estableciendo o haciendo conocido el destino de las víctimas y recuperando la dignidad humana y civil de esas víctimas garantizándoles la oportunidad de expresar su definición acerca de las violaciones de las cuales resultaron víctimas y recomendando medidas de reparación dirigidas a ellos; (d) compilando un reporte lo más amplio posible de las actividades y hallazgos de la Comisión a través de las actividades (a), (b) y (c) y que contenga recomendaciones de medidas para la prevención de futuras violaciones de los derechos humanos (Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación).”⁹⁹²

En síntesis, las conferencias que precedieron a la decisión definitiva de establecimiento y puesta en marcha de la comisión venían a fundamentarse en las experiencias latinas y en los postulados de Boraine, Levy, Scheffer⁹⁹³ sobre la necesidad de sanar las heridas del pasado y crear una memoria colectiva para garantizar la consolidación democrática. La idea que subyace en este planteamiento es especialmente interesante a efectos de determinar el momento en que una transición puede considerarse finalizada y si ese momento se identifica con una alternancia pacífica en el poder, con el

⁹⁹² Acta nº96 del parlamento sudafricano de julio de 1995.

⁹⁹³ BORAINÉ, A., LEVY, J. y RONELL, S., *Dealing with the Past: Truth and Reconciliation in South Africa*, Ed. IDASA, 1994, Cape Town.

funcionamiento operacional de las instituciones o requiere de algo más. En Sudáfrica se comprendió que, sin la realización de ese trabajo de creación de una memoria colectiva a través del reconocimiento del pasado en común, aunque este fuese doloroso, los cimientos democráticos se tambalearían y una regresión autoritaria o una escalada de violencia eran posibles. En este punto lo que hay, en realidad, es un riesgo compartido, es decir, el riesgo de que el olvido institucional incite reacciones ciudadanas antidemocráticas combinado con el riesgo de que la búsqueda de una memoria colectiva establezca un nuevo patrón discriminatorio, de contraposición o de definición del papel ciudadano en atención a revanchas pasadas. En definitiva, el riesgo que se asume es el revanchismo en cualquiera de los sentidos y manifestaciones posibles.

El trabajo de la comisión se articuló sobre la idea de construir una memoria nacional combinando la verdad forense, la verdad social y la verdad reparadora con el objetivo de obtener una reconciliación nacional que dotase de legitimidad a las nuevas formas de representación política y gobierno. La propia Comisión en el volumen quinto de su reporte final expone que:

“La reconciliación no desconoce las memorias del pasado. De hecho, está motivada por una modalidad de memoria que hace hincapié en la necesidad de recordar sin debilitar al dolor, la amargura, la venganza, el miedo o la culpa. Entiende la importancia vital de aprender de las violaciones en el pasado revisándolas por el bien de nuestro presente compartido y el futuro de nuestros niños.”⁹⁹⁴

Ignatieff sostiene que frente a la labor de las comisiones de la verdad debe hacerse una precisión, y es que estas no necesariamente provocan un cambio social o lo generan; de hecho, en el caso sudafricano, buena parte de los testimonios y las audiencias se encuentran bajo archivo y no son accesibles y los reportes finales presentados al Congreso en 1998 y en 2002 y 2003 solo están traducidos a una de las lenguas oficiales del país, lo que supone un déficit en el acceso y en la distribución de esa suerte de memoria colectiva, limitando su alcance, sus efectos y sus contribuciones a la cohesión social. Ross sintetiza esta consideración de la siguiente manera, hay

“tres cuestiones a relacionar con la de la memoria colectiva. Estas cuestiones se refieren a: un registro individual del daño en oposición a otro sobre el abuso sistemático; los modos en los que el testimonio es moldeado por la edad y el género y por las consecuencias del registro del pasado; y las implicancias de una memoria

⁹⁹⁴ Final report of the Truth and Reconciliation Commission of South Africa, vol. 5, 1998, p. 435.

colectiva de un relato que se centra en la violencia y el daño en la vida cotidiana. Leídas de manera conjunta, estas cuestiones sugieren que el registro de verdad (la base de una “memoria colectiva”) está moldeada por los silencios y las ausencias que tienen efectos imperantes en las modalidades de comprensión del pasado reciente.”⁹⁹⁵

Hay dos reflexiones interesantes en torno a las comisiones de la verdad en sede transicional que ofrece el caso sudafricano: la primera de ellas es que la propia generación de una memoria colectiva es un proceso en sí mismo participativo, una especie de experimento democrático a gran escala, porque implica la participación directa de la población. La segunda de ellas es que el empleo de las comisiones de la verdad como herramienta transicional temprana, en cierta manera, adolece de algunas de las características imperantes del régimen saliente; en el caso sudafricano, particularmente la exclusión. Tras tres décadas de discriminación institucionalizada, resulta complicado fomentar la participación universalizada de la población y para la población resulta difícil realizar ese ejercicio de confianza en las instituciones entrantes y nacientes. La propia comisión en el primero de sus reportes definió el apartheid de la siguiente manera:

“La historia del Apartheid es, entre otras cosas, la historia de la eliminación sistemática de miles de voces que deberían haber sido parte de la memoria de la nación. La eliminación de la memoria se dio a través de la censura, la confiscación de materiales, las proscipciones, la encarcelación, el asesinato y otro espectro de acciones relacionado a estas, cualquier intento de reconstrucción del pasado debe incluir la recuperación de esta memoria.”⁹⁹⁶

En el año 2006, la propia Comisión, concretamente el grupo de trabajo centrado en las violaciones de DDHH, reconocería públicamente su fracaso a la hora de analizar los patrones de discriminación históricos y las herramientas institucionales del régimen del apartheid para justificar y asegurar dichas políticas raciales. Esto supone que el trabajo de la comisión había sufrido una suerte de autocensura, es decir, un proceso mediante el cual se había centrado en la identificación de víctimas concretas de abusos específicos sobre el entendimiento de que los patrones de violencia física particularizados tenían un mayor nivel de reprochabilidad social que el análisis de las estrategias sociales, políticas y económicas que habían sostenido el régimen del apartheid. Esto es una muestra de lo que se exponía con anterioridad, a saber, que las propias comisiones de la verdad

⁹⁹⁵ ROSS, F., “La elaboración de una memoria nacional: la Comisión de Verdad y Reconciliación en Sudáfrica”, *Cuadernos de Antropología social*, nº24, 2006, pp.51-68, p. 58.

⁹⁹⁶ Final report of the Truth and Reconciliation Commission of South Africa, vol. 1, 1998, p. 201.

constituyen un experimento de participación y una simulación de democracia directa en sede transicional, y hay una tendencia a enfocar la atención y los esfuerzos en aquellas situaciones o patrones de violación de DDHH cuya reprochabilidad a nivel social es más generalizada o aceptada; en otras palabras, el trabajo de la comisión se centró en patrones de violencia física, visible y particularizable en individuos o grupos concretos actuando así más como mecanismo reparador individual que como mecanismo de generación de una memoria colectiva o capacitador para el surgimiento de un alto nivel de cohesión social.

En un sentido similar y sirviendo como ejemplo, es particularmente interesante la conclusión obtenida por la comisión en su volumen séptimo del reporte final respecto a los discursos femeninos:

“De diversas maneras, las experiencias de las mujeres en los conflictos políticos del pasado no son evidentes en estos sumarios. Los hombres dominan como víctimas dentro del estrecho espectro de violaciones examinadas por la Comisión – asesinatos, tortura, secuestros y severos malos tratos...– lo que no es adecuadamente captado es la historia de miles de mujeres de Sudáfrica que estaban siendo dejadas de lado para defenderse por sí mismas y que experimentaron la brutalidad del sistema de Apartheid. Particularmente cuando sus seres queridos habían dejado el campo o habían sido identificados por el aparato del Apartheid como opositores al Estado. Otra historia no contada es la de muchas mujeres que se fueron al exilio para unirse a los movimientos de liberación. No hemos sido capaces de hacerles justicia. Esto, permanece como un asunto inconcluso.”⁹⁹⁷

Esta consideración es especialmente representativa de cómo la labor de la comisión de la verdad adolece de las mismas características o trabas que imperan en el espectro social. No se trata únicamente de una cuestión numérica, es decir, de que participasen con sus testimonios menos mujeres que hombres, sino de que los discursos ofrecidos por ellas están marcados ya no sólo por la vivencia e ideología individual, sino por un patrón social de exclusión en que su vulnerabilidad como grupo social se traslada a su discurso como actores sociales, lo que impide visibilizar los efectos de lo que hoy se denomina discriminación múltiple y, en un nivel inferior, de la violencia física específicamente dirigida a esta colectividad, entre otras la violencia sexual como arma política o de guerra.

⁹⁹⁷ Final report of the Truth and Reconciliation Commission of South Africa, vol. 7, 1998, pp. 7-8.

En esencia, el hecho de que la comisión centrara su trabajo en la violencia física más socialmente visible y reprochable, como pueden ser los secuestros, asesinatos o torturas, determinó que el mismo patrón de silencio respecto a la violencia específicamente dirigida hacia el colectivo femenino imperara en los trabajos y testimonios de la comisión, porque visibiliza patrones sociales de conducta hasta el nivel de normalizar pautas de discriminación, convertidas en silencios estructurales. En el mismo sentido, Reynolds apunta que los trabajos de la comisión de la verdad eludieron dar testimonio sobre afrentas locales y regionales porque en el imaginario colectivo ciertas rivalidades entre comunidades limítrofes estaban tan intensamente arraigadas y tradicionalmente definidos que no encajaban dentro de las violaciones de DDHH cometidas durante el apartheid.⁹⁹⁸

Ross expone las limitaciones de la comisión de la verdad de la siguiente manera:

“los roles y experiencias de las mujeres perduran inadvertidos, o porque la versión patriarcal y centrada en los eventos de la historia resulta ofrecida como verdad. Más allá de la importancia de lo anterior, esto resulta problemático porque el discurso de derechos humanos que da prioridad al conocimiento acerca de la violencia y la muerte por sobre el conocimiento acerca de la vida y el vivir, ofrece un registro muy limitado para los tiempos futuros: se trata de un registro sobre la destrucción y el fracaso antes que uno sobre el esfuerzo y el éxito, aún siendo –estos últimos– apenas parciales.”⁹⁹⁹

Lo que se plantea es cuáles deben ser los mecanismos de actuación de una comisión de la verdad y en qué manera estas pueden ser empleadas como instrumentos para manejar una memoria determinada recopilándola para testificarla o recopilándola para registrarla. En este sentido, resulta relevante también la publicidad que opera en el proceso, es decir, la manera en que la comisión de la verdad actúa como un mecanismo de reparación simbólica individual entorno a los partícipes en ella o colectiva, siendo accesible y susceptible de complementación por todos los actores sociales.

Por otro lado, y como elemento positivo, fue apreciado como una herramienta capaz de compensar los efectos de la amnistía, es decir, capaz de determinar víctimas y

⁹⁹⁸ REYNOLDS, P., “Imfobe: Self-knowledge and the reach for ethics among former, young, anti-Apartheid activists”, *Anthropology Southern Africa*, vol. 28, Special Number on Ethics, 2005, pp.62-72.

⁹⁹⁹ ROSS, F., “La elaboración...”, *op. cit.*, p. 15.

culpables de una manera similar a lo que haría un tribunal y trabajando, con mayor intensidad, una única vertiente de la verdad, la forense.

Se estructuró en tres comités, a saber, el de derechos humanos, el de amnistías y el de reparaciones y se le dieron facultades para amnistiar, registrar y recabar evidencias, citar a testigos y protegerlos. Como se exponía, la labor más ardua era la realizada por el comité de derechos humanos que si bien es cierto, estuvo limitado en su actuación por la persistencia de patrones de discriminación a pequeña y gran escala, llevó a cabo el mayor registro y recopilación de testimonios que una comisión de la verdad había obtenido hasta entonces.¹⁰⁰⁰ Actuaba como un primer filtro para la actuación de los otros dos comités y, especialmente, en el marco de las amnistías el sistema de trabajo se articulaba sobre la ausencia de una amnistía generalizada lo que permitía conceder amnistías individualizadas valoradas por miembros de la comisión y por tres jueces del Tribunal Superior de Justicia en atención a la cooperación con el comité de derechos humanos, las manifestaciones de la persona en cuestión y la gravedad de las violaciones de DDHH. Por un lado, esto supuso que no cualquier cooperación con el comité de derechos humanos concedía una amnistía automática, sino que se exigía un alto nivel de cooperación y una aportación sustancial de hechos, referencias, víctimas, en esencia, se exigía una suerte de reconocimiento de culpa para resultar amnistiado. Estas características han sido positivamente alabadas desde el plano de la transición, ya que, en ausencia de un procedimiento judicial, establecía un mecanismo alternativo de transición basado en la reconciliación más que en la culpabilización. Un ejemplo de ello es que testificaron de manera simultánea, lo que en términos del proceso penal se conoce como careo, víctimas y verdugos, así como sus familiares, buscando incidir en el porqué de las violaciones de DDHH y en la humanización y visibilización de las víctimas y de quienes habían cometido los abusos. Este es un elemento importante que ha sido empleado en otras transiciones a pequeña y gran escala y que supone la adopción, al menos teóricamente, y la interiorización en el mecanismo transicional del paradigma máximo del ideal de justicia basado en los DDHH.

El cambio en el gobierno de Mandela a Mbeki tuvo un especial impacto en el comité de reparación, el de menor éxito tuvo en el desarrollo de su labor. Centró su actuación en el plano indemnizatorio y económico y, a la luz del alto nivel de pobreza en

¹⁰⁰⁰ GRAYBILL, L., *Truth and Reconciliation in South Africa. Miracle or Model?*, Ed. Lynne Rienner Publishers, Inc., Boulder, 2002, p. 8.

el país, ni siquiera el reconocimiento como víctima directa o indirecta suponía una verdadera facilidad para la mejora de las condiciones de vida, al margen de que el nivel de satisfacción con ese tipo de reparación es tradicionalmente bajo, porque la valoración de los daños morales no cuenta con herramientas jurídicas o materiales que permitan realmente obtener una valoración objetiva.

La problemática fue bien definida por Mbeki, quien sostuvo dos consideraciones: la primera de ellas en torno a la reparación a las víctimas sobre la base no solo de la insuficiencia de la cuantía indemnizatoria o de la insatisfacción social con las medidas reparatorias adoptadas, sino sobre el entendimiento de que el nivel de afectación social del régimen del apartheid era tan intenso que toda la sociedad sudafricana era una víctima estructural. La segunda de ellas en torno a las amnistías, donde, aparte del criterio de cooperación con el comité de derechos humanos, se exigía una suerte de proporcionalidad en las actuaciones que no siempre era fácil de dilucidar; particularmente, surgió el problema de la cadena de mando, de las órdenes y de la relación entre objetivo perseguido y manera de conseguirlo en aplicación de los criterios propios del DIH en un contexto de política represiva que encajaría en la situación de disturbios internos más que en la de cualquier tipo de conflicto armado.

El periodista estadounidense R. W. Johnson escribió, en relación a la finalización de los trabajos de la comisión de la verdad sudafricana, que

“El informe final de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica - un veredicto de 3.000 páginas sobre la era del apartheid que fue dado a conocer el viernes - parece haber avanzado algo en cuanto a la verdad, pero muy poco en cuanto a la reconciliación.”¹⁰⁰¹

Phylcia Oppelt, una periodista sudafricana del Washington Post, en un mismo sentido crítico hacia la labor de la comisión sostuvo que

“Para mí la Comisión tiene un, y sólo un, logro... y no estoy segura si es sano o no... Hasta sus inicios, yo nunca había narrado incidentes personales de la manera en que lo hago ahora. Tampoco había examinado los costos personales. Nunca ha habido tiempo. Pero ahora a menudo tengo visiones sobre lo mucho que he perdido creciendo en Sudáfrica. Ahora más que nunca soy consciente del abismo que existe

¹⁰⁰¹ Artículo de R.W. JOHNSON publicado en el New York Times de 3 de noviembre de 1998 citado en BORAINÉ, A., *A Country Unmasked*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 340.

entre la Sudáfrica blanca y negra. La Comisión, en su conquista de la verdad, no ha sanado mis heridas. Ha abierto algunas que nunca supe que tenía.”¹⁰⁰²

El discurso de Mbeki, pronunciado en la Asamblea Nacional el 29 de mayo de 1998 pretende, de alguna manera, sostener un discurso realista entorno a la utilidad de la comisión de la verdad ante la variedad de posturas que sus trabajos estaban generando:

Por un lado, hay una tendencia a considerar que ha fracasado como mecanismo de obtención de la reconciliación nacional. Gerwel sostiene que esto se basa en un fallo conceptual:

“En su informe, la CVR reconoce que le fue imposible “reconciliar a la nación” por limitaciones de tiempo, recursos y mandato. Esta última es la limitación más importante y decisiva dado que la Comisión no fue mandatada con un inicio o conclusión, sino con la promoción de la unidad nacional y la reconciliación, esto es, avanzar y facilitar un proceso o un resultado. (...) A pesar de la complejidad de sus divisiones y diferencias de distinto tipo, nivel e intensidad, no se puede decir que Sudáfrica sea un país que no se ha reconciliado, en el sentido de estar amenazado por una inminente desintegración o por conflictos destructivos. Por el contrario, en el contexto de los asuntos mundiales sirve como un señero ejemplo del éxito de un país con diversidad étnica y racial, historias de conflictos e intereses fuertemente competitivos, que ha resuelto sus conflictos potencialmente destructivos de manera consensual y que ha demostrado internamente tener la voluntad política y los medios institucionales de cohesión.”¹⁰⁰³

En esencia, esto supone que hay una tendencia a atribuir a la comisión de la verdad como mecanismo transicional toda la carga de trabajo en torno a la reconciliación nacional, y esto tiene que ver con los tiempos del proceso transicional y con la diferenciación entre dos etapas dentro del mismo, a saber, el propio momento puntual transicional y la etapa de construcción y consolidación de la transición, que es mucho más dilatada y mucho más trabajosa social, económica y políticamente. En definitiva, lo que debe cuestionarse entorno a la comisión de la verdad es si ha contribuido a esa segunda fase, la ha obstaculizado o ha resultado irrelevante.

Por otro lado, hay una tendencia a simplificar el componente discriminatorio del régimen del apartheid sobre la base de que un mero cambio en las políticas y el desarrollo

¹⁰⁰² Artículo de P. OPPELT en el Washington Post de 13 de septiembre de 1998 citado en *Ibidem*.

¹⁰⁰³ GERWEL, J., “National Reconciliation: Holy Grail or Secular Pact?”, en VILLA-VICENCIO, C. y VERWOERD, W. (eds.), *Looking Back Reaching Forward: Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, Ed. Juta y University of Cape Town Press, Cape Town, 1999, pp. 277-286.

y establecimiento de políticas no discriminatorias es suficiente para entenderlo superado.

Mbeki expone en el mencionado discurso que:

“Un componente importante en el tema de reconciliación y construcción de la nación está definido y derivado por las condiciones materiales de nuestra sociedad que han dividido al país en dos naciones, una negra y otra blanca. Es así como nos atrevemos a decir que Sudáfrica es un país de dos naciones.”¹⁰⁰⁴

Esto supone que hay distintos niveles de reconciliación a ser trabajados desde distintas perspectivas. En el plano de la reconciliación individual, Duma Khumalo, del Grupo de Apoyo Khulumani, expuso el efecto que había tenido a nivel individual la posibilidad de participar en la comisión de la verdad:

“La intervención de la Comisión ha devuelto a las personas la dignidad que se había perdido durante la era política de nuestro país. Las personas no contaban con nadie que escuchara o prestara atención a su dolor hasta el establecimiento de la Comisión. Sólo entonces muchas de las víctimas se acercaron para empezar a hablar por primera vez de sus dolores pasados.”¹⁰⁰⁵

Un ejemplo ilustrativo fue la audiencia relativa a la Masacre de Bisho, cuando el que fue Jefe del Estado Mayor de la Defensa del Ciskei pidió a las víctimas y sus familiares que les perdonasen, especialmente a los soldados que actuaban bajo una cadena de mando y sin capacidad para la toma de decisiones, y la respuesta fue aplaudir el discurso del coronel Schobesberger.¹⁰⁰⁶

Son muchos los testimonios recopilados en el volumen 5 del reporte final de la comisión que certifican una suerte de alivio individual al ser escuchados y reconocidos por el contrario; también son, por el contrario, numerosas las experiencias en que el perdón no resulta satisfactorio, de ahí esa idea de que la comisión sirvió para lograr reconciliaciones de carácter individual.

A nivel colectivo la propia comisión reconoció sus limitaciones y una cuestión especialmente importante: la suma de reconciliaciones individuales no suponía una mayor probabilidad de reconciliación nacional sin un esfuerzo por identificar, nombrar y redefinir todos los patrones de discriminación interiorizados y estructuralmente

¹⁰⁰⁴ Discurso de Thabo Mbeki ante la Asamblea Nacional de Sudáfrica el 29 de mayo de 1998.

¹⁰⁰⁵ Final report of the Truth and Reconciliation Commission of South Africa, vol. 5, 1998, p. 354.

¹⁰⁰⁶ *Ibidem*, p. 352.

estabilizados que impedían hablar del fin de la discriminación y el imperativo de un principio de igualdad formal y material jurídica y fáctica, concretamente, la comisión recomendaba que:

“Un factor que va en contra del establecimiento de una cultura de derechos humanos es la alta incidencia de crímenes graves. La seguridad de las personas y la propiedad privada es un derecho humano fundamental. Para enfrentar las exorbitantes tasas de criminalidad, se pide al gobierno considerar urgentemente la introducción de la policía comunitaria a todo nivel. (...) “Si es que va a haber una respuesta entusiasta por parte del público general en la guerra contra la pobreza y el crimen, también debe haber una correspondiente actitud intransable contra la ineficiencia, la corrupción y la mala administración a todo nivel en los sectores públicos y privados.”¹⁰⁰⁷

Shriver, en su libro *An ethic for enemies*, trata la relación entre promesa y perdón que es especialmente intensa en el ámbito de las relaciones entre verdad y reconciliación, entre mecanismos de la verdad y los niveles de la reconciliación. Expone que

“El remedio contra lo irreversible e impredecible del proceso iniciado por el actuar (humano) no surge de otra y posiblemente más elevada facultad, sino que es una de las potencialidades de la acción en sí misma. La posibilidad de redimirse del problema de la irreversibilidad - la incapacidad de deshacer lo que uno ha hecho aún cuando uno no sabía y no tenía cómo saber lo que estaba haciendo - es la facultad de perdonar. El remedio para lo que es impredecible, para la incertidumbre caótica sobre el futuro, se encuentra en la capacidad de hacer y sostener las promesas. Las dos aptitudes se complementan en la medida que una de ellas, el perdonar, ayuda a deshacer las acciones del pasado, cuyos “pecados” cuelgan como la espada de Damocles sobre cada nueva generación; y la otra, el comprometernos a través de promesas, sirve para crear islas de seguridad en el océano de la incertidumbre, que es por definición el futuro, sin las cuales ni siquiera la continuidad, ni la durabilidad de cualquier clase, sería posible en las relaciones.”¹⁰⁰⁸

La utilidad de estas reflexiones en el caso de las comisiones de la verdad, particularmente en el caso sudafricano, procede de que la propia comisión es capaz de averiguar, exponer y registrar sus limitaciones y que el discurso político del momento recoge esas deficiencias y las convierte en la guía de la política de consolidación transicional y democrática del país, lo que viene a reforzar la tesis aquí planteada de que los mecanismos transicionales deben actuar en conjunto y no de manera aislada.

¹⁰⁰⁷ *Ibidem*, p. 309.

¹⁰⁰⁸ SHRIVER, D., *An Ethic For Enemies: Forgiveness in Politics*, Ed. Oxford University Press, New York, 1995, p. 34.

Convergen las culpas teorizadas por Jaspers, es decir, la culpa criminal establecida por los tribunales, la culpa política establecida por quienes ostentan posiciones y rangos con capacidad de decisión política y autorizan los actos, la culpa moral que se asocia con la pasividad o el silencio más que con la indiferencia y la culpa metafísica que tiene que ver con el ideal de conciencia que cada uno tenga y ante quien debe rendir cuentas.¹⁰⁰⁹

Las comisiones de la verdad determinan culpas políticas y morales, pero dependen de la asunción de sus correlativas responsabilidades por las instituciones y la sociedad nacientes para ser operativas funcionalmente. Ignatieff en una obra relativa al conflicto en los Balcanes sostiene que

“Es arriesgado hacer la extrapolación de individuos traumatizados a toda la sociedad. Resulta ser una simple metáfora extravagante pensar en sociedades despertándose de una pesadilla. El único despertar del cual tiene sentido hablar es el que realiza uno por uno, individuo por individuo, en lo más recóndito de su identidad. Las naciones propiamente tales, no se pueden reconciliar unas con otras, sólo lo pueden hacer individuos con individuos. Sin embargo, los individuos pueden ser ayudados a sanar y a reconciliarse mediante rituales públicos de expiación.”¹⁰¹⁰

Aplicado este razonamiento al ámbito transicional, se trata en esencia de combinar tres procesos:

En primer lugar, la generalidad del proceso de obtención de la verdad. Se exponía que las propias comisiones de la verdad son experimentos democráticos de participación y representación directa que tienen lugar en el contexto transicional. Esto supone asumir la universalidad de los participantes y la universalidad de las culpas. En Sudáfrica, Desmond Tutu, clérigo pacifista que impulsó toda una labor de lucha contra el apartheid, solicitó a todos los líderes políticos que pidiesen disculpas públicamente en lugares simbólicos donde sus partidarios habían cometido algún crimen, especialmente en los últimos años del apartheid, cuando la brutalidad y la violencia se intensificaron como consecuencia del desgaste del régimen. Este ejercicio es especialmente relevante porque supone sancionar públicamente cualquier acto de violencia con independencia de la finalidad con la que fuese cometido, asumiendo que uno de los elementos que sostienen la democracia es la paz, combinada con el reconocimiento de legitimidad al contrario y

¹⁰⁰⁹ JASPERS, K., *The Question of German Guilt*, Ed. The Dial Press, New York, 1947.

¹⁰¹⁰ IGNATIEFF, M., “Articles of faith”, *Index on Censorship: Wounded Nations, Broken Lives*, vol. 25, 1996, pp.110-122, p. 121.

con la asunción de que los mecanismos de cambio son políticos y participativos. Supone situar la lucha política dentro de los márgenes propios del Estado de Derecho.

En segundo lugar, la gestión de las expectativas sobre la capacidad reparadora y reconciliadora del mecanismo de verdad, que es un ejercicio de credibilidad y transparencia política en el que los límites y funciones de la comisión de la verdad deben ser conocidos por el público.

Y, en tercer lugar, las garantías políticas de continuidad de las acciones, lo que supone asumir que el ejercicio democrático transicional y los esfuerzos que conlleva son duraderos y requieren una implicación total de la sociedad. Supone asumir políticamente la continuidad de los procesos iniciados a través de los mecanismos transicionales.

d. España

i. Consideraciones previas entorno a la idea de minoría, pueblo y nación.

El caso español ofrece distintas perspectivas y dimensiones interesantes a efectos transicionales ya que se combina el rápido tránsito desde una dictadura cívico-militar hacia un modelo democrático, siguiendo los cauces de una transición pactada, pero acelerada por la muerte del caudillo en un contexto de liberalización del régimen, con dos circunstancias particulares, a saber, la existencia de un movimiento terrorista heredado por la democracia y frente al cual el tratamiento a efectos transicionales ha seguido las pautas de negociación y reconciliación, junto con un contexto transicional general en el que prima la estabilización política frente a los mecanismos propios de la justicia transicional.

Hay una serie de elementos relevantes para comprender todas las facetas de la transición española a la democracia y de la transición española desde el terrorismo regional hacia la conversión en un fenómeno de representación política.

Gispert y Prats en su libro titulado *España: un estado plurinacional*, reflexionan sobre el concepto de identidad en el país. Es cierto que la obra pretende reflejar unas condiciones en las que el modelo de convivencia político-territorial diseñado en sede transicional no responde a una realidad efectiva, debiéndose haber optado por un enfoque

más próximo al federalismo en vez de por el modelo autonómico. A pesar de ello, hay una serie de reflexiones planteadas por los autores que son interesantes a efectos de análisis transicional. Los propios autores sostienen que

“el periodo político abierto con la muerte del general Franco ha hecho resurgir una serie de viejos y eternos problemas no solventados con el largo paréntesis de la dictadura. Entre éstos destaca el problema de la forma en que debe articularse el Estado (...). ¿Es España un Estado-Nación?¹⁰¹¹

El hilo conductor de cualquier reflexión que pretenda cuestionar la idea de la correspondencia entre estado y nación parte del concepto sociológico y político del hecho diferencial, en esencia, de entender que en el seno de ese estado hay comunidades que se identifican con una serie de valores e historia común que les son propios y les diferencian del resto de la sociedad, marcando así una serie de regionalizaciones dentro del estado e invalidando la tesis del estado-nación.¹⁰¹²

España, a pesar de mantener, en tanto que entidad geográfica delimitada por la Península ibérica, una cierta trayectoria histórica compartida, ha tenido diferentes desarrollos regionales y distintas manifestaciones culturales y sociológicas que han dotado de una cierta entidad y, por extensión, de una cierta autonomía a los gestores locales o regionales.

Dentro de las prácticas de la dictadura franquista, el elemento de la nación estaba exaltado desde el punto de vista propagandístico y desde el punto de vista centralizador. La idea de la homogeneidad como elemento de orden y de la diferencia como elementos disruptivos determinó una fuerte centralización estatal y esfuerzos por eliminar las manifestaciones locales que pudiesen quebrantar dicha idea de nación.

Durante la transición a la democracia estos debates se reavivaron, generando una discusión acerca de la capacidad de un único estado para gestionarlos y el modelo de distribución competencial que debía plantearse para que resultase exitosa una idea de estado con las distintas identidades locales.

La idea de democracia aquí planteada se articula sobre dos ejes, a saber, la demoprotección y la protección a las minorías. A este respecto, es importante dilucidar

¹⁰¹¹ GISPERT, C. y PRATS, J. M., *España: un estado plurinacional*, Ed. Blume, Barcelona, 1978, p. 7.

¹⁰¹² JIMÉNEZ, M., *Los regímenes políticos contemporáneos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971, p. 366.

las posibles diferencias o similitudes entre los conceptos de minoría y de nación, toda vez que el tratamiento de unos y otros en el seno de los sistemas de protección y en sede democrática es diferente.

En cuanto a las minorías, el tratamiento de las mismas dentro de los sistemas democráticos tiene una especial consideración, puesto que la democracia como sistema se caracteriza fundamentalmente por seguir la conocida como regla de las mayorías. Esto implica que el propio sistema debe determinar cuál es el papel, protagonismo y capacidades de las minorías dentro del mismo. La primera dificultad que se enfrenta es de orden terminológico ya que no existe una definición oficial única de lo que se entiende por minoría. En este sentido, hay cuatro definiciones que pueden ser útiles para desgranar cuáles son los principales elementos definitorios del concepto de minoría en el plano internacional, dónde existe consenso y cuáles son los puntos de divergencia:

En primer lugar, el relator Especial en 1977 de la Subcomisión para la Prevención de las Discriminación y la Protección de las Minorías, Francesco Caportoti, lo define como

“un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, que se encuentra en una posición no dominante y cuyos miembros, que son nacionales del Estado, poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población y manifiestan, aunque sólo sea implícitamente, un sentimiento de solidaridad para preservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma.”¹⁰¹³

En segundo lugar, Jules Deschênes, en su condición de miembro de la misma Subcomisión, realizó una propuesta de definición del concepto a la Secretaría General de Naciones Unidas incluyó un elemento subjetivo dotado de una mayor intensidad que el deseo de autoconservación y supervivencia, construyendo una definición a través del principio de solidaridad entendida en términos de voluntad colectiva del grupo identificable por sobrevivir con iguales condiciones y garantías que el grupo dominante o mayoritario y buscando una mayor igualdad formal y material, de hecho y por ley.¹⁰¹⁴

¹⁰¹³ CAPORTOTI, F., *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious, and linguistic minorities*, Ed. Naciones Unidas, New York, 1979, párr. 568.

¹⁰¹⁴ DESCHÊNES, J., *Proposal concerning a definition of the term “minority”*, submitted to United Nations Economic and Social Council, julio 1985.

En tercer lugar, Asbjorn Eide, en su condición de experto independiente de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), entendió en 1993, un año después de la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Minorías, que el concepto debía definirse como

“todo grupo de personas residentes en un Estado soberano, que representan menos de la mitad de la población de la sociedad nacional y cuyos miembros tienen en común características de naturaleza étnica, religiosa o lingüística que les distingue del resto de la población.”¹⁰¹⁵

En cuarto lugar, la propia Subcomisión para la Prevención de las Discriminación y la Protección de las Minorías ha optado por trabajar con una definición propia que reúna, en cierta manera, los elementos más habituales del concepto y entiende que minoría es aquel término que incluye únicamente aquellos grupos no dominantes en una población que poseen y desean preservar sus tradiciones o características de corte étnico, religioso o lingüístico marcadamente diferentes a las del resto de la población y con una estabilidad. Así pues, los requisitos principales para hablar de minoría serían dos, a saber, que sea un grupo de personas lo suficientemente numeroso como para preservar de forma autónoma sus tradiciones y que sean leales al Estado dentro del cual se encuentran incardinadas.¹⁰¹⁶

En quinto lugar, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación 1201 de 1993 plantea una serie de requisitos o características que deben reunir las personas que viven en un Estado para formar parte de una minoría nacional: residencia en el territorio de un Estado y ciudadanía de ese mismo Estado, existencia de vínculos antiguos, firmes y duraderos de convivencia con y en ese Estado, la tenencia de características étnicas, culturales, religiosas o lingüísticas bien diferenciadas, tener una representación suficiente a pesar de ser inferior al número de población general del Estado o región y existencia de una motivación de conservación de su identidad común ya sea por razón de cultura, tradición, religión o lenguaje.¹⁰¹⁷ De igual manera, la Resolución 1985 de 2014 del mismo órgano viene a definir las líneas de actuación de la Organización Internacional (en adelante OOII) en los años siguientes, entendiendo que las precisiones terminológicas son necesarias y desvinculándose de la ambigüedad que rodea al

¹⁰¹⁵ EIDE, A., *Protection of minorities: possible ways and means of facilitating the peaceful and constructive solution of problems involving minorities*, Subcomisión para la Prevención de las Discriminación y la Protección de las Minorías de Naciones Unidas, julio 1993.

¹⁰¹⁶ CAPORTOTI, F., *Study on...*, *op. cit.*

¹⁰¹⁷ Recomendación 1201 de 1993 adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) relativo a los derechos de las minorías, que dejaba un amplio margen de decisión estatal o margen de apreciación nacional a los Estados partes por, entre otras razones, no incluir una definición de lo que se entiende por minorías a los efectos de aplicación del protocolo en su ámbito material, temporal y espacial. Dos términos más, entiende la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, están en directa conexión con las minorías, concretamente, la de soberanía nacional conforme a los dictámenes y principios propios del Derecho Internacional Público (en adelante DIP), y las regiones autónomas como experiencias óptimas para la resolución de conflictos interculturales y la evitación de una escalada bélica, textualmente, se expone que “los acuerdos de autogobierno también contribuyen a la efectiva protección de los derechos de las minorías desde un planteamiento colectivo y evitando la asimilación.”¹⁰¹⁸

En este sentido, es importante diferenciar si el planteamiento por el que se opta en el marco de la protección de los derechos de las minorías tiende hacia la autodeterminación o hacia la diversidad, porque ambos caminos divergen en su esencia, de ahí que resulte pertinente una brevísima aproximación a la cuestión de la asimilación y una reflexión sobre si la alternativa a la autonomía solo puede ser esa o sociedades plurales y libres son posibles desde un punto de vista político y jurídico. La conceptualización de las minorías no está exenta ni de polémicas ni de desacuerdos toda vez que dentro de cada Estado las realidades divergen y los reclamos, especialmente en el marco de la autonomía son diferentes no sólo en relación al modelo de Estado, sino también en relación a los elementos que permiten la identificación concreta de un grupo. En el plano doctrinal hay dos conceptos principales de minorías, uno de ellos es el ofrecido por Soriano entendiendo que

“definiría a la minoría como un colectivo, frecuentemente de escasas dimensiones, definido por rasgos culturales innegociables –raza, lengua, religión, tradiciones, etc.– que se encuentra en una situación grave de dependencia respecto a una estructura de poder, estatal o supraestatal.”¹⁰¹⁹

Añón, sin embargo, considera que hay otros elementos definatorios exponiendo que

¹⁰¹⁸ Resolución 1985 de 2014 adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

¹⁰¹⁹ SORIANO, R.M., *Los derechos de las minorías*, Ed. MAD, S.L., Sevilla, 1999, pág. 18.

“puede aceptarse que una minoría es un grupo, numéricamente inferior al resto de la población de un Estado que se encuentra en una posición no dominante, cuyos miembros poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas que difieren de los del resto de la población y que, aunque sólo sea implícitamente, mantienen un sentido de solidaridad dirigido a preservar su cultura, tradiciones, religión o lenguaje.”¹⁰²⁰

Hay una convergencia en torno a determinados rasgos de las minorías, especialmente la idea de una integración dentro de algún tipo de entramado institucional dentro del cual el grupo se encuentra en inferioridad numérica y la existencia de una serie de características, étnicas, lingüísticas, religiosas o culturales principalmente que les son propias. En torno a los elementos subjetivos hay menos consenso, en el sentido de que no todas las definiciones consideran el factor de la voluntad de preservación de su identidad, el sentimiento de grupo ni el reconocimiento oficial de su existencia por el Estado. Si el análisis se sitúa en el plano de Estados democráticos y de Derecho, la cuestión de la dualidad asimilación versus protección parece casi inevitable, toda vez que el principio fundamental es de igualdad. Galindo, refiriéndose al caso español, apuntó que

“la convivencia solidaria entre la mayoría y las minorías de la sociedad se logrará en el momento en que el principio constitucional recogido en el artículo 14 de la Constitución española pase a ser realidad y no mera declaración. Para que ello se produzca es preciso que toda la sociedad aprenda a convivir con otras culturas: las conozca y las respete.”¹⁰²¹

El valor de la solidaridad y la idea de la convivencia son la piedra angular de la protección y el reconocimiento de las minorías dentro del Estado. Esto choca con la perspectiva de la asimilación cultural, que propugna la asunción por parte de los grupos minoritarios de las normas jurídicas vigentes en el Estado y de la cultura general. Es cierto que la cuestión de la asimilación cultural suele vincularse con prácticas históricas, especialmente, las colonialistas y, por extensión, parece significar en una primera aproximación, una pérdida de la identidad propia del grupo minoritario desde un enfoque pacifista o, en determinados tipos de Estado, concretamente, aquellos de corte autoritario o enfoque nacionalista, casi el exterminio de las culturas minoritarias en favor de una unidad nacional que pasa por la homogeneización cultural. El debate hoy se centra en la

¹⁰²⁰ AÑÓN, M. J., “Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº11, 1998, pp. 43-188.

¹⁰²¹ GALINDO, F., “Derecho y minorías”, en BALLESTEROS, J. (coord.), *Justicia, Solidaridad, Paz, Estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz*, Ed. Universitat de Valencia, Valencia, 1995, pp. 145-166, p. 160.

manera de poder combinar de alguna manera, no sin dificultades y evidentemente, no sin desequilibrios, una integración con una protección. Una de las principales dificultades es la distinta naturaleza y configuración de los derechos protegidos, en el sentido de que ese debate, en términos jurídicos, se traduce en la posibilidad de combinar un sistema fundamentado en el reconocimiento, garantía y protección de los derechos y libertades individuales, con la positivación de derechos de carácter colectivo sin desvirtuar la esencia del Estado de Derecho; en otras palabras, la pregunta que está en el aire es si dentro de ese tipo de ordenamientos jurídicos es factible el establecimiento de derechos de naturaleza colectiva entendiendo que estos pueden articularse, bien como derechos que pertenezcan a los individuos por razón de su pertenencia a colectivos determinados, bien como derechos solo ejercitables vía colectiva. No puede obviarse que, en ausencia de una definición consensuada de minoría, esto enfrenta una dificultad añadida y una carga para los Estados, la de asumir de manera interna el establecimiento de criterios para la determinación de lo que son grupos minoritarios, lo que, a su vez, implica la exigencia de un reconocimiento por el Estado de tales colectivos cuando estos vienen definiéndose a sí mismos por factores objetivos como la identidad religiosa, cultural, étnica o lingüística. El tema del reconocimiento también implica consecuencias en el plano de la legitimación, en el sentido de que deben delimitarse las consecuencias jurídicas de ese reconocimiento estatal en términos de participación, en términos de autonomía y en términos de accionamientos judiciales. Joseph Raz apunta de forma acertada las causas que hacen al Estado más propenso a hablar de tolerancia que de derechos y a las minorías a preferir la protección ofrecida por la vía de los derechos colectivos, a saber, la tolerancia trata de lo conveniente y los derechos tienen una contrapartida en deberes y obligaciones concretas.¹⁰²²

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las minorías de 1992 refleja bien esas dificultades en la protección en un momento de finalización de la Guerra Fría, con una serie de problemas étnicos sin resolver en Europa del Este y siguiendo la línea del Documento de Copenhague¹⁰²³, elaborado por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (en adelante OSCE), que enfatiza la necesidad de adoptar medidas desde los Estados para garantizar el goce de derechos en igualdad de condiciones por los miembros de minorías, el reconocimiento del derecho al desarrollo cultural y la

¹⁰²² RAZ, J., *The morality of freedom*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 166.

¹⁰²³ Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the Conference on Security and Cooperation in Europe (CSCE), 29 de junio de 1990.

necesidad de articular mecanismos internos institucionales que aseguren un respeto y protección específicos a las minorías. Hay seis principios sobre los que se asienta dicha Declaración: protección de la existencia de minorías, no exclusión, no discriminación, no asimilación, no reconocimiento del derecho de autodeterminación y ausencia de regulación de derechos colectivos.¹⁰²⁴

En materia de autodeterminación y minorías hay que establecer unas breves matizaciones: la primera es que las minorías no son consideradas pueblos o naciones; la segunda es que, si bien está reconocido en la Carta de Naciones Unidas y en el artículo primero de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos de 1966, la resolución 1514 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1960 limita este derecho a pueblos sometidos a dominación colonial¹⁰²⁵; la tercera es que la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre Estados recogida en la Resolución 2625 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 24 de octubre de 1970¹⁰²⁶, marca una tendencia hacia la diferenciación entre autonomía y libre determinación y entre libre determinación externa e interna. Esa distinción terminológica es esencial, porque marca de forma más nítida la diferenciación entre pueblos y minorías y las consecuencias en materia de reconocimiento, integración y participación política, optando, en materia de minorías, por un derecho a la autodeterminación interna garantizado por un sistema político y económico democrático y participativo que proteja los derechos de los individuos y la identidad de las comunidades que integran su seno, contando para ello con distintas herramientas constitucionales, federales o de participación y consulta.

No debe perderse de vista que en el origen de las democracias actuales está intrínseca la idea del modelo Estado-nación y que la propia perspectiva de los derechos individuales parte de una cierta homogeneidad cultural como garantía de estabilidad y orden dentro del Estado moderno. Hannah Arendt, en su obra *The origins of Totalitarianism* condensa bien donde se encuentra el origen del descuido de las minorías o de la relegación de las minorías al afirmar que “la caída del sistema feudal dio como resultado un nuevo

¹⁰²⁴Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992.

¹⁰²⁵ Declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 1514 de 14 de diciembre de 1960.

¹⁰²⁶ Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2625 de 24 de octubre de 1970.

concepto revolucionario de igualdad, conforme al cual “una nación sin nación” no podía seguir siendo tolerable.”¹⁰²⁷

En otras palabras, las minorías o su visibilidad en el ámbito de lo público son tradicionalmente vistas como anomalías o elementos de desacuerdo tal y como apunta Mill en su estudio titulado *Considerations on representative government*,

“allí donde existe algún tipo de sentimiento de nacionalidad, hay una causa prima facie para unir a todos los miembros de la misma nacionalidad bajo el mismo gobierno (...) Las instituciones libres son casi un imposible en un Estado que cuenta con distintas nacionalidades. Entre personas sin un sentimiento de pertenencia, especialmente, si leen y hablan en lenguas diferentes, la unidad de la opinión pública, necesaria para el funcionamiento de un gobierno representativo, no puede existir.”¹⁰²⁸

Evidentemente, dentro de esos planteamientos, las alternativas consideradas viables para el éxito de esas primeras formas de democracia exentas de los elementos sobre universalización de los DDHH que caracterizan a las actuales, eran dos: bien la asimilación cultural plena, bien la redistribución de fronteras. El propio Mill lleva este razonamiento hasta sus últimas consecuencias:

“nadie puede suponer que no es más beneficiosa para un bretón, un vasco o un franco-navarro, el estar incluido dentro de las ideas y sentimientos de una más civilizada y cultivada gente- ser miembro de la nacionalidad francesa, admitido en igualdad de condiciones en todos los privilegios de la ciudadanía francesa, gozar de las ventajas de la protección francesa y de la dignidad y el prestigio del poder francés- que enfoscarse en sus rocas, la reliquia de tiempos pasados casi salvajes, dando vueltas en su pequeña órbita mental, sin participación o interés en el movimiento general del mundo.”¹⁰²⁹

Se trata de un planteamiento nacionalista donde la identidad del individuo se asocia con una suerte de identidad colectiva; un planteamiento político que fue acogido por el liberalismo a pesar de contradecir en buena manera el pilar de los derechos individuales civiles y políticos que se reclamaban y que sirvió para la conformación de los Estados democráticos. Una de las más profundas consecuencias que Tamir atribuye a ese planteamiento es la posibilidad de que, en favor de esas raíces comunes profundas

¹⁰²⁷ AREDNT, H., *The origins of totalitarianism*, Ed. Harcourt Brace, San Diego, 1973, p. 11

¹⁰²⁸ MILL, J. S., *On liberty and other essays*, Ed. Oxford World's Classics, Oxford, 2008, p. 428.

¹⁰²⁹ *Ibidem*, pp. 430-431.

conceptualizadas a través de la consciencia nacional, los individuos sean incluso capaces de dar la vida por su propio país:

“la gloria del caído está íntimamente entrelazada con la gloria del Estado- el hecho de que individuos ejemplares den su vida voluntariamente por el Estado es determinante para probar que el Estado es merecedor de esa ofrenda, mientras que los méritos del Estado hacen que el sacrificio del caído valga la pena.”¹⁰³⁰

Esa idea dividió el mundo entre Estados legitimados por la unidad nacional y comunidades aisladas sujetas a esa idea moralizadora, ejemplificante o universalizadora del conquistador sobre esos pueblos con vistas a una asimilación completa. Es cierto que voces como Madison fueron capaces de identificar que, aunque las sociedades estatales se definían como homogéneas, la base del liberalismo y la propia realidad social reflejaban una heterogeneidad de intereses individuales y ese era el juego o el tablero sobre el que la democracia actuaba a través de la regla de las mayorías. Pérez Royo¹⁰³¹ en un artículo de opinión apunta una cuestión fundamental en este sentido, a saber, que si bien la democracia es el único sistema con un origen racional, civilizado y legitimado del poder y que opera a través de una regla de las mayorías, tal y como apuntaba Madison, “una parte de la sociedad frente a la injusticia de la otra parte (...) si una mayoría está unida por un interés común, los derechos de las minorías no estarán seguros.”¹⁰³²

Es ahí donde radica la principal problemática entre democracia y minorías; problemática no en el sentido peyorativo del término, sino en el sentido de disyuntiva o de reto. La situación diverge a lo largo del globo, ya que ni los orígenes, ni el porcentaje de población que representan, ni las vías para la canalización de sus demandas, ni sus peticiones son iguales. Tampoco es de igual magnitud las implicaciones que en materia de DDHH tienen sus reclamos, ya que el contexto democrático y las herramientas de protección general de las minorías, así como los mecanismos de demoprotección, dependen de cada Estado y de su modelo constitucional.

¹⁰³⁰ TAMIR, Y., “Pro patria mori! Death and the state”, en MACKIM, R. y MCMAHAN, J., *The morality of nationalism*, Ed. Oxford University Press, New York, 1997, pp. 227-241, p. 227.

¹⁰³¹ PÉREZ, J., “El interés general y la teoría de la democracia”, *El País*, 3 de julio de 1997.

¹⁰³² HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J., *El federalista*, Ed. Akal, Madrid, 2015.

En cuanto al concepto de nación, la trayectoria histórica desde la Ilustración hasta la tercera ola de democratizaciones en el mundo define una identificación entre estado y nación que vino delimitada según Carrillo por el hecho de que

“Todo grupo social se diferencia de los demás grupos y adquiere clara conciencia de sí mismo por su contacto con el exterior, y en este sentido, el rol del Estado-nación ha consistido tanto en el establecimiento del orden interior del Estado como en la protección del grupo estatal, frente a lo que los sociólogos denominan elementos exteriores al grupo, es decir, los otros estados, los grupos ideológicos, culturales, etc. La relevancia del grupo ideológico en las relaciones internacionales contemporáneas es, desde luego, indiscutible, y es cierto que desde una perspectiva sociológica, no es correcto reducir lo internacional a lo interestatal, ya que en la esfera social e histórica que es la de las relaciones internacionales en su conjunto, la preponderancia del Estado, en cuanto grupo primario de la sociedad internacional no excluye la concurrencia de otros actores y factores. Pero en la esfera jurídica, dicha reducción es más rigurosa, porque en ella el Estado-nación ha logrado, sin duda, un papel casi determinante.”¹⁰³³

Otras aproximaciones al concepto de estado, como la de Morgenthau, mantienen la idea de un estado donde conviven grupos con diferentes intereses y en la que las instituciones estatales juegan un rol de gestión desinteresada de los grupos en conflicto, propugnando una idea de estado más cercana a la tecnocracia o a la mera gobernanza que a la de nación, al extraerle todo su significado como grupo único de intereses:

“En gran parte, la violencia organizada de las sociedades nacionales es neutral con referencia a las demandas en conflicto de los grupos sociales, en tanto permanezcan dentro de los límites del derecho y utilicen medios pacíficos. (...). En verdad, la organización compulsiva de la sociedad no puede ser completamente neutral, pues como hemos visto, el orden legal que hace cumplir no es completamente neutral y no puede menos que favorecer el status quo al cual debe su existencia. Si es amenazado, el status quo puede contar con el apoyo de la fuerza compulsiva de la sociedad. Sin embargo, la característica peculiar de la organización compulsiva de las sociedades es que tienen un prejuicio en favor «del 'status quo', pero en gran medida no un prejuicio en favor de un 'status quo' en particular.”¹⁰³⁴

En el plano del análisis sobre las relaciones internacionales y sobre la configuración del paradigma de comunidad internacional, Samir Amin acuñó el concepto de formaciones sociales. Aunque se trata de un concepto pensado para definir cómo es posible la conjugación de un sistema universal como el de Naciones Unidas, lo cierto es

¹⁰³³ CARRILLO, J.A., SERRERA, P. y CLAVERO, F., “Federalismo, autonomía y descentralización”, *Anales de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*, nº3, 1998-2003, pp. 75-216.

¹⁰³⁴ MORGENTHAU, H., *Política entre las naciones*, Ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2020.

que es también aplicable al contexto interno de los estados, de la idea de nación y de las comunidades dentro de los estados. En particular, Amin sostiene que

“Varias sociedades constituyen un sistema de deformaciones sociales cuando las relaciones que ellas mantienen entre sí son lo suficientemente densas para que las oposiciones y alianzas de clases no puedan ser analizadas al nivel de cada una de ellas, sino que deban ser consideradas al nivel global del sistema. (...). Hemos propuesto el concepto de sistema de formaciones sociales cuando las oposiciones y las alianzas de clase en un miembro, en un Estado, reaccionan significativamente a las oposiciones y alianzas de otro. En caso contrario, estas formaciones son autónomas.”¹⁰³⁵

La sustitución del término sociedad por comunidad, pueblo o nación es la que delimita su aplicabilidad al contexto estatal y a la diferenciación entre la existencia de un gobierno de carácter unitario y una serie de particularidades de carácter regional vinculadas a la historia, la cultura, la lengua, las costumbres o la religión. Esta concepción enlaza con la propia etimología del término nación, que tiene su origen en el concepto romano *natio*, empleado para referirse a comunidades humanas sin consideración de su organización política y atendiendo a lazos de sangre o costumbre. Ya en la época romana contrastaba con el término *civitas* estableciéndose una diferenciación entre comunidades vinculadas o unidas por cuestiones de costumbre y comunidades, equivalentes o de mayor o menor tamaño, unidas por unas instituciones y leyes compartidas. El propio Quintiliano en el siglo I recogería dicha dualidad, ya que, tal y como recoge González, escribiría que “la nación, pues ambas naciones tienen su propia moral y no son lo mismo en bárbaro, romano y griego.”¹⁰³⁶

En el siglo XIII el concepto de nación hereda su origen romano para ser atribuido a lo que hoy denominamos comunidades étnicas, es decir, comunidades vinculadas por el linaje y la cultura. Esta concepción permitía una identificación de múltiples naciones en un solo individuo en atención al lugar y las circunstancias en las que se encontraba.

Una de las manifestaciones que mejor define la distinción que poco a poco se iría conformando entre nación y estado y entre estado y patria es el comentario de Fray Jerónimo de Feijó en el Tomo III del *Teatro Crítico*, distinguiendo entre un amor a la patria y una pasión nacional. Amor y patria aparecen como elementos positivos y

¹⁰³⁵ AMIR, S., *El desarrollo desigual. Ensayo sobre las formaciones sociales del nacionalismo periférico*, Ed. Fontanella, Barcelona, 1975.

¹⁰³⁶ GONZÁLEZ, J. L., *Una apología del patriotismo*, Ed. Taurus, Madrid, 2002, p. 23.

naturales, mientras que pasión y nación aparecen con una visión desenfadada, perturbadora del orden social. En el Concilio de Constanza, a la hora de definir las entidades con capacidad de elección de papa, se discutió la cuestión de la nación. Una de las nociones de mayor peso fue la propuesta por Inglaterra que sostenía que:

“la nación se entiende como un pueblo que se distingue de otros por una relación de sangre y un hábito de unidad o por diversidad de lenguas, que son la máxima y más veraz de las pruebas de una nación y su misma esencia por derecho divino y humano. (...). Todo el mundo sabe que no importa si una nación obedece a un príncipe o a varios. ¿No hay muchos reinos en la nación española que no rinden obediencia al rey de Castilla, el principal gobernante de España? Y, sin embargo, de ello no se sigue que no formen parte de la nación española. La Provenza, el Delfinado, Saboya, Borgoña, Lorena y muchas otras regiones que no tienen nada que ver con nuestro adversario de Francia, ¿no se incluyen, sin embargo, en la nación francesa o galicana?”¹⁰³⁷

El sentimiento de nación se fue explotando políticamente hasta desembocar en las concepciones propias de la Revolución Francesa y el pensamiento de Sieyès, que lo asimilaba al de pueblo y al de aceptación de una soberanía común o, en los términos de la época, a una comunidad que acepta un mismo pacto o contrato social hasta el punto de que, tal y como expone Foucault, “todo lo que es nacional es nuestro, y todo lo que es nuestro es nación.”¹⁰³⁸

Esto supone que, en el contexto de la Revolución Francesa, hay dos acepciones de nación y un intenso debate filosófico sobre la definición del concepto: por un lado están los posicionamientos de asimilación entre estado y nación como base del comunitarismo de Rousseau, toda vez que la diferenciación entre estado y nación supondría la inoperatividad del pacto por no existir una única soberanía; la alternativa a esta explicación era sustraer al concepto de nación cualquier tipo de significación política. En la vertiente opuesta se encontraban las posturas más cercanas a Herder, que llevaban hasta el extremo el concepto de nación, para entender que existían tantas manifestaciones de nación como individuos. Los propios movimientos de la reunificación alemana e italiana emplearon el concepto de nación con caracterizaciones de ambas visiones, toda vez que el elemento cultural común, por ejemplo y tal y como sostenía Fichte, la lengua alemana, era el que sentaba las bases de una comunidad política homogénea que, al

¹⁰³⁷ LOOMIS, L. R., Loomis: “Nationality at the council of Constance: An Anglo French dispute”, *The American Historical Review*, nº44, 1939, pp. 525-526.

¹⁰³⁸ FOUCAULT, M., “*Il faut défendre la société*” *Cours au collège de France. 1975-1976*, Ed. Seuil, Paris, 1997, p. 198

compartir cultura, debía identificarse necesariamente con el estado. La frase de Fichte que mejor define este postulado es la que sostiene que “los hombres son formados por la lengua, más que la lengua sea formada por los hombres.”¹⁰³⁹ En definitiva, lo que subyacía era un empleo de determinadores subjetivos que, traducidos en una voluntad común, movilizaban a la nación a organizarse políticamente.

La trayectoria histórica y, especialmente, el siglo XX han llevado a la conclusión de que hay una diferencia entre los términos de nación, estado y pueblo, con independencia de que, en determinadas circunstancias, puedan llegar a ser coincidentes y todo ello porque cada término obedece a una realidad diferente. Así, el estado es comunidad política, la nación es comunidad cultural y el pueblo es comunidad étnica. Calduch, con base en estas reflexiones define el concepto de nación como

“aquella colectividad que ha alcanzado la integración cultural entre sus miembros, en el transcurso de un proceso histórico común, y gracias a la cual goza de una capacidad de actuación y relación con otras colectividades internacionales, así como de una autonomía funcional interna garantizada por la identificación entre los individuos y la nación.”¹⁰⁴⁰

Esto supone que la relación entre estado y nación o entre estado y naciones es conflictiva, pero puede funcionar en contextos de democráticos, toda vez que la nación aporta sustratos de legitimidad estatal y el estado aporta apoyo institucional y base jurídica. Como sostiene Gellner, las relaciones entre estado y nación o entre estado y naciones no son pacíficas ya que:

“El principio nacionalista de la organización social requiere, en efecto, la unión de la política y la cultura: un Estado se convierte en protector de una cultura y uno obtiene la ciudadanía en virtud de la participación en una cultura (y también cumpliendo con su imagen prescrita) y no en virtud del linaje, residencia, propiedad o cualquier otra cosa. El principio nacionalista es muy difícil de satisfacer en condiciones de gran diversidad cultural (étnica), donde se yuxtaponen pueblos de lenguajes muy distintos y donde la cultura y el idioma son a menudo funciones no de la posición en el mapa geográfico sino en el papel y el estrato social.”¹⁰⁴¹

¹⁰³⁹ MEDINA, J. R., *Fichte a través de los “Discursos a la Nación Alemana”*, Ed. Apóstrofe, Barcelona, 2001, p. 22.

¹⁰⁴⁰ CALDUCH, R., *Relaciones Internacionales*, Ed. Ediciones de Ciencias Sociales D. L., Madrid, 1991, pp. 114-133.

¹⁰⁴¹ GELLNER, E., *Encuentros con el nacionalismo*, Ed. Alianza, Madrid, 1995, p.43.

Esto supone que en el marco de estas relaciones y de sus interacciones, el eje central es la representatividad de los intereses de la nación o naciones en sede estatal ya que todas las experiencias conflictivas entre estado y nación vienen determinadas por experiencias de homogeneidad cultural.¹⁰⁴² En esencia, los conceptos de nación y estado no se contradicen y pueden convivir. Lo que genera la conflictividad es la ideologización del concepto de nación a través del nacionalismo, toda vez que la propia idea de nación es abstracta y difícilmente definible de manera genérica, ya que obedece a un sentimiento de identificación colectiva y de pertenencia que puede manifestarse en distintos parámetros como la lengua, la cultura o el territorio. Así, Anderson propone la idea de que la nación es una comunidad política imaginada¹⁰⁴³, en contraposición a la materialización concreta de la nación a través del estado propuesta por Gellner:

“Las naciones como algo natural, una manera de Dios para clasificar a los hombres, algo como un destino político inherente (...), son un mito; el nacionalismo, que algunas veces toma culturas pre-existentes y las transforma en naciones, algunas veces las inventa, y con frecuencia destruye culturas pre-existentes: esto es una realidad.”¹⁰⁴⁴

En esta distinción entre nación y nacionalismo resulta particularmente importante lo apreciado por Valero en el sentido de que el surgimiento de los nacionalismos como agrupación en unidades homogéneas tiene su origen en el feudalismo y en la industrialización donde los espacios de poder resultaban restringidos y la legitimidad de los actores sociales no representados buscaba alguna vía de manifestación. El autor propone que los pilares que lo sostienen son la alteridad, la pluralidad y la identidad y que

“el problema surge cuando uno de los tres principios se aísla de los otros (...). El principio disociador comienza a buscar elementos que den coherencia a su acción y refuerzan su posición para poder construir un nuevo sistema política, entonces, el elemento disidente se asocia a cualquier componente diferenciador adquiriendo para sí, internalizando sus características.”¹⁰⁴⁵

¹⁰⁴² CALDUCH, R., *Relaciones...*, *op.cit.*, p. 137.

¹⁰⁴³ ANDERSON, B., *Comunidades...*, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁴⁴ GELLNER, E., *Nations and nationalism*, Ed. Cornell University Press, New York, 1983, pp.48-49.

¹⁰⁴⁵ VALERO, J., “El nacionalismo: una realidad de nuestra sociedad” en NAVAJAS, C. (coord.), *Actas del II Simposio de Historia Actual. Logroño, 26-28 de noviembre de 1998*, Ed. Instituto de Estudios Riojanos, Logroño, 2000, pp. 371-384, p.373.

Ante una acción estatal unificadora, se aprecia una pérdida de identidad local o comunitaria que crea el germen para la simbolización del elemento de unión de cada nación, dándose un doble fenómeno que es el sustento del nacionalismo:

Por un lado, lo determinado por Melucci, a saber, que “la llamada étnica lanza su desafío a las sociedades complejas en cuestiones tan fundamentales como los objetivos del cambio y la producción de identidad y de significado.”¹⁰⁴⁶

Por otro lado, lo determinado por Gellner en el sentido de que “el nacionalismo no es el despertar de las naciones a la conciencia de sí; inventa naciones donde no existen, pero necesita que existan de antemano algunos signos distintivos en los que basarse, incluso cuando su desarrollo conlleve el encerrar en círculos herméticos su propia identidad.”¹⁰⁴⁷

Esto supone que la definición de nacionalismo propuesta por Herrero tiene plena vigencia:

“Se trata de un movimiento de integración política, protagonizado por una minoría, desarraigada de la cultura tradicional y que ha asumido valores «modernos», que toma conciencia de pertenecer a una comunidad diferente y que propaga esa conciencia en el seno de dicha comunidad.”¹⁰⁴⁸

En esencia, frente a la noción cultural de nación, el nacionalismo es su reacción política, especialmente en contextos donde hay una puesta en valor de las comunidades y tradiciones locales frente a una acción estatal centralizada que se percibe como una amenaza para la supervivencia del grupo o que se instrumentaliza políticamente para la consecución de objetivos que exceden el carácter comunitario y cultural de la nación.

En el contexto español, los regionalismos, entendiendo por tal, la existencia de sentimientos de pertenencia territorial y cultural son el catalán, el valenciano, el mallorquín, el vasco, el gallego, el aragonés, el asturiano, el castellano y el andaluz. Algunas han tomado la forma de nación, otros la de nacionalismo y otros no tienen una relación de oposición a la legitimidad estatal, pero sí manifiestan la existencia de regionalidades como particularidades específicas ligadas a una forma de vida condici-

¹⁰⁴⁶ MELUCCI, A., *Nomads of the Present*, Ed. Hutchinson Radios, Londres, 1989, p. 34.

¹⁰⁴⁷ GELLNER, E., *Thought and change*, Ed. Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1964, p. 168.

¹⁰⁴⁸ HERRERO, M., “¿Qué es el nacionalismo?”, *Ayer*, nº35, 1999, pp. 201-206, p.201.

geográficamente que ha determinado una cultura concreta. A efectos transicionales y de verdad, estas consideraciones son interesantes en el sentido de que tuvieron una notable influencia en el modelo transicional español y, particularmente, en la configuración de la organización territorial del Estado y de las atribuciones a unos y otros territorios en atención a la legitimidad histórica de los discursos nacionalistas y regionalistas, de su intensidad y de su capacidad para comprometer el proceso transicional. En el plano de la verdad resultan relevantes en tanto en cuanto el nivel de adaptación transicional a dichos reclamos supone la atribución de un reconocimiento implícito a las causas nacionalistas y regionalistas y supuso incluso una medida reparativa frente a los postulados patrióticos y de unificación nacional postulados desde el régimen franquista.

ii. El camino desde la Segunda República

La Segunda República fue un intento breve por establecer un régimen democrático en España, que tuvo lugar en el contexto de la Europa de entreguerras. Malefakis da una visión sobre este periodo que combina tanto la visión de aquellos que consideran este periodo como una etapa de fallos de carácter político, como de aquellos que la ensalzan; el autor expone que “a pesar de todos sus defectos – que fueron múltiples –, la República de abril de 1931 estaba envuelta en una nobleza que la hizo excepcional tanto en su tiempo como en el conjunto de la historia de España y Europa.”¹⁰⁴⁹

La caída de la monarquía el 14 de abril de 1931 en España determinó la aceleración del proceso de reforma económica, social y jurídica en el país por parte de los promotores de la Segunda República. Tal y como sostiene Cabo Martín, se partía de una ruptura radical con el modelo adoptado durante y como resultado del proceso de Restauración.¹⁰⁵⁰

El primer movimiento fue una reforma electoral impulsada desde el gobierno provisional de Alcalá Zamora por la vía de los decretos, concretamente los decretos de 8 y 29 de mayo de 1931, dotados del carácter de norma con rango de ley dos meses más tardes y que vendrían a convertirse en el proyecto electoral de la Segunda República. Se trata de un proyecto en el que, frente al sistema tradicional español basado en la

¹⁰⁴⁹ MALEFAKIS, E., *Reforma agraria y revolución campesina en la España del siglo XX*, Ed. Ariel, Barcelona, 1971, p.445.

¹⁰⁵⁰ DE CABO, C., “República y constitución: vinculación histórica y teórica”, *Jueces para la democracia*, nº57, 2006, pp. 11-17, p. 14.

proporcionalidad territorial, se primaba el rol de las mayorías con vistas a que un mayor número de votos a nivel general se tradujese en un mayor número de escaños.

El segundo movimiento fundamental y que marcaría el devenir del proyecto político y de estado republicano fue la reforma militar, una medida que, tal y como expone Christiansen, parecía útil y necesaria para garantizar una cierta estabilidad a la luz de la trayectoria de intervención política del estamento militar en el contexto español.¹⁰⁵¹ El Ejército se había articulado más que como un sistema de defensa o en el brazo armado del estado, en una suerte de cuerpo garante de una idea concreta de orden y patria que se veía facultado para intervenir en el plano político cuando consideraba que esos valores estaban siendo comprometidos. Esta práctica ha sido muy estudiada en la historiografía generando toda una serie de producciones, estudios y teorías a cerca del modelo español de pronunciamientos militares. La obra de Payne titulada *Los militares y la política en la España contemporánea* da buena cuenta acerca del vínculo existente entre el entendimiento del ejército moderno y la labor de orden. El origen del ejército tal y como se concibe en la modernidad, aparece asociado al Congreso de Viena, es decir, aparecen vinculados a la garantía de un orden interno o nacional y a la defensa de las fronteras nacionales. Tal y como sostiene Muñoz Bolaños, el resultado de este proceso de profesionalización militar derivó en

“el surgimiento de una cultura militar de corte conservador, incluso reaccionario; articulada en torno a un conjunto de valores muy precisos: ultranacionalismo primario – apoyado en una mística y en conceptos claves como el amor a la patria, o el deber de defenderla frente a cualquier enemigo, que les llevó a considerar que no debían lealtad al gobierno de turno, sino al concepto más abstracto de Nación.”¹⁰⁵²

En definitiva, la progresiva liberalización y procesos de semidemocratización ocurridos desde finales del siglo XIX y, particularmente en el siglo XX, desencadenaron las reacciones militares en favor de la preservación del conservadurismo y un cierto costumbrismo en el plano político. Es cierto que el intervencionismo militar en política formó parte de la historia común europea en los periodos de tiempo mencionados; no obstante, con ocasión de las contiendas mundiales, los cuerpos militares europeos

¹⁰⁵¹ CHRISTIANSEN, E., *Los orígenes del poder militar en España: (1808-1854)*, Ed. Aguilar, Madrid, 1974.

¹⁰⁵² MUÑOZ, R., “El ejército español como protagonista de la Historia. Análisis de la obra de Stanley G. Payne. Los militares y la política en la España contemporánea”, *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, nº11, 2017, pp. 117-138, p. 117.

asumieron un rol de profesionalización en la guerra basado en la defensa de los intereses nacionales. Lo que verdaderamente caracteriza al ámbito castrense y a su relación con la política en España, es que su papel ha estado vinculado desde el Régimen de los Espadones, y la Gloriosa Revolución de 1868 no a la defensa nacional, sino a la defensa de una determinada visión política, ya fuese la monarquía o el sistema liberal durante las guerras carlistas. El matiz, por tanto, radica no en la categoría de valores defendidos por el estamento militar, sino en la fundamentación de los mismos; en otras palabras, en España se da un fenómeno de intervencionismo político militar junto con un fenómeno de ideologización militar lo que, en definitiva, venía a sustentar la posibilidad de que una ausencia de reconocimiento de la legitimidad gubernamental por los militares supusiera su intervención para derrocar al gobierno en cuestión.

Este fenómeno de ideologización militar fue lo que determinó la reforma militar de Manuel Azaña con vistas a que la fuerza armada del estado quedase sometida al gobierno civil y no viceversa, suprimiendo la Academia General de Zaragoza, reformando el Código de Justicia Militar y reduciendo los efectivos militares, especialmente los altos cargos y suprimiendo las categorías de capitán general y teniente general.¹⁰⁵³

El tercer movimiento, altamente cuestionado en el proyecto republicano por la historiografía y empleado en el discurso político peyorativo sobre este periodo de la historia española reciente, fue la Ley de Defensa de la República que, si bien venía a articularse como un mecanismo jurídico provisional hasta la tramitación de la que sería la Constitución Española de 1931, permaneció vigente durante todo el periodo, elevada de principio del estatuto jurídico del gobierno provisional a norma con rango de ley por la disposición transitoria segunda de la Constitución de 1931. Se trató de una norma de carácter y finalidad represiva que sancionaba una serie de hechos considerados como agresiones a la República, entre los que se incluía la apología de la monarquía, la difusión de noticias que alterasen el orden público o las huelgas no anunciadas públicamente. Azaña presentó la ley a las Cortes como una herramienta para captar el apoyo de una parte del entramado social que asociaba república con anarquía: “esta Ley tiene en primer lugar la ventaja de hacer creer y hacer saber al país que es posible una República con autoridad

¹⁰⁵³ UHLER, M. A., “Manuel Azaña y el debate teórico sobre el ejército durante la Restauración”, *Sistema: Revista de ciencias sociales*, nº 159, 2000, pp. 97-120.

y con paz y con orden público.”¹⁰⁵⁴ En 1933 sería formalmente derogada y sustituida por la Ley de vagos y maleantes y la Ley de Orden Público que, a efectos prácticos, venían a establecer una labor de persecución política similar, fundamentada en el orden público y cuyas aplicaciones se intensificarían con la Revolución de Octubre de 1934 y a partir de febrero de 1936.

El mismo razonamiento fue el que determinó que la Segunda República desarrollase una fuerte política de mantenimiento del orden público frente a los movimientos anarquistas, llegando a desencadenar uno de los episodios que hicieron tambalearse el débil equilibrio político parlamentario de la Segunda República, a saber, la conocida como Matanza de Casas Viejas.

La contextualización de la Segunda República es relevante a efectos de comprender su propia evolución y, especialmente, a efectos de comprender por qué se asocia con un proyecto democrático, a pesar de la dureza de las políticas de orden público desempeñadas por sus gobiernos. La Segunda República había supuesto el final de la dictadura de Primo de Rivera y, frente a los fenómenos italiano y alemán, parecía ser una deriva más aperturista y menos basada en la gestión de las masas o en una política de corte populista. Uno de los aspectos que más contribuyen a sostener esta visión radica en el hecho de que la vertiente más conservadora de la política española aceptó las reglas del juego democrático y consiguió organizarse en partidos políticos con capacidad de participación en procesos de concurrencia competitiva electoral y, sobre todo, con capacidad de movilización de votantes. El éxito de los partidos conservadores en las elecciones municipales parciales de 25 de abril de 1933 derivó en la aplicación intensificada de los mecanismos represivos recogidos en la Ley de Defensa de la República y en la capacidad estatal de intervención sobre los periódicos y las agencias informativas, clausurando las publicaciones de derechas e instaurando un régimen de censura previa. Sinova ofrece un análisis de estas actuaciones sobre la libertad de prensa en una obra titulada *La prensa en la Segunda República española: Historia de una libertad frustrada*; el propio título es indicativo del clima presente en la política española durante el contexto republicano. Lo cierto es que, si bien la retórica de los progresistas en la Segunda República coincidía con un *pseudodemocracia* y con el establecimiento y ampliación progresiva de los derechos y libertades, la realidad política y social del

¹⁰⁵⁴ Discurso de Manuel Azaña presentando la ley a las cortes recogido en MERINO, J. F., *Regímenes históricos españoles*, Ed. Tecnos, Madrid, 2008, pp. 198-199.

momento generaba un debate entre lo ideológico y lo electoral; en otras palabras, la instauración del sistema democrático se había realizado pensando en la participación de los grupos conservadores, pero en la configuración de un sistema electoral que asegurase la victoria progresista.¹⁰⁵⁵ El hecho de que en 1933 los conservadores aceptasen las reglas electorales democráticas, o al menos, aceptasen concurrir electoralmente de manera cohesionada, es decir, como un bloque único, fue lo que modificó las aspiraciones progresistas que, personificadas en el gobierno de Azaña, desarrollaron una estrategia de empleo de las instituciones de gobierno y de la capacidad de intervención estatal para minar la capacidad difusora del proyecto del grupo conservador y se negaron a aceptar la victoria conservadora en las elecciones de 1933, proponiendo tanto la disolución de la cámara como amenazando con una ruptura del pacto democrático a favor de la revolución proletaria. El propio Largo Caballero, líder del PSOE, en un discurso de 14 de noviembre de 1933 exponía que

“en nuestra táctica aceptamos y propugnamos un período de transición, durante el cual la clase obrera, con todos los resortes del Poder político en sus manos, realiza la obra de la socialización y del desarme económico y social de la burguesía. Eso es lo que nosotros llamamos la dictadura del proletariado hacia la cual vamos. (...) Algunos creen que la dictadura proletaria es una especie de dictadura de Primo de Rivera. No es así como la entendemos. La dictadura proletaria no es el poder de un individuo, sino del partido político expresión de la masa obrera, que quiere tener en sus manos todos los resortes del Estado, absolutamente todos, para poder realizar una obra de Gobierno socialista.”¹⁰⁵⁶

Este punto mostró claramente una de las claras deficiencias del orden constitucional republicano y fue el hecho de que, si bien las intenciones podían ser buenas, la influencia de la época, la fuerte ideologización de la labor de gobierno, y la visión del adversario político como enemigo primaban como factor decisorio en política, por encima de los principios de funcionamiento democrático.

El empleo de la Ley de Orden Público para decretar el estado de guerra con ocasión de la llamada Revolución de Asturias, de corte soviético, en 1934 terminó de corroborar la ausencia de capacidad de entendimiento y diálogo por parte de los representantes políticos, ya que suponía la plena suspensión de las garantías constitucionales, que, en empleo de la facultad de prórroga a través de la Diputación

¹⁰⁵⁵ SINOVA, J., *La prensa en la Segunda República española: Historia de una libertad frustrada*, Ed. Debate, Barcelona, 2006.

¹⁰⁵⁶ Discurso de Largo Caballero en un mitin celebrado en Murcia el 14 de noviembre de 1933 publicado en *El Socialista* nº7731 de 15 de noviembre de 1933.

Permanente, se extendió hasta el 23 de enero de 1935, aunque, en la práctica, el empleo de los sucesivos estados de excepcionalidad supuso que no se reinstauró el orden constitucional hasta el 7 de enero de 1936. Las elecciones de 1936 supusieron la vuelta al gobierno de los progresistas y el empleo por parte del nuevo gobierno de las mismas facultades empleadas por los conservadores con ocasión de la revuelta comunista. En esencia, lo que traslucía era un intento de todos los gobiernos por imponer su modelo ideológico a través de la suspensión de los cauces, procedimientos y garantías de corte democrático que habían sido instaurados con la Constitución de 1931, invalidando así el ordenamiento jurídico planteado. Esta medida emprendida por el gobierno progresista de 1935 sirvió para sentar uno de los argumentos esenciales del golpe de estado a efectos de justificación social e internacional de la intervención militar, a saber, la reinstauración de un orden, no necesariamente constitucional. Desde el lado contrario, el golpe de estado se calificó como una interrupción de la normalidad constitucional republicana, pero lo cierto es que de la práctica política no se desprende sino la continua alteración de dicha normalidad constitucional en ambos sectores, derecha e izquierda.

Las características esenciales del estado alarma decretado el 17 de febrero de 1936 en todo el territorio nacional consistían en la facultad de que las autoridades civiles, de conformidad con el artículo 40 de la Constitución, podían detener a cualquier persona con el objeto de preservar el orden público y en la alteración de los procesos de toma de decisiones basados en la preservación del orden público, permitiendo, entre otras actuaciones, amnistiar a los participantes de la revolución de 1934 y decretar la ocupación de fincas por razones de utilidad social. La que fuese la última sesión plenaria de las Cortes en España hasta 1977, estuvo marcada por las interpelaciones de Gil Robles, líder de la derecha, al gobierno, en las que aludía la presencia de una situación anárquica en el territorio y de alto nivel de violencia, marcado por la quema de iglesias, los asesinatos políticos, los asaltos con violencia, las huelgas generales y la censura, a pesar de la suspensión de las garantías constitucionales como herramienta para la preservación del orden. En una frase casi profética si se ve con retrospectiva, Gil Robles finalizaría su intervención exponiendo que “Hoy desgraciadamente España es una anarquía y hoy asistimos a los funerales de la democracia.”¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵⁷ Discurso de Gil Robles en la sesión plenaria de 16 de junio de 1936 recogido en HUGH, T., *La Guerra civil española*, vol. 1, Ed. Debolsillo, Barcelona, 2010, p. 27.

Vigón sostiene que el contexto de los últimos años de la Segunda República, marcado por la concatenación de estados de excepción y suspensión de garantías constitucionales, unido al clima de violencia política presente a nivel institucional y social ya vaticinaba la presencia de un conflicto latente, definiendo casi como inevitable el contexto de Guerra Civil inmediatamente posterior:

“En los últimos años de la Segunda República había aquí muchas gentes que se resistían a entender que estábamos ya en guerra civil: algunos lo decíamos, pero apenas nadie aceptaba la idea; donde unos cuantos veíamos las típicas acciones de extrema vanguardia que conducen a la toma de contacto de dos ejércitos, los demás se obstinaban en ver solamente atentados, represalias y contrarrepresalias. Parecían afectados de una ceguera irremediable que le colmaba a uno las medidas de la irritación. Y los mismos que mataban y morían se imaginaban protagonistas de episodios anormales de una lucha política muy corriente.”¹⁰⁵⁸

El nivel de tensión, discrepancia y, especialmente, la presencia de posturas diametralmente opuestas entre los líderes de la derecha y los de la izquierda, unidos a las propias fracturas dentro de cada bloque, propiciaron un escenario en el que, ante la presencia de un vacío institucional de poder, la retórica por un lado revolucionaria y por otro antirrevolucionaria constituyeron la principal actividad política.

Lo cierto es que la realidad política resulta especialmente desencantadora con el proyecto que inicialmente se planteaba y que es el que ha determinado que la Segunda República, a pesar de ser un periodo de sombras en el plano de la práctica política, sea también un periodo de luz en cuanto a la calidad y anticipación de los contenidos democratizadores constitucionales. La Constitución de 1931 fue el fruto del trabajo de una Comisión Jurídica Asesora dependiente del Ministerio de Justicia y constituida por trece personas, entre ellos expertos en derecho constitucional, de la que derivó un anteproyecto constitucional marcado por dos aspectos relevantes:

En primer lugar y siguiendo el estilo de la Constitución de Weimar, se declaraba a la Iglesia Católica y al resto de confesiones religiosas como corporaciones de derecho público, pero no teniendo ninguna el carácter de religión de Estado.

¹⁰⁵⁸ VIGÓN, J., *Milicia y política*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1947, p. 402.

Y, en segundo lugar, establecía un sistema bicameral en el que el Congreso suponía el órgano de representación política y el Senado el órgano de representación de intereses sociales organizados

Sin embargo, tal y como declararía Jiménez de Asúa en el discurso de 27 de agosto de 1931 en las Cortes, el proyecto final estaba fuertemente marcado por una dirección ideológica y doctrinal.¹⁰⁵⁹ Corcuera sostiene que la intencionalidad, plasmada en la estructura constitucional y en el contenido más democrático y menos puramente ideológico, era la de tomar como referencia las experiencias constitucionales europeas del periodo de entreguerras¹⁰⁶⁰; esto quedó fundamentalmente marcado en dos aspectos, los principios generales y la configuración de un estado con enfoque integral e integrador de las particularidades regionales.

En el marco de los principios generales, el Decreto de 15 de abril de 1931, en el que el gobierno declaraba el sometimiento de su actividad a las normas jurídicas, anticipaba la intencionalidad de optar por el modelo de un estado de derecho.¹⁰⁶¹ En un sentido similar operaban las consideraciones previas del decreto de 15 de abril de 1931, por el que se concedía la amnistía por los delitos políticos, sociales y de imprenta (hoy libertad de prensa) al expresar que la derogación del Código Penal era necesaria por “haber sido uno de los mayores desafueros dictatoriales, contrario a los principios básicos de cultura jurídica.”¹⁰⁶²

El modelo de estado de derecho diseñado por la Constitución de 1931 pivotaba sobre dos ejes: el Tribunal de Garantías Constitucionales, con jurisdicción en todo el territorio nacional¹⁰⁶³ para conocer de dos figuras asimilables al recurso de inconstitucionalidad y a la cuestión de inconstitucionalidad propias del actual Tribunal Constitucional¹⁰⁶⁴; y el reconocimiento de derechos y libertades, dentro de los cuales tenían especial importancia la igualdad como fundamento para la supresión de títulos

¹⁰⁵⁹ Discurso de Jiménez de Asúa ante las Cortes de 27 de agosto de 1931 recogido en el Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 27 de agosto de 1931, nº 28, pp. 642-648.

¹⁰⁶⁰ CORCUERA, J., “La Constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada”, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 2, 2000, pp. 629-696.

¹⁰⁶¹ Decreto de 15 de abril de 1931 del Gobierno provisional de la República.

¹⁰⁶² Decreto de 15 de abril de 1931 concediendo la amnistía de todos los delitos políticos, sociales y de imprenta.

¹⁰⁶³ Artículo 121 de la Constitución Española de 1931.

¹⁰⁶⁴ Artículo 100 de la Constitución Española de 1931.

nobiliarios¹⁰⁶⁵ y la equiparación en estatus jurídico, reconocimiento y derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales¹⁰⁶⁶; la libertad de circulación y residencia;¹⁰⁶⁷ el principio de legalidad penal¹⁰⁶⁸ y las garantías en caso de detención¹⁰⁶⁹, que se enunciaban de una manera similar a la redacción contenida en la Constitución de 1876, pero realizando unas matizaciones que derivaron, en opinión de Niceto Alcalá-Zamora, en una peor redacción, que separaba la reserva de ley penal y la reserva de ley procesal y que seguía manteniendo una restricción en su aplicación por razón de la nacionalidad, ya que el ámbito subjetivo de redacción no eran las personas sino los españoles:

“El artículo 16 de la Constitución de 1876 tenía concisión lapidaria, texto clarísimo, garantía suprema, total, triple: de orden penal, exigiendo la ley previa para apreciar el delito; de organización judicial, el juez o tribunal competente, de trámites procesales. No cabía decir más con menor y mejores palabras; (...). Se desechó la redacción porque figura en la Constitución de 1876 y sucedió lo que sucede siempre que se retoca una fórmula que constituye hallazgo de acierto insuperable: que fue mucho más largo, menos preciso, pero redactado, con distinta inferior claridad y a la vez elegancia, el artículo 28 de la Constitución vigente.”¹⁰⁷⁰

Otra materia en la que la Constitución de 1931 se pronunció fue la cuestión religiosa, no solo en relación a la libertad de conciencia sino también en cuanto al modelo de relación entre Iglesia y Estado. El anteproyecto sostenía una formulación moderada en la que el estado no se identificaba con ninguna confesión y reconocía la libertad de cultos, pero la redacción final del artículo 27 fue sustancialmente diferente. Fernando de Ríos durante los debates manifestó que lo que debía definir al estado era la aconfesionalidad, sobre la base de que “ante el dintel de la fe, de la creencia, de la emoción, del sentimiento, el Estado no es que puede, es que debe mantenerse alejado y neutral; es decir, el Estado tiene que ser aconfesional.”¹⁰⁷¹

La redacción final optó por una formulación propia del modelo de laicismo, es decir, una aproximación al fenómeno religioso de corte anticlerical. La Iglesia Católica en particular es sometida a un régimen desfavorable porque hay una valoración negativa

¹⁰⁶⁵ Artículo 25 de la Constitución Española de 1931.

¹⁰⁶⁶ Artículo 43 de la Constitución Española de 1931.

¹⁰⁶⁷ Artículo 31 de la Constitución Española de 1931.

¹⁰⁶⁸ Artículo 28 de la Constitución Española de 1931.

¹⁰⁶⁹ Artículo 29 de la Constitución Española de 1931.

¹⁰⁷⁰ ALCALÁ-ZAMORA, N., *Los defectos de la Constitución de 1931. Tres años de experiencias constitucionales*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 59-60.

¹⁰⁷¹ Intervención de Fernando de los Ríos durante los debates constitucionales recogido en DE LOS RÍOS, F., *Escritos sobre democracia y socialismo*, Ed. Taurus, Madrid, 1975, pp. 337-338.

del fenómeno religioso en sí mismo considerado. Las manifestaciones públicas de culto quedaban sometidas a un régimen de autorización gubernativa y la religión y todas las manifestaciones religiosas quedaban restringidas al ámbito de la vida privada.

Este paradigma de relación con la Iglesia Católica vendrá definido por la producción legal que aprobó la Ley sobre la Disolución de los Cuerpos Eclesiásticos Castrenses en la Armada, de 24 de noviembre de 1931, la Ley de 23 de enero de 1932 de disolución de la Compañía de Jesús, el Decreto de 30 de enero de 1932 sobre la secularización de los cementerios, la Ley sobre el Divorcio, de 2 de marzo de 1932, la Ley de Matrimonio Civil, de 28 de junio de 1932, la Ley sobre Disolución de los Cuerpos Eclesiásticos del Ejército, de 30 de junio de 1932, y la Ley reguladora de las Relaciones del Estado con las Confesiones, Órdenes y Congregaciones Religiosas, de 2 de junio de 1933.

Alcalá Zamora y Miguel Maura sostuvieron que el componente religioso de buena parte de la sociedad española tendría una serie de costes políticos en materia de identificación, reconocimiento y legitimidad con una aproximación tan negativa al fenómeno religioso.¹⁰⁷²

Las diferencias entre el modelo aconfesional y el modelo laico fueron heredadas en el debate constitucional de la actual carta magna española. El modelo laico sitúa como principios rectores de la relación entre estado y confesiones religiosas a la neutralidad y la separación, con la finalidad de garantizar un pleno disfrute de la libertad de conciencia y un modelo de democracia sustancial.¹⁰⁷³ El modelo aconfesional supone que el estado no se adscribe a ninguna confesión y se articula más como una característica relacional que como un modelo de relación en sí mismo considerado. Los elementos propios del laicismo son la ausencia de neutralidad en cuanto al fenómeno religioso, toda vez que se opta por una valoración negativa. Se diferencia notablemente en este modelo de laicismo entre dos libertades, la libertad ideológica, que se encuentra reconocida, y la libertad religiosa, que se encuentra reconocida, pero ampliamente limitada en su dimensión externa o pública. Una muestra de esto es el reconocimiento de la libertad de expresión, de prensa y de cátedra reflejadas en el artículo 34 de la Constitución Republicana de 1931, aunque limitadas en la práctica por la Ley de Defensa de la República.

¹⁰⁷² AZAÑA, M., *Discursos Políticos*, Ed. Crítica, Barcelona, 2004, pp. 115-119.

¹⁰⁷³ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 2004, p. 23 y ss.

El artículo 25 es el que plantea el modelo anticlerical, ya que supone la extinción del presupuesto del clero en un plazo de dos años, la consideración de las confesiones como fenómenos asociativos de carácter especial, la disolución de las órdenes religiosas que supongan una amenaza para el orden público y la nacionalización de sus bienes.

En esencia, la Segunda República se articulaba como un experimento democrático inusual en un contexto de auge de los totalitarismos en Europa, pero el desempeño político de los líderes del momento derivó en el establecimiento de un estado de excepcionalidad continuado que permitía escapar a los mecanismos de control propios del estado de derecho determinados constitucionalmente, limitar derechos y realizar una labor de gobierno ideologizada. En este contexto, los discursos se polarizaron en dos bandos diferenciados y se generaron las condiciones propicias, no tanto para un golpe de estado sino para un contexto de Guerra Civil.

En esencia, el elemento fundamental, identificado por Cantero, era que “teóricamente existía un Gobierno, pero, de facto, el poder no residía en sus manos, pues era incapaz de poner coto al desorden y a la anarquía, al tiempo que no dudaba en mostrarlo mediante acciones legales contrarias a la Constitución.”¹⁰⁷⁴

Esta había sido la dinámica de la Segunda República, a saber, una formación de gobierno legitimada por las elecciones, pero una dinámica de ejercicio del poder basada en la suplantación del estado de derecho por un estado de excepcionalidad que determinaba la posibilidad de eludir los mecanismos de control institucional e imponer un determinado modelo ideológico. Los enfrentamientos entre los defensores de la derecha y de la izquierda se trasladaron al plano social, haciendo que la incapacidad de gobernar efectivamente se manifestase de manera definitiva en 1936. Ni siquiera en ese contexto los discursos políticos se moderaron para intentar encontrar un cierto orden. Sobre esta materia, es ilustrativo lo escrito por Tuñón de Lara, quien sostenía que el golpe de estado tuvo que ver con una exasperación de la derecha:

“hubo intentos de quemar iglesias y prohibiciones de procesiones que exasperaron a la derecha (...) la táctica de la derecha de magnificar el desorden para achacárselo al gobierno y al Frente Popular, mientras que éstos estaban interesados en que no hubiese disturbios públicos.”¹⁰⁷⁵

¹⁰⁷⁴ CANTERO, E., “Una lectura de la Guerra Civil española”, *Verbo*, nº475-476, 2009, pp. 487-518, p. 497.

¹⁰⁷⁵ TUÑÓN DE LARA, M., “Orígenes lejanos y próximos”, en TUÑÓN DE LARA, M. et al., *La Guerra Civil española 50 años después*, Ed. Labor, Barcelona, 1985, pp. 7-44, p. 39.

Otros enfoques, como el de Payne, sostienen que el proyecto republicano de la izquierda española “no fue víctima de la izquierda revolucionaria, sino su voluntario colaborador.”¹⁰⁷⁶

El propio análisis del periodo republicano y su balance posterior han sido objeto de aproximaciones más ideológicas que de aproximaciones de carácter científico o de mejora política, y sigue generando hoy dos posiciones totalmente diferenciadas, aquella visión romántica en que la Segunda República como ideal es un oasis democrático en un contexto europeo totalitario; y aquellas visiones que identifican la Segunda República como un periodo de conflictividad, violencia y desorden público. Lo cierto es que ambas visiones son ciertas y ambas visiones son falsas.

Desde el sector militar, la llegada de la Segunda República había suscitado el surgimiento de una minoría de corte continuista que deseaba la vuelta de la Monarquía. No obstante, el ejército como institución no manifestaba una especial repudia al modelo republicano en sí mismo considerado. Todos los discursos orientados a la necesidad de un golpe militar para frenar la Segunda República fueron posteriores y basados, más que en una fundamentación teórica o doctrinal sobre el entendimiento de que los gobiernos republicanos habían ejercido el poder de una manera tiránica, en una serie de valores como la patria y la reinstauración del orden perdido. Algunos autores, como Aróstegui, sostienen que la conspiración militar contra la república comenzó antes de la violencia política:

“porque la conspiración se pone en marcha, y recaba sus apoyos civiles, antes de que la obra gubernamental adquiera desarrollo y antes también de que la desestabilización política vaya tomando cuerpo. La conspiración es una respuesta al triunfo mismo del Frente Popular, no a su obra efectiva (...), Nada tuvo que ver con el problema de la violencia política.”¹⁰⁷⁷

Lo cierto es que el sector militar español no estaba dotado de los conocimientos politológicos necesarios para desmarcarse por una opción monárquica o republicana o por una opción republicana o fascista; los carlistas y un sector minoritario sí habían sostenido desde un primer momento la idea de retornar a la monarquía, pero lo ineludible es que la conspiración como trama que derivaría en el golpe de estado comenzó con la

¹⁰⁷⁶ GARCÍA, J. M., *Historia política de las dos Españas*, vol. III, Ed. Nacional, Madrid, 1976, p. 1282.

¹⁰⁷⁷ ARÓSTEGUI, J., *Por qué el 18 de julio. Y después...*, Ed. Flor del Viento, Barcelona, 2006, p. 245.

victoria del Frente Popular en las últimas elecciones y se fue acelerando hasta el asesinato de Calvo Sotelo el 13 de julio de 1936, que terminaría por agrupar en el golpe a la mayor parte de los mandos intermedios militares, en principio recelosos con la conspiración.

Esta configuración determina que, en origen, el golpe de estado se ideó contra el gobierno y no contra la Segunda República, ya que las proclamas de los distintos sectores golpistas venían determinadas por un antiliberalismo, antiparlamentarismo, anticomunismo, patriotismo. Esta tesis difiere con la idea de que el golpe fue en sus comienzos apolítico y que el régimen franquista posterior fue el resultado de las interacciones, apoyos e influencias externas recibidas durante la contienda civil. Lo que sí es cierto es que el golpe no era, en su concepción general dentro del sector militar, un golpe destinado a acabar con el modelo republicano, sino un golpe dado con el objetivo de eliminar un desorden social cuyas causas sí eran ideológicas. En otras palabras, el golpe no pretendía necesariamente definir el modelo de gobierno, pero sí las políticas públicas, eliminando los movimientos de izquierdas. García Escudero sostuvo que, aunque el golpe comenzó a idearse en marzo de 1936, si el gobierno del Frente Popular hubiese conseguido frenar los disturbios y la violencia política, el golpe se habría detenido.¹⁰⁷⁸ El componente ideológico vinculado al golpe lleva a la conclusión de que no solo existía un sentimiento patriótico de orden público, sino motivaciones destinadas a erradicar en España, aquellos movimientos sociales a los que los golpistas culpaban de la situación de violencia política, a saber, las izquierdas. Un componente caracterizador de los golpes de estado militares que han instaurado dictaduras cívico-militares radica en una lectura, calificada de apolítica por los propios golpistas, sobre la base de que el orden público es un estado de paz de carácter objetivo; no obstante, el hecho de que los discursos golpistas se centrasen en culpabilizar a la izquierda, y particularmente a la izquierda revolucionaria, de la situación de violencia política, le estaba dotando de una derivada ideológica que actuaba sobre forma de hacer política y no necesariamente sobre la forma de gobierno, que, se admitía, podía ser republicana o monárquica. La frase que Calvo Sotelo pronunció en una entrevista para el periódico *ABC* el 25 de abril de 1933 sobre las dos opciones que existían en España es reveladora del sustento doctrinal que apoyaba el golpe de estado, comunismo o Estado nacional.¹⁰⁷⁹ El 15 de julio de 1936, *ABC* publicaba una entrevista hecha unos días antes de su asesinato en la que vaticinaba que:

¹⁰⁷⁸ GARCÍA, J. M., *Historia...*, *op. cit.*, p. 1315.

¹⁰⁷⁹ Entrevista a Calvo Sotelo, *ABC*, 25 de abril de 1933, pp. 16-17.

“Sinceramente lo digo, sólo por una traición criminal de algún partido gobernante podría encaramarse al poder el marxismo. Y aun así sería fugaz el éxito. Son significados marxistas los primeros en dudar del mismo y aún en desear sigilosamente que no se produzca.”¹⁰⁸⁰

González Calleja titula un artículo de investigación como “Los discursos catastrofistas de los líderes de la derecha y la difusión del mito del «golpe de Estado comunista»”¹⁰⁸¹ y ofrece una perspectiva interesante sobre la construcción en España de un discurso basado en dos presupuestos, a saber, la izquierda es revolucionaria por naturaleza y su gestión deriva en el caos y la anarquía. En el marco de la teoría de los procesos de encuadro cultural de la acción colectiva sosteniendo que, durante la primavera de 1936, hubo que articular una construcción doctrinal acerca de la violencia, la violencia política y sus implicaciones sobre la integridad personal y social, y la política.¹⁰⁸²

Bowers expone cuál fue la estrategia mediática, propagandística a nivel nacional e internacional desarrollada por la derecha en este sentido, consistente en remarcar cada episodio de violencia, de mayor o menor intensidad, e incardinarlos todos ellos en la categoría de desórdenes públicos:

“Todos estos incidentes eran cuidadosamente y sistemáticamente compuestos diariamente y publicados en los periódicos antidemocráticos bajo un titular permanente: “Desórdenes sociales en España”. La prensa extranjera daba la mayor importancia a esto. Era como si en los Estados Unidos, por ejemplo, todas las peleas, todas las muertes, todos los robos, crímenes, huelgas, no importa lo insignificante que fuesen, se anotaran y se publicaran en la primera página del The New York Times bajo el título permanente: “Desórdenes sociales en los Estados Unidos.”¹⁰⁸³

El 19 de mayo de 1936, los discursos llegan al máximo nivel, no sólo de reproche ideológico, sino de justificación de la violencia política. Santiago Casares, en su condición de Primer Ministro, realizó unas declaraciones en defensa de la república y en defensa de los movimientos sociales apoyados por la izquierda que dividía al país en dos:

¹⁰⁸⁰ Entrevista a Calvo Sotelo, *ABC*, 15 de julio de 1936, p. 22.

¹⁰⁸¹ GONZÁLEZ, E., “Los discursos catastrofistas de los líderes de la derecha y la difusión del mito del “golpe de estado comunista”, *El Argonauta español*, nº13, 2016.

¹⁰⁸² CRUZ, R., *En el nombre del pueblo. República, rebelión y guerra en la España de 1936*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2006, p. 191.

¹⁰⁸³ BOWERS, C. G., *Misión en España*, Ed. Grijalbo, Barcelona, 1977, p. 206.

“Se han acabado las contemplaciones con los enemigos, claros o encubiertos, de la República, (...) hace algún tiempo yo dije que no estaba dispuesto a tolerar una guerra civil. Pues bien: cuando se trata de un movimiento fascista — digo fascista sin determinar esta o aquella organización, pues todos sabemos qué es el fascismo y cuáles son las organizaciones fascistas—, cuando se trata de atacar a la República democrática y las conquistas que hemos logrado junto al proletariado, ¡ah !, yo no sé permanecer al margen de esas luchas y os manifiesto, señores del Frente Popular, que contra el fascismo el Gobierno es beligerante.”¹⁰⁸⁴

La réplica del líder de la derecha fue también contundente:

“El Gobierno no puede convertirse en un enemigo de hombres, de compatriotas, cualquiera que sea la situación en que éstos se coloquen, porque para castigar la delincuencia existen leyes y un Poder Judicial, que es el encargado de aplicarlas y de sancionar a los que las infringen. (...) Un general (...) sería siempre un dique magnífico, probablemente irrefutable, contra la anarquía, porque sabría interpretar el deber patrio, y en aras del deber patrio el deber militar, que consiste en servir legalmente cuando se mande con legalidad y en servicio de la Patria, y en reaccionar furiosamente cuando se manda sin legalidad y en detrimento de la Patria.”¹⁰⁸⁵

Estos discursos posicionan el escenario español ante dos posturas: el comunismo o el militarismo apoyado por la derecha; el anticlericalismo o el catolicismo. Esto supuso una quiebra de la capacidad de convivencia política y social. Vilar sintetiza el golpe de estado militar sobre dos elementos, a saber, la noción de deber en el pronunciamiento y la politización de masas:

“hábito mental, la exceptación, el anhelo espontáneos que impulsan a los militares a intervenir políticamente y a ciertos niveles de esperar su intervención. (...) ha tenido lugar después de una politización de masas que no había tenido jamás equivalente, ni en 1868.”¹⁰⁸⁶

Esto supone que, dentro del golpe militar, el apoyo ideológico, en sus inicios no venía determinado por la Falange, sino por una unión de toda la derecha en el carácter o

¹⁰⁸⁴ Discurso de Casares Quiroga de 19 de mayo de 1936 publicado en *El Socialista*, 20 de mayo de 1936, p. 2.

¹⁰⁸⁵ Discurso de Calvo Sotelo de 19 de mayo de 1936 publicado en *La Vanguardia*, 20 de mayo de 1936, p. 24.

¹⁰⁸⁶ VILAR, P., *La Guerra Civil española*, Ed. Crítica, Barcelona, 1986 p. 57.

en el papel salvador del ejército, a pesar de su ausencia de consenso sobre otras cuestiones esenciales, como el modelo mismo de gobierno, de estado o la política económica.¹⁰⁸⁷

La sublevación supuso la división del ejército y del territorio español en dos facciones: los leales al gobierno, entre los cuales se encontraba un mayor número de mandos superiores; y los nacionales, entre los cuales se encontraba agrupada una mayor cantidad de mandos intermedios. El contexto marroquí, en inicio, suponía una ventaja para el sector gubernamental, toda vez que una gran parte de las fuerzas rebeldes se encontraba fuera del país y el gobierno tenía a su disposición la flota y la aviación. Sostiene Cantero que la religión jugó un factor determinante, por cuanto implicó todo el aparato carlista en favor de los nacionales y una gran cantidad de voluntarios católicos en dichas zonas, en contraposición a la labor de persecución religiosa que tenía lugar en las zonas de control gubernamental.¹⁰⁸⁸

Bolloten expone que en las zonas de control gubernamental hubo un fenómeno de revolución frente a la república.¹⁰⁸⁹ Lo cierto es que la izquierda se encontraba notablemente fragmentada y aunque el bando gubernamental, en un plano teórico, no debía defender el modelo de izquierdas, sino el proyecto planteado en la Constitución de 1931, lo cierto es que la guerra determinó que los enfrentamientos fuesen ideológicos. Quizás el componente interesante dentro de lo expuesto por Bolloten es la contradicción originada dentro del bando gubernamental o leal entre la representación que el Frente Popular quería hacer como un bando unitario en favor de la defensa de la república y la ausencia de una correspondencia ideológica real dentro de la causa. Esto constituye, en esencia, una manifestación de que dentro de la izquierda había tremendas fracturas entorno a la idea misma de estado que se deseaba plantear, al enfoque clerical o anticlerical, a la libertad de conciencia, al desempeño económico del país y al rol de las clases sociales, que deslegitimaban esa visión de bando en defensa de la república. En el bando nacional, las divisiones también existían, pero habían encontrado un nexo de unión en torno a la religión y a la eliminación de la izquierda como gestora del poder.

La victoria del bando nacional en el plano estratégico vino delimitada por la consecución de una cierta unidad territorial en las zonas bajo su control y por la

¹⁰⁸⁷ BROUÉ, P. y TÉMIME, E., *La revolución y la Guerra de España*, Ed. Biblioteca Actual, México, 1962, p.90.

¹⁰⁸⁸ CANTERO, E., "Una lectura...", *op. cit.*, p. 503.

¹⁰⁸⁹ BOLLOTEN, B., *El gran camuflaje*, Ed. Caralt, Barcelona, 1961.

consecución del apoyo proveniente de las tropas desplegadas en África y de la aviación alemana. La guerra se articuló en cuatro fases:

En primer lugar, la llegada de las tropas africanas a la Península en los puertos bajo control del bando nacional andaluces y la asunción del mando del llamado ejército del sur por Francisco Franco. Desde Andalucía, las tropas nacionales partieron hacia Extremadura, Castilla y Madrid. El éxito en la toma de Toledo determinó que, con la muerte de Sanjurjo, Francisco Franco fuese nombrado generalísimo de los ejércitos y jefe de estado. En la batalla de Madrid, el bando gubernamental pudo contener la ofensiva nacional y la estrategia militar cambió, de la entrada en la capital al aislamiento de la misma.

En segundo lugar, el control del norte de España, que, si bien estaba mayoritariamente bajo el control gubernamental, se encontraba tan fragmentado desde los puntos de vista territorial, operativo e ideológico, que, a pesar de la resistencia ofrecida en Brunete y Belchite, el bando nacional consiguió controlar esta zona.

En tercer lugar, el control sobre la región de Zaragoza y la zona mediterránea, que vino marcado también por una notable resistencia republicana en la zona de Teruel y en la Batalla del Ebro, considerada como la más dura y sangrienta de la contienda civil, pero cuyo desenlace a favor del bando nacional determinó en buena manera el control sobre el resto de país.

La caída de Madrid fue la fase definitiva y resolutoria de la contienda, favorecida por las negociaciones entre el Jefe del Ejército en Madrid, Casado, y Franco y la rendición de las ciudades que aún se encontraban bajo control republicano. El 1 de abril de 1939, el bando nacional con su último parte de guerra anunciaba el final de la contienda y, consecuentemente, su victoria.

Sobre la elección de Francisco Franco como líder del bando nacional se ha escrito mucho. Lo cierto es que, en principio, era un general con reconocida experiencia y dotado de un considerable respeto en el estamento militar. No obstante, en el plano de la política siempre había mantenido un perfil bajo, en el sentido de que, a pesar de sus convicciones monárquicas, no había desafiado de manera abierta a la República y de que el papel del ejército no consistía en la intervención ante problemáticas políticas. Su figura se fue

ensalzando dentro del ejército, durante el golpe y durante el periodo dictatorial, hasta convertirlo en una suerte de mito.

Ya durante la contienda bélica, el bando nacional hizo un fuerte empleo de la radio por su capacidad difusora masiva. Tovar establecería que “en ningún caso un Poder como el nuestro, nacido de la guerra y legitimado por la victoria, abandonará la Radio, pues sería abandonar precisamente la base de la educación cultural y política del pueblo español.”¹⁰⁹⁰ La estrategia empleada durante la contienda bélica consistió en el reconocimiento de los méritos oficiales de los militares golpistas y, en cuanto a Franco, se difundía la idea de un militar estratégico, cauto y exitoso.¹⁰⁹¹ La personalidad de poca trascendencia política de Franco y de perfil bajo venía determinada por la ausencia de cualidades en el marco de la oratoria y por el hecho de que él mismo se definía como militar. Su reconocimiento como caudillo fue anterior incluso a la elaboración de una teoría o de una aproximación doctrinal al régimen, ya que lo primordial, una vez terminada la guerra, no era tanto la conformación del caudillaje como cargo o como fórmula política, sino la legitimación del nuevo orden y estabilidad a través de la figura de Francisco Franco.¹⁰⁹²

El 8 de marzo de 1936, el documento resultante de la reunión de un sector militar con la CEDA definía que, en lo concerniente al movimiento y accionar militar en defensa de la patria, “por iniciativa de Mola y decisión de Franco se decide que el movimiento fuese exclusivamente por España, sin ninguna etiqueta determinada. Después del triunfo se trataría de problemas como el de la estructura del régimen, símbolos, etc.”¹⁰⁹³

El carácter inicialmente apolítico de Franco quizás tiene como máxima representación la carta dirigida a Santiago Casares como Presidente de la República el 23 de junio de 1936, donde Franco solicitaba el apoyo del gobierno al ejército, la importancia de mantener el orden y el hecho de que el descontento militar con la República no se debía a que no aceptase la sumisión a dicho poder civil, sino a que la política gubernamental estaba socavando la institución militar. Las interpretaciones respecto a la

¹⁰⁹⁰ TOVAR, A., “La radio como instrumento de propaganda”, *Radio Nacional*, 16 de julio de 1939.

¹⁰⁹¹ BAHAMONDE, A. y CERVERA, J., *Así terminó la Guerra de España*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.

¹⁰⁹² REDONDO, G., *Política, cultura y sociedad en la España de Franco (1939-1975)*, Ed. Universidad de Navarra, Logroño, 2009.

¹⁰⁹³ Documento de la reunión entre el General Manuel González Carrasco, la CEDA y los militares celebrada en Madrid el 8 de marzo de 1936 recogido en DE LA CIERVA, R., *Franco: historia después de la venganza, la mentira, la calumnia y la incompetencia*, Ed. Fénix, Madrid, 2000, p. 764..

carta son diversas, ya que, por un lado, se entiende que fue un intento de aproximación engañosa y, por otro lado, se ve como una muestra de esa personalidad apolítica centrada en el papel del ejército como brazo armado estatal profesionalizado por el riesgo de suspensión en sus funciones que implicaba esta comunicación.¹⁰⁹⁴

Es fundamental comprender que hay dos personalidades diferenciadas en Francisco Franco: por un lado, el rol asumido durante la planificación del golpe de estado ideado por Sanjurjo y Mola; y, por otro lado, el rol de dirección asumido tras el golpe de estado. Esto lleva a la necesaria reflexión sobre en qué manera, ritmo e intensidad asumió la figura del caudillo el carácter político e ideológico de su nueva condición y en qué manera estos elementos determinaron la configuración de un régimen autoritario que heredó lo que Saz define como la contradicción entre el “clamoroso fracaso del partido fascista –FE de las JONS– y al extraordinario alcance del proceso de fascistización experimentado por la mayoría de las fuerzas conservadoras.”¹⁰⁹⁵

Durante la Guerra Civil se produce un fenómeno de división del bando nacional entre los monárquicos y los falangistas, siendo estos primeros quienes presionan para conseguir la unificación de los mandos en la persona de Francisco Franco. Tusell sintetiza el proceso de éxito de los postulados falangistas en el marco del bando nacional sobre la base de que, de la misma manera en que la política española se había convertido en una política de masas, la contienda civil había heredado esa misma característica, lo que dejaba al movimiento monárquico en una posición socialmente débil en cuanto a capacidad de movilización. Por el contrario, Falange era una agrupación novedosa, de corte fascista, que integraba las estrategias de comunicación y propaganda propias de los regímenes fascistas europeos.¹⁰⁹⁶ La única fórmula capaz de combinar ambas concepciones consistió en unificar todos los movimientos bajo el nombre de Falange, pero sustituyendo la cabeza visible por una figura en la que coincidiese jefe del estado con jefe del partido, convirtiendo así a lo que se denominaría el movimiento en el estado y al estado en el movimiento. A efectos de los monárquicos, esto suponía la subordinación de Falange a una persona afín a sus intereses y, a efectos de Falange, esto les permitía contar con la legitimidad del movimiento tradicional monárquico y de la persona de Franco que a su escasa trayectoria como partido político le faltaba.

¹⁰⁹⁴ Carta enviada por Franco a Casares Quiroga el 23 de junio de 1936.

¹⁰⁹⁵ SAZ, I., “El primer franquismo”, *Ayer*, nº36, 1999, pp. 201-222, p. 204.

¹⁰⁹⁶ TUSELL, J., *Franco en la guerra civil*, Ed. Tusquets, Barcelona, 1992.

iii. La dictadura franquista

Un elemento característico del franquismo fue que, a diferencia de los regímenes alemán e italiano, su corpus ideológico se fue adaptando a las distintas circunstancias y conformándose de acuerdo a las que han venido denominándose las familias del régimen. Esto supone que, tal y como sostuvo Linz, existía una mentalidad peculiar en el franquismo, en contraposición a la ideología elaborada y directora propia de los regímenes fascistas.¹⁰⁹⁷

Esto ha supuesto aproximaciones al régimen franquista como la ofrecida por Giner y Sevilla, en las que verdaderamente quien contaba con un proyecto ideológico definido era Falange, como agrupación política que contrastaba con lo que los propios autores han denominado el analfabetismo ideológico del régimen.¹⁰⁹⁸

Frente a esta postura, existen otras, como la de Urbina¹⁰⁹⁹ o Molinero e Ysàs¹¹⁰⁰, que definen una serie de elementos propios y estables durante el franquismo que lo identifican de manera evidente, según su análisis, con los regímenes fascistas europeos. Quizás la tesis que mejor se sostiene desde el punto de vista de análisis de la configuración dictatorial y sus efectos transicionales es la de Botti, quien propone un enfoque basado en la pervivencia y permanencia de una serie de notas características a lo largo del régimen que pueden, cuanto menos, ser consideradas como los pilares o principios ideológicos del mismo, a saber, esos elementos que han agrupado a toda la doctrina entorno al concepto de nacionalcatolicismo.¹¹⁰¹

Subraya Giménez que, la definición de esos valores y lo que caracterizaría la esencia del régimen franquista sería la agrupación de intereses conservadores, tradicionales y capitalistas presentes en el bando nacional y vencedor en la contienda

¹⁰⁹⁷ LINZ, J. J., "An authoritarian regime: Spain" en ALLARDT, E. y YRJO, L. (ed.), *Cleavages, ideologies and party systems: contributions to comparative sociology*, Ed. The Academic Bookstore, Helsinki, 1964, pp. 291-341.

¹⁰⁹⁸ GINER, S. y SEVILLA, E., "Absolutismo despótico y dominación de clase. El caso de España", *Cuadernos de ruedo ibérico*, nº43-45, 1975, pp. 83-104.

¹⁰⁹⁹ URBINA, F., "Formas de vida de la Iglesia en España: 1939-1975", en BELDA, R. et al., *Iglesia y sociedad en España (1939-1975)*, Ed. Popular, Madrid, 1977, pp. 85-120.

¹¹⁰⁰ MOLINERO, C. y PERE, Y., *El règim franquista. Feixisme, modernització i consens*, Ed. Eumo, Vic, 2003, p. 48.

¹¹⁰¹ BOTTI, A., *Cielo y dinero. El nacionalcatolicismo en España (1881-1975)*, Ed. Alianza, Madrid, 1992, p. 152.

civil.¹¹⁰² Las fuentes de las que debió valerse ese conglomerado de intereses para construir un corpus ideológico fueron: Falange, tradicionalistas católicos, monárquicos y la Asociación Católica Nacional de Propagandistas.¹¹⁰³

Uno de los elementos centrales era el empleo del discurso nacionalista, que llevaría a que personalidades propias del catalanismo conservador, como Josep Pla o Ignacio Agustí, apoyasen la sublevación militar en inicio. No obstante, el modelo de nacionalismo defendido por las Fuerzas Armadas que heredaría el régimen vino determinado por una labor de unificación nacional y no por el reconocimiento de hechos diferenciales dentro del nuevo orden español; en esencia, la victoria del bando nacional era la victoria de un modelo de unidad nacional basado en la homogeneidad. El discurso se articulaba entorno al concepto de universalidad planteado por Primo de Rivera, que era una exaltación del modelo de la España Imperial en el sentido planteado por Areilza y Castiella en su obra *Reivindicaciones de España*, a saber, poniendo el foco de atención sobre América Latina, Gibraltar y Marruecos fundamentalmente.¹¹⁰⁴

La definición de nación española propugnada por el régimen fue sintetizada por el propio franco en un discurso de 1951, cuando exponía que el Imperio Español abarcaba todas aquellas naciones “que habían brotado de un mismo tronco, unidas por una común historia, fundidas en una sola fe, vinculadas por lazos de familia y lenguaje, y partícipes de una misma cultura y análoga idiosincrasia.”¹¹⁰⁵

El propio aislamiento al que quedó sometida España tras la derrota sufrida por el fascismo en la Segunda Guerra Mundial, más que desacreditar esa percepción, supuso un reforzamiento del sentimiento nacionalista como base del régimen, de su permanencia y del apoyo social que recibía. De alguna manera, el aislamiento sirvió como chivo expiatorio, es decir, los problemas que sufría España en el ámbito económico y social se debían al bloqueo internacional; Serrano Suñer llegaría a establecer que “el grupo anglo-francés (...) había despreciado a una nación desmesuradamente orgullosa (obligándola a)

¹¹⁰² GIMÉNEZ, M. A., *El estado franquista. Fundamentos ideológicos, bases legales y sistema institucional*, Ed. CEPC, Madrid, 2014, p. 64.

¹¹⁰³ DÍAZ, E., “Notas para una historia del pesamiento español actual (1939-1972). Primera parte”, *Sistema*, nº1, 1973, pp- 107-132, p. 120.

¹¹⁰⁴ DE AREILZA, J. M. y CASTIELLA, F. M., *Reivindicaciones de España*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1941.

¹¹⁰⁵ FRANCO, F., *Textos de doctrina política. Palabras y escritos de 1945 a 1950*, Ed. Publicaciones Españolas, Madrid, 1951, p. 260.

ser un pueblo de tercer orden, un mero satélite, un mercado, una fuente de contadas materias primas.”¹¹⁰⁶

Tal y como sostiene Boyd, el discurso nacional franquista se sostuvo entorno a la idea del mito y de la heroicidad, apelando a otros tiempos de grandeza, a personalidades exaltadas como la del Cid o los Reyes Católicos para crear un clima en el que la España franquista se erigía como heredera de esa tradición exitosa.¹¹⁰⁷ La canalización de este discurso parte de la inexistencia de una fuente legitimadora del régimen más allá de la Guerra Civil; en otras palabras y tal y como sostiene Chueca Rodríguez, el franquismo es “una situación de dictadura que recibe su único y exclusivo momento institucionalizador en la Guerra Civil. Esa sería la esencia inalterable o inmodificada del franquismo.”¹¹⁰⁸

A este respecto, toda la teoría de la unidad nacional aparece representada en dos símbolos: el propio Franco, que, como vencedor, asume un poder políticamente ilimitado y que se presenta como perdurable otorgando al régimen franquista la caracterización de un régimen personalista; y lo militar, por el contexto bélico de su origen y la coyuntura que termina con el modelo anterior. Siendo así, puede definirse el proyecto político franquista como una dictadura personalista y militar, cuyas bases de gestión basadas en la incuestionabilidad del orden establecido fueron ya postuladas con el propio inicio de la Guerra Civil; cuestión diferente frente a la inmutabilidad del régimen es la capacidad de mutar en el campo de las políticas socialmente diseminadas. Una de las posibles aproximaciones al conglomerado de intereses que determinó la llegada de Franco al poder y que definiría el modelo político dictatorial es la de su entendimiento como un acuerdo de mínimos; esto supone que, de la misma manera en que la derecha se alineó frente a la amenaza revolucionaria por definición frente a un enemigo común, así resultó en la práctica el modelo político del régimen, es decir, en definirse a través de la negación del marxismo, de la democracia, de los partidos políticos y de los regionalismos, que combinaba el empleo más moderno de la represión y la violencia política en un entorno politizado de masas, junto con un sistema social de distribución de riqueza y poder y un modelo relacional con la Iglesia católica basado en el feudalismo.

¹¹⁰⁶ SERRANO, R., *Entre Hendaya...*, op. cit., pp. 142-143.

¹¹⁰⁷ BOYD, C., *Historia patria. Política, historia e identidad nacional en España: 1975-1975*, Ed. Pomares-Corredor, Barcelona, 2000, pp. 206 y ss.

¹¹⁰⁸ CHUECA, R. L., “Sobre la relativa evolución del régimen franquista”, *Gerónimo de Uztariz*, nº3, 1989, pp. 40-52, p. 42.

En esencia las características del régimen fueron ocho: la ausencia de libertades, la inexistencia de partidos -ya que todo el aparato ideológico se articulaba entorno al Movimiento Nacional-; la concentración de poderes en una sola persona a través de la institucionalización de España como reino donde la jefatura del estado correspondía al Caudillo de España y de la Cruzada y generalísimo de los Ejércitos, Francisco Franco; el llamado pluralismo limitado, es decir, la existencia de diferentes corrientes ideológicas dentro del régimen, representadas en las mencionadas familias; la centralización; la vertiente religiosa católica; la unidad cultural y el pensamiento único, organizado a través del nacionalcatolicismo y el conservadurismo español, articulado sobre la noción de orden, patria, unidad nacional y religión católica.

Los primeros años del franquismo estuvieron marcados por el contexto de la Segunda Guerra Mundial y por su aproximación a los regímenes fascistas alemán e italiano. A pesar de que la definición internacional de España durante la contienda fue mayoritariamente de neutral y a pesar del envío de la llamada División Azul para apoyar a las tropas alemanas, la participación de España en el conflicto realmente no existió, porque el régimen veía como una amenaza la posibilidad de una intervención aliada en el país.

El final de la Segunda Guerra Mundial deriva en un intento del franquismo por eliminar aquellos elementos que lo identificasen con el fascismo, y algunos autores califican este periodo como el de la desfascistización del régimen. Es en este momento cuando surge el concepto de democracia orgánica, un concepto que pretendía diferenciarse del modelo de democracia liberal propio del periodo republicano y que se asentó sobre la creación de las llamadas Cortes Españolas, operativas desde 1942 hasta 1977. Se trata de un modelo autodefinido como de representación, basado en el principio de ausencia de partidos políticos. La ausencia de agrupaciones políticas suponía que, a pesar de que el régimen no se identificaba necesariamente de manera ideológica completa con el proyecto de Falange, sí asumía algunos de sus postulados. En el acto fundacional de la agrupación, el propio primo de Rivera expondría que:

“Nadie ha nacido nunca miembro de un partido político; en cambio, nacemos todos miembros de una familia; somos todos vecinos de un municipio; nos afanamos todos en el ejercicio de un trabajo. Pues si estas son nuestras unidades naturales, si la familia, el municipio y la corporación es en lo que de veras vivimos, ¿para qué necesitamos el instrumento intermediario y pernicioso de los partidos políticos, que

para unirnos en grupos artificiales, empiezan por desunirnos en nuestras realidades auténticas?”¹¹⁰⁹

El propio concepto de democracia orgánica intenta obedecer a esa cierta naturalidad percibida en el discurso del fundador del partido, en el que la primera unidad orgánica de integración del individuo era la familia. Resulta relevante la reflexión sobre el modelo de familia considerado natural durante la etapa franquista y vinculado a la autoridad del *pater familias* propio del derecho Romano, pero asumiendo realidades como la viudedad o la emancipación. A título de ejemplo, el Decreto de 29 de septiembre de 1945 que regulaba las normas para la conformación del censo electoral de vecinos cabezas de familia para la elección de concejales municipales establecía que

“Se considerará con derecho a figurar en el Censo Electoral, por su condición de cabezas de familia, a los españoles, vecinos y mayores de veintiún años, o emancipados mayores de dieciocho, varones o mujeres, bajo cuya dependencia convivan otras personas en su mismo domicilio y que figuren inscritos con tal carácter en el Padrón Municipal.”¹¹¹⁰

La siguiente unidad orgánica relacional era, por tanto, el espacio municipal y, finalmente, el espacio laboral controlado a través del sindicalismo vertical, articulado siguiendo el mismo patrón de formulación de los postulados del Movimiento Nacional, es decir, como un instrumento nombrado sindicato y de afiliación general y obligatoria para trabajadores y empresarios. La notable influencia del partido único en el seno de la organización sindical supuso que, en la práctica, fuese un instrumento para la difusión y realización del modelo nacionalcatolicista. Evidentemente, la propia afiliación general y obligatoria determinaba la pérdida del sentido del sindicato como fórmula asociativa de agrupación de intereses basada, por definición, en la libertad de asociación y en la defensa de intereses comunes de sus miembros.

Todo el aparato franquista se articuló entorno a las denominadas Leyes Fundamentales:

¹¹⁰⁹ Discurso de José Antonio Primo de Rivera en el acto fundacional de Falange Española de 29 de octubre de 1933.

¹¹¹⁰ Decreto de 29 de septiembre de 1945 para la formación del censo.

En primer lugar, el Fuero del Trabajo de marzo de 1938 definía los principios rectores de la política económica, laboral y social del régimen.

En segundo lugar, la Ley Constitutiva de las Cortes de 1942, constituidas por procuradores de oficio designados entre cargos institucionales y otros de manera directa por el propio Franco. Este elemento de ausencia de mecanismos de elección, presente de manera extrema hasta 1968, fue moldeado a partir de entonces a través de la figura de los procuradores familiares; contaba además con un elemento configurador, la ausencia de iniciativa legislativa, que terminaba de determinar su componente procedimental y la ausencia de representatividad.

En tercer lugar, el llamado Fuero de los Españoles de 1945, que contenía una enunciación de derechos, deberes y la estructura autoritaria del Estado. A efectos prácticos, enunciaba una serie de derechos restringidos en número y disfrute a los favorables al régimen.

En cuarto lugar, la Ley de referéndum, también de 1945, que determinaba la posibilidad de que Franco autorizase de manera directa un plebiscito nacional sobre cuestiones estatales.

En quinto lugar, la Ley de Sucesión de 1947, que definía el modelo de estado y gobierno español con vocación de permanencia sobre la base de tres principios, a saber, la condición de reino, la condición de estado católico, y el carácter vitalicio del cargo de jefatura de estado ostentado por Franco.

En sexto lugar, la llamada Ley de Principios del Movimiento que incorporaba el sustrato ideológico y doctrinal de Falange al aparato estatal, pero manteniendo en la figura de Franco todas las prerrogativas, que permitieron al régimen moverse entre las distintas familias para adaptarse a la coyuntura nacional e internacional que garantizase la pervivencia del régimen.

En séptimo lugar, la Ley Orgánica del Estado, sometida a referéndum en 1966, que pretendía articularse como herramienta de liberalización progresiva tendente a eliminar las connotaciones más totalitarias del régimen franquista.

Junto a esta labor de producción legislativa de contenido institucional, el régimen desarrolló una labor legislativa de contenido represivo consistente en la Ley de

Responsabilidades Políticas de 1939, la Ley de Represión de la Masonería y el Comunismo de 1940, y la Ley de Bandidaje y Terrorismo de 1947.

Estas características permiten situar al régimen franquista en la calificación de parafascista propia de Kallis¹¹¹¹, en atención a la cual los regímenes parafascistas son aquellos que comparten los paradigmas formales y organizativos del fascismo, pero sin sus aspiraciones revolucionarias, que, en el caso español, son sustituidas por el modelo de Nuevo Estado basado en el tradicionalismo o conservadurismo y en la existencia de un cierto consenso. Tal y como expone Ortiz, el franquismo se beneficiaba de “unos apoyos sociales y de un grado de aceptación entre los ciudadanos que debía ir más allá del estrecho círculo de los poderes económicos, sociales y políticos dominantes.”¹¹¹²

La propia noción de consenso en el seno de regímenes dictatoriales y autoritarios es conflictiva, toda vez que, siguiendo a Saz, el término consenso aplicado al ámbito democrático o en su acepción más actual es un consenso activo y consciente, mientras que la noción de consenso en regímenes dictatoriales parece definirse más por un consenso pasivo, por la limitación del derecho a disenso y por una adhesión significativa al régimen que no debe ser vista como una interiorización total ni permanente de sus postulados.¹¹¹³

El hecho de que el elemento revolucionario del fascismo no se vea en los regímenes parafascistas no debe ser asimilado como un desinterés por la cultura dentro del régimen. El catálogo de leyes mencionadas, así como la doctrina del partido y sindicato único y el concepto mismo de nacionalcatolicismo, son anunciativos de una suerte de intervención cultural basada en la negación de la política y en la afirmación de la religión y la familia.¹¹¹⁴

Hay dos elementos que sostuvieron culturalmente al franquismo: la cultura de la victoria y la práctica de la coerción. La cultura de la victoria viene representada por esa exaltación de un pasado histórico glorioso que, según Ledesma, había sido suplantado y

¹¹¹¹ KALLIS, A.A., “TheRegime-ModelofFascism:ATypology”, *EuropeanHistory Quarterly*, nº1, vol. 30, 2000, pp. 77-104.

¹¹¹² ORTIZ, M., “Historia social en la dictadura franquista: apoyos sociales y actitudes de los españoles”, *Spagna Contemporánea*, nº 28, 2005, pp.169-185, p. 173.

¹¹¹³ SAZ, I., “Introducción: entre la hostilidad y el consentimiento. Valencia en la posguerra” en SAZ, I., y GÓMEZ, J. A., *El franquismo en Valencia. Formas de vida y actitudes sociales en la posguerra*, Ed. Episteme, Valencia, 1999, pp. 9-35.

¹¹¹⁴ GRIFFIN, R., “The primacy of culture: the current growth (or manufacture) of consensus within fascist studies”, *Journal of Contemporary History*, nº1, vol. 37, 2002, pp. 24-25.

había llevado a España en los últimos doscientos años a una situación de quiebra definida públicamente de la siguiente manera: “España lleva doscientos o más años ensayando el mejor modo de morir.”¹¹¹⁵ Y, sobre todo, restaurada a través de la Guerra Civil y del sacrificio realizado por los militares, de acuerdo con el discurso franquista, para instaurar el nuevo orden: “Del cuerpo sangrante de la lucha civil de estos días, alumbramos el ser de una España nueva, en la que habrá de nuevo pan y alegría familiar y cristiana.”¹¹¹⁶

La complementación del discurso basado en el resurgir venía delimitada por la contraposición, es decir, por el empleo de la definición a través del contrario, y este sería el elemento justificativo de la práctica de la coerción o de la violencia política durante el régimen franquista. La idea era simple: el nuevo orden generaba nuevos hombres cuya misión fundamental era la de no hacer pasar al país de nuevo por periodo tan traumáticamente necesario como la Guerra Civil y esto se obtenía a través de la diferenciación entre componentes del régimen o afines a él y oposición o disidentes.¹¹¹⁷ La trascendencia de este discurso en la memoria colectiva es esencial para la comprensión del modelo transicional español, ya que perpetuó durante todo el régimen un relato de la Guerra Civil similar al de las cruzadas, en el que los roles venían definidos entre buenos y malos, entre ordenados y revolucionarios, entre patriotas y enemigos. La insistencia de este discurso en la retórica del régimen fue heredada en el contexto transicional, determinando que las tareas de memorialización democrática debieran ser pospuestas, toda vez que la Guerra Civil había sido sometida a una fuerte labor propagandística dentro del régimen dictatorial. Tal y como sostienen Cabrera y Santana, la historia postsocial no viene determinada únicamente por los hechos y las vivencias personales, sino también por la manera en que esta es aprehendida y representada en el imaginario colectivo¹¹¹⁸. En el contexto franquista, “los caídos por Dios y por España (...) y el recuerdo de la sangre se habían convertido ya en elementos insoslayables de la memoria colectiva y de la cultura de la victoria.”¹¹¹⁹

¹¹¹⁵ LEDESMA, R., *Discurso a las Juventudes de España*, Ed. Falange Española, Madrid, 1935, p. 31.

¹¹¹⁶ Discurso de Onésimo Redondo de 20 de julio de 1936 publicado en *El Norte de Castilla*, 21 de julio de 1936.

¹¹¹⁷ RICHARDS, M., “El régimen de Franco y la política de memoria de la guerra civil española” en ARÓSTEGUI, J., y GODICHEAU, F., *Guerra Civil. Mito y memoria*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 167-200.

¹¹¹⁸ CABRERA, M. A. y SANTANA, A., “De la historia social a la historia de lo social”, *Ayer*, nº62, 2006, pp. 165-192, p. 188.

¹¹¹⁹ LEDESMA, J. R. y RODRIGO, J., “Caídos por España, mártires de la libertad: víctimas y conmemoración de la Guerra Civil en la España postbélica (1936- 2006)”, *Ayer*, nº63, 2006, pp. 233-255, p. 244.

Mir sostiene que la práctica e institucionalización de la coerción política durante el régimen generó efectos de carácter directo, como las ejecuciones y los exilios, pero también efectos de carácter indirecto basados en el miedo y, por tanto, en un silencio o reclusión de buena parte de la población.¹¹²⁰

Pérez de Olaguer, de una manera especialmente cruda, describe el paradigma de la permisión de la violencia sobre la base de que el discurso franquista había convertido a los opositores de cualquier tipo, parciales incluso, en enemigos, y en el imaginario colectivo la situación podía plantearse de la siguiente manera:

“¿Es posible que fueran españoles aquellos energúmenos? No. Ni eran hombres siquiera. Eran diablos escapados del infierno. Eran posesos, borrachos de lujuria. Eran bestias rabiosas. Eran furias del averno (...). La justicia y el castigo para los culpables de tanto horror y barbarie.”¹¹²¹

Esto generó una especie de compromiso social llevado al plano de lo patriótico, que ha sido calificado de complicidad desde abajo. Realmente, la palabra complicidad sugiere algún elemento de culpa, pero el mérito de ese rol social radica no necesariamente en el convencimiento, sino también en la propaganda y en el miedo, lo que dificulta en extremo la obtención de un juicio de valor sobre el conjunto generalizado de la sociedad española y de su permisividad y colaboración con la labor represiva del régimen.

Uno de los elementos que apoyó la represión franquista y que ha sido heredado por el contexto democrático es el de la violencia generalizada durante la Guerra Civil en el sentido de que los episodios de violencia no estrictamente bélica, sino de contenido político tuvieron lugar en ambos bandos. Es cierto que la historiografía sobre la Guerra Civil ha corroborado prácticas ejecutorias en ambos frentes; no obstante, la cuestión acerca del empleo de la represión durante el régimen franquista tiene una aproximación política e historiográfica sustancialmente diferenciada porque se sitúa en un contexto de institucionalización de la violencia política, en un estilo similar a lo apreciado en las dictaduras latinas, y en un empleo de la violencia que, encontrando sus raíces en la Guerra Civil, se convierte en herramienta de estabilización del poder y de aseguramiento de la pervivencia del régimen. Santos Juliá lo expone en los siguientes términos:

¹¹²⁰ MIR, C., “Violencia política, coacción legal y oposición interior”, *Ayer*, nº33, 1999, pp. 115-145.

¹¹²¹ PÉREZ, A., *El terror rojo en Andalucía*, Ed. Antisectarias, Burgos, 1938, pp. 83 y ss.

“no se trata de postular ningún paralelismo que iguale responsabilidades y reparta culpas, sino sencillamente de constatar un hecho: en la zona insurgente, la represión y la muerte tenían que ver con la construcción de un nuevo poder; en la leal, la represión y la muerte tenían que ver con el hundimiento de todo poder.”¹¹²²

La práctica represiva durante la dictadura franquista es una práctica que tiene un objetivo político de impedir la reagrupación o reorganización de la oposición, y al que también se añade un fuerte componente moral e ideológico sobre la base de que la oposición no es solamente política sino también religiosa, ya que contaba con la participación activa de la Iglesia en esa labor represiva. Es ilustrativo el hecho de que la Ley de Responsabilidades Políticas incluyese como obligatorio en el proceso los informes del cura, de la misma manera que se hacía en los Consejos de Guerra, y la activa involucración de la Iglesia en las labores reeducativas o reductoras desarrolladas en las cárceles: asistencia regular de los reclusos a misa, combinación de cantos religiosos y falangistas durante las misas, la confección de los ficheros de presos y antecedentes por los capellanes de las prisiones,...

Un elemento especialmente interesante para el establecimiento del régimen franquista y que aseguró su funcionamiento burocrático fueron las llamadas depuraciones en el ámbito del funcionariado público. Es interesante porque la dinámica dictatorial interioriza que el cuerpo civil encargado del funcionamiento de la administración debe asumir el catálogo de valores del régimen para que este sea plenamente operativo; sin embargo, en sede transicional, aunque todas las recomendaciones apuntan siempre a una renovación institucional que incluye al cuerpo de funcionarios, esta no es una medida que se haya realizado en las transiciones con carácter general. El Decreto ley de 10 de febrero de 1939 es el que determina las normas para la depuración de funcionarios públicos. Todos ellos debían presentar una declaración jurada con sus antecedentes políticos que sería valorada por la figura de los instructores de expedientes habilitados por la norma para la imposición de sanciones con libertad, es decir, sin necesidad de sujetarse a las normas establecidas.

Los años sesenta fueron el periodo de liberalización del régimen y han sido apodados como la fase del desarrollismo, es decir, mientras que los años 50 supusieron el final del aislamiento internacional, los años sesenta fueron el momento en que el régimen percibió que su permanencia en el poder pasaba, desde el punto de vista interno e internacional, por la realización de algunas concesiones. El principal fenómeno fue el de

¹¹²² JULIÁ, S. (coord.), *Víctimas de la Guerra Civil*, Ed. Planeta, Madrid, 1999, pp. 25-26.

la evolución económica, que pasó de esta sustentada en el sector primario a desarrollar la industria y los servicios, lo que, al mismo tiempo, contribuyó a la urbanización de la vida y la sociedad española. La entrada de la información en los hogares españoles a través de la cultural del ocio y del cine y la televisión generó una sociedad más consciente del mundo exterior, a pesar de la labor de censura, y, especialmente, una generación joven más crítica con la sociedad, generando que la España del régimen se identificase cada vez en menor medida con la España real o social. Esta renovación general también tuvo su impacto dentro del movimiento a través de una tecnificación institucional y de la percepción de un aperturismo inicial manifestado por el triunfo de los reformistas dentro del movimiento. El mayor ejemplo fue la Ley de Prensa de 1966 que, aun manteniendo la censura previa, establecía una mayor independencia y permitía la llegada del mundo cultural exterior a España.

En el plano de la oposición, en 1962 se celebró entre los opositores exiliados el llamado Contubernio de Munich, en el que se sentaron las bases de mínimos en torno a la asunción de los DDHH, la libertad política y sindical y la aceptación de pueblos y naciones. Esto derivaría en la Plataforma Democrática y, con la inclusión del PCE, de la Platajunta como frente de entidad unitaria de la oposición frente al régimen franquista.

En la década de los 70, el régimen entró en la fase denominada como parálisis decisoria, es decir, en un contexto en que no existía capacidad política para la continuidad, pero tampoco voluntad política por finalizarlo y abrir la transición. Juliá sostiene que “De 1962 a 1982 se produjeron los cambios más rápidos y profundos que España haya experimentado desde la caída del Antiguo Régimen y el advenimiento de la sociedad liberal.”¹¹²³

Uno de los elementos que no se analiza con mucha asiduidad y que contribuyó de manera decisiva a agotar el régimen franquista fue el impacto del Concilio Vaticano II. En la última etapa del franquismo, existe una serie de fricciones entre la Santa Sede y el régimen que suponen la finalización de los privilegios de presentación de Franco y de los privilegios de los que la Iglesia Católica gozaba durante el régimen. Partiendo de que la finalidad del Concilio Vaticano II era dotar a la iglesia de una serie de pilares y líneas de actuación que la posicionasen en las nuevas sociedades, especialmente ante el fenómeno de la secularización, la reconfiguración de sus relaciones con un régimen dictatorial se

¹¹²³ JULIÁ, S., “España en tiempos de *Triunfo*” en ALTED, A., y AUBERT, P. (ed.), *Triunfo en su época*, Ed. Casa de Velázquez, Madrid, 1995, pp. 27-42, p. 28.

antojaba necesaria. Tal y como propone Sebastián, el impacto de las medidas del concilio en España estuvo “fuertemente condicionado por la situación política.”¹¹²⁴

Sostiene Montero que durante los últimos años de la dictadura la renovación eclesial y la democratización política se retroalimentan mutuamente.¹¹²⁵ En esencia, de la misma manera que en el seno del movimiento se estaban generando dos posturas diametralmente opuestas, la del conocido como búnker, que pretendía la inmovilidad institucional, frente a la progresista, que promovía una liberalización más amplia e incluso un proceso de transición controlada; un fenómeno similar estaba ocurriendo en el ámbito de la Iglesia católica a nivel mundial y también en las instituciones católicas nacionales, que sufrían una doble presión, la procedente del propio Concilio Vaticano II y la de la política interna española.

El régimen fue consciente del impacto de la revolución eclesial o de la renovación católica en materia política y tal y como expone Montero,

“El gobierno pronto fue consciente de sus consecuencias políticas y trató de responder, adaptando a la nueva doctrina los viejos valores e instituciones. Preparó una ley de libertad religiosa, más bien de tolerancia, que se puede considerar como la aplicación moderada al caso español de la nueva doctrina del Vaticano II, y buscó negociar un nuevo Concordato que solucionara las contradicciones y los problemas que planteaba la aplicación del de 1953, tratando de frenar el proceso de deslegitimación del régimen impulsado por la aplicación de la doctrina del Concilio.”¹¹²⁶

Unido eso a los cambios experimentados en la sociedad española, definidos por Giner en contraposición a la inmutabilidad del régimen, el contexto de los años 70 presentaba las características para el desenlace; la principal pregunta o la principal reflexión era la manera en que plantearlo. Sostiene Giner que, a pesar de la inmutabilidad de los sustratos del poder, la política económica del régimen, la demanda de democratización para la integración europea y la anulación de la oposición internamente determinaron un clima internacional proclive a aceptar la democratización en España, pero temeroso en los cauces. Esto se unió a los cambios sociales operados desde el final de la Segunda guerra Mundial que, a pesar del intervencionismo estatal, de la autarquía y

¹¹²⁴ SEBASTIAN, F., “Una mirada al posconcilio en España”, *Estudios Eclesiásticos*, nº81, 2006, pp. 457-483, p. 458.

¹¹²⁵ MONTERO, F., *La Iglesia: de la colaboración a la disidencia (1956-1975). La oposición durante el franquismo*, Ed. Encuentro, Madrid, 2009, p. 34.

¹¹²⁶ MONTERO, F., “La Iglesia y el catolicismo en el final del franquismo. El “despegue” de la Iglesia en la pretransición 1960-1975” en HERRERÍN, A. y MATEOS, A. (ed.), *La España del presente: de la dictadura a la democracia*, Ed. Asociación de Historiadores del Presente, Madrid, 2006, pp. 237-249, p. 239.

de la labor represiva, la sociedad española también había experimentado, entre los cuales destacan:

“lo que ha ocurrido desde 1939 es una transformación profunda de todas las estructuras sociales, salvo la de la clase dominante y el sistema de poder y autoridad sobre el que ésta se apoya. Por una parte, nos encontramos con la disminución drástica del proletariado rural, de la población agraria; con la diversificación ocupacional de las clases obreras y media; con cambios importantes de mentalidad y conducta en muchos niveles; con aumentos sustanciales de la movilidad geográfica y vertical; con aumentos en volumen de ciertos sectores clave: estudiantes, intelectuales, técnicos.”¹¹²⁷

Esto generaba un ambiente en que, siguiendo a Hermet¹¹²⁸, el proyecto político del franquismo parecía agotado. Cabe discernir si el proyecto franquista realmente concebía esta situación de ausencia de capacidad proyectiva o si, realmente, fue el resultado de un pragmatismo dictatorial. En otras palabras, existe un debate acerca de si la modernización española y la transición fueron logros del franquismo o si fueron coyunturas estructurales que el régimen tuvo que tolerar para pervivir. Desde el planteamiento inicial en que el régimen se articula como un sistema de orden, parece que es caduco por naturaleza y que terminado el proyecto de orden público, el resto de medidas son de estabilización. Además, el componente personalista de la dictadura generaba la cuestión acerca de su mantenimiento tras la muerte de Franco.

A este respecto, Powell sostiene que “la postura reformista también debía mucho a la constatación de que las estructuras políticas del régimen franquista eran cada vez menos compatibles con la sociedad cuya transformación había supervisado (...). En palabras de Fraga, uno de los principales logros del franquismo había sido precisamente la creación de una España “más ancha que el propio régimen”. Por ello, no suponía una traición denunciar el hecho de que este se mostrase crecientemente incapaz de satisfacer las necesidades-no solo políticas, sino también económicas y culturales- de la nueva sociedad.”¹¹²⁹

¹¹²⁷ GINER, S., “La estructura social de España”, *Horizonte español 1972*, Tomo II, Ed. Ruedo Ibérico, Paris, 1972, pp. 1-44, p. 1.

¹¹²⁸ HERMET, G., “Dictature bourgeoise et modernisation conservatrice. Problèmes methodologiques de l’analyse des situations autoritaires”, *Revue française de Science Politique*, nº6, vol. XXV, 1975, pp. 1029-1061.

¹¹²⁹ POWELL, C. T., “Crisis del franquismo, reformismo y transición a la democracia” en MONTERO, F. y MARTÍN, J. M.(ed.), *Las derechas en la España contemporánea*, Ed. Anhropos, Barcelona, 1997, pp. 247-270, p.251.

El 8 de junio de 1973 Franco diferenciaba la jefatura de estado de la de gobierno y nombraba a Carrero Blanco como presidente de gobierno, primero por su deterioro físico y edad y también por la necesidad de diferenciar esos dos roles dentro de una España en vías de modernización. El cambio, aunque suponía una línea continuista, era representativo de dos cuestiones tal y como expone Payne:

“Primero por haber marcado el traspaso de los poderes activos y segundo, porque la mayor parte de los ministros, incluyendo a Carrero, se daban cuenta de la necesidad de mayor apertura y de alguna reforma política. Esto era todavía tardofranquismo, pero con mayor evolución.”¹¹³⁰

La muerte de Carrero Blanco a manos de ETA y su sucesión por Arias Navarro no marcaba ningún cambio sustancial, pero sí lo hizo en el seno de la actitud de quien sería Juan Carlos I, quien, comprendiendo que las esperanzas de reforma se habían agotado en las primeras etapas del gobierno de Arias Navarro, realizó una serie de acciones para preparar el clima de la transición dentro del régimen, en línea con las primeras actuaciones de la oposición desde que comenzase la dictadura en territorio español.

iv. Terrorismo y dictadura. El surgimiento de ETA

Una de las primeras cuestiones a abordar en relación a la aparición del grupo terrorista ETA en España es el movimiento nacionalista vasco. Uno de los elementos sustentadores del nacionalismo vasco en tanto que ideología política se encuentra en el viraje del carlismo hacia el fuerismo en el norte de España. Según Cruz Mina el carlismo y el nacionalismo vasco

“compartían una misma concepción religiosa del mundo y un mismo orden de valores. Procedían de la misma tradición antiliberal e integrista. La diferencia se reducía al marco de aplicación. La misma situación de partida: una nación esencial y providencialmente católica, sumida en un proceso de decadencia moral y religiosa por el contagio de ideas y costumbres corruptas extranjeras. También la fórmula salvadora era la misma: aislamiento para evitar el contagio, purificación de elementos impuros y recuperación de viejas esencias.”¹¹³¹

¹¹³⁰ PAYNE, S. G., “Tardofranquismo o pretransición”, Documentos de trabajo, *Cuadernos de la España contemporánea*, nº2, 2017, pp. 5-15, p. 12.

¹¹³¹ CRUZ, M., “Patria, religión y fueros”, *Historia 16*, nº271, 1998, pp. 8-17, p. 8.

Durante la primera guerra carlista, un sector del movimiento se articula en la búsqueda de apoyos de carácter local, como defensor de un modelo liberal combinado con el mantenimiento de las regionalidades y del régimen de fueros propio del Antiguo Régimen. No obstante, el principal elemento de distorsión entre uno y otro movimiento radicaba en sus aspiraciones territoriales, es decir, mientras que el carlismo se proclamaba como españolista, el eje central del nacionalismo vasco era el establecimiento de una diferenciación entre España como entidad política, social y cultural, y las tradiciones propias de la cultura vasca.

En 1839, el Convenio de Vergara que venía a ser la respuesta monárquica frente al carlismo, una autonomía y un régimen de autogobierno a determinados territorios, entre ellos, las llamadas Vascongadas. No obstante, esto no supuso el freno a las aspiraciones fueristas y estas se intensificaron durante el siglo XIX, diferenciándose dos grupos, a saber, un grupo moderado favorable a un régimen de autonomía dentro de la integración en el modelo estatal; y, un grupo más radical, vinculado, según Cruz Mina, a “los antiguos notables desplazados del poder institucional por la supresión de las Juntas Generales y del poder social por la nueva burguesía de negocios”¹¹³², que pretendía revalorizar la autonomía política vinculándola a las tradiciones vascas y propugnando una idea del pueblo vasco basada en “un estereotipo de los vascos como un pueblo noble, rudo y antiquísimo (...) asentado de siempre en sus montañas, orgulloso de sus costumbres ancestrales, indomable y valeroso, y tenaz defensor de sus libertades y derechos, esto es, de sus Fueros.”¹¹³³

El desarrollo económico e industrial experimentado por la región, unido a los movimientos poblacionales, terminó por generar una situación en la que el vacío dejado por la decadencia en la que se encontraba el movimiento carlista y por la abolición de los fueros fue ocupado por un discurso basado en la invasión españolista del territorio vasco, que lo estaba haciendo perder su esencia. El momento de quiebra aparece vinculado a la publicación del libro *Vizcaya por su independencia*, de Sabino Arana, donde se expone un relato histórico y de memorialización del pasado basado en la existencia de una memoria histórica vasca y de una nación vasca eliminada por la acción del gobierno central español y cuya identidad debía recobrase frente al modelo de soberanía única que

¹¹³² *Íbidem*, p. 17.

¹¹³³ FUSI, J. P., “Los nacionalismos y el Estado Español: siglo XX”, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, nº 22, 2000, pp. 21-52, p. 24.

se planteaba estando dentro del reino de España.¹¹³⁴ El nacionalismo vasco defendido por Arana sitúa sus ejes en cinco elementos apuntados por Jáuregui: raza, lengua, gobierno, personalidad histórica y costumbres.¹¹³⁵

A esa caracterización cultural se une un enfoque religioso basado en que el españolismo y el liberalismo, siguiendo la dialéctica nacionalista vasca, han alejado a la sociedad vasca del camino divino, posicionando a los vascos en una especie de situación similar a la que el pueblo judío contempla para sí mismo, a saber, la de un pueblo elegido y, además, la del único pueblo puro cuya raza ancestral no ha sido corrompida. Sostiene Elorza que

“la dureza de este enfrentamiento lleva de forma natural a la militarización. Los testimonios publicados posteriormente por distintos militantes del primer nacionalismo coinciden en que se veían a sí mismos como miembros de una partida carlista, pero luchaban por la independencia de Euzkadi contra España. (...) También interviene la intensa propaganda literaria que a lo largo del siglo XIX habían asociado el ruralismo con las hazañas bélicas de los vascos de otros tiempos.”¹¹³⁶

Una muestra de la influencia notablemente religiosa de Arana recayó en el hecho de que el movimiento nacionalista no supuso en esa primera etapa una reacción violenta, sino más bien una estrategia de hermetismo de la sociedad vasca al estilo de los jesuitas. En 1895 nacería el Partido Nacionalista Vasco (en adelante PNV) como brazo político del movimiento, cuya misión era la de gobernar para los vascos en territorio vasco. Esto es especialmente relevante porque una de las explicaciones al surgimiento de ETA radica en el reproche de pasividad de una parte de la sociedad vasca al rol que el PNV estaba realizando durante la dictadura franquista. Lo cierto es que ni siquiera en sus orígenes el propio movimiento nacionalista vasco contaba con unidad, ya que buena parte de los sectores burgueses se unieron a él como reacción a la expansión del movimiento obrero, llegando a agrupar una heterogeneidad de posiciones dentro del propio partido que transitaban desde la autonomía hasta la absoluta ruptura con el estado español. Esta variedad de posicionamientos primero generó una mayor base de reconocimiento social hacia el PNV y, durante la primera mitad del siglo XX, derivaría en la escisión del partido

¹¹³⁴ ELORZA, A., “El nacionalismo vasco: la invención de la memoria”, *Manuscripts: Revista d’història moderna*, nº 12, Barcelona, 1994, pp. 183-192, p. 183.

¹¹³⁵ JÁUREGUI, G., *Ideología y estrategia política de ETA. Análisis de su evolución entre 1959 y 1968*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1981, pp. 15-16.

¹¹³⁶ GARMENDIA, J. M., DE LA GRANJA, J. L., y ELORZA, A., “Un siglo de nacionalismo vasco”, *Historia 16*, nº 235, 1995, pp. 43-74, p.50

primero con una vertiente más juvenil y radical vinculada a la publicación *Aberrri (Patria)*, que situó en el plano político la lucha entre razas de nuevo. Durante la Segunda República, el movimiento nacionalista vasco se mantuvo unificado entorno a la autonomía de manera oficial, pero en el seno interno se veía como un fracaso del llamado Congreso de Vergara, que no había servido para unificar las posturas a nivel interno y que había creado una escisión importante entorno a los matices confesionales y tradicionalistas de la postura de Arana, frente a una vertiente laica e izquierdista.

El acercamiento entre el movimiento nacionalista y la izquierda es más de carácter práctico, en aplicación del concepto de *realpolitik*, que ideológico, toda vez que el componente religioso del nacionalismo vasco dominante chocaba profundamente con la izquierda española y toda vez que la derecha no estaba conforme con el reconocimiento de ningún modelo de autonomía. El alzamiento militar contra la República llega mientras se están negociando las condiciones del Estatuto de Autonomía vasco, poniendo al movimiento nacionalista en una elección entre el componente religioso y la unidad territorial. En la práctica, esto supuso que el nacionalismo vasco se viese introducido en la contienda civil y optase por la perspectiva de defender la causa común que era la existencia de Euskadi como nación, sin unificar las tropas con las del Frente Popular y gestionando territorial y administrativamente los territorios con total autonomía.

El triunfo de los sublevados y las acciones militares emprendidas en el norte determinaron que los vascos dejaran las armas porque, tal y como propone De La Granja, una vez perdida la posibilidad del autogobierno, el nacionalismo vasco había perdido su interés en el propio conflicto civil, toda vez que ellos no combatían “por la causa de la República ni por la causa de España, a la que aborrecen, sino por su autonomía y semindependencia.”¹¹³⁷

Las condiciones de la rendición vasca se habían fijado en el llamado Pacto de Santoña, que incluía la posibilidad de que los soldados vascos o guararis pudiesen retirarse; no obstante, en el territorio vasco se realizó una labor represiva similar a la del resto del territorio nacional y, como expone Sullivan, se ejecutó una estrategia de

¹¹³⁷ Anotación del Cuaderno de la Pobleta, de 31 de mayo de 1937 recogido en DE LA GRANJA SAINZ, J. L., “Entre el Pacto de San Sebastián y el de Santoña (1930-1937)”, *Historia* 16, nº271, 1998, pp. 30-43, p. 43.

eliminación de aquellos elementos o manifestaciones culturales que amenazasen la unidad nacional defendida por el bando nacional llegando a que

“El gobernador de San Sebastián decretó la prohibición del uso del euskera y hasta diecisiete sacerdotes afines al nacionalismo fueron ejecutados, cientos de ellos encarcelados, y muchos fueron trasladados a otras parroquias al no garantizar su lealtad a los nuevos gobernantes.”¹¹³⁸

El PNV y todos los sectores del nacionalismo vasco debieron bien limitarse al ámbito de la clandestinidad o bien exiliarse; en el exilio, la esperanza del desenlace de la Segunda Guerra Mundial había promovido sobre la internacionalización de la causa nacional vasca con vistas a que el siguiente paso de los aliados fuese el derrocamiento de Franco. La política económica implementada en la década de los 50 por el régimen se dirigía hacia la industrialización, lo que generaba, de nuevo, uno de los elementos, la inmigración, que había dado lugar al surgimiento del propio nacionalismo vasco. Este elemento, unido a la labor represiva de la dictadura, dio lugar al nacimiento de un grupo nacionalista vasco que apelaba a las primeras nociones de lucha y enfrentamiento de Arana.

En la Universidad de Deusto comenzaron a organizarse en 1952 reuniones de jóvenes de familia burguesa vasca que habían pertenecido a agrupaciones juveniles vinculadas al propio PNV, entre ellos: José María Benito del Valle, José Manuel Aguirre Bilbao, José Luis Álvarez Enparantza (“Txillardegí”), Julen Madariaga, Alfonso Irigoien, Iñaki Gainzarain, Rafael Albizu e Iñaki Larramendi.

Su primera labor es difusora, es decir, van adquiriendo a pesar de la labor de censura, el sustrato ideológico del nacionalismo vasco anterior, de ahí su nombre, EKIN, como el de la editorial argentina que había editado la mayor parte de los libros recopilados. Unidos con el Grupo Juventud Vasca (en adelante, EGI), filial juvenil del PNV, consiguen comenzar a dar difusión de nuevo al ideal nacionalista vasco. Hay un punto de inflexión, la expulsión de Benito del Valle, a partir de ese momento y tal y como expone Jáuregui, se da un fenómeno de unidad en el resurgir juvenil del nacionalismo vasco basado en que no hay

“ni incompatibilidades personales ni una lucha de poder, y ni tan siquiera una disputa por la ortodoxia nacionalista. Incluso la propia dualidad generacional

¹¹³⁸ SULLIVAN, J., *El nacionalismo vasco radical, 1959-1986*, Ed. Alianza, Madrid, 1988, p. 30.

constituye un factor tan sólo de segundo orden. Tampoco existen diferencias ideológicas de peso. Muy al contrario, los jóvenes que forman EKIN se nutren precisamente, de forma exclusiva y excluyente, del nacionalismo histórico vasco, entendiendo como tal ese movimiento patriótico renovador de orden sociopolítico y cultural surgido en el discurso de Sabino Arana. Todo el complejo pensamiento nacionalista representado por euskalerrriakos y aberrianos, comunionistas y sabinianos, jagis-jagis y autonomistas, confesionales y aconfesionales; concepciones diferentes tras las cuales se perfilan los conflictos latentes entre algunas de las clases sociales del país o, en la mayor parte de los casos, entre las diversas fracciones de una misma clase social, la burguesía, todo ello, decimos, va a constituir el magma ideológico en el que se nutre la nueva generación.”¹¹³⁹

Un sector de la doctrina representado por Tusell, Alted y Mateo sostiene que el elemento que diferencia el nacionalismo vasco en sus orígenes del nuevo nacionalismo vasco surgido durante la dictadura franquista no radica, tal y como se exponía, en un alejamiento ideológico, ya que se nutre de las mismas fuentes, sino en una propensión directa a la acción más allá del discurso. Hay tres factores relevantes a este respecto: la juventud de sus miembros o la brecha generacional; la presencia del régimen dictatorial basado en una exaltación de la unidad nacional; y la carencia de una estructura jerárquica u organizativa, toda vez que el EKIN es un grupo que surge de manera autónoma.¹¹⁴⁰ El 31 de julio de 1959, surge *Euskadi ta Askatasuna* más conocido como ETA, en un intento por dotar a la interacción entre EKIN y EGI de una autonomía propia.

Las primeras acciones de ETA ya como entidad propia se dirigen a mantener el componente cultural de sus primeras reuniones, es decir, en difundir los mitos tradicionalistas vascos como el igualitarismo, la independencia, la ocupación y la nobleza los vascos.¹¹⁴¹ Se elimina, por tanto, en este periodo el componente de la lucha racial en favor de una superioridad de componente lingüístico y cultural, así como el factor religioso autodefiniéndose el movimiento como “movimiento revolucionario vasco de liberación nacional.”¹¹⁴²

Un elemento vertebrador de ETA fue el papel desempeñado por las instituciones católica a pesar de que el movimiento abandonase el componente religioso y optase, en

¹¹³⁹ JÁUREGUI, G., *Ideología...*, *op. cit.*, p. 82.

¹¹⁴⁰ TUSELL, J., ALTED, A., MATEO, A. (coord.), *La oposición al régimen de Franco. Estado de la cuestión y metodología de la investigación*, vol. 1, tomo 2, Ed. UNED, Madrid, 1990, p. 354.

¹¹⁴¹ JÁUREGUI, G., “ETA: orígenes y evolución política” en ELORZA, A. (coord.), *La historia de ETA*, Ed. Planeta, Madrid, 2000, pp. 171-274, p. 201.

¹¹⁴² AVILÉS, J., *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Ed. Arco, Madrid, 2010, p. 15.

el marco de su definición ideológica, por presentarse como defensor de la libertad de cultos. Ontoso, en su libro titulado *Con la Biblia y la Parabellum* expone que

“Euskaldun fededun, la categoría que equipara al ser vasco con ser creyente es un axioma que se ha grabado a sangre y fuego de generación en generación en Euskadi tras una tradición milenaria en la que las referencias religiosas han formado parte del ADN de su pueblo y han conformado su identidad. En un primer momento, estas referencias eran un conjunto de creencias muy ligadas con la mitología y las leyendas (...), pero que, con el avance la predicación de las órdenes religiosas fue tomando otra forma. El clero vasco, que luego se conformaría como un grupo de presión, salía del mismo pueblo, y defendía las aspiraciones de ese pueblo que terminaría convirtiéndose en un sujeto político con un valor místico.”¹¹⁴³

Por un lado, se sostiene que la educación cristiana de muchos de los que después serían llamados militantes influyó de manera decisiva en que ETA se articulase como un movimiento de resistencia política y cultural frente al régimen franquista y en que la decisión de la lucha armada tardase en materializarse de manera real. No obstante, por otro lado, la vertiente del clero vasco que ha sido apodada como clero vasco rebelde por su labor de contestación al régimen franquista y por su desempeño en la defensa de la cultura vasca, estuvo fuertemente marcada por el desempeño de un protagonismo político y por la sacralización del concepto de pueblo en el ideario de ETA y en el imaginario colectivo del nacionalismo vasco. Hubo sacerdotes enrolados en el grupo y los espacios religiosos como las iglesias o los monasterios se convirtieron en puntos de encuentro, en puntos de comunicación y en puntos de huida; incluso las misas fueron también una herramienta para la difusión del ideario nacionalista vasco y para la martirización de sus militantes. La Iglesia vasca se convirtió en un sustrato de apoyo material y logístico a la organización incluso una vez perpetrado el asesinato, a saber, el del Comisario Meliton Manzanos acusado de torturar a detenidos. La planificación del propio asesinato tuvo lugar en el Convento de los padres sacramentinos de Villaro en el verano de 1968.

Lo cierto es que la banda ya había sido acusada de hacer descarrilar un tren de veteranos de la Guerra Civil en julio de 1961 y, tal y como expone Sullivan, la reacción duramente represiva del régimen como respuesta generó una reflexión en el seno de la organización basada en que

“Aunque en teoría ETA había adoptado un tipo de organización más cerrada que la de EGI o el PNV, no estaba preparada para una represión que la dejaría paralizada y desmantelada (...). Una pauta que se repetirá (...), una acción de tipo

¹¹⁴³ ONTOSO, P., *Con la Biblia y la Parabellum*, Ed. Península, Barcelona, 2019, p. 39.

militar tendría consecuencias desastrosas para los miembros dedicados a la propaganda o a las labores culturales y educativas.”¹¹⁴⁴

En este punto, ETA recibe toda la influencia ideológica de Krutwig e integra los principios marxistas de la lucha de clase en el plano de la lucha contra la opresión, adhiriéndose a la conocida como vía tercermundista, toda vez que la propia definición del nacionalismo vasco viene delimitada por la opresión externa ejercida por España. En el contexto dictatorial, y como resultado de la política represiva franquista, este argumento adquiere su mayor nivel de aceptación en el nacionalismo y en la sociedad vasca. Es la integración de los parámetros de Kurtwig, en atención al cual los movimientos de liberación nacional requieren necesariamente de la violencia y la lucha armada para triunfar, la que supone un cambio visible en la manera de actuar de la organización.¹¹⁴⁵

Es en su IV Asamblea celebrada en 1965 donde a través de dos textos, se termina de definir el carácter de ETA:

En primer lugar, la *Carta a los intelectuales*, que viene a ser una suerte de manifiesto sobre los pilares del nacionalismo vasco que defendería ETA: el territorio, la etnia, el pueblo, la lucha unida, la cultura, la lengua, el trabajo como dignificador y el papel de una élite burguesa española unida para quitar a los vascos el fruto de su trabajo y sacrificio como pueblo, llegando hasta el punto de afirmar que

“Los vascos trabajaron. Poseían sus instrumentos. Viviendo junto al mar se hicieron pescadores. Siendo bravo el mar, aprendieron a construir buenos barcos y con ellos surcaron los mares. Comerciaron, acumularon riquezas, y con ellas explotaron el subsuelo de Euzkadi. (...) Los que tienen el poder económico, la alta burguesía, encontrando más facilidades a la consecución de sus intereses, pusieron a los vascos bajo el control político del Estado español.”¹¹⁴⁶

En segundo lugar, las *Bases Teóricas de la Guerra* viene a definir la estrategia de violencia que desempeñaría la banda sobre la tríada acción-represión-acción. Expondría el propio Zalbide que

“Suponemos una situación en la que una minoría organizada asesta golpes materiales y psicológicos a la organización del Estado, haciendo que este se vea

¹¹⁴⁴ SULLIVAN, J., *El nacionalismo...*, op. cit., p. 46.

¹¹⁴⁵ KRUTWIG, F., *Vasconia: estudio dialéctico de una nacionalidad*, Ed. Norbait, Buenos Aires, 1963.

¹¹⁴⁶ Fragmento de la Carta a los Intelectuales publicada por ETA en 1965.

obligado a responder y reprimir violentamente la agresión. Supongamos que la minoría organizada consigue eludir la represión y hacer que esta caiga sobre las masas populares. Finalmente, supongamos que dicha minoría consigue que, en lugar de pánico, surja la rebeldía en la población de tal forma que esta ayude y ampare a la minoría en contra del Estado, con lo que el ciclo acción-represión está en condiciones de repetirse, cada vez con mayor intensidad.”¹¹⁴⁷

Estas manifestaciones suponen la confirmación del acercamiento entre el nacionalismo vasco y la izquierda revolucionaria, así como el establecimiento de un modelo simbiótico entre lo militar y lo psicológico, ya que se busca la acción e implicación del conjunto de la sociedad vasca teniendo como hecho diferencial el ejercicio de la acción represiva estatal sobre el conjunto mismo de la sociedad vasca. En este momento, la organización sufrió un fuerte debate interno entre aquellas perspectivas propias de la estrategia política en las que el derrocamiento del régimen franquista debía ser la prioridad del nacionalismo vasco, incluso contemplando la posibilidad de aliarse con fuerzas españolas¹¹⁴⁸, frente a aquellas posturas que, desde el exilio y lideradas por Txillagerdi y los hermanos Etxabarrieta, no contemplaban la posibilidad del enfoque político ante la represión dictatorial. De la V Asamblea el resultado fue la escisión de un bloque centrado en la lucha de clases, y que se uniría al Movimiento Comunista de España en 1972, y las tensiones entre el debate puramente cultural o lingüístico defendido por Txillardegui y las vertientes tercermundistas de Krutwig. El propio Txillardegui ante su expulsión de la organización por el triunfo de la vertiente tercermundista, expone que

“Nosotros éramos partidarios de una lucha mucho más política, mucho menos militar, que la de los que finalmente vencieron en la V Asamblea... La guerrilla urbana, y la guerrilla general, son quizás válidas como fuerza de apoyo, pero no como sistema de liberación de un país industrializado como España. Es válida en Vietnam, pero no aquí.”¹¹⁴⁹

Desde este momento y hasta el final de la dictadura, la banda terrorista perpetró 43 asesinatos, que fueron respondidos con ejecuciones, consejos de guerra y condenas a muerte por parte del régimen lo que, de alguna manera, propició la generalización de un sentimiento social de solidaridad en la comunidad vasca. En 1973, ETA asesinaba a Carrero Blanco, recién nombrado Presidente de Gobierno por Franco, y colocó una

¹¹⁴⁷ Fragmento de las Bases teóricas de la guerra revolucionaria publicada por ETA en 1965 y escritas por José Luis Zalvide.

¹¹⁴⁸ SULLIVAN, J., *El nacionalismo...*, *op. cit.*, p. 61.

¹¹⁴⁹ JÁUREGUI, G., “ETA: orígenes...”, *op. cit.*, p. 243.

bomba que dejó un resultado de trece personas muertas en una cafetería de Madrid, generando la escisión más importante de la banda entre ETA militar y ETA político militar, que se confirmaría de manera definitiva en 1981.

La transición fue vista en un inicio como la posibilidad de la normalización de las relaciones entre gobierno central y País Vasco, así como, el periodo de desarticulación de ETA; no obstante, los hechos fueron sustancialmente distintos, toda vez que, mientras se negociaba el Estatuto de Autonomía, ETA en su vertiente militar intensificó los niveles de violencia y constituyó la coalición de partidos Herri Batasuna, considerada como el brazo político de la banda. Durante la transición española, la banda demostró una gran capacidad de actuación y el ejercicio de un terrorismo de desgaste tanto frente al gobierno central como frente a la propia sociedad vasca. La banda organizó lo que se ha llamado Alternativa KAS, una serie de reivindicaciones dirigidas a los líderes transicionales y sin las cuales, la lucha armada no iba a detenerse. Estas medidas consistían en la amnistía, la legalización de todos los partidos políticos, la retirada de las fuerzas del orden del territorio vasco, la integración de Navarra y las mejoras de carácter obrero.

El triunfo en la V Asamblea de la minoría más radical dentro del ETA y la asunción del bando de la organización “consolidando las tesis sublimadoras de la lucha armada hasta derivarla en un fin en sí mismo”¹¹⁵⁰ derivó en una intensificación de la violencia política y en la continuidad de la reivindicación armada una vez terminada la dictadura franquista. A pesar de ello, en los primeros años de la transición, es ETA político-militar la que a través de los llamados *berezis* comete el mayor número de atentados.¹¹⁵¹ Un elemento particular en los últimos años de dictadura y en la transición, es el hecho de que ETA pasa de tener como objetivos a las fuerzas policiales y militares españolas, para generalizar su violencia frente a todo aquel que propugnase cualquier modelo de integración vasca en el estado español, terminando por extenderla a todo el conjunto de la sociedad civil. Tal y como sostiene Sánchez-Cuenca, toda la estrategia de ETA, especialmente en el marco transicional, es de desgaste, es decir, “ETA es un actor racional que actúa para conseguir un fin político”¹¹⁵² y las muertes son el sistema de presión política mientras que la justificación es una actitud propagandística.

¹¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 259.

¹¹⁵¹ ONAINDIA, M., *El aventurero cuerdo: memorias 1977-1981*, Ed. Espasa, Madrid, 2004, p. 242.

¹¹⁵² SÁNCHEZ-CUENCA, I., *ETA contra el Estado. Las estrategias del terrorismo*, Ed. Tusquets, Barcelona, 2001, p. 73.

En cuanto al papel de la sociedad vasca ante el terrorismo de ETA, los postulados son fundamentalmente dos: por un lado, las víctimas indirectas del terrorismo de ETA suelen referirse la metáfora de las ventanas cerradas como representativa de una sociedad vasca que no actuaba frente al terrorismo de ETA y que, además, como recoge Cuesta “Hasta entrados los años noventa esta sociedad ha mirado hacia otro lado ante muchos dramas humanos, ha huido de sus más mínimas responsabilidades de solidaridad buscando mil excusas inexcusables.”¹¹⁵³

Por otro lado, se encuentran las perspectivas que sostienen que la sociedad vasca se movilizó frente a la violencia y que gran parte del mérito de que hoy se halle extinta la banda radica en el papel social vasco. Así lo expone Fernández:

“La sociedad vasca se ha movilitado como pocas en contra de la violencia, los atentados, las injusticias y a favor de los derechos humanos y las víctimas. Nos hemos sentido solidarios y próximos a ellas. (...) Sin embargo, no ha sido suficiente, no hemos sabido transmitirlo abiertamente.”¹¹⁵⁴

Lo cierto es que el terrorismo de ETA generó una fractura en la sociedad vasca que la historiografía moderna no ha sido capaz de reflejar tal y como lo han hecho los ámbitos cinematográficos o novelísticos. Una primera fractura es la que generan los roles de víctima y de victimario, pero junto a ellos están todas las víctimas y victimarios indirectos como partícipes sociales y como sustento o detrimento del terrorismo etarra. Una segunda fractura, es la generada por la inclusión de los postulados de división de clase marxista dentro de los fundamentos ideológicos de ETA, que dividieron a la sociedad vasca entre opresores y colaboradores del régimen primero y de la, siguiendo el discurso etarra, opresión del estado español después, frente a los militantes.

Dentro de las estrategias de extorsión empleadas por la organización se encontraba el llamado impuesto revolucionario que según Domínguez, Fernández y Merino afectó a más de diez mil personas.¹¹⁵⁵ El estudio titulado *Relatos de plomo. Historia del terrorismo en Navarra* sostiene que la media de extorsionados que cedieron al chantaje

¹¹⁵³ CUESTA, C., *Contra el olvido. Testimonio de víctimas del terrorismo*, Ed. Planeta, Madrid, 2001, p. 13.

¹¹⁵⁴ FERNÁNDEZ, J., *Ser humano en los conflictos. Reflexión ética tras una vivencia directa en el conflicto vasco*, Ed. Alianza, Madrid, 2006, p. 266.

¹¹⁵⁵ FERNÁNDEZ, G., y DOMÍNGUEZ, F., *Pardines, cuando ETA empezó a matar*, Ed. Tecnos, Madrid, 2018, p. 42.

se estima en un 8%, pero que las cantidades fueron suficientes para garantizar la actividad armada de la banda en la segunda mitad del siglo XX.¹¹⁵⁶

Las reflexiones sobre el papel de la sociedad vasca en el terrorismo etarra han tenido una mayor incidencia en el plano de su disolución como banda armada toda vez que, mientras subsistía la posibilidad de violencia, los posicionamientos estaban nublados por un ambiente distorsionado entre el miedo y la condena. Rivera lleva esta afirmación hasta el extremo de establecer que “cuando ETA anunció su final terrorista no llegó a Euskadi ninguna paz: solo cesó la fuerza distorsionadora que la hacía imposible desde hacía medio siglo.”¹¹⁵⁷

Siguiendo lo dispuesto por Máiz¹¹⁵⁸, cualquier fenómeno terrorista obedece a una decisión intencional basada en sus actores, en la estructura social y en las dinámicas territoriales, lo que viene a sostener la aproximación de que la satisfacción de objetivos políticos a través de la violencia se dota de algún tipo de anclaje social construido a través del discurso, del miedo y del silencio.

Junto a la extorsión, se encuentra la cuestión de la socialización del sufrimiento y de la deshumanización de la víctima. En cuanto a la socialización del sufrimiento, Ríos, en un estudio realizado mediante entrevistas a miembros de la banda, expone que “no se plantea como una simple socialización. Es la socialización del sufrimiento vivido. No del ajeno. De todo cuanto pasan los familiares de la organización y de cuál es el sufrimiento de la gente independentista que no pudo ejercer su derecho de decisión.”¹¹⁵⁹

En lo concerniente a la deshumanización hay dos elementos, el de los ejecutores y el de la sociedad. En el seno de los ejecutores, las víctimas se plantean como meros objetivos, totalmente despersonalizados, a los que se les atribuye un rol en la guerra emprendida contra el estado español; no importa nada más. En cuanto a la deshumanización frente a la sociedad, las víctimas se presentan como necesarias y además

¹¹⁵⁶ MARRODÁN, J. (dir.), *Historia del terrorismo en Navarra (1960-86). Relatos de plomo*, Ed. Departamento de Cultura de Navarra, Logroño, 2013.

¹¹⁵⁷ RIVERA, A., “Una paz donde no hubo guerra. El final del terrorismo en el País Vasco”, *Vínculos de Historia*, nº7, pp. 115-131, p. 130.

¹¹⁵⁸ MÁIZ, R., “México: la guerra de las palabras, marcos interpretativos y estrategias identitarias en el discurso político del EZLN” en MARTÍ, S. (ed.), *Pueblos indígenas y política en América Latina. El reconocimiento de sus derechos y el impacto de sus demandas a inicios del siglo XXI*, Ed. CIDOB, Barcelona, 2007, pp. 393-434.

¹¹⁵⁹ RÍOS, J., “Terrorismo, legitimidad y militancia: un análisis discursivo sobre ETA”, *DADOS*, nº4, vol. 64, 2021, pp. 1-33, p. 12.

definidas por el papel o cargo que tienen y no por la persona que son. En la propia banda, los miembros son conscientes de este fenómeno y de un cambio en la tendencia social a partir de los años 90:

“Hasta los noventa hay una lucha armada y una aceptación bastante buena, pero a partir de los noventa empieza a haber una diferencia entre la lucha armada y la percepción de la sociedad.”¹¹⁶⁰

“En la segunda mitad de los noventa hay un cierto desapego. No solo por las acciones que llevamos a cabo, sino por toda la lucha ideológica que había hecho el enemigo con los movimientos de liberación. Cómo prostituyen lo que significa la violencia. Necesitan crear un enemigo, un diablo. Nos presentan como gente loca que empieza a pegar tiros y ahí sí, cualquier acción que hacíamos nos empieza a pasar factura (...) Las acciones contra concejales de partidos políticos y otros objetivos, la sociedad no lo entendía.”¹¹⁶¹

Aunque los testimonios se centran en la idea del entendimiento, el concepto esencial es el de permisividad, definido por Moliner como acepción de tolerancia en los siguientes términos: “no oponerse, por abandono, a las extralimitaciones de alguien.”¹¹⁶²

El inicio de la transición trajo consigo una nueva aproximación al fenómeno de ETA por parte de la sociedad vasca, toda vez que se eliminaba el carácter represivo del gobierno central y se abría la puerta a un diálogo sobre la autonomía, así como se generaban espacios de incipiente libertad de expresión, asociación, manifestación y huelga, que permitían a la sociedad vasca hacer visible su opinión. Es cierto que la relación entre la sociedad vasca y el terrorismo de ETA no es idílica, en el sentido de que no hubo reacciones, sino más bien un ambiente de silencio; ello no obsta la generación de fuertes fracturas sociales como las que se exponían y cómo estas han influenciado notablemente el proceso transicional a nivel de la sociedad vasca y el modelo de integración en el contexto nacional.

¹¹⁶⁰ Entrevista 2 realizada el 27 de septiembre de 2018 en Bilbao recogida en RÍOS, J., “Terrorismo..., *op. cit.*, p. 13.

¹¹⁶¹ Entrevista 8 realizada el 8 de noviembre de 2018 en Bilbao recogida en *Íbidem*.

¹¹⁶² MOLINER, M., *Diccionario del uso del castellano*, Ed. Gredos, Madrid, 1981.

v. La transición, de la ejemplaridad a la ausencia de herramientas transicionales

El inicio de la transición española se sitúa el 20 de noviembre de 1975; simbólicamente se asocia con el discurso del que fue entonces Presidente del Gobierno, Carlos Arias Navarro con el famoso mensaje “Españoles... Franco ha muerto.”¹¹⁶³

La primera etapa transicional es una etapa marcada por una profunda incertidumbre sobre lo que iba a ocurrir y cómo iban a desarrollarse los acontecimientos. Desde noviembre de 1975 hasta julio de 1976, lo más relevante es la proclamación por las Cortes de Juan Carlos I, hijo de Juan de Borbón, como rey de España, de conformidad con la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 1947 y la Ley de 22 de julio de 1969, que modificaba el orden sucesorio natural para hacer recaer la jefatura del estado en él, y el nombramiento de Adolfo Suárez como nuevo Jefe de Gobierno por el rey tras la renuncia de Carlos Arias Navarro y la remisión de una terna de candidatos por las Cortes el 3 de julio de 1976.

Este primer momento transicional está marcado por el retorno a la monarquía, no basado en una dinastía borbónica heredada, a pesar de los periodos republicanos y dictatoriales, sino en una normativa producida desde el propio régimen dictatorial. Esto supuso que la figura del monarca heredaba todos los poderes que habían sido atribuidos a la figura del caudillo y dotar de una cierta estabilidad al gobierno de Carlos Arias Navarro, que así podía mantenerse como jefe de gobierno en los primeros meses tras la muerte de Franco. Se definía esta primera como un periodo marcado por la incertidumbre, en el sentido de que la legitimidad del monarca procedía del régimen anterior, no sólo por la determinación del marco legal que abriría las puertas al retorno de la monarquía en España, sino también porque el salto en la línea sucesoria obedecía a un acuerdo personal entre Franco y Juan Carlos I, toda vez que Juan de Borbón no había renunciado a sus derechos sucesorios. El hecho de que la figura de la jefatura de estado recayese sobre una persona especialmente designada por Franco suponía ya en un primer momento un cambio sustancial en el entendimiento del modelo de estado generaba dos cuestiones a efectos transicionales:

Por un lado, recogía en cierta manera la legitimidad que socialmente se reconocía al régimen franquista y, ante una situación que no estaba prevista en términos

¹¹⁶³ Discurso de Carlos Arias Navarro de 20 de noviembre de 1975 retransmitido por RTVE.

sociopolíticos o, al menos, que no estaba planificada, suponía una suerte de continuidad frenando la posibilidad de vacíos de poder.

Por otro lado, determinaba el surgimiento de dudas en cuanto a su legitimidad si las perspectivas transicionales se cumplían; en otras palabras, no quedaba claro el papel del monarca en los cambios políticos que ya se vaticinaban. Lo cierto es que este cuestionamiento que se daba dentro de la oposición no fue predominante porque la estrategia represiva y de represión de los movimientos asociativos e ideológicos había situado a la oposición al régimen en una situación no solo de división y heterogeneidad que ya había caracterizado a la izquierda española en las etapas históricas precedentes, sino en una situación de ausencia de organización. En este sentido, solo quedaban como partidos históricos bien exiliados o bien articulados en cédulas clandestinas, el PSOE y el PCE. Existían otros liderazgos y opciones en el marco de la oposición como los democristianos, pero carentes de una situación previa como partidos y de cuadros de mando y respaldo reales. Lo cierto es que para el momento en el que comienza la transición española, la situación del PCE es aparentemente mejor que la del PSOE por dos razones: la primera es que el PCE había optado por adherirse a la corriente eurocomunista, reformulando así de manera estratégica su aproximación a la democracia y escapando de posibles incardinaciones o alineaciones verdaderamente ideológicas con el estalinismo que le había caracterizado en otros periodos. Donofrio sintetiza las nuevas líneas de la acción política del PCE de la siguiente manera:

“En los años sesenta y setenta (...), realizó algunos cambios estratégicos, buscando la fórmula política que le permitiera, en primer lugar, obtener la legalización del partido tras la muerte de Franco, y, secundariamente, cómo alcanzar el poder por la vía democrática, abogando por el pluralismo y participando a unas elecciones. El PCE decidió apostar por un cambio de postura, adhiriendo al llamado Eurocomunismo, un proyecto político que se proponía como objetivo crear un modelo de socialismo correspondiente a las características del occidente y, por tanto, un tipo de estrategia revolucionaria nueva.”¹¹⁶⁴

Frente a esta reorganización y capacidad de supervivencia clandestina del PCE a partir del apoyo sindical, mediático y vecinal, el PSOE era bicéfalo ya que estaba dividido

¹¹⁶⁴ DONOFRIO, A., “El PCE en su etapa eurocomunista durante la transición democrática”, en NAVAJAS, C. ITURRIAGA, D. (ed.), *España en democracia. Actas de IV Congreso Internacional de Historia de nuestro tiempo*, Ed. Universidad de La Rioja, Logroño, 2014, pp. 157-167, p. 157.

entre el exilio y las bases que restaban en el interior del país, pero sin operar en un marco legal y con una estructura minúscula.

No obstante, el propio Juan Carlos I comunicó a la oposición exiliada, mediante conducto diplomático su voluntad de reinar para todos los españoles, en un intento por mostrar su predisposición a la transición y el rol mediador que estaba dispuesto a asumir en ella.

En el marco de los afines al régimen convivían tres vertientes: en primer lugar, la representada por Manuel Fraga y José María de Areilza, que asumen el rol de los reformistas o aperturistas. Este fenómeno del aperturismo tiene que ver con lo expuesto en torno a la liberalización de los regímenes cívico-militares y con la existencia de unas condiciones en las que, el régimen, a pesar de ser más fuerte que la oposición y de contar con una estabilidad institucional y/o económica, comienza a percibir que el mantenimiento en el poder genera una serie de costes y que la permanencia en el poder depende de una legitimación a nivel internacional y de la asunción de una serie de convicciones éticas y de buen gobierno nuevas. Esto no supone que esta vertiente del régimen estuviese a favor de una democratización inmediata, pero sí supone la afirmación de que el régimen debe dar algún tipo de paso para permanecer en el estatus en que se encuentra. Quizás el hecho más significativo es el documento remitido por el propio Fraga al gobierno de Arias Navarro y titulado *La reforma constitucional: justificación y líneas generales*. Juliá ha definido ese documento y su contenido como un intento de “apertura controlada que consistía en ampliar el campo definiendo desde el gobierno quiénes y bajo qué condiciones podían participar en el nuevo juego político.”¹¹⁶⁵

En segundo lugar, existía una corriente que asumía la democratización como inevitable, pero en un régimen transicional controlado, pactado y, sobre todo, limitado por la atribución a la figura monárquica de herramientas y potestades de control sobre las futuras instituciones parlamentarias.

En última instancia, un sector joven y poco conocido agrupado como Grupo Tácito que mediante la publicación de artículos en prensa participaba en el proceso transicional, actuando más como un grupo de influencia que como una agrupación política. Es más, en la Junta General de enero de 1976 se estableció que “no debía

¹¹⁶⁵ JULIÁ, S., “Entorno a los proyectos de transición y sus imprevistos resultados” en MOLINERO, C. (ed.), *La Transición, treinta años después*, Ed. Península, Barcelona, 2006, pp. 59-80, p. 71.

desaparecer hasta que se hubiese creado algo nuevo y esto debería ser un partido político.”¹¹⁶⁶

La decisión del rey de nombrar a Adolfo Suárez vino determinada porque quien ostentase el último gobierno franquista y el primer gobierno monárquico, Arias Navarro, llevó a cabo una política de continuidad del régimen que no permitió desarrollar ningún tipo de actividad transicional en esos primeros meses. En la comunicación que el rey envió a la oposición se incluían una serie de reformas que debían llevarse a cabo para poder garantizar en condiciones de seguridad el retorno de los exiliados y su participación en sede transicional: estas medidas incluían la reforma penal en materia de delitos políticos, la libertad de prensa y la legalización de las asociaciones con vistas a ir canalizando, organizando y dando una estructura fuera de la clandestinidad y el exilio a los actores políticos no vinculados al régimen. Lo cierto es que la tramitación de la Ley de Reunión no planteó problemas, pero sí lo hizo la Ley de Asociaciones ya que, desde el Decreto de 13 de septiembre de 1936, la dictadura había generado todo un aparato represivo y de anulación de los partidos políticos y sus organizaciones; la Ley de Asociación planteaba una ruptura con uno de los pilares del régimen. La lejanía entre las posturas presentes dentro del propio régimen ya en este momento es particularmente evidente; los comentarios de algunos de los procuradores respecto a la tramitación y aprobación de esa ley, dan buena cuenta del enfoque continuista del gobierno de Arias Navarro. A título de ejemplo, Fernández de la Vega expuso que

“de nuevo y después de cuarenta años, se anuncia el resurgir de los partidos, donde unos pocos, expertos y diplomados en el mangoneo de muchos, hablan ya en el nombre de todos sin representar a nadie (...) hoy se nos pide, al demandarnos carta de naturaleza para los partidos políticos, la abolición ideológica del Régimen del 18 de julio. Que nadie piense o crea otra cosa.”¹¹⁶⁷

Junio de 1976 es un momento clave en el contexto transicional español, especialmente por el papel que la comunidad internacional jugó en el futuro nombramiento de Adolfo Suárez. La violencia desatada con ocasión de la transición portuguesa preocupaba notablemente a Alemania y Francia, que veían con recelo una transición en España por las posibilidades de replicar el contexto portugués, y Estados Unidos que había sido un aliado fundamental de la dictadura, concertó la visita de Juan

¹¹⁶⁶ ÁLVAREZ, J. L., “El Grupo tácito”, *XX Siglos*, nº32, 1997, pp. 94-102, p.101.

¹¹⁶⁷ Intervención de Fernández de la Vega en la sesión de las Cortes celebrada los días 8 y 9 de junio de 1976, X legislatura, nº 27, p. 20.

Carlos I y Areilza a Estados Unidos. En esta visita, el rey se aventura a pronunciar especialmente la expresión de apertura de cauces para la participación popular. Es Kissinger quien manifiesta el porqué de la división presente en el Congreso norteamericano sobre España y sobre el futuro del país; concretamente, preocupa la posibilidad de un éxito electoral del PCE o del PSOE toda vez que estos partidos habían puesto de manifiesto una postura antiimperialista, y calificada también de anticapitalista y antinorteamericana por el propio Kissinger. En esencia, la postura estadounidense es proclive a la democratización española, pero sin riesgo de ruptura y asegurando la presencia de un partido que, sin ser continuista, ofrezca suficientes garantías de gobierno y de ausencia de alianzas con la URSS.

El nombramiento de Suárez por el rey no fue bien recibido ni dentro ni fuera de España por ser un hombre formado en el régimen. Contreras y Cebrián sostienen que las capacidades e liderazgo de Suárez ya eran visibles en su papel como Secretario General del Movimiento y en los debates sobre la Ley de Asociación, llegando a atribuirle en buena parte el mérito de que se aprobase por su discurso ante los procuradores en el que sostuvo que

“no hay que derribar lo construido, ni hay que levantar un edificio paralelo (...) hay que rectificar lo que el paso del tiempo y el relevo de generaciones haya dejado anticuado (...) poner en marcha los mecanismos necesarios para la consolidación definitiva de una democracia moderna. (...) La enorme carga emotiva que rodea a la palabra partidos, por razones históricas en ellos hemos encontrado los españoles la desconsoladora razón de mucha sangre vertida, de muchas inestabilidades políticas, de la conclusión desesperada de que este pueblo era ingobernable (es hora de acabar) la gigantesca obra de ese español irreplicable al que siempre deberemos homenajes de gratitud y que se llamaba Francisco Franco. (...) vamos, sencillamente, a quitarle dramatismo a nuestra política, vamos a elevar a la categoría política de normal lo que a nivel de calle es simplemente normal, vamos a sentar las bases de un entendimiento duradero bajo el imperio de la ley.”¹¹⁶⁸

No obstante, el desempeño del gobierno de Suárez, a pesar de ostentar la característica de ser un gobierno no democrático, sí fue un gobierno para la transición que estableció conversaciones con la izquierda y que llevó a las cortes franquistas la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política. A efectos prácticos, el impacto de esta ley fue el constituir el instrumento jurídico clave para la desarticulación institucional del franquismo y la definición precisa del camino hacia la democracia, confirmando el

¹¹⁶⁸ Intervención de Suárez en *Íbidem*, p. 102.

fracaso de las políticas o tendencias de carácter continuista, así como una brecha en el grupo de afines al régimen.

El primer discurso de Suárez retransmitido en Televisión Española ya anticipaba sus voluntades reformistas cuando aseguró que

“que los gobiernos del futuro sean el resultado de la libre voluntad de la mayoría de los españoles, (...), que el orden y la libertad convivan en el mismo campo, complementándose mutuamente. (...) Pertenezco por edad, a una generación de españoles que sólo ha vivido la paz. Pertenezco, por convicción y talante, a una mayoría de ciudadanos que desea hablar un lenguaje moderado, de concordia y conciliación». Y todo ello, por supuesto, desde el apoyo de una Corona que «tiene la voluntad expresa de alcanzar una democracia moderna para España, una democracia en la que la libertad, la justicia, la participación, la cultura y la paz sean el fruto del esfuerzo de todos y el resultado del que todos se beneficien.”¹¹⁶⁹

El inicio de la tramitación en las Cortes de la Ley para la Reforma Política se complementa con las acciones previas desarrolladas por Suárez que había mantenido contacto tanto con la oposición como con las juntas militares para tranquilizar a los primeros sobre su concurrencia a las futuras elecciones y, a los segundos, sobre la ausencia de riesgo de un triunfo socialista.

Tal y como expone Tierno Galván, el éxito de las medidas del gobierno de Suárez, ideadas por Torcuato Fernández Miranda, catedrático de derecho constitucional, radica en el empleo de los cauces legales propios del régimen para la configuración del proyecto de reforma política, y en un apropiado empleo del lenguaje tanto a efectos discursivos como a efectos de redacción de las propuestas legislativas. Es notorio el hecho de que la ley se denominase para la reforma política y no de reforma política y este pequeño detalle supone que se asumía la necesidad de modificar la legislación totalitaria a través de ella misma y con la participación de todos los actores, aunque fuese a efectos meramente formales o de abstención:

“El Gobierno Suárez se ha visto, por un lado, comprometido por razones subjetivas y por razones objetivas a respetar el Derecho Constitucional vigente, que es tanto como decir que no se cambie por modos ajenos a lo que las propias leyes permiten y que con el nombre de Fundamentales se heredaron de la dictadura franquista. Por otra parte, su proyecto, expuesto con claridad desde los primeros momentos, consiste en cambiar ese orden fundamental, con lo que damos en la siguiente sorprendente contradicción. Por una parte, hay que respetar la legislación totalitaria, y por otra, hay que destruir esta legislación para dar paso a un sistema

¹¹⁶⁹ Primer discurso de Suárez como presidente transcrito en *El País*, 7 de julio de 1976.

democrático. Me parece que muy pocas veces en la historia del Derecho Constitucional se ha presentado nada más claro y a la vez más contradictorio, y en el orden práctico más necesario y en el plano teórico más difícil. Aquello del guisado de liebre sin liebre parece una contraposición fácilmente salvable, si se compara con esta otra de pasar de un Estado fascista a un Estado democrático, utilizando la propia legalidad fascista.”¹¹⁷⁰

En el artículo titulado “El liderazgo innovador en la transición a la democracia y en una nueva democracia”, Linz expone las virtudes de Suárez como líder transicional¹¹⁷¹:

En primer lugar, la habilidad para comprender los problemas más básicos y traducirlos en soluciones concretas, paso a paso y sin revelar o asumir promesas de futuro. Una de las dificultades presente en todos los contextos transicionales es la de hacer frente a los cambios y a la totalidad de la problemática transicional. La habilidad se traduce, por tanto, en la capacidad para separarlos y priorizar. En Suárez, Linz aprecia un pragmatismo que aún en apariencia de ser una política de parches, termina dando resultados.

En segundo lugar, un uso adecuado del tiempo, tanto para comprender las presiones y los momentos en que van a llegar, como para gestionar el ritmo de los cambios institucionales.

En tercer lugar, una gran habilidad comunicativa tanto con la oposición, como con los afines al régimen y, particularmente, una capacidad para transmitir mensajes a la población.

En cuarto lugar, un sentido de la responsabilidad histórica de su gestión.

Las reformas que introducía la Ley para la Reforma Política eran más políticas que verdaderamente jurídicas: soberanía popular, principio de legalidad, derechos fundamentales, sufragio universal directo y secreto y reconocimiento en su disposición transitoria primera del pluralismo político, nombramiento del Presidente del Gobierno según el resultado electoral y la potestad de someter a referéndum cualquier iniciativa de interés nacional constitucional o no.

¹¹⁷⁰ TIERNO, E., “Prologo” en VERDÚ, P., *La octava Ley Fundamental. Crítica jurídico-política de la Reforma Suárez*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, p. 10.

¹¹⁷¹ LINZ, J.J., “El liderazgo innovador en la transición a la democracia y en una nueva democracia”, en ALCÁNTARA, M. y MARTÍNEZ, A. (ed.), *Política y gobierno en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 1997, pp. 53-94, p. 55 y ss.

El objetivo subyacente era el de convocar unas elecciones en las que, mediante la permisión a través de la institucionalidad franquista, la oposición pudiese participar. Se aborda el concepto de legitimidad retrospectiva, es decir, el hecho de que él mismo fue nombrado por Franco como elemento favorecedor para las posturas afines al régimen, pero, al mismo tiempo, es quien habilita el proceso transicional y lo deja en manos electorales, dotando así de legitimidad al nuevo gobierno. Tras la aprobación de la Ley en las Cortes, el referéndum para su sanción popular de diciembre de 1976 arroja como resultado un 90% de votos favorables logrando así tres objetivos: el primero de ellos, iniciar de manera rotunda la transición legal y política; el segundo de ellos, situar a la oposición ante la decisión de romper el proceso transicional apoyado por referéndum popular o volcarse en el proceso; y, el tercero, el de lograr un cierto grado de legitimidad popular.

Las elecciones se celebran con un sistema proporcional corregido basado en las provincias, con un porcentaje mínimo de votos para la entrada en el parlamento y en las que ningún partido queda fuera. Estas reglas del juego serían aprobadas por Real Decreto antes de la legalización oficial del PCE. El resultado es un parlamento poco fragmentado y sin mayoría absoluta que se iría consolidando en las siguientes elecciones hasta la generación de un bipartidismo imperfecto que se ha prolongado en el tiempo hasta 2016, obteniendo UCD la mayoría de los votos, pero sin mayoría absoluta.

El periodo que abarca desde junio de 1977 hasta diciembre de 1978 es el definitivo para la finalización de la transición política, toda vez que es el contexto de elaboración del proyecto constitucional en el que se ven reflejadas las siguientes características: en primer lugar, rompe con la tradición española de establecer constituciones sin vocación de permanencia por tratarse de constituciones de partido. La idea es establecer un marco jurídico y unas reglas del juego aceptadas por todos los actores. Es de corte socialdemócrata y combina elementos de protección a la propiedad privada con elementos de redistribución y socialización.

Hay dos elementos especialmente relevantes en este proceso: uno de ellos es la postura moderada del PCE que, al no recibir financiación rusa y, de manera opuesta al Partido Comunista Portugués, va perdiendo ese fantasma del miedo soviético y muestra una gran capacidad para el diálogo y el entendimiento. Resulta ilustrativa de esta posición el hecho de que es el PSOE el que plantea una proposición de debate sobre la monarquía en el seno de los debates constituyentes y no es el PCE.

Por otro lado, el posicionamiento de las Fuerzas Armadas en términos generales es proclive a priorizar su estabilidad corporativa por encima del papel político. A diferencia de lo ocurrido en otros procesos transicionales, la política española anterior a la dictadura había estado fuertemente politizada a través de los partidos, es decir, existía una notable experiencia y organización, aunque fuese desestructurada, de la vida política española. El mayor logro transicional y, por la trayectoria anterior, inesperado también, fue la capacidad no de transitar hacia la democracia, sino de hacerlo en condiciones pacíficas y de plena participación política asumiendo los líderes de los partidos un rol de liderazgo basado en el consenso y no en los éxitos ideológicos asumiendo lo que ha venido denominándose ética de la responsabilidad frente a la ética de la convicción. La ética de la responsabilidad es menos visible, pero más importante en el ejercicio del liderazgo transicional, ya que los líderes políticos transicionales están sometidos a enfrentar las consecuencias de su liderazgo. Propone Webber que este es un debate interno del político entre lo que debe hacer en virtud de un programa electoral y lo que debe hacer en atención a las consecuencias futuras de sus actos.¹¹⁷²

Uno de los grandes debates constitucionales se generó entorno a la idea del modelo territorial que, aun llegando a definir un modelo de descentralización que podía abarcar todos los reclamos, dejaba la puerta abierta a interpretaciones y a un proceso abierto de conformación de las autonomías que no ha tenido solo una lectura en términos de distribución competencial, sino también en materia de gestión electoral y representatividad toda vez que los movimientos regionales no se han sentido representados por los partidos de vocación nacional.

El contenido de distribución territorial constitucional tiene que ver con los antecedentes históricos. El movimiento centralizador en España comienza con los Reyes Católicos, pero sin tener un carácter total, ya que los diferentes reinos seguían manteniendo bastantes funciones. Los Decretos de Nueva Planta de Felipe V suponen la eliminación de las instituciones públicas de cada reino, pero es verdaderamente en la etapa franquista cuando se instaura un modelo de centralismo rígido pero las experiencias, en tiempo y en número son verdaderamente escasas lo que viene a sostener la tesis de los regionalismos y de la necesidad de un modelo territorial que, en el momento transicional, diese respuesta a los distintos niveles de reclamo de autonomía y de reivindicaciones nacionalistas pero sin quebrar un principio de igualdad territorial. Por toda la complejidad

¹¹⁷² WEBER, M., *La política como profesión*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2018.

política que la definición precisa de ese modelo entrañaba, la CE no configura un mapa territorial dejando en manos del proceso provisional preautonómico la definición de sus características y solo define distintos supuestos de creación de autonomías cuyos procesos se inician con la propia iniciativa territorial regional. El supuesto general de creación incluido en el artículo 143.1 da buena cuenta de la indefinición de los nacionalismos y de la pluralidad de las entidades regionales a nivel de identificación y de demandas de autonomía. El supuesto general contempla la conformación de una autonomía por provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, permitiendo que una o varias provincias con entidad regional histórica constituyan una comunidad autónoma. Deja, por tanto, sin definir, no solo el mapa territorial, sino las competencias y la propia organización de cada comunidad autónoma. Quedaron constituidas como comunidades autónomas de primer grado País Vasco, Galicia y Cataluña haciendo uso de la disposición transitoria segunda que permitía la constitución automática como comunidad autónoma a aquellas regiones que lo hubiesen plebiscitado antes de la entrada en vigor de la propia CE permitiendo en primera instancia que sólo estas comunidades autónomas pudiesen asumir las competencias enunciadas en el artículo 149 CE; para el resto, estas entran en un régimen de transferencia estatal o de modificación estatutaria ulterior. Esto fue una respuesta a los reclamos de autonomía más intensos de esas regionalidades, a las que, por iniciativa de sus órganos se sumaría con carácter uniprovincial, Navarra pero generó un desequilibrio entre los distintos territorios. También fue una medida de contenido político, entendiendo que en aquellas regiones donde los reclamos de autonomía eran más intensos y tenían una trayectoria histórica de mayor recorrido en tanto manifestaciones públicas, no como trayectoria histórica, el centralismo de la dictadura había tenido un mayor impacto y suponía una mayor desconfianza hacia el proyecto político de la transición.

La doctrina mayoritaria ha criticado también el hecho de que la CE considere a la monarquía parlamentaria como forma política del estado y no como forma de gobierno. Esto obedece a que, en el ámbito de la teoría sobre el estado, se diferencia entre la forma de gobierno, entendida como el sistema de relaciones que se establecen entre los órganos constitucionales y que incluye la formulación como parlamentario y monárquico en el caso español, mientras que la forma de estado alude al sistema de relaciones entre los elementos constitutivos del mismo, es decir, el territorio, el poder y la soberanía o, en otras palabras, en el caso, español, su definición como democrático. Sin embargo, la

delimitación de funciones institucionales posterior permitió la diferenciación entre los términos a efectos prácticos aunque no fuese así a efectos enunciativos.

De todo este análisis se desprende que, desde el punto de vista de la capacidad política, la transición española constituye un éxito, pero desde el punto de vista de la justicia transicional hay una serie de elementos que no fueron integrados dentro de la labor transicional. En el plano de las garantías de no repetición, el marco jurídico institucional y constitucional, así como el desarrollo normativo posterior, han integrado los estándares internacionales de protección de los DDHH e instaurado un ordenamiento jurídico basado en el estado de derecho; no obstante, las tareas pendientes en materia de justicia penal, verdad y reparaciones han disminuido el potencial de las garantías de no repetición.

El último informe realizado por Pablo De Greiff en su última visita a España, realizada del 21 de enero al 3 de febrero de 2014¹¹⁷³, define las tareas que no fueron abordadas en sede transicional partiendo de una apreciación de las particularidades que el contexto transicional español ofrecía. La propia estructura del informe es indiciaria de las tareas de mayor urgencia y de la dinámica de la gestión del tiempo transicional que se exponía con anterioridad, y es que, en el momento transicional, hay que establecer una serie de prioridades. En el contexto transicional español, tal y como sostiene el propio relator especial, existían una serie de dificultades que impedían la implementación de las medidas de justicia transicional: transición postautoritaria, transición postconflicto, distintos niveles de violencia y motivaciones en la etapa de Guerra Civil y en las tres fases de la dictadura franquista, la opacidad del régimen, que impidió que España recibiese los grandes avances del Derecho Internacional en materia de protección de los DDHH, así como la existencia de un discurso de confrontación entre los bandos propios de la dictadura y la fuerte represión y censura franquista que impidió una confrontación abierta con el pasado durante cuarenta años. Destaca un componente importante, el de la politización y bipolarización ideológica que existe y que hace ver a las reivindicaciones de las víctimas como parte de un ideario político y no como un derecho internacionalmente reconocido y no marcado por extremos ideológicos.

En materia de garantías de no repetición, enfatiza la rapidez con la que España pudo lograr el establecimiento un sistema democrático y constitucionalista sin fisuras,

¹¹⁷³ Informe del Relator Especial Pablo de Greiff, sobre España, *op. cit.*

comprometido firmemente con el Estado de Derecho, fiable y dotado de un alto grado de legitimidad. Al mismo tiempo, un elemento relevante es la labor de democratización e instauración de los principios del Estado de Derecho en los niveles de las fuerzas armadas, fieles al régimen militar en su mayor parte, y de las instituciones estatales. España es un ejemplo de cambio pacífico desde un régimen militar a uno democrático, aunque no sin sus oposiciones, en el que uno de los ejes principales de acción fue la sumisión de las fuerzas armadas al control civil impuesto por la Constitución, al estilo de los casos argentinos y chilenos. Tres fueron las circunstancias que más relevancia tuvieron en el marco de la integración de las Fuerzas Armadas bajo el control civil y la asunción de su nuevo papel: en primer lugar, la integración de España en la comunidad internacional, en la OTAN y su participación en misiones de paz integrando así la separación entre seguridad y defensa. En segundo lugar, la opción de la renovación intergeneracional y la transformación gradual mediante una limitación competencial de las labores militares mediante instrumentos jurídicos y la reducción de efectivos, en vez de la estrategia de la depuración militar que habría alterado el equilibrio transicional. Y, finalmente, las reformas en materia judicial supusieron la aplicación del principio de unidad jurisdiccional, eliminando así la competencia jurisdiccional militar y reservando los tribunales militares al ámbito castrense y a supuestos de estado de sitio, eliminando la posibilidad de juzgar a civiles e imponiendo a los procesos militares las garantías del debido proceso legal.

Dentro del ámbito de las garantías de no repetición hay una serie de medidas que fueron apreciadas, especialmente por la comisión chilena de la verdad, relativas al ámbito educativo y formativo de los funcionarios públicos. El franquismo tuvo una fuerte penetración institucional en el ámbito no sólo funcional y vinculado a la labor de burocratización y liberalización progresiva del régimen iniciada a partir de los años 60, sino también por la voluntad de control sobre dichos cuerpos. A este respecto, en sede transicional no se determinaron medidas de renovación del cuerpo judicial ni se especificó la necesidad de una labor de reorientación de los cuadros judiciales con vistas a adaptar la interpretación del Derecho y del nuevo ordenamiento jurídico constitucional a los estándares en materia de protección de DDHH.

En materia de verdad, la situación transicional española fue especialmente problemática toda vez que permanecía en la memoria colectiva la contraposición en bandos propia de la Guerra Civil. Un elemento positivo es la labor historiográfica

desarrollada sobre la Guerra Civil y la dictadura tanto por los historiadores españoles como por historiadores extranjeros. El propio relator alude a un único intento de esclarecimiento institucional de determinados crímenes, aunque claramente sesgado ideológicamente y controlado desde el régimen, llamado la Causa General en el que, durante el periodo de posguerra, se intentó esclarecer los crímenes cometidos durante la Guerra Civil. Es cierto que el posicionamiento por contraposición presente en la sociedad española de transición dificultaba la labor de verdad, toda vez que ni siquiera había consenso sobre el marco temporal al que someter dicha labor de verdad, es decir, si debía comenzar con la Guerra Civil, si debía extenderse a la II República o si debía restringirse al contexto dictatorial. Esta división postergó la cuestión sobre la memoria y la verdad al momento en que se hubiese consolidado democráticamente el país. Lo cierto es que la iniciativa en esta materia viene de la mano de asociaciones de víctimas y no de las instituciones democráticas. Cabe cuestionarse si puede entenderse efectivamente consolidada la democracia, desde el planteamiento integral sin haberse implementado estos mecanismos. Desde el punto de vista estrictamente funcional de la democracia, la democracia española puede entenderse consolidada bien desde el momento en que el PSOE gana las primeras elecciones o bien desde su reelección.

Hay dos cuestiones esenciales en materia de verdad: el transcurso del tiempo dificulta la obtención de testimonios directos y existe una desigualdad en términos territoriales, toda vez que las comunidades autónomas han podido desarrollar dentro de sus competencias legislativas, leyes de memoria histórica.

El propio relator sostiene que otro elemento de bloqueo al desarrollo de la verdad subyace en la memorialización y en la aplicación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía. Sobre este extremo, determina que, si bien que no cuestiona las condiciones contextuales que determinaron la necesidad de dicha ley durante el periodo transicional, recuerda las obligaciones internacionales asumidas por España y las recomendaciones de organismos internacionales sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y los plazos de prescripción del delito de desaparición forzada. El marco temporal de la Ley de Amnistía corresponde a actos de intencionalidad política previos al 15 de diciembre de 1936, lo que supone la imposibilidad de juzgar la preparación del golpe de Estado y los actos de la contienda, así como todos los actos de intencionalidad política realizados entre el 15 de diciembre de 1976 y el 15 de junio de 1977 y, como cláusula de cierre, todos aquellos actos de la misma naturaleza realizados hasta el 6 de octubre de

1977. Esta cláusula de cierre contempla una excepción, a saber, el hecho de que hubiesen supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas. No obstante lo anterior, el ámbito de aplicación material de la ley supone, en la práctica, una amnistía generalizada que abarca: delitos de rebelión y sedición y los delitos y faltas conexos con ellos, la objeción de conciencia religiosa o ética, la denegación de auxilio a la justicia, actos de expresión, delitos y faltas cometidos por autoridades públicas de cualquier orden (civil, militar y policial) que se descubran en el curso de una investigación y, particularmente, aquellos actos cometidos contra el ejercicio de los derechos de las personas.

Los artículos primero y segundo suponen, por tanto, una delimitación genérica de supuestos amnistiados que no determina un listado concreto y cerrado de conductas y que reconoce en su artículo once bis la imprescriptibilidad de las acciones para el reconocimiento de los derechos de amnistía en ella enunciados.

Tal y como sostiene Ranz Alonso, la propia enunciación de la Ley de Amnistía con el empleo del término delitos de intencionalidad política supone una deficiencia en el proceso transicional. El concepto del delito de intencionalidad política no cuenta con un respaldo doctrinal ni internacional y, al mismo tiempo, supone una contradicción con los propios principios democráticos de libertad de conciencia y expresión.¹¹⁷⁴

En sede transicional, la Ley de Amnistía tuvo dos consecuencias directas: primero, se convirtió en una transacción para la permisividad transicional por parte de las Fuerzas Armadas y, segundo, permitió el regreso de los exiliados y la excarcelación de los presos políticos de la dictadura. Mayayo sostiene que, mientras se sustanciaba un clima de negociación política basado en el reconocimiento de los agentes, la situación social no era pacífica, toda vez que existían acciones de violencia política perpetradas por grupos extremos del ámbito de la derecha y de la izquierda, hasta alcanzar, durante el periodo transicional, una cifra aproximada de 484 víctimas. Esta circunstancia condicionó la acción transicional y, mientras que el modelo territorial y la inclusión de principios redistributivos en sede constitucional habían servido para contener el extremismo de

¹¹⁷⁴ RANZ, E., “La ley de amnistía, puente a la libertad y soporte para la impunidad”, *Historia y comunicación social*, nº23, vol. 2, 2018, pp. 307-319.

izquierda, la Ley de Amnistía era el trámite necesario para la contención del extremismo propio de la derecha.¹¹⁷⁵

En el ámbito de la justicia transicional, la Ley de Amnistía combinada con una excesiva rigidez interpretativa de los juzgados y tribunales ha determinado, a efectos prácticos, la negativa al derecho de acceso a la justicia y la impunidad. Un elemento importante es que la redacción de la ley no elimina la posibilidad de investigaciones judiciales, toda vez que la amnistía en sus ámbitos materiales y subjetivos de aplicación define supuestos concretos. Situando el análisis especialmente en el marco de los delitos cometidos por funcionarios, cuerpos policiales o miembros de las Fuerzas Armadas, el propio relator define el postulado de que

“cuando las autoridades judiciales hayan primero determinado si los presuntos responsables eran funcionarios y agentes el orden público, o no, y si los delitos fueron cometidos en las circunstancias descritas. Esto no puede presuponerse, sólo puede establecerse a través de investigaciones, aunque sean preliminares, que cuenten con la oficialidad, el rigor y metodología que caracteriza las investigaciones judiciales.”¹¹⁷⁶

Esto supone una interacción directa entre las deficiencias en materia de garantías de no repetición y el derecho de acceso a la justicia. A título de ejemplo, el auto del Juzgado de Instrucción nº1 de San Lorenzo de El Escorial en el procedimiento de diligencias previas 1116/2012, de 5 de diciembre de 2012, sintetiza la posición judicial mantenida y reiterada desde la transición española sobre la interpretación de la Ley de Amnistía: los principios de legalidad e irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables, la prescripción, la propia Ley de Amnistía, competencia territorial para las investigaciones que recae sobre el lugar de comisión de los hechos, e imposibilidad de determinación de los autores materiales.

En sede internacional, los informes periódicos del propio Comité de Derechos Humanos, del Comité contra la Tortura y del Comité contra la Desaparición Forzada han recalcado que, a pesar de haber integrado los tratados internacionales en materia de

¹¹⁷⁵ MAYAYO, A., “La violencia política a la Transició” en MARTÍ, R., MAYAYO, A. y SEGURA, A. (ed.), *Memòria de la Transició a Espanya i a Catalunya*, vol. VI- VII, Ed. Universitat de Barcelona, Barcelona, 2006, pp. 11-66.

¹¹⁷⁶ Informe del Relator Especial Pablo de Greiff sobre España..., *op. cit.*

DDHH, el enfoque planteado en el artículo 10.2 de la CE no ha tenido un reflejo en la interpretación judicial de la Ley de Amnistía:

En materia de Tortura, el Comité contra la Tortura en sus observaciones finales de 19 de noviembre de 2009 exponía que:

“Si bien toma nota de que el estado parte señaló que la convención contra la Tortura entró en vigor el 26 de junio de 1987, mientras que la Ley de Amnistía de 1977 se refiere a hechos acaecidos con anterioridad a la adopción de dicha ley, el comité quiere reiterar que, en consideración al arraigado reconocimiento del carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura, el enjuiciamiento de actos de tortura no se debe limitar por el principio de legalidad, ni por el efecto de la prescripción.”¹¹⁷⁷

En el marco de las desapariciones forzadas, el grupo de Trabajo sostenía un enfoque que sería también planteado por el Comité de Derechos Humanos en el año 2015¹¹⁷⁸, a saber,

“que asegure que todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas y aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal; que se adopten las medidas necesarias, legislativas o judiciales, con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones, en particular la interpretación que se ha dado a la ley de amnistía.”¹¹⁷⁹

La particularidad subyace en que no se insta a la derogación de la Ley de Amnistía, sino a una corrección en su interpretación para integrar los estándares de protección en el ámbito de la justicia penal transicional. Esto lleva a la reflexión de que, si bien es cierto que la Ley de Amnistía, en cuanto a sus efectos legales, determina la existencia de un marco jurídico que ampara la impunidad, no supone un marco formal que imposibilite en sí mismo el enjuiciamiento, sino que, a efectos prácticos, es la interpretación judicial de la norma la que deriva en la impunidad.

En materia de verdad y memoria concurren tres elementos, a saber, el hecho de que la ausencia misma de investigaciones, que no de procesamientos judiciales, supone

¹¹⁷⁷ Observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre España, 19 de noviembre de 2009, CAT/C/ESP/CO/5, párr. 21.

¹¹⁷⁸ Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España del Comité de Derechos Humanos, 14 de agosto de 2015, CCPR/C/ESP/CO/6.

¹¹⁷⁹ Observaciones finales del Comité contra la Desaparición Forzada sobre España, 12 de diciembre de 2013, CED/C/ESP/CO/1, párr. 12.

una negación del derecho a la verdad; el hecho de que no se ha creado ningún tipo de mecanismo de verdad; y el hecho de que, en materia de memoria histórica, la iniciativa nacional de su regulación llegó 30 años después de la transición, con la 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. A pesar de la ambición recogida en su preámbulo, toda vez que en este se manifiesta:

“que nadie puede sentirse legitimado, como ocurrió en el pasado, para utilizar la violencia con la finalidad de imponer sus convicciones políticas y establecer regímenes totalitarios contrarios a la libertad y dignidad de todos los ciudadanos, lo que merece la condena y repulsa de nuestra sociedad democrática (...). La Ley sienta las bases para que los poderes públicos lleven a cabo políticas públicas dirigidas al conocimiento de nuestra historia y al fomento de la memoria democrática. La presente Ley parte de la consideración de que los diversos aspectos relacionados con la memoria personal y familiar, especialmente cuando se han visto afectados por conflictos de carácter público.”¹¹⁸⁰

Los efectos de la misma han sido limitados, en el sentido de que requieren de una dotación presupuestaria propia y de que la labor de resignificación en ella contenida está sujeta a la distribución territorial de competencias y, por extensión, queda sometido su verídico cumplimiento o planificación a voluntades políticas regionales que, en la práctica, ha supuesto la politización y mediatización de la memoria democrática.

Uno de los estándares internacionales empleados para suplir la ausencia de herramientas de justicia transicional en España ha sido el principio de justicia universal invocado por los tribunales argentinos. El 14 de abril de 2010 se interpuso ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº1 de Buenos Aires una querrela por genocidio y crímenes de lesa humanidad cometidos en España durante el periodo que abarca desde el 17 de julio de 1936 hasta el 15 de junio de 1977. El exhorto, remitido por la jueza Servini a la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General Española, de fecha 14 de octubre de 2010, solicitaba conocer el estado de las actuaciones judiciales españolas sobre

“la existencia de un plan sistemático, generalizado, deliberado y planificado para aterrorizar españoles partidarios de la forma representativa de gobierno a través

¹¹⁸⁰ Preámbulo de la 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.

de la eliminación física, y de uno que propició la desaparición legalizada de menores de edad con pérdida de identidad.”¹¹⁸¹

La respuesta española en los informes de 6 de mayo de 2011¹¹⁸² y de 27 de marzo de 2012¹¹⁸³ se situaba en la existencia de investigaciones en curso y la jurisdicción de los tribunales españoles. La tendencia institucional se tradujo en una negativa a la colaboración con los tribunales argentinos, tanto en materia de declaración de las víctimas, según certifica la nota verbal del Ministerio de Asuntos Exteriores de 8 de mayo de 2013 dirigida a la Embajada Argentina, como a la negación a la extradición y a la aplicación de lo dispuesto en el Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal suscrito entre España y Argentina el 3 de marzo de 1987.

Los investigados en el tribunal argentino eran Rodolfo Martín Villa, en su condición de Ministro de Relaciones Sindicales entre 1975 y 1976; José Utrera Molina como Ministro Secretario General del Movimiento en 1974 y 1975; Fernando Suárez González como Ministro de Trabajo en 1975; Rafael Gómez Chaparro, Juez de Instrucción del Tribunal de Orden Público entre 1972 y 1977; Jesús Cejas Mohedano, como vocal auditor del Consejo de Guerra en septiembre de 1975; José Antonio González Pacheco, José Ignacio Giralte González y Celso Galván Abascal, como miembros de la llamada Brigada Político Social y Jesús Muñecas Aguilar, como partícipe del intento de golpe de estado de 23 de febrero de 1981. Los delitos imputados consistían en torturas, asesinatos y ejecuciones de condenas a muerte.

Esta querrela supuso, tal y como sostienen Morgade y González, la internacionalización del movimiento español por la memoria ante el cierre de caminos en España y empleando la ventana de oportunidad política que ofrecían los tribunales argentinos.¹¹⁸⁴ El éxito principal, a pesar de la ausencia de condena tanto por la falta de cooperación española como por las decisiones de la Cámara de Apelaciones Argentina, que han revocado los autos de procesamiento de Servini, es el hecho de que en una serie de resoluciones judiciales aparece como hecho probado la existencia de ese plan represivo

¹¹⁸¹ Exhorto remitido por la jueza Servini a la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General Española de fecha 14 de octubre de 2010.

¹¹⁸² Informe de la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General de España para Argentina de 6 de mayo de 2011.

¹¹⁸³ Informe de la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General de España para Argentina de 27 de marzo de 2012.

¹¹⁸⁴ MORGADÉ, I. y GONZÁLEZ, B., “La internacionalización del movimiento de la memoria: el caso de la querrela Argentina”, Comunicación para el *XIII Congreso de AECPA*, 21 de septiembre de 2017.

sistemático y el conocido como caso de los bebés robados que, a diferencia del contexto argentino, tuvo una extensión temporal que excedió a la dictadura. Particularmente, el auto dictado en fecha 15 de octubre de 2021 constituye una resolución judicial en la que se recogen los testimonios de las víctimas, los *amicus curiae* de entidades de la sociedad civil y estudios historiográficos para sustentar el procesamiento judicial de altos cargos franquistas como autores directos de crímenes de lesa humanidad. El auto contiene 968 páginas y constituye el mayor esfuerzo jurisdiccional por enjuiciar los crímenes del franquismo. Aunque su eficacia jurídica, como se exponía, ha quedado limitada, sus aportaciones en materia de verdad son relevantes por dos motivos: el primero de ellos es que ha constituido un foro donde los testimonios de las víctimas se han visto legitimados y, el segundo de ellos es que constituye una cierta oficialidad del relato de las víctimas y de la existencia del plan represivo ante la ausencia no solo de investigaciones nacionales, sino de recopilación documental y acceso a archivos oficiales del régimen.¹¹⁸⁵

En conclusión, la ausencia de mecanismos de justicia transicional ha generado en España, una sensación de falta de identificación completa con el ordenamiento establecido y con el *status quo* institucional. En la siguiente tabla se propone una comparativa interesante entre los estándares internacionales, las medidas de justicia transicional adoptadas con la Ley 52/2007, los reclamos de la sociedad civil, y las nuevas propuestas legislativas en materia de memoria democrática:

ÁREA DE TRABAJO	LEY DE MEMORIA HISTÓRICA	RECOMENDACIONES INTERNACIONALES	DEMANDAS DE LA SOCIEDAD CIVIL	NUEVA PROPOSICIÓN DE LEY
Inclusión del concepto de memoria democrática	NO. Sólo incluye memoria histórica, personal y familiar de las víctimas.	SÍ. Necesidad de incluir la justicia transicional como vital en una sociedad democrática. ¹¹⁸⁶	SÍ. La memoria histórica es un contenido esencial de la democracia	SÍ. Incluye memoria histórica y democrática. Exposición de motivos.
Exhumaciones	Autorizadas. Artículos 12, 13 y 14.	SÍ. ¹¹⁸⁷ Búsqueda de todos los desaparecidos.	SÍ. Búsqueda de todos los desaparecidos.	SÍ. Búsqueda de los desaparecidos. Artículo 1 y 2.
Ejecución de las exhumaciones	A cargo de autonomías, OSC y entidades locales. Artículos 12, 13 y 14.	SÍ. Incluir la responsabilidad estatal y una partida presupuestaria nacional. ¹¹⁸⁸	SÍ. Creación de un departamento estatal que controle las exhumaciones.	SÍ. Asume la responsabilidad estatal. Artículo 11.

¹¹⁸⁵ Autos y vistos del Juzgado Criminal y Correccional Federal nº1 de Arentina relativo a la causa nº 4591/2010 de 15 de octubre de 2021.

¹¹⁸⁶ Relator Especial Pablo De Greiff, Comité sobre Desaparición Forzada.

¹¹⁸⁷ Relator Especial Pablo De Greiff, Comité sobre Desaparición Forzada, Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada, Comité de Derechos Humanos, Consejo de Derechos Humanos

¹¹⁸⁸ Relator Especial Pablo De Greiff, Consejo de Derechos Humanos

Creación de un banco Nacional de ADN.	No.	Sí. Forma de asunción de la responsabilidad estatal. ¹¹⁸⁹	Sí.	Sí. Artículo 3.
Exiliados	Reconocimiento de su existencia y situación. Artículo 2 y 20.	Sí. Forma parte de los reclamos históricos de las víctimas y de las garantías de no repetición. ¹¹⁹⁰	Sí. Creación de un Censo Nacional de Víctimas del Exilio	Sí. Los incluye en el censo general como víctimas. Artículo 4.
Ilegitimidad de las condenas políticas y tribunales franquistas	Reconoce su ilegitimidad. Artículo 3.	Sí. ¹¹⁹¹ Nulidad	Sí. 1. Recopilación de datos. 2. Diferenciación de tribunales especiales y procesos militares represivos durante y después de la Guerra Civil. 3. Nulidad de las sentencias.	Reconoce su ilegitimidad. Disposición final primera.
Derogación de la Ley de Amnistía	NO	Sí. Privar de efectos a las limitaciones en los enjuiciamientos ¹¹⁹²	Sí.	NO
Supresión de honores concedidos durante la dictadura	NO	-	Sí.	Sí. Incluye títulos nobiliarios y condecoraciones a los Cuerpos de Seguridad del Estado. Artículo 12.
Coordinación entre Administraciones para la gestión de la memoria histórica	NO	Sí. Incluye al Defensor del Pueblo. ¹¹⁹³	Sí. Órgano mixto de control que incluya a las OSC.	Sí. Consejo de la Memoria. Artículo 9
Educación en Derechos Humanos	NO	Sí. Programas de historia y DDHH. ¹¹⁹⁴	Sí. Incluye planes de educación y capacitación de funcionarios.	Sí. Incluye planes de educación y capacitación de funcionarios. Artículo 7 y 10.
Valle de los Caídos	Lugar de entierro y no de exaltación. Artículo 16.	1. Resignificación y pérdida del carácter divisorio. 2. Conversión en lugar de memoria. 3. Resguardo de la identidad y memoria de los inhumados allí. 4. Identificación y exhumación de restos o dignificación y reparación simbólica. 5. División entre el componente memorialístico estatal y las competencias de la Iglesia Católica. ¹¹⁹⁵	1. Resignificación y transformación en un lugar de memoria democrática. 2. Protagonismo de las víctimas y los allí inhumados. 3. Importancia del relato histórico. 4. Elemento de reparación y no repetición.	Proceso de resignificación. Artículo 8.
Centros de detención y tortura	NO	Importancia del relato histórico y de su establecimiento como lugares de memoria. ¹¹⁹⁶	Identificación de los centros y reconversión en lugares de la memoria.	NO
Política de acceso a archivos	NO	Sí. Política estatal que garantice el acceso. ¹¹⁹⁷	Sí.	Sí pero respetando las competencias

¹¹⁸⁹ Relator Especial Pablo De Greiff, Consejo de Derechos Humanos

¹¹⁹⁰ Relator Especial Pablo De Greiff.

¹¹⁹¹ Relator Especial Pablo De Greiff.

¹¹⁹² Relator Especial Pablo De Greiff, Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales, Comité de Derechos Humanos, Consejo de Derechos Humanos

¹¹⁹³ Relator Especial Pablo De Greiff, Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales, Comité de Derechos Humanos, Consejo de Derechos Humanos

¹¹⁹⁴ Relator Especial Pablo De Greiff.

¹¹⁹⁵ Relator Especial Pablo De Greiff.

¹¹⁹⁶ Relator Especial Pablo De Greiff y Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada.

¹¹⁹⁷ Relator Especial Pablo De Greiff.

				administrativas Disposición final primera.
Reconocimiento y reparación simbólica	SÓLO a través de resignificación de calles y monumentos. Artículo 4 y 15.	SÍ. ¹¹⁹⁸	SÍ. Incluye lugares de la memoria, actos de perdón y reconocimiento oficial de las víctimas	SÍ. Incluye lugares de la memoria, actos de perdón y reconocimiento oficial de las víctimas. Artículo 6 y 11
Condición de víctimas	NO	SÍ. ¹¹⁹⁹	SÍ. Definición y diferenciación entre las víctimas + registro público	NO
Reconocimiento de víctimas más vulnerables	NO	SÍ. Mujeres y niños ¹²⁰⁰	SÍ. Mujeres y niños.	NO
Reconocimiento del derecho a la verdad	NO	SÍ. Mecanismos de oficialización y reconocimientos ¹²⁰¹	SÍ.	NO
Ilegalización de la Fundación Francisco Franco	NO	SÍ	SÍ	NO
Delito de exaltación del franquismo/ de la dictadura	NO	SÍ. ¹²⁰²	SÍ.	NO
Reparaciones	Económicas. Artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10.	Económicas, judiciales y simbólicas. ¹²⁰³	Judiciales y simbólicas	Económicas y simbólicas. Artículo 11 y Disposición Final Primera.
Resignificación de símbolos	SÍ. Calles y monumentos. Artículo 15.	SÍ. Política exhaustiva de resignificación y remoción y lugares de la memoria. ¹²⁰⁴	SÍ. Política exhaustiva de resignificación y remoción y lugares de la memoria.	SÍ. Continuar labores de resignificación y lugares de memoria. Artículo 8.
Participación de las víctimas y entidades memorialistas	NO	SÍ. ¹²⁰⁵	SÍ. Creación de instancias de participación de las víctimas y asociaciones en todas las políticas de memoria democrática	LIMITADA. Artículo 9.

vi. Una transición en democracia. Elementos restaurativos en el final de ETA.

La banda terrorista ETA comenzó sus actuaciones criminales a finales de la dictadura, y los años en los que se produjeron más víctimas fueron los de la transición y consolidación democrática. La muerte de Franco generó el desarrollo de una vertiente política dentro de ETA cuya primera manifestación fue el partido de ETA político militar,

¹¹⁹⁸ Relator Especial Pablo De Greiff, Consejo de Derechos Humanos

¹¹⁹⁹ Relator Especial Pablo De Greiff.

¹²⁰⁰ Relator Especial Pablo De Greiff.

¹²⁰¹ Relator Especial Pablo De Greiff, Comité sobre Desaparición Forzada, Consejo de Derechos Humanos

¹²⁰² Relator Especial Pablo De Greiff.

¹²⁰³ Relator Especial Pablo De Greiff, Comité de Derechos Humanos, Consejo de Derechos Humanos

¹²⁰⁴ Relator Especial Pablo De Greiff.

¹²⁰⁵ Relator Especial Pablo De Greiff, Comité de Derechos Humanos, Consejo de Derechos Humanos.

Euskal Iraultzako Alderdia (en adelante, EIA). ETA militar generó también su propio partido, la coalición Herri Batasuna. La Ley de Amnistía supuso la libertad de los presos etarras y con ello, en 1982, ETA político militar renunció a la vertiente armada disolviéndose e integrándose sus miembros bien en ETA militar que seguiría actuando de manera violenta, bien militando en Herri Batsauna. Los primeros años de la democracia estuvieron marcados por el desarrollo de una estrategia de desgaste por parte del grupo terrorista que fue atajada con el desempeño de las fuerzas del orden por parte del estado y por el pacto antiterrorista de Ajuria Enea de 1988, en el que todos los partidos políticos vascos, nacionalistas y no nacionalistas firmaron su compromiso con la no violencia. Los tres años de mayor crudeza terrorista fueron 1978, 1979 y 1980 con 65, 78 y 96 víctimas respectivamente.¹²⁰⁶

Ya en 1976, la izquierda española y, especialmente, la izquierda vasca deseaba marcar distancias con la banda terrorista, toda vez que la transición había nuevas posibilidades de acción. Tal y como expone Micciché, las publicaciones socialistas marcaban un distanciamiento condenando el uso de la violencia y sus efectos negativos sobre la clase obrera vasca.¹²⁰⁷ El gran cambio vino delimitado por el hecho de que dentro de los objetivos terroristas habían estado miembros de las fuerzas del orden y políticos de la derecha, pero, en 1979, el asesinato del socialista Germán González supuso un cambio definitivo en la posición socialista hacia la banda terrorista¹²⁰⁸ y hacia su percepción del modelo territorial, optando por adecuarse al Estatuto de Guernika en el caso vasco y al modelo de descentralización generalizada operante en la totalidad del territorio español.¹²⁰⁹

Durante el gobierno socialista de Felipe González se desarrolló una lucha antiterrorista a través de los llamados Grupos Antiterroristas de Liberación (en adelante GAL) que venía a articularse como un mecanismo policial que seguía los dictámenes propios del derecho penal del enemigo en un contexto político que los autores definen como el de la consolidación democrática. El tema del derecho penal del enemigo, si bien es cierto que ha sido profundizado en el marco de la lucha internacional contra el

¹²⁰⁶ PAGA ZAURTUNDA, M., “Las consecuencias políticas y sociales del terrorismo de ETA (en España)”, Comunicación en la *I Jornada sobre terrorismos en el siglo XXI de la Fundación Giménez Abad*, 2004.

¹²⁰⁷ MICCICHÉ, A., “Radicalismo y nueva imagen del socialismo en el caso vasco”, *Historia del presente*, nº19, vol. 1, 2012, pp. 9-22, p. 16.

¹²⁰⁸ HIDALGO, S., *Los resistentes. Relato socialista sobre la violencia de ETA (1984-2011)*, Ed. Catarata, Madrid, 2018, p. 69.

¹²⁰⁹ GENIOLA, A., “Presentación. El estado de la nación, las naciones del Estado. El socialismo español y la cuestión nacional”, *Pasado y memoria*, nº17, 2018, pp. 11-42, p. 15.

terrorismo de corte yihadista, ofrece los elementos vertebradores de los GAL. Tal y como sostiene García, el concepto del derecho penal del enemigo no se refiere a una legislación específicamente realizada para el abordaje excepcional del fenómeno terrorista, sino a interpretaciones de la normativa que generan una aplicación del derecho penal y de sus garantías especial y basada en la limitación de los alcances de las garantías y derechos como mecanismo de lucha frente al terrorismo.¹²¹⁰

Sostiene Cancio que las características del derecho penal del enemigo son las siguientes:

“En primer lugar, un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, la adopción por parte del ordenamiento de una perspectiva fundamentalmente prospectiva (punto de referencia: el hecho que va a cometerse) frente a la normal orientación retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido) del Derecho penal. En segundo lugar, por un incremento comparativo notable de las penas frente al Derecho penal “normal”. En tercer lugar, por la relajación o la supresión de determinadas garantías procesales individuales.”¹²¹¹

Toda la construcción del derecho penal del enemigo se basa en una aproximación al derecho penal y sus mecanismos basada en las expectativas de carácter cognitivo sobre las expectativas de carácter normativo propias del estado de derecho; es decir, el fundamento radica en una percepción de incumplimiento de la norma o de ineficacia de los mecanismos jurídicos para acabar con la infracción o perseguir al sujeto infractor. Desde este planteamiento, Jakobs postula que

“Sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida.”¹²¹²

La consecuencia es que, ante la falta de asunción del ordenamiento jurídico y de su operancia por el sujeto infractor, así como ante la muestra de los mecanismos ordinarios de incapacidad para hacerse cumplir, se genera una situación en la que la

¹²¹⁰ GRACIA, L., “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del Enemigo”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº7, 2005, pp. 1-43, p. 2.

¹²¹¹ CANCIO, M., “Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, *Jueces para la democracia*, nº 44, 2002, pp. 19- 26, p. 21.

¹²¹² JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 37.

respuesta debe ser otra. Astraín define las consecuencias de esa situación desde el punto de vista estatal, es decir, el derecho penal del enemigo se plantea como un mecanismo de seguridad nacional cuyo empleo institucional viene delimitado, según el autor, por el hecho de que

“Con su comportamiento, ese individuo se ha excluido a si mismo de los beneficios del concepto persona. Ello conduce a un Derecho penal que no se dirige a personas, sino a individuos que requieren ser estimulados, desconectados o en casos extremos, excluidos. Las leyes de combate se dirigen a sujetos que no ofrecen ninguna garantía cognitiva de su personalidad y que por ello – ya no es persona, sino una fuente potencial de delincuencia, un enemigo-.”¹²¹³

Evidentemente, esta articulación propone un modelo de derecho penalidad subjetivo, es decir, focalizado en el autor y no en la infracción, así como un modelo en el que la finalidad de la pena no es la reinstauración de la norma y la reinserción del autor, sino el castigo determinando un juicio de peligrosidad cuyas variables son fijadas caso a caso por el individualizador, en este caso, por el estado.

La incipiente democracia española, en su lucha contra el terrorismo, desarrolló los GAL. Su inicio se sitúa el 6 de julio de 1983 con el documento *Acciones en Francia* redactado por el Centro Superior de Información de la Defensa. De conformidad con la interpretación realizada por el Tribunal Supremo en 1998, lo que se recomienda en dicho documento es el empleo del secuestro como acción antiterrorista.¹²¹⁴

Recoge Morán un comunicado del propio cuerpo de los GAL remitido a la Radio Popular de San Sebastián en el que se decía: “Hemos decidido acabar con esta situación. Todo asesinato de ETA encontrará su venganza.”¹²¹⁵

Se generó una vuelta a la dinámica de acción-repercusión-acción que había caracterizado a la actividad de ETA durante los últimos años de la dictadura. Un ejemplo de ello fue el asesinato del senador socialista Enrique Casas percibido incluso en el seno de la organización, tal y como declaró Iñaki Esnaola, como “la excusa para colocarnos en su punto de mira”¹²¹⁶ de los GAL. Las reacciones desde el Ejecutivo estatal tanto a los

¹²¹³ ASTRAÍN, L., *El derecho penal del enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 179.

¹²¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, nº2/1998 relativa a la Causa Especial nº2530/1995 de 29 de julio de 1998.

¹²¹⁵ MORÁN, S., *ETA entre España y Francia*, Ed. Complutense, Madrid, 1997, p. 180.

¹²¹⁶ HIDALGO, S., *Los resistentes...*, *op. cit.*, p. 51.

atentados cometidos por ETA como a los secuestros y asesinatos perpetrados por los GAL era similar, en el sentido de entender que suponían un peligro para la convivencia y la política de reinserción que se había desplegado mediante la amnistía y las políticas de acercamiento. Las sentencias que han abordado la cuestión de los GAL solo han servido para demostrar la pertenencia de sus miembros a los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado, pero no ha sido posible delimitar hasta qué punto las órdenes procedían del Ejecutivo ni, personalmente de quien lo hacían.

El caso de los GAL supuso la agrupación de distintos movimientos, grupos y comandos antiterroristas vinculados a la derecha española pero que, hasta entonces, habían actuado de manera aislada y descoordinada.¹²¹⁷ Sostienen Calleja y Sánchez-Cuenca¹²¹⁸ que el contraterrorismo en España supuso la muerte de unas 80 personas, cifra que baja a 62 según el llamado Informe Foronda, de las cuales, entorno unas 30 son atribuibles a los GAL.

Una parte de la doctrina, representada por Baby, ha centrado sus esfuerzos en dilucidar cuáles de las víctimas de esa labor contraterrorista tenían verdaderos lazos con la organización; sin embargo, lo cierto es que a efectos transicionales, y especialmente de análisis del periodo que se considera como el de la consolidación democrática, resulta más útil reflexionar acerca tanto de la vinculación de los GAL con el aparato estatal como de la permisividad y el apoyo institucional a esa acción contraterrorista en ese periodo. La desaparición de los GAL coincidió con la firma del pacto de Ajuria Enea, lo que adolece una suerte de intencionalidad política subyacente en el marco de las actuaciones frente al terrorismo. Es importante este último matiz porque, tal y como sostiene Aldama¹²¹⁹, tanto el terrorismo como el contraterrorismo son fenómenos de carácter semiótico, lo que supone que los discursos y posicionamientos entorno a ellos constituyen “un elemento central en todo proceso político.”¹²²⁰

José Barrionuevo, quien ostentase el cargo de Ministro del Interior declaró que “solo trasladándose a esos años de horror se pueden entender, que no justificar, algunos

¹²¹⁷ BAEZA, A., *GAL. Crimen de Estado*, Ed. ABL Press, Barcelona, 1995, p. 64.

¹²¹⁸ CALLEJA, J. M. y SÁNCHEZ-CUENCA, I., *La derrota de ETA de la primera a la última víctima*, Ed. Adhara, Madrid, 2006, p. 97.

¹²¹⁹ ALONSO, J., *Il discorso del terrorismo. Le parole dell'ETA al vaglio semiótico*, Ed. Meltemi, Roma, 2006, p. 7.

¹²²⁰ SILVA, O., “El análisis del discurso según Van Dijk y los estudios de la comunicación, *Razón y palabra*, nº26, 2002.

actos.”¹²²¹ Rafael Vera, ex Secretario de Seguridad del Estado, expondría que “los que mataban eran ellos, nosotros nos defendíamos.”¹²²² A este respecto, una parte de la doctrina entiende que el proceso definitivo de conformación de un grupo como los GAL vino definido por la mayoría absoluta obtenida por el PSOE en las elecciones de 1982 y por la necesidad de desmarcar a la izquierda española de cualquier tipo de vinculación con el terrorismo etarra.¹²²³ En cualquier caso, hay dos elementos esenciales: la primera es que el monopolio del uso de la fuerza por el Estado, y, en definitiva, el monopolio de la acción coercitiva en democracia debe quedar supeditado a los mismos márgenes de actuación y control que el resto de la política gubernamental. La segunda es que en el marco de la lucha antiterrorista se combinan los elementos ideológicos con los elementos jurídicos, delimitando un margen de actuación caracterizado por la presión mutua y por la coerción psicológica, en el sentido de que el terrorismo tiene como finalidad poner a las instituciones contra las cuerdas y forzar una salida de su zona de confort. La situación social que generan las acciones terroristas es dual en el sentido de que delimita o bien una serie de apoyos hacia él o bien una serie de reclamos de actuación gubernamental más eficaz. Ante las presiones y, especialmente en un contexto de reafirmación de la capacidad de la izquierda española por mantener el orden, los GAL se articularon como la muestra de que la izquierda española en el gobierno era capaz de hacer frente al terrorismo con toda la dureza del monopolio de la fuerza. Lo cierto es que la vinculación directa entre los GAL y el gobierno de Felipe González, o, mejor dicho, la vinculación directa de los GAL con una orden del propio Presidente de Gobierno, no ha sido demostrada, aunque sí han sido imputados altos cargos de su gobierno (aunque después indultados). Al margen de la vinculación personal o no entre los GAL y Felipe González, los acusados y condenados han dado cuenta de la existencia de una política estatal antiterrorista basada en el empleo de tácticas que exceden los límites democráticos.

Lo cierto es que el hecho de que la sociedad española pudiese tolerar a los GAL da buena cuenta del impacto del terrorismo etarra en la sociedad española y del clima de miedo y de represalia generado ante la impotencia.

¹²²¹ SÁNCHEZ, M. y SIMÓN, M., *Historia de un desafío. Cinco décadas de lucha sin cuartel de la Guardia Civil contra ETA*, Ed. Península, Madrid, 2017, p. 214.

¹²²² CENTORRINO, M., “Craxi e la BR, González e l’ETA: due strategie di comunicazione a confronto”, *Humanities*, n°2, vol. 7, 2018, pp. 25-42, p. 39.

¹²²³ AMEDO, J., *Cal viva*, Ed. La esfera de los libros, Madrid, 2013, p. 80.

Este fue el ejemplo más duro, desde el punto de vista de la opinión pública, de las herramientas antiterroristas ilegales empleadas en democracia. No obstante, otro fenómeno más jurídico y menos sangriento, pero no por ello con menores repercusiones sobre el modelo de estado democrático que la transición había arrojado, es la conocida como Doctrina Parot. El caso que llevó verdaderamente al escenario internacional los principios de legalidad y de la calidad de la democracia española fue el representado por Inés del Río Prada, nacida en Navarra en 1958 y que desarrolló su actividad delictiva dentro de la banda terrorista ETA, en el llamado comando de Madrid desde 1984. Fue detenida en 1987 en Zaragoza y, en un total de ocho procedimientos penales, fue condenada por la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional por tenencia ilícita de armas, pertenencia a organización terrorista, tenencia de explosivos, falsificación de documentos, lesiones, atentados con muertes y asesinatos, tanto en grado de autora como en el de cooperadora. La ley aplicable era la del Código Penal vigente en 1973, tanto por el margen temporal de los hechos imputados como por el principio de norma más favorable, determinándose un límite máximo de pena en treinta años.

Le resultó de aplicación por la realización de tareas, buen comportamiento y estudios, el beneficiarse de la reducción de condena, fijándose su salida de prisión para julio de 2008, toda vez que el Código Penal solo delimitaba la forma de cálculo de reducción de la condena, pero no la condena sobre la que debía aplicarse dicha reducción, a saber, el cómputo total de años de condena con base en los delitos cometidos o, el límite máximo de la pena. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente, la contenida en la sentencia de 8 de marzo de 1994¹²²⁴, sostenía que el límite máximo de treinta años era considerado una pena nueva y autónoma y, por tanto, la pena sobre la que aplicar las reducciones penitenciarias. Incluso con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el Tribunal Supremo español había mantenido esa línea interpretativa en atención a la cual, en los casos de delitos cometidos durante la vigencia del Código Penal de 1973, la norma aplicable era la más favorable, lo que conllevaba que el régimen más positivo en materia de redenciones era el establecido en el Código Penal anterior a la democracia.

Esta interpretación cambió con las excarcelaciones masivas de ex etarras que tuvieron lugar a finales de los años 80 y principios de los 90. En esencia, el hecho era que las detenciones y encarcelamientos de etarras habían tenido lugar en un mismo periodo temporal y, por tanto, su salida de prisión también coincidía, aunque sin haberse cumplido

¹²²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, nº15608/1994 de 8 de marzo de 1994.

esos 30 años de condena fijada como límite máximo. La respuesta del Tribunal Supremo fue un cambio interpretativo en atención al cual los beneficios resultantes de la redención y reducción de la pena por trabajos no se aplicable sobre la máxima condena ejecutable, sino sobre el total de las penas por las que había sido condenado el reo. En esta sentencia del año 2006, el Tribunal Supremo determina una diferenciación entre la pena, entendida como el total de años acumulados por cada delito; frente al concepto de condena que era el máximo de 30 años. De esta manera, los efectos de la reducción se aplican sobre la pena que está cumpliendo el reo, considerando que el cumplimiento de las penas se realiza por orden de gravedad y de manera sucesiva.¹²²⁵

Numerosos presos, no solo etarras, recurrieron la sentencia en amparo ante el Tribunal Constitucional y, aunque algunos de los recursos fueron estimados, el argumento esgrimido por el Tribunal Constitucional para no invalidar la postura del Tribunal Supremo se construía sobre la base de que el principio de legalidad solo se ve afectado en los casos de modificación de la pena y no en las situaciones de modificación de la ejecución de la misma.

Fue Inés del Río Prada la que recurrió la decisión sobre su puesta en libertad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, por sentencia de octubre de 2013 dictada por la Gran Sala en apelación ejercitada por España, realizó las siguientes apreciaciones:

En primer lugar, sostuvo que se admiten variaciones en la ejecución de la pena cuando estas no afecten gravemente a la pena original o supongan una variación cuantitativa sustancial.

En segundo lugar, un criterio de previsibilidad en torno al cambio jurisprudencial. El TEDH entendió que no existía esa previsibilidad por cuanto que la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo había sido estable en el tiempo. No obstante, no entró en una de las alegaciones de la demandante en la que exponía que, si bien el cambio jurisprudencial estaba socialmente justificado, carecía de previsibilidad jurídica. Esta consideración es importante a efectos de comprender en qué manera se conjugan las acciones legislativas propias del poder legislativo, con las acciones jurisprudenciales propias del poder judicial y su capacidad de reacción ante las demandas y cambios sociales en un entorno de rigidez normativa definida por la eficacia del principio de seguridad jurídica. Muchos presos se

¹²²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, nº 197/2006 de 28 de febrero de 2006.

beneficiaron de esta interpretación del TEDH y una medida más política que jurídica quedó inoperativa.

La estrategia seguida para la desarticulación de la banda terrorista, sin embargo, siguió los cauces de la negociación y el diálogo. El 30 de diciembre del año 2006, ETA hizo estallar un coche bomba en la Terminal 4 del Aeropuerto de Barajas, solo seis meses después de haber anunciado un alto al fuego permanente y de que se hubiese iniciado el llamado Proceso de Paz con la autorización gubernamental a iniciar conversaciones con ETA de 29 de junio de 2006. Sostiene García que la ruptura del inicio del Proceso de Paz con

“El atentado del 30 de diciembre ha sido el último episodio de una serie de acontecimientos y decisiones que durante meses han puesto de manifiesto la complejidad de una nueva dinámica que buscaba el final de la violencia, pero que, como intentaremos exponer en las siguientes páginas, se enfrenta –enfrentaba si se da definitivamente por cerrado– a la existencia de un elevado grado de “indefinición” sobre la propia naturaleza del proceso que se estaba poniendo en marcha –existiendo diferencias obviadas voluntaria o involuntariamente–, así como una falta de comprensión de las implicaciones que el tipo de proceso tenía para los actores y para el propio sistema político en el que está enmarcado.”¹²²⁶

El proceso de diálogo con la banda terrorista enfrentaba una serie de dificultades: la primera de ellas venía marcada por los propios límites del estado de derecho y por una cuestión de legitimidad, tanto en el sentido de que el inicio de las conversaciones pasaba por el reconocimiento de una legitimidad a la banda y a sus representantes para el establecimiento de negociaciones directas con el estado español, como por el hecho de que la legitimidad del gobierno estaba también en liza en el planteamiento del juego electoral y en el institucional. A este respecto, es interesante el planteamiento de que, de manera similar a lo que ocurrió en sede transicional española, las negociaciones del Proceso de Paz con ETA debían adquirir el carácter de política de estado y no de política de gobierno o partido para garantizar el mantenimiento del acuerdo, su perdurabilidad y su reconocimiento social a través de la expresión colectiva de la representatividad indirecta.

En segundo lugar, la cuestión de las reivindicaciones territoriales que habían sido el fundamento ideológico de la banda terrorista y cuya delimitación en sede transicional

¹²²⁶ GARCÍA, J. I., “El final de ETA: ¿lucha contra el terrorismo o resolución de conflicto?”, *UNISCI Discussion Papers*, nº13, 2007, pp. 9-22, p. 10.

había sido parte esencial del pacto de no ruptura de la transición y habían adquirido el rango constitucional constituyendo un límite infranqueable en las perspectivas de negociación.

En tercer lugar, la cuestión de la punibilidad de las conductas, toda vez que ya en sede transicional se había obtenido un Ley de Amnistía con consecuencias en el ámbito social y con una ruptura de los mecanismos de cohesión nacional.

En cuarto lugar, la cuestión de la seguridad nacional, dentro de cuya estrategia había pasado a formar parte la distribución de los presos a lo largo del territorio español con la intención de evitar la reagrupación de ETA en distintas facciones.

En quinto lugar, el desafío de alcanzar un acuerdo de máximos y no un acuerdo de mínimos. En sede transicional, la propia CE es el producto de un acuerdo sobre una serie de límites asumibles por todas las vertientes políticas, pero en sede transicional desde el terrorismo, se exige un nivel de compromiso y de afianzamiento mayor que determine, por un lado, la completa desarticulación de las actuaciones armadas, y por otro lado, que suponga el establecimiento de unas condiciones en las que las demandas ideológicas de la banda tengan cabida en el seno de los procedimientos democráticos.

Había dos perspectivas aplicables en el marco del fin de ETA:

Una de ellas, centrada en el hecho de que la línea de continuidad entre las diferentes políticas antiterroristas desarrolladas por los diferentes gobiernos de la democracia había venido definida por el hecho de que el objetivo buscado era la disolución de ETA. De la misma manera, los contactos con la banda terrorista habían sido continuados, no obstante, como expone Reinales, todos aquellos contactos realizados sin la perspectiva acerca de las condiciones personales sobre el abandono de la violencia han resultado ineficaces.¹²²⁷

Otra de ellas era su comprensión como un procedimiento de resolución de conflictos según el enfoque de Wallensteen, es decir, como la generación de “una situación en la que las partes en conflicto llegan a un acuerdo que resuelve sus principales

¹²²⁷ REINARES, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998, pp 137-140.

incompatibilidades, aceptan mutuamente su existencia continuada como partes y cesan toda acción violenta uno contra otro.”¹²²⁸

Una de las incompatibilidades entre las partes la expresaron los propios miembros de la organización al exponer que su demanda era la de un proceso democrático en el que el pueblo vasco tendría la palabra y la capacidad para determinar su futuro sin limitaciones, es decir, sin atenerse a la normativa constitucional o al marco legal en materia competencial y territorial fundamentalmente.¹²²⁹

El comunicado que la banda emitió el 20 de octubre de 2011 sostenía que:

“Euskal Herria se está abriendo un nuevo tiempo político (...) una oportunidad histórica para dar una solución justa y democrática al secular conflicto político. Frente a la violencia y la represión, el diálogo y el acuerdo deben caracterizar el nuevo ciclo. El reconocimiento de Euskal Herria y el respeto a la voluntad popular deben prevalecer sobre la imposición. Ese es el deseo de la mayoría de la ciudadanía vasca.”¹²³⁰

Este proceso culminaría con la entrega de armas en Bayona el 8 de abril del 2017. Lo cierto es que una de las lecturas que se desprende del análisis político del final de ETA es que fue unilateral, en el sentido de que, en el mencionado comunicado, la organización propone un desarme unilateral que tiene que ver con el rechazo de la sociedad vasca a la banda y con la fuerte labor policial desplegada para minar sus efectivos y recursos. El gobierno de Mariano Rajoy expuso públicamente que

“ETA ha decidido, así lo ha dicho, desarmarse unilateralmente. Que lo haga, y de paso que se disuelva. (...) El gobierno de España lo que hará es lo que ha hecho siempre, aplicar la ley igual para todos.”¹²³¹

Tal y como subraya Esnaola, buena parte del peso en esta decisión de la banda y en la manera de articular su desarme vino de la mano de sindicalistas y activistas vascos; un grupo capaz de adquirir, respecto a la banda, un mayor nivel de legitimidad que el gobierno estatal. Esto ha determinado que, frente al enfoque de política antiterrorista, se haya calificado al final de ETA como un proceso de desarme civil en el que, ante la

¹²²⁸ WALLENSTEEN, P., *Understanding Conflict Resolution*, Ed. Sage, Londres, 2002, p. 8.

¹²²⁹ Comunicado de ETA a la opinión pública española de 21 de junio 2006.

¹²³⁰ Comunicado de ETA a la opinión pública española de 20 de octubre de 2011.

¹²³¹ Declaraciones de Mariano Rajoy de 18 de marzo de 2017.

imposibilidad de negociaciones sobre las condiciones de su final con el ejecutivo nacional, las pautas fueron definidas por la sociedad civil. Tal y como expone Esnaola, en definitiva lo que se produjo fue que

“ETA le otorgó la responsabilidad política y técnica del desarme a la sociedad civil.”¹²³²

Otro elemento esencial durante la determinación de las condiciones de la desmovilización o la disolución fue el de los mediadores internacionales que vinieron a cubrir el vacío dejado por las instituciones gubernamentales españolas. Tal y como expuso Powell en una entrevista con ocasión de los 10 años de paz,

“Es un proceso que no ha terminado realmente y fue insatisfactorio en algunos asuntos, como el de los presos, pero la buena noticia es que ETA terminó el conflicto armado y ha habido diez años de paz, que es algo por lo que la gente puede estar contenta. Todavía hay una necesidad de un proceso de reconciliación, que es algo muy difícil dada la naturaleza del País Vasco: a diferencia de Irlanda del Norte, donde había dos comunidades separadas, en el País Vasco el conflicto era entre personas del mismo pueblo.”¹²³³

Lo cierto es que, desde entonces, se han implementado algunas estrategias regionales en materia de reconciliación que han suplido la ausencia de traslado a centros penitenciarios próximos al País Vasco en materia de acercamiento de presos. El mayor ejemplo es el programa de encuentros restaurativos organizado desde el año 2011 y surgida más por voluntad de los propios presos que por petición de las víctimas. Iniciaron su recorrido en el Centro Penitenciario de Nanclares de Oca (Álava). Se situó en el marco ofrecido por la llamada Vía Nanclares, que venía a constituirse como un mecanismo de escucha y reeducación de los presos etarras con el objetivo de garantizar su plena reinserción social y comunitaria, renunciando públicamente al uso de la violencia, arrepiñándose públicamente de los crímenes cometidos y abandonando la disciplina de la banda. Los encuentros eran voluntarios por ambas partes y se determinaba el establecimiento de un diálogo entre víctimas y victimarios respondiendo a la necesidad de la obtención de respuestas. Algunas veces se ha sostenido que el elemento esencial de estos encuentros es el perdón; no obstante, lo central es la reparación de una sociedad

¹²³² Entrevista a Enekoitz Esnaola, *BBC News*, 8 de diciembre de 2017.

¹²³³ Entrevista a Jonathan Powell, *ElDiario*, 18 de octubre de 2021.

completamente fracturada a través del intercambio de las experiencias, de la comprensión del sufrimiento que genera la violencia y de los caminos que llevaron a los jóvenes vascos a la militancia armada. Los criterios son ocho: la justicia restaurativa, la empatía, la comunicación no violenta, la responsabilización, el conocimiento del otro, el perdón, la reparación y el cambio a través de la prevención y la resiliencia.¹²³⁴

Una cuestión importante ha sido la concerniente a la organización Bildu. El mismo año en que ETA anunciaba el cese de las armas, la Sentencia 62/2011 del Tribunal Constitucional de 5 de mayo generaba un enfrentamiento y un debate en materia de libertades políticas y asociacionismo político entre las dos grandes instancias judiciales españolas, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

Estos pronunciamientos judiciales venían a continuar con la problemática de la conversión de parte de ETA en partidos políticos o en la integración de sus militantes en formaciones políticas nacionalistas vascas. En el caso Bildu, se argumentaba una sucesión fraudulenta de partidos sobre la base del artículo 44 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. El elemento esencial era el de carácter subjetivo consistente en “la conexión relevante de las personas que componen, rigen, representan o administran las candidaturas con los partidos ilegalizados.”¹²³⁵

Su conexión era con el partido, ilegalizado en España, Batasuna y cuya ilegalización fue sostenida por el TEDH el 30 de junio de 2009 al exponer que la ilegalización respondía a una necesidad social imperiosa y a una proporcionalidad respecto al fin buscado.¹²³⁶ Los elementos en los que se basó la Sala Especial del Tribunal Supremo para la ilegalización de Bildu se sustentaban en documentos vinculados a ETA sobre la estrategia nacional como motor del proceso de liberalización, a través de la instauración de un aparato político dependiente de la organización, y al comunicado de ETA de abril de 2011 en el que se busca favorecer un proceso democrático de alto al

¹²³⁴ SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS (ed.), *Taller de diálogos restaurativos: responsabilización y reparación del daño*, Ed. Ministerio del Interior, Madrid, 2020.

¹²³⁵ IGLESIAS, M., “El caso Bildu”: continuidad y ruptura en la doctrina del tribunal Constitucional sobre la ilegalización de formaciones políticas”, *Teoría y realidad constitucional*, nº28, 2011, pp. 555-578, p. 561.

¹²³⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a los asuntos acumulados 25803/04 y 25817/04, de 30 de junio de 2009.

fuego a través de la institucionalización de un acuerdo estratégico entre las fuerzas independentistas.¹²³⁷

A estos efectos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 2011, que sería recurrida ante el Tribunal Constitucional, sostiene que

“en definitiva, y salvo que se quiera mantener formalmente las apariencias a riesgo de hacer la realidad ininteligible, la coalición electoral Bildu responde a lo que fue el designio inicial del Acuerdo suscrito entre Batasuna, Eusko Alkartasuna y Alternatiba: una coalición que permite a Batasuna/ETA volver a la presencia institucional en las Administraciones territoriales de acuerdo con sus estimaciones de electorado y con garantía de autonomía operativa, aun integrada en la Coalición.”¹²³⁸

La postura del Tribunal Constitucional fue opuesta, en el sentido de que, si bien otorgaba veracidad a todo el entramado documental y telefónico que había sostenido la argumentación del Tribunal Supremo, determinaba que

“se trata de conductas ajenas, en este caso documentos ajenos, que lo único que acreditan es la referida estrategia de la organización terrorista y del partido político ilegalizado, pero no la instrumentalización de la coalición electoral al servicio de dicha estrategia.”¹²³⁹

La acogida en las listas electorales de Bildu de personas independientes vinculadas a la banda terrorista ETA no es apreciado por el Tribunal Constitucional tampoco como un supuesto de fraude, toda vez que todos los miembros de Bildu han suscrito un documento en el que acuerdan

“actuar utilizando única y exclusivamente vías/métodos políticos, pacíficos y democráticos, lo que lleva aparejado la oposición por todos los medios que legítimamente tenga a su alcance a cualquier acto o actividad que suponga agresión o violación a cualquier derecho humano y al uso de la violencia para lograr objetivos políticos.”¹²⁴⁰

¹²³⁷ Comunicado de ETA a la opinión pública española sobre el proceso democrático y el acuerdo estratégico entre las fuerzas independentistas vascas de abril de 2011.

¹²³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Especial, relativa a los recursos electorales 2/2011 y 4/2011, de 1 de mayo de 2011.

¹²³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 62/2011, de 5 de mayo de 2011.

¹²⁴⁰ *Íbidem*.

Hasta entonces, el criterio planteado había sido el de una condena inequívoca, clara, expresa y referida al terrorismo¹²⁴¹, invalidando así expresiones públicas de condena general a la violencia o a la violación de DDHH. Aquí se aprecia un cambio de tendencia que pretende suponer una modificación de los criterios para determinar la intervención estatal en todos los momentos del proceso electoral. El propio tribunal Constitucional realizó un análisis sobre el riesgo democrático que entrañaba la ilegalización de la candidatura, concluyendo que

“resaltando que la simple sospecha no puede constituirse en argumento jurídicamente aceptable para excluir a nadie del pleno ejercicio de su derecho fundamental de participación política. Puede que en el futuro la sospecha quede confirmada, pero, para el enjuiciamiento actual, la misma no podría conducir a un resultado limitador, so pena de dejar en lo incierto el ámbito del libre ejercicio de los derechos de participación política garantizados en el artículo 23 CE y, con ello, el valor del pluralismo político sobre el que se fundamenta el ordenamiento constitucional del Estado democrático. La pretensión de asegurar a ultranza, mediante controles preventivos, la seguridad del Estado constitucional pone muy en primer lugar en riesgo al propio Estado constitucional. Tal pretensión resulta además desproporcionada a la vista de la panoplia de instrumentos de control a posteriori de que se ha dotado, mediante las últimas reformas legales, nuestro ordenamiento.”¹²⁴²

A efectos prácticos, esto supuso la configuración de un brazo político nacionalista vasco próximo a los postulados ideológicos del terrorismo etarra y que ha integrado en sus candidaturas a condenados por terrorismo una vez cumplida su condena. Aunque en su comunicado de cese de la violencia, ETA anunciaba que no se reconvertiría en partido o movimiento político, lo cierto es que Bildu ha venido a ocupar, en el espacio político vasco y nacional, las reivindicaciones políticas de ETA y la legalidad del partido decretada por el Tribunal Constitucional, ha sido vista más como una decisión política, encubierta jurídicamente, que como una decisión basada únicamente en postulados jurídicos.

En conclusión, en el marco del camino hacia el final de ETA con la llegada de la democracia, se conjugan deficiencias del proceso transicional, desacuerdos políticos, avances en materia de reconocimiento de derechos y empleo de herramientas restaurativas por voluntad de las víctimas. Se aprecia, sin embargo, una notable variabilidad de los enfoques en atención a las circunstancias políticas y una notable

¹²⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional nº99/2004, de 10 de junio de 2004.

¹²⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional nº 62/2011, *op. cit.*

influencia de las decisiones y posicionamientos judiciales en la gestión del terrorismo
etarra y de su final.

BLOQUE V: CONSIDERACIONES FINALES

1. REFLEXIONES: UNA VISIÓN TRANSVERSAL SOBRE LA RELACIÓN ENTRE JUSTICIA TRANSICIONAL Y DERECHOS HUMANOS

En primer lugar, la idea sobre la que se articula la presente tesis supone el entendimiento de que los procesos de democratización y, concretamente, el fenómeno de la universalización de la democracia, no es una transición de carácter unifásico sino múltiple y vinculada a la evolución y construcción del ideal de justicia basado en los DDHH. Esta aproximación supone una crítica a los planteamientos existentes entorno a la idea misma de la democratización, toda vez que esta viene definida tal y como se exponía, como el paso a la democracia desde regímenes de carácter autoritario. No obstante, un análisis en perspectiva histórica sobre la construcción del ideal de justicia basado en los DDHH evidencia una relación entre las concesiones de derechos y los regímenes políticos. Como todo proceso histórico, sufre involuciones o regresiones a lo largo de su desarrollo, motivadas por elementos de carácter social y de carácter cultural. En esencia, esto viene a determinar que la democratización, tal y como se entiende en el marco de la politología, es solamente la etapa final de generación de sistemas democráticos. Este planteamiento viene a compensar los déficits en materia de democratizaciones y los fracasos de intentos de democratización *express*.

El marco teórico de este enfoque viene definido por dos ejes: el modelo de justicia basado en los DDHH y cuyo sistema político por antonomasia, como máxima garantía de su vigencia, es el democrático; y el concepto de justicia transicional en su más amplio sentido, es decir, entendido como la conjunción de justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición.

El primero de los ejes, es decir, el modelo de justicia basado en los DDHH, se alinea con la historia misma de las generaciones progresivas, complementarias y acumulativas de los DDHH. La propia historia, fundamentos y desarrollo de los DDHH como concepto con plena vigencia en los ordenamientos jurídicos nacionales y con reconocimiento y entidad vinculante a nivel internacional, es una historia marcada por la discriminación en un doble sentido, a saber, las propias generaciones de DDHH son el fruto de respuestas a patrones discriminatorios en el marco de los sistemas jurídicos y de sus manifestaciones jurídico-políticas, y las propias generaciones de DDHH determinan sistemas de discriminación, de ahí su componente acumulativo.

En el primero de los sentidos, cada generación de DDHH supone una respuesta jurídica a algún tipo de discriminación. Por ejemplo, si se piensa en los derechos políticos, estos suponen la instauración de una serie de derechos de participación que estaban vetados a determinados grupos sociales. En el segundo de los sentidos, cada generación de derechos supone algún fenómeno discriminatorio en sí mismo considerado; continuando con el ejemplo, el primer

reconocimiento de derechos políticos es de componente restringido y son las sucesivas generaciones las que van ampliando el elemento subjetivo.

El elemento de la universalidad de los DDHH es el que determina la posibilidad de su aplicación y vigencia en todo tiempo y lugar. Su vínculo con la democracia subyace en su propio fundamento: el entendimiento de los DDHH supone la asunción de que existen una serie de limitaciones infranqueables en las relaciones humanas; siendo las sociedades, y particularmente las sociedades políticas, una fenomenología intrínseca a las relaciones humanas como sistema de organización de la convivencia, los DDHH vienen a configurar los límites mínimos de esas interacciones tanto a nivel propiamente humano como en los niveles sociales y políticos.

El planteamiento de los DDHH ofrece un marco de pertenencia propia y de reconocimiento por los actores nacionales, internacionales y, en definitiva, por las estructuras de poder. Esto implica que existe un marco normativo previo, inherente al propio ser humano, que condiciona las interacciones sociales y las relaciones entre ciudadanía y poder o, en otras palabras, la existencia de un marco normativo que impone los límites mínimos a las relaciones humanas, incluidas las manifestaciones de organización política.

El entendimiento de la democracia que aquí se ofrece es el de la demoprotección, es decir, aquel según el cual el elemento definitorio de la democracia como sistema universalizable es la existencia de mecanismos de prevención de la tiranía, asimilando esta al abuso de poder en su más amplio sentido. Esto significa que la democracia se caracteriza por la instauración de un sistema de limitaciones al poder, cuyo fundamento radica en esos límites mínimos impuestos por los propios DDHH. Esto viene a suponer que el elemento verdaderamente definitorio de la democracia es la existencia de un estado de derecho cuyos márgenes, como mínimo, vienen delimitados por la lógica y el planteamiento de los DDHH. Se trata de un enfoque completado por la idea de gobernanza y la idea de minorías frente a caracterizaciones meramente formales en que la democracia es asociada pura y simplemente con una concurrencia competitiva electoral. Desde este planteamiento, se asume la gobernabilidad en el sentido ofrecido por Arbós y Giner, según el cual esta es “la cualidad propia de una comunidad política según la cual sus instituciones de gobierno actúan eficazmente dentro de su espacio de un modo considerado legítimo por la ciudadanía, permitiendo así el libre ejercicio de la voluntad política del poder ejecutivo mediante la obediencia cívica del pueblo.”¹²⁴³

Hay dos cuestiones esenciales en dicha definición, la legitimidad entendida en términos de representación y la obediencia entendida en términos de que, a pesar de que el Estado tiene atribuido el monopolio del uso legítimo de la fuerza, su uso es excepcional, puesto que hay una

¹²⁴³ ARBÓS, X. y GINER, S., *La Gobernabilidad, Ciudadanía y Democracia en la Encrucijada Mundial*, Ed. Siglo Veintiuno de España, Madrid, 1993.

alternancia pacífica en el poder y canales de participación ciudadana. Completada esta concepción con la expresada por Coppedge en los siguientes términos:

“la relación armónica entre los actores estratégicos de una comunidad, es decir, entre aquellos que tienen suficiente poder para alterar el orden público, impulsar o detener el desarrollo económico, o, en general, afectar la marcha de la sociedad, ya sea porque poseen determinados medios de producción, o mueven organizaciones de masas, o tienen influencia sobre la maquinaria administrativa del Estado, o manejan las armas, o poseen la capacidad de diseminar con fuerza ideas e informaciones sobre la sociedad.”¹²⁴⁴

Esto supone incluir una amplia gama de elementos que, de una u otra forma, pueden influenciar, y de hecho influyen, en las dinámicas y ejercicio del poder en sede democrática. De hecho, hablar de gobernabilidad en sentido democrático supone tratar la cuestión de la elaboración de las políticas públicas y, más específicamente, las disfuncionalidades que enfrenta la toma de decisiones en democracia. Putnam conecta esas dificultades a la hora de tomar decisiones con la Historia, el contexto y las características sociopolíticas del momento y del lugar en que deben tomarse esas decisiones, principalmente porque solo de un análisis estructural e integral podrían deducirse mejoras a dichos sistemas de toma de decisiones y de puesta en práctica de los planes elaborados con vistas a dotar al sistema público de una eficiencia mayor en términos de gobernabilidad.¹²⁴⁵

La construcción de políticas públicas democráticas deviene en todo un complejo juego de intereses, posiciones y contrapesos que permiten medir la calidad democrática, la calidad política, el nivel gubernativo de eficiencia y el nivel de eficiencia institucional. Rojas Bolaños expuso en este sentido que parece existir una contradicción entre gobernabilidad y democracia puesto que “un exceso de democracia significaría un déficit de gobernabilidad; una gobernabilidad fácil sugiere una democracia deficiente.”¹²⁴⁶ Es una contradicción que se genera en función a tres criterios: confianza, legitimidad y resultado, de suerte que solo una interacción positiva entre los tres impide que gobernabilidad y democracia entren en contradicción. Es evidente que uno de los mayores desafíos que enfrenta el sistema democrático es su pluralidad inherente, a la que debe añadirse la multiculturalidad en las sociedades del mundo global. Esa enorme complejidad social,

¹²⁴⁴ COPPEDGE, M., “*Institutions and Democratic Governance in Latin America*”, ponencia presentada en la conferencia *Rethinking Development Theories in Latin America*, Institute of Latin American Studies, University of North Carolina, 1993.

¹²⁴⁵ PUTNAM, R., *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Ed. Princeton University Press, Princeton, 1993.

¹²⁴⁶ ROJAS, M., *La gobernabilidad en Centroamérica: ajuste, sectores populares y gobernabilidad*, Ed. FLACSO, Costa Rica, 1995, p. 24.

donde la diversidad es tan amplia potencialmente como el número de personas sobre las que resultarán de aplicación las políticas públicas, es la que genera fricciones en el sistema, porque la búsqueda de soluciones universales a problemas de tal heterogeneidad queda fuera, inclusive, de un marco teórico o conceptual. Torres Rivas expresó este choque o esta convergencia entre un sistema de aplicación general y una población con libertad para decidir sobre sus modelos de vida entendiendo que la democracia alimenta de alguna manera ofertas y demandas, pero que debe hacerlo con limitaciones para no volverse ingobernable:

“La democracia, según este razonamiento, cuando se profundiza, alimenta ofertas y demandas, vuelve ingobernable a la sociedad. La pérdida de confianza entre los electores y sus partidos, entre la ciudadanía y las políticas estatales (...) produce estados de ingobernabilidad. Y como este tipo de sociedades no limita la participación popular, el resultado es una desconfianza hacia la democracia misma.”¹²⁴⁷

Esto no supone o no debe suponer, según advierte acertadamente Tomassini, la demonización de la democracia en favor de la gobernabilidad ni, en sentido inverso, la compulsión de la gobernabilidad en favor de una democracia incierta.¹²⁴⁸ Este es uno de los mayores riesgos que enfrenta el empleo o la defensa a ultranza de cualquiera de los dos términos mencionados o, en otras palabras, la democracia por definición es un sistema que admite la pluralidad, pero que la canaliza, y la gobernabilidad dota de estabilidad e inclusión a la democracia. No debe caerse en la tentación de circunscribir un problema de gobernabilidad ni a un exceso de pluralidad, ni a una incapacidad de gestión gubernativa, ya que son una multiplicidad de factores los que influyen en el proceso. El propio concepto de gobernabilidad, si bien es cierto que se ha asociado con los procesos de democratización propios de la tercera ola, no es un concepto vinculado al cambio político, sino a la crisis de los sistemas públicos de gestión y a la necesidad de redefinir el concepto y el modelo del Estado del bienestar durante los años 70 del siglo XX. Dos alternativas se plantearon, la propuesta por James O'Connor en su obra *La crisis fiscal del Estado* y la planteada por Crozier, Huntington y Watanuki en el informe titulado *The crisis of democracy*. Estos últimos apuntaban a una multiplicidad de variables que influyen en la gobernabilidad democrática: sociales, económicas, culturales, valores políticos, confianza, viabilidad y costumbrismo.

¹²⁴⁷ TORRES-RIVAS, E., “América Latina: gobernabilidad y democracia en sociedades en crisis”, *Nueva Sociedad*, nº 128 (noviembre-diciembre), 1993, pp. 88-101, p. 92.

¹²⁴⁸ TOMASSINI, L., “Estado, Gobernabilidad y Desarrollo”, *Revista de Ciencia Política*, vol. 14, nº 1-2, 1992, pp. 23-61, p. 33.

Los mismos autores tratan el tema del habitual pesimismo entorno a la democracia reconociendo por un lado que los países

“han cooperado en el ámbito de la reconstrucción económica, el desarrollo industrial, la promoción del comercio y los intercambios y el bienestar creando un marco común de instituciones económicas internacionales. Han acarreado con las comodidades y la ansiedad del status propio de una clase media creciente entre su población (...) a su manera, han desarrollado y consolidado sus formas particulares de democracia política incluyendo el sufragio universal, las elecciones periódicas, la competición entre partidos y la libertad de expresión y asociación.”¹²⁴⁹

Y, por otro lado, que a pesar de esos pasos que han abarcado gran parte de las disciplinas, incluyendo una tan sensible como es la militar como herencia de la Guerra Fría, “lo que se pone en duda hoy no son solo las políticas militares y económicas, sino también las instituciones políticas heredadas del pasado. ¿Es la democracia política, tal y como existe hoy, una forma viable de gobierno para los países industrializados?”¹²⁵⁰

El punto de convergencia principal no es otro que el de alertar de una posible regresión autoritaria si las disfuncionalidades de la democracia la hacen inoperante e ingobernable desde el punto de vista de la eficiencia de las políticas públicas. Rojas Aravena entiende que hay tres factores que determinan la gobernabilidad en democracia: el desarrollo político-institucional, el desarrollo económico y social y la integración social.¹²⁵¹ A esa multidimensionalidad que adquiere la gobernabilidad hay que añadirle dos elementos más, a saber, la globalización en términos infraestructurales y la internacionalización en términos político-institucionales. Esto supone que la gobernabilidad no es solo multidimensional, sino también multinivel, y que las antiguas postulaciones autárquicas o de excesiva protección de la soberanía nacional en aplicación de un principio exhaustivo de no injerencia solo derivan en un distanciamiento con la realidad mundial. En este sentido, Remiro Brotons advierte de que, si bien el principio democrático no ha adquirido en el ordenamiento jurídico internacional el status del que gozan otras normas refrendadas en sede convencional, eso no debe servir para restarle importancia, pero advierte que es compatible esa idea de universalización de la democracia con la pervivencia del principio de soberanía y de no injerencia.

En cuanto a las minorías en sede democrática, el enfoque aquí planteado supone reconocer una coyuntura o disyuntiva entre el funcionamiento electoral y decisorio democrático,

¹²⁴⁹ CROZIER, M., HUNTINGTON, S. y WATANUKI, J., *The crisis of democracy*, Ed. New York University Press, New York, 1973, p. 13.

¹²⁵⁰ *Ibidem*

¹²⁵¹ ROJAS, F., “Democracia y gobernabilidad en América Latina”, *Papeles*, nº 86, 2004, pp. 109-120, p. 111.

donde confluye el hecho de que siendo, como expone Pérez Royo, la democracia es el único sistema con un origen racional, civilizado y legitimado del poder y que opera a través de una regla de las mayorías, se corre el riesgo de que ocurra lo apuntado por Madison, a saber que “una parte de la sociedad, frente a la injusticia de la otra parte (...) si una mayoría está unida por un interés común, los derechos de las minorías no estarán seguros.”¹²⁵²

La articulación de las minorías en el contexto democrático como elemento definitorio del mismo parte de la concepción expresada de la democracia como demoprotección, ya que el enfoque integral y universal del ideal de justicia basado en DDHH supone una protección en el ejercicio del poder y una protección en las dinámicas decisorias. Uno de los puntos de debate o que mayor problemática ha ocasionado ha sido el del ejercicio de los derechos políticos por parte de las minorías, no tanto en el aspecto del reconocimiento del derecho a sufragio universal como en el marco de la participación en la toma de decisiones que afectan o pueden afectar a su identidad cultural. Ha sido el DIDH el que ha ofrecido el mayor desarrollo a nivel jurisprudencial y normativo, partiendo del enfoque de la desigualdad inherente entre grupos mayoritarios y minoritarios, en línea, de nuevo con la lógica expuesta en materia de desarrollo histórico de los DDHH. En otras palabras, este concepto de democracia supone una protección intrínseca frente a lo que puede denominarse como tiranía de la mayoría en los procesos de toma de decisiones.

El concepto actual de justicia transicional entendido como la conjunción de cuatro mecanismos transicionales viene a corroborar este enfoque toda vez que se articula sobre la idea de justicia penal, en el sentido de someter a la jurisdicción criminal las violaciones de DDHH cometidas en periodos no democráticos; la verdad como sistema restaurativo y capacitador en la generación de cohesión social; las reparaciones como sistema de compensación de las desigualdades generadas en periodos no democráticos; y las garantías de no repetición como la vigencia de un ordenamiento jurídico basado en la lógica propia de los DDHH. El análisis del empleo de estas herramientas, particularmente, la manera en que se aplica el enfoque de DDHH en la lógica criminalística y de lucha contra la impunidad y el estudio de los mecanismos verdad como sistemas de generación de una memoria democrática y de sociedades resilientes, permite la obtención de una serie de lecciones en materia de transiciones políticas.

La restricción a la justicia y la verdad como mecanismos transicionales parte del entendimiento de que el propio proceso transicional y la consolidación democrática suponen la definición política y jurídica de las garantías de no repetición y que la propia justicia y verdad generan un sistema de reparaciones que puede ser complementado con otras estrategias. Una consideración esencial en este planteamiento se articula sobre la diversidad de las reparaciones posibles frente a una concepción meramente economicista. La inclusión de las víctimas en los

¹²⁵² HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J., *El federalista*, Ed. Akal, Madrid, 2015.

procesos penales nacionales e internacionales, punitivos y restaurativos conlleva una comprensión de cuáles son las verdaderas demandas de las víctimas en materia reparatoria.

Ha habido una evolución especialmente intensa tanto en los ámbitos de protección de DIDH, como en los procesos nacionales como en el desarrollo del DPI, que posiciona al Estado naciente como garante de la realización y garantía de sus derechos. En este sentido, se aprecia un cambio importante, en el que las víctimas pasan a asumir un papel relevante en los procesos, dándoles voz y protagonismo en los mismos, además de un valor probatorio a sus historias convertidas en testimonios. En el marco de la CPI, esta ha recogido las deficiencias de los primeros tribunales internacionales y ha conseguido ir un paso más allá en la senda de protección marcada por los tribunales penales *ad hoc* contemplando crímenes internacionales en su Estatuto que requirieron un desarrollo jurisprudencial por parte de estos tribunales específicos, especialmente, en el ámbito de la protección de las minorías y de las mujeres, dos colectivos tradicionalmente olvidados en los marcos transicionales y que son objeto de fuertes discriminaciones y violaciones de carácter múltiple que requieren de un análisis diferenciado. Esta consideración entronca directamente con la idea de la democracia, demostrando una unión cada vez más evidente y potente entre las teorías sobre las generaciones de DDHH y corrientes jurídico-filosóficas en las que democracia y garantía de los DDHH aparecen como dos caras de una misma moneda; en definitiva, la inclusión de los testimonios de las víctimas como forma de delimitación en el caso de la CPI de una situación primero en términos generales, y de un caso concreto según avanza procesalmente su tramitación, así como el sistema de protección, de delimitación de las formas de participación y de fijación de reparaciones planteado por el Estatuto de Roma recoge esa inspiración protectora que exige la inserción del DIDH en todas las ramas del DIP.

Igualmente, la tipificación de crímenes en los que colectivos concretos vinculados por su categorización como minorías o por ser objeto de una discriminación particularizada supone un sistema de protección y reparación integral a los colectivos de víctimas y una puesta en valor de sus experiencias vitales, frente a una actividad reparatoria consistente en el encarcelamiento y la indemnización económica a cambio del silencio. Además, el DIDH, y especialmente la labor desarrollada por la Corte IDH, han incluido conceptos reparatorios que van más allá del daño causado de forma totalmente objetiva y que tienen en cuenta esa concepción de que las graves violaciones de DDHH ocurridas de forma generalizada o sistematizada que tienen al aparato estatal dictatorial o autoritario como ejecutor, generan un daño persistente y casi permanente a nivel individual y colectivo y que su gravedad, y por extensión, su afectación y la prolongación de sus resultados es más profunda que la definida por una actividad probatoria rígida y solamente sustentada en los principios penalistas. Es posible realizar una comparativa entre la inclusión del daño al proyecto de vida desarrollado por la Corte IDH a nivel individual y el daño que generan

a nivel social y político los crímenes cometidos en periodo dictatorial. La modificación en el sistema de reparaciones incluyendo este concepto supone asumir verdaderamente la gravedad de las violaciones, de la misma forma que la inclusión de las víctimas en los procesos significa reconocer la verdadera naturaleza de sus demandas que están vinculadas a una interacción, de nuevo, entre justicia y verdad.

El fuerte impulso al enfoque de los DDHH sufrido en la segunda mitad del siglo XX permite apreciar un proceso de internacionalización de los procesos transicionales que actúa en dos dimensiones, a saber, la estrictamente jurídica, a través de la inserción de los mandatos y obligaciones asumidas en el plano del DIP dentro de los ordenamientos internos; y la relacional, entendiendo por tal la influencia que la Comunidad Internacional organizada a través de las Organizaciones Internacionales o de la creación de mecanismos internacionales de control y enjuiciamiento puede tener en los procesos de democratización. Esto supone dotar de una mayor complejidad, cuanto menos en términos cuantitativos, a los procesos transicionales, ya que incorpora a los agentes tradicionales nuevas influencias, nuevas herramientas y nuevos intervinientes. Esta fenomenología tiene un impacto directo en la cuestión de la legitimidad de los agentes, punto clave en el marco transicional; en otras palabras, frente a un posicionamiento de corte nacionalista que mira al proceso transicional como una circunstancia de ámbito íntimo y doméstico, el DIP irrumpe generando un doble impacto en función del posicionamiento: desde el punto de vista internacionalista, la influencia de la Comunidad Internacional y del DIP supone un elemento de balance, medición y valoración del proceso transicional, dotándole de unos requisitos de carácter mínimo que pretenden equilibrar las fuerzas transicionales, asegurar la cohesión social y pacífica y dotar al proceso, en definitiva, de una calidad, la mínima exigida para la inserción de ese nuevo Estado democrático en el seno de una Comunidad Internacional con un componente de asunción del acervo de su derecho, cada vez más potente.

Sin embargo, desde el plano nacional las posturas divergen, en el sentido de que buena parte de los estratos sociales observan dicha irrupción como una injerencia en un proceso que les es propio y genera un cierto rechazo que, a efectos de la continuidad transicional, se traduce en una pérdida de legitimidad, no tanto política, pero sí social, de los agentes impulsores de la transición que optan por una aplicación taxativa de esos dictámenes internacionales. En resumidas cuentas, el fuerte desarrollo del DIP y de ramas como son el DIDH y el DPI, con una incidencia plena, directa y fuerte en los procesos transicionales ha insertado, en términos estrictamente politológicos y estratégicos, un nuevo elemento en el juego transicional: la tensión entre la universalidad característica del DIDH y de la gravedad de crímenes de los que se ocupa el DPI, y la legitimidad estratificada en el plano nacional; una tensión tan antigua como el propio surgimiento del DIP y tradicionalmente definida como la tensión entre la soberanía estatal y las obligaciones internacionales.

Quizás la traducción en términos prácticos de esto se encuentra en el hecho, o casi en la contradicción terminológica, entre lo que las experiencias y la teoría de transiciones han demostrado que es la ausencia de fórmulas universales de democratización y la necesidad de que las características del régimen saliente, del contexto socio-ideológico, de la estructura económica y del componente étnico, religioso y cultural sean tenidas en cuenta a la hora de trazar el plan de ruta democrático, frente a las exigencias universales, al menos en su pretensión y teorización y dejando al margen la forma del instrumento en que se plasman, de los dictámenes del DIDH sustentados en los elementos comunes de la especie humana, tales como la racionalidad, la libertad y la empatía, claves que deben estar presentes en el contexto político, cultural e internacional. Realmente, es una contradicción más terminológica que práctica la que se expone ya que, a lo largo del trabajo, se ha visto que las exigencias propias del DIDH en los procesos transicionales tienen la intención de insertar componentes de reconciliación, cohesión, conocimiento y prevención, dicho de otra forma, los cuatro ejes de la justicia transicional (justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición) y, además, incorporan elementos propios de la democratización, como son el pluralismo, la no discriminación, la protección de las minorías y una idea concreta de la Justicia coincidente con el Estado de Derecho, es decir, sustentada en los valores de la seguridad, la libertad, la igualdad y la solidaridad.

Por otro lado, la influencia del DIDH y del DPI en los procesos transicionales ha supuesto la aplicación del análisis interseccional a su gestión, análisis y valoración. Supone dotar al fenómeno transicional de una naturaleza múltiple y añadirle elementos que estaban presentes, pero que eran obviados; en esencia, ir más allá de las meras negociaciones políticas y modificaciones jurídicas. Esta perspectiva sitúa al individuo en un papel absolutamente protagónico en el proceso transicional, tanto desde el punto de vista de los derechos, especialmente en el plano de las víctimas, como desde el punto de vista de la responsabilidad en el marco del DPI, situando así a la sociedad en transición cara a cara con el pasado. Es un enfoque donde la estrategia del olvido no tiene cabida y donde el Estado naciente se articula, nunca como deudor, pero sí como garante, por las atribuciones y características que lo definen, de todos los derechos que se vieron conculcados en el periodo anterior. Es en el desempeño de ese papel donde surge otra de las tensiones propias del proceso transicional, la presente entre negociación e impunidad, entre impulso y reparación.

Aparece en este punto, entonces, esa percepción de que, en términos coloquiales, es mejor no remover el pasado, cuando una verdadera comprensión de las aportaciones del DIDH y del DPI en materia transicional aporta su pretensión de influencia positiva futura o largoplacista sin exigir la inminencia que requiere el principio de oportunidad política transicional. Una mala comprensión del DIDH y del DPI en el proceso transicional parece concebirlos como una exigencia inmediata y de cumplimiento urgente, obviando en ese análisis superficial el

componente de estabilidad duradera en el tiempo pacífica y democrática que esta perspectiva quiere incorporar.

Las obligaciones que imponen estas ramas del DIP no son, por tanto, ni de exigencia taxativa en el exacto momento transicional desde el punto de vista político, ni de aplicación simultánea, ni de estructura rígida en su ordenación o enumeración, y poseen un carácter complementario. Es decir, y diferenciando uno de otro, desde el plano del DIDH, quien asume el papel protagónico son las víctimas y serán sus derechos y pretensiones las que deban liderar la forma de aplicación. Por otra parte, desde el punto de vista del DPI, el principio de complementariedad delimita que se dé prioridad y una oportunidad, vigilada a través de las investigaciones preliminares del Fiscal, a los procedimientos nacionales, y depende en buena medida de la cooperación estatal para su funcionamiento en materia de ejecución de las distintas acciones procesales. Es cierto que el componente de una y otra es distinto, ya que las aportaciones del DIDH imponen limitaciones al Estado y pautas en su actuación, mientras que el DPI sustrae del Estado, en un primer momento, ya que después exigirá su cooperación, la responsabilidad acusatoria llevándosela a un órgano internacional.

En el plano de la flexibilidad o capacidad de permeabilidad de los procesos transicionales a nivel sociocultural y jurídico se permite apreciar en el seno de lo político una predisposición a la negociación, a la cesión y al consenso, y en el plano de las aportaciones del DIDH y del DPI hay varias cosas que destacar. La primera es que el desarrollo del DIDH ha supuesto un mayor reforzamiento de su componente vinculante; en otras palabras, se ha superado la etapa en la que los DDHH parecían más un ideal o una aspiración para convertir su garantía en una obligación jurídica sólida donde el Estado aparece como sujeto obligado y las personas como sujetos titulares de Derecho. El gran protagonismo lo asumen los espacios regionales de protección con una especial mención a la labor de la Corte IDH, que es el órgano con una Jurisprudencia más asentada, firme, progresista y protectora en materia de protección de los DDHH en procesos transicionales. La menor incidencia del TEDH en estos procesos parece estar vinculada a los requerimientos más rígidos para formar parte del Consejo de Europa y una concepción de efectos limitativos en materia de estándares de protección, según la cual las generaciones de derechos suponen una gradación de la importancia de los mismos y no una progresión acumulativa. En materia de flexibilidad también hay una actuación diferenciada entre estos dos órganos. El TEDH es rígido en la aplicación de los criterios de admisibilidad y en la interpretación del margen de apreciación nacional optando por una estimación superior del valor seguridad jurídica; la Corte IDH prima su carácter protector y los valores de igualdad y solidaridad de una forma más intensa, asumiendo un papel de progreso y reforzamiento de las obligaciones internacionalmente asumidas por la vía del control de convencionalidad difuso. No obstante, a pesar de ese carácter casi ejemplificante de las sentencias de la Corte IDH, lo cierto es que demuestra una sensibilidad

también en materia transicional, visible tanto en la progresividad de la intensidad exigida a los Estados en materia de lucha contra la impunidad como en la apreciación de las necesidades contextuales, es decir, no deja dentro del margen de apreciación nacional el cumplimiento de los cuatro ejes de la justicia transicional, pero sí permite una modulación en los mismos, especialmente aplicando las nuevas tendencias. Esto supone un avance, porque si bien no condiciona los estándares de protección, entiende que hay necesidades transicionales, o un interés superior por la consecución de la paz y/o la democracia que requiere cierta flexibilidad en los mecanismos transicionales; dicho de otra forma, la Corte IDH es firme en el sentido de reconocer el derecho a la justicia y a la verdad, en desvalorar la impunidad y promover el acceso de las víctimas a mecanismos de reparación, pero entiende que la especialidad del momento transicional exige especialidad en el tratamiento de estos cuatro ejes. El voto concurrente, ya mencionado durante la exposición del trabajo, deja abierta una puerta esencial y ya debatida en el mundo académico, como es la posible sustitución de la justicia penal ordinaria por sistemas que combinan justicia penal con participación en la obtención de la verdad y donde el elemento estrictamente punitivo queda más vinculado a grandes responsabilidades y graves crímenes que a la totalidad de los intervinientes recogiendo el testigo de experiencias como la sudafricana.

En el marco ofrecido por el DPI tiene lugar un fenómeno similar, pero que actúa en sentido contrario, ya que el Derecho Penal es por definición un derecho rígido, garantista en el proceso, de poco margen interpretativo y con una pretensión más punitiva o sancionadora que restauradora o reparativa, más centrado en el ejercicio del *ius puniendi* y en el procesado que en la víctima. La evolución del DPI ha demostrado que el DIDH ha conseguido impregnarlo no solo desde el punto de vista de las garantías del debido proceso legal, sino en su componente objetivo y subjetivo. En otras palabras, se observa una mayor inserción de la víctima en los procesos penales internacionales desde el punto de vista de valoración de su testimonio como prueba contextual y testifical, y desde el punto de vista de la finalidad del proceso, insertándolas como sujetos con derecho a reparación. Por otro lado, en el plano objetivo o de la competencia material, se aprecia, especialmente en los tribunales *ad hoc* la aparición en escena de la universalidad convertida en elemento vinculante a través del *ius cogens* y del derecho consuetudinario como base competencial y legitimadora de la acción penal internacional; este espíritu se ha mantenido en el Estatuto de Roma a través del reconocimiento de la especial trascendencia que tiene para el conjunto de la Comunidad Internacional la comisión de crímenes internacionales reprochables desde los elementos de racionalidad, libertad y empatía que caracterizan a los seres humanos. Otro elemento de flexibilidad en el DPI ha venido aportado por elementos de delimitación de la competencia o el interés de la investigación como son la especial gravedad que se exige, el principio de complementariedad y el interés de la justicia; tres cuestiones que permiten a la CPI y a su Fiscalía modular su intervención en atención a las circunstancias y acciones nacionales.

Quizás una de las cuestiones más relevantes y a ver en un futuro próximo sea la compatibilidad entre las jurisdicciones penales especiales ideadas en sede transicional, combinatorias de elementos punitivos con restaurativos, y el mandato de lucha contra la impunidad que atañe a la CPI y a la Comunidad Internacional en su conjunto; lo que parece estar apareciendo también en el marco del DPI es esa misma distinción que se hace en el DIDH, es decir, dejar dentro del ámbito interno las acciones penales transicionales y que la CPI se articule como un mecanismo de liberación al Estado en transición y un organismo de enjuiciamiento de los graves crímenes y grandes responsables en periodos transicionales, dejando dentro de esas jurisdicciones especiales y excepcionales domésticas donde tiene cabida una conjugación entre justicia y verdad, el resto de procedimientos y situar a la CPI en este ámbito en concreto, como una entidad vigilante y valorativa de los resultados.

Igualmente, la consideración, no sólo de la tipología clásica de víctimas de regímenes dictatoriales como son los opositores políticos, sino de otros colectivos minoritarios desde puntos de vista distintos al ideológico, como puede ser el étnico o el religioso, y la tenencia en cuenta del colectivo de las mujeres como víctimas diferenciadas que sufren una vulneración de sus derechos más profunda, puesto que en ellas se descarga el componente ideológico-estructural de los regímenes autoritarios de corte patriarcal, ya sea en procesos bélicos donde la violencia sexual se convierte en un arma de guerra vinculada a esa idea de dominación paternalista, ya sea en regímenes sin conflicto, pero donde las pautas de comportamiento delimitan un carácter sumiso y doméstico de la mujer controlada vía régimen y vía religión como elemento instrumentalizado de control político. La inclusión de estos colectivos, su diferenciación en términos positivos, su involucración en los procesos de justicia y la tipificación de los crímenes que específicamente los contemplan como sujeto pasivo, supone valorarles en la sociedad y en el modelo político naciente e integrar, de nuevo, las nuevas generaciones y modalidades de DDHH en los procesos transicionales.

En cuanto al impacto de la verdad en sede transicional, este ha supuesto la integración en el marco de los procesos de cambio político de una estrategia frente al olvido que asume el protagonismo del componente humano y de la necesidad de generar sociedades cohesionadas para el funcionamiento democrático intentando combinar un equilibrio entre reconocimiento, legitimidad, representatividad y gobernanza.

La verdad como mecanismo transicional y como elemento que contribuye al refuerzo democrático parte del reconocimiento de la legitimidad a la totalidad de los actores y a la posibilidad de generar un discurso veraz y relativamente flexible desde el punto de vista subjetivo acerca de la manera en la que el pasado social debe ser afrontado.

El componente más interesante de la verdad a efectos transicionales es su flexibilidad y versatilidad, es decir, frente al elemento de la justicia penal caracterizado por la vigencia de una serie de principios y derechos que entroncan directamente con el ideal de justicia basado en DDHH y que imponen una serie de requisitos rígidos de la acción penal y punitiva, la verdad se articula como un mecanismo capaz de adaptarse a las diferentes características sociales y políticas y, además, permite actuar en diversos tiempos y etapas ya que no exige un cierre formal.

Una muestra de esta polivalencia es la divergencia entre los distintos mecanismos de verdad analizados en este estudio y su capacidad para, incluso una vez emitido ese informe final, seguir manteniendo una actividad basada en la memoria.

Las aspiraciones de la verdad también divergen de las de la justicia penal, ya que no prima un componente sancionador, sino restaurativo y ejemplificador. A este respecto, el elemento definitorio parte de dotar de credibilidad y reconocimiento a los testimonios de las víctimas y enfrentarlos o contraponerlos tanto a la visión oficial del régimen saliente como al relato de los propios partícipes en las violaciones de derechos y sistemas represivos vigentes durante el régimen.

2. CONCLUSIONES

En definitiva, lo que se extrae de este estudio puede sistematizarse en una serie de principios:

1. La democratización es un proceso complejo que consta de varias etapas.
2. Los tiempos, regresiones y avances en el proceso democratizador están vinculados a características sociales, políticas, económicas y culturales.
3. La imposibilidad de definir un proceso democratizador válido en todo tiempo y lugar o universal.
4. La posibilidad de universalizar la democracia partiendo de su entendimiento como demoprotección.
5. La necesidad de utilizar algún mecanismo transicional en las diversas etapas como elemento de cohesión y aseguramiento de los avances en materia democratizadora.
6. La importancia de la articulación de mecanismos de componente restaurativo como base de la cohesión social.
7. El entendimiento y comprensión del pasado histórico que determina las estructuras sociales y las dinámicas de poder para el afianzamiento democrático y la delimitación precisa del ordenamiento jurídico democrático.

8. El respeto a los tiempos y procesos generadores de cohesión y de interiorización social de los valores democráticos como elemento de durabilidad de la actividad democratizadora.
9. La necesidad de consolidar las etapas previas a la democratización en su última fase transicional.
10. La necesidad del reconocimiento de parcelas de legitimidad y credibilidad internacional en sede transicional.
11. El intercambio de buenas prácticas transicionales y la adaptabilidad democrática y transicional.

A estos principios deben unirse dos cuestiones más:

En primer lugar, la fuerte influencia internacional que pesa en el marco de las transiciones tanto en el plano de lo político como en el marco de implementación de herramientas transicionales, tanto por el carácter internacional del ideal de justicia basado en DDHH como por la concepción internacional de la asociación entre paz, seguridad, justicia y democracia. Desde este planteamiento, la nueva idea de estabilidad política ya no se corresponde con esa concepción propia de la *realpolitik* donde lo relevante es el aprovechamiento de las circunstancias fácticas y cualquier forma de gobierno que sea útil para la consecución de unos objetivos medidos es considerada válida, sino que ha habido una profunda transformación; al menos sobre el papel. En este sentido, la forma de gobierno deseada es la democracia y el papel lo ha jugado el fuerte desarrollo del DIDH con la Declaración Universal como eje de partida.

En esta línea, el concepto de justicia transicional es una construcción propia de la segunda mitad del siglo XX y vinculada esencialmente a la conjunción entre dos circunstancias fácticas en el ámbito internacional; a saber, la caída de los regímenes militares latinoamericanos, especialmente el chileno y el argentino, y la caída de los regímenes de corte soviético con la finalización progresiva de la Guerra Fría; y un elemento jurídico, concretamente, el desarrollo progresivo del citado DIDH como una disciplina diferenciada dentro del DIP. El ámbito de actuación del DIDH es el de la promoción y garantía de los DDHH, así como el desarrollo de mecanismos efectivos para su protección.

La inserción cada vez más amplia e intensa del DIDH y el proceso de internacionalización que caracteriza a las sociedades de hoy, han determinado que los procesos políticos, y más aún, las transiciones dejen de ser algo doméstico y han insertado de lleno el componente internacional en una esfera tradicional de la soberanía.

En la práctica, esto consiste en tener como objetivo la sujeción de todas las instituciones, actos y decisiones públicas a los límites refrendados primero en sede constitucional y después en el desarrollo del ordenamiento jurídico. El impacto del DIP y el desarrollo del DIDH ha

determinado la exigencia de unos estándares mínimos de calidad y control en el ejercicio del poder y ha posicionado al estado como titular de obligaciones ya no sólo en el plano internacional, sino también respecto a los individuos. De la misma forma, el impacto del Derecho Regional, especialmente a través de la Unión Europea, ha potenciado ese impacto en los estados parte y en los estados que aspiran a incorporarse al “club” europeo, tal y como se expone en los estudios sobre internalización de los DDHH a través de la labor promotora de las organizaciones internacionales de Risse, Ropp y Sikkink.¹²⁵³ La, en palabras de Sartori, universalización de la democracia, pasa por entenderla en este sentido, como una protección frente a los abusos de todo tipo, incluidos los políticos, las violaciones de DDHH y las infracciones del DIH. La democracia no es sino una garantía de no repetición.

Hay dos factores determinantes del proceso transicional, dígase, la forma de quiebra del régimen autoritario o, si se prefiere, el equivalente al *casus belli* de los conflictos armados, cuya naturaleza y características determinarán bien la existencia de disturbios internos o guerra civil, en función de la intensidad en el uso de la fuerza, bien una transición de corte pacifista; y, el liderazgo político transicional. El rápido proceso de internacionalización ha determinado que junto a estos factores se sumen otros dos. El Centro de Estudios Superiores para la Defensa de España en 2006 proporcionaba una visión clara y contundente sobre esto último, reseñando que, en el marco de las actuaciones postconflictivas cohabitaban la Comunidad Internacional proporcionando ayuda humanitaria y financiera para la democratización y recursos para el fortalecimiento institucional; la Organización de las Naciones Unidas, sus programas de ayuda al desarrollo y de asistencia a refugiados; la Unión Europea; el Fondo Monetario Internacional y las Fuerzas Multinacionales de Intervención autorizadas para intervenir sobre el terreno; y los agentes locales, incluidos los propios Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, las Organizaciones de la Sociedad Civil nacionales y los grupos organizados en conflicto.¹²⁵⁴

Esto supone que el elemento central en el ámbito democratizador parte de la integración del ideal de justicia basado en DDHH a todos los niveles de la interacción social, y no únicamente en el marco de los ordenamientos jurídicos, sin base o fundamento de interiorización socio-política.

Como apunta Squella,

“se dice a menudo que el derecho existe para realizar la justicia y cada vez que se afirma algo semejante se piensa más en el contenido de las normas, principios

¹²⁵³ RISSE-KAPPEN, T., ROPP, S.C. y SIKKINK, K. (eds.), *The power of human rights: international norms and domestic change*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

¹²⁵⁴ LÓPEZ HERNÁNDEZ, A.M. y ORTIZ RODRÍGUEZ, D., “Aspectos económicos” en CENTRO SUPERIOR DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA, *Actuación..., op. cit.*, pp. 61-78, p. 74.

y otros estándares del derecho que en los métodos o procedimientos formales a través de los cuales tiene lugar la producción y aplicación de tales normas, principios y estándares.”¹²⁵⁵

La democracia, por tanto, no debe verse como un único sistema, sino como un mecanismo de gestión que va de la mano del Estado de Derecho, pero que admite una multiplicidad de formas y sistemas de gobierno, de organizaciones territoriales, de distribuciones competenciales regionales y de sistemas de salvaguarda y control. En otras palabras, y aquí está la clave, de la posibilidad de universalización de la democracia como parte de este entendimiento de la justicia de carácter universal, concibe a la democracia en sus términos formales y no en sus manifestaciones materiales. No se trata de determinar la forma o el modelo de gobierno sino de garantizar un sistema que cumpla lo expresado por Lipset¹²⁵⁶, a saber, que democracia es instaurar cauces de participación accesibles para toda la población, de suerte que la mayoría sea la forma de decisión, pero asegurando que la minoría tenga participación, no se vea excluida en la toma de decisiones y esté protegida.

Esta última precisión se encuadra dentro de la tesis propuesta por Sartori en el sentido de que el elemento definitorio de la democracia es lo que el autor denomina *demoprotección*, esto es, protección frente a la tiranía o estado de derecho. Consiste, en esencia, en la sujeción de todas las instituciones, actos y decisiones públicas a los límites refrendados primero en sede constitucional y después en el desarrollo del ordenamiento jurídico. La universalidad que caracteriza a esta nueva concepción de la justicia ha determinado la exigencia de unos estándares mínimos de calidad y control en el ejercicio del poder y ha posicionado al estado como titular de obligaciones ya no sólo en el plano internacional, sino también respecto a los individuos. La, en palabras de Sartori, universalización de la democracia, pasa por entenderla en este sentido, como una protección frente a los abusos de todo tipo, incluidos los políticos, las violaciones de DDHH y las infracciones del DIH. La democracia no es sino una garantía en sí misma para frenar abusos de poder que pretendan conculcar este ideal de justicia.

Una muestra de esta versatilidad parte de los cambios que se aprecian incluso en el seno de las llamadas democracias consolidadas, sometidas a un régimen de cambio similar al expuesto en torno a los DDHH. Los DDHH se han ido generando en bloques como una respuesta a determinadas demandas sociales cambiantes; en este sentido, el modelo político y de gobierno tiene una importancia central y trascendental en el reconocimiento de derechos, porque lo que marca la diferencia entre esa evidencia de derechos propia del plano filosófico y del

¹²⁵⁵1255 SQUELLA, A., “Algunas concepciones de la justicia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº44, 2010, pp. 175-216, pp. 175-176.

¹²⁵⁶ LIPSET, S. M., *El hombre político: las bases sociales de la política*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 41.

iusnaturalismo es la existencia de algún elemento de reconocimiento o positivización y de un aparato institucional que le de sustento y fuerza vinculante y efectiva.

Cada modelo político y de gobierno ha ido acompañado de un reconocimiento de derechos concreto: estado liberal y derechos civiles, modelos con sufragio reconocido y derechos políticos, democracia y plenitud de derechos políticos, estado del bienestar y derechos económicos, sociales y culturales, pero la pregunta más interesante es: ¿cuál es el modelo de hoy? Lo cierto es que ya no nos encontramos ante el modelo puro del estado del bienestar sino en una etapa de cambio o de traspaso hacia modelos *quasi* tecnificados donde se plantean dos nuevas necesidades: primero, el reconocimiento de derechos a colectivos específicos que ponen en tela de juicio el ideal de la universalidad, puesto que no queda definido hasta qué punto los derechos se reconocen a la colectividad en específico o a los individuos que forman parte de ellas. Y, en segundo lugar, los derechos difusos que ya no son de titularidad específica y presente, sino que se refieren a las generaciones futuras, como el derecho al medio ambiente, o que no poseen una traducción en términos individuales, como puede ser el derecho a la paz; son los llamados derechos de la solidaridad, promovidos ya no por los Estados o las Organizaciones Internacionales como entes reguladores, sino por la Organizaciones de la Sociedad Civil.

Esto supone una concepción dinámica de la propia democracia que se extrapola a sede democratizadora convirtiendo en versátil y adaptable el intercambio de prácticas democratizadoras a largo plazo.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- ABUELAS DE LA PLAZA DE MAYO (ed.), *Restitución de niños*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1997.
- ACEVEDO, D., *La Constitución Nacional y sus principales reformas*, Ed. ESAP, Bogotá, 1986
- ACHA, O., *Historia crítica de la historiografía argentina: las izquierdas en el siglo XX*, vol. 1, Ed. Ariel Publisher, Chicago, 2021.
- ACNUDH, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programas de reparaciones*, Ed. Naciones Unidas, Ginebra, 2008.
- ACUÑA, C. et al., *Juicio, castigos y memorias, derechos humanos y justicia en la política argentina*, Ed. Nueva Visión, Buenos Aires, 1995.
- ADAMS, C. F. (ed.), *The works of John Adams, Second President of the United States: with a life of the author, notes and illustrations*, vol. 10, Ed. Brown and co., Boston, 1856.
- ADEKANYE, J. B., *Rwanda / Burundi : Uni-ethnic dominance and the cycle of armed ethnic formations*, Ed. International Peace Research Institute, Oslo, 1995.
- AGUILAR, P.,
 - o *Memoria y olvido de la Guerra Civil española*, Ed. Alianza, Madrid, 1996.
 - o *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Ed. Alianza, Madrid, 2008.
- AGUILERA, M. y VEGA, R., *Ideal Democrático y Revolución Popular*, Ed. Cerec, Bogotá, 1998.
- AGUILUZ, M. y WALDMAN, G. (comp.), *Memorias (in) cónicas: contiendas en la historia*, Ed. Universidad Autónoma de México-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, México, 2006.
- ALCALÁ-ZAMORA, N., *Los defectos de la Constitución de 1931. Tres años de experiencias constitucionales*, Ed. Civitas, Madrid, 1981.
- ALCÁNTARA, M. y MARTÍNEZ, A. (ed.), *Política y gobierno en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 1997.
- ALEXANDRE, V., *Os sentidos do imperio. Questao nacional e questao colonial na crise do antigo regime português*, Ed. Afrontamento, Oporto, 1993.
- ALLARDT, E. y YRJO, L. (ed.), *Cleavages, ideologies and party systems: contributions to comparative sociology*, Ed. The Academic Bookstore, Helsinki, 1964.
- ALMQVIST, J. y ESPÓSITO, C. (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

- ALONSO, J., *Il discorso del terrorismo. Le parole dell'ETA al vaglio semiótico*, Ed. Meltemi, Roma, 2006.
- ALTED, A., y AUBERT, P. (ed.), *Triunfo en su época*, Ed. Casa de Velázquez, Madrid, 1995.
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Situación de refugiados en el mundo*, Ed. Icaria Editorial, Barcelona, 2000.
- ALTUSIO, J., *Política*, Ed. CEPC, Madrid, 1990.
- ALVARADO, J. (coord.), *Espacios y fueros en Castilla la Mancha (siglos XI a XV). Una perspectiva metodológica*, Ed. Polifermo, Madrid, 1995.
- ÁLVAREZ, M. y CIPPITANO, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos Humanos e integración jurídica*, Ed. ISEG, Monterrey, 2013.
- AMBOS, K. et al., *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la CPI*, Ed. Comares, Granada, 2008.
- AMEDO, J., *Cal viva*, Ed. La esfera de los libros, Madrid, 2013.
- AMIN, S., *Maldevelopment. Anatomy of a global failure*, Ed. Zed books, London, 1990.
- AMIR, S., *El desarrollo desigual. Ensayo sobre las formaciones sociales del nacionalismo periférico*, Ed. Fontanella, Barcelona, 1975.
- ANDERSON, B., *Comunidades imaginadas*, Ed. Fondo de Cultura Económica de México, Londres, 1997.
- APARISI, A., *La revolución norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*, Ed. CEPC, Madrid, 1995.
- ARACIL, R., OLIVER, J. y SEGURA, A., *El mundo actual: de la Segunda Guerra Mundial a nuestros días*, Ed. Universitat de Barcelona Publicacions, Barcelona, 1995.
- ARBOUR, L., *Economic and social justice for societies in transition*, Second Annual Transitional Justice Lecture hosted by the New York University School of Law Center of Human Rights and Global Justice and by the International Center for Transitional Justice, 25 octubre 2006, Ed. New York University School, New York, 2006.
- ARENDT, H.,
 - o *Sobre la violencia*, Ed. Editorial Joaquín Mortiz, México, 1970.
 - o *The origins of totalitarianism*, Ed. Harcourt Brace, San Diego, 1973.
 - o *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*, Ed. Península, Barcelona, 1996.
 - o *Sobre la revolución*, Ed. Síntesis, Madrid, 2009.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Libro Cuatro -De la Justicia.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, Ed. Austral, Barcelona, 2013.

- ARON, R.,
 - o *Sociologie des sociétés industrielles. Esquisse d'une théorie des régimes politiques*, Ed. Centre de Documentation Universitaire, Les Cours de la Sorbonne, Paris, 1958.
 - o *Trois essais sur l'âge industriel*, Ed. Plon, Paris, 1966.
- ARÓSTEGUI, J., *Por qué el 18 de julio. Y después...*, Ed. Flor del Viento, Barcelona, 2006.
- ARÓSTEGUI, J., y GODICHEAU, F., *Guerra Civil. Mito y memoria*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- ARTOLA, M., *La España de Fernando VII*, Ed. Esapsa, Madrid, 1968.
- ASOCIACIÓN AMERICANA DE JURISTAS, *Argentina. Juicio a los militares. Documentos secretos, decretos-leyes, jurisprudencia*, Ed. Asociación Americana de Juristas, Buenos Aires, 1988.
- ASTRAÍN, L., *El derecho penal del enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017.
- AVILÉS, J., *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Ed. Arco, Madrid, 2010.
- AYLWIN, P., *El reencuentro de los demócratas. Del golpe al triunfo del No*, Ed. B Chile, Santiago de Chile, 1998.
- AZAÑA, M., *Discursos Políticos*, Ed. Crítica, Barcelona, 2004.
- BAEZA, A., *GAL. Crimen de Estado*, Ed. ABL Press, Barcelona, 1995.
- BAHAMONDE, A. y CERVERA, J., *Así terminó la Guerra de España*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- BAILYN, B., *The ideological origins of the American Revolution*, Ed. Harvard University Press, Cambridge, 1967.
- BALANDIER, G., *Anthropolgie politique*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1978.
- BALLESTEROS, J. (coord.), *Justicia, Solidaridad, Paz, Estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz*, Ed. Universitat de Valencia, Valencia, 1995.
- BARDALES, E., *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa*, Ed. Flores editor, México, 2011.
- BARROS, R., *La junta militar. Pinochet y la Constitución de 1980*, Ed. Sudamericana, Santiago de Chile, 2005.
- BAUMANN, G., *El enigma multicultural*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001.
- BAUR, J., *Die russische Kolonie in München 1900-1945. Deutsche-russische Beziehungen im 20*, Ed. Jahrhundert, Wiesbaden, 1998.

- BECKER, C., *The Declaration of Independence. A Study in the History of Political Ideas*, Ed. Alfred A. Knopf, New York, 1953.
- BEINART, W. y DUBOW, S. (eds.), *Segregation and apartheid in Twentieth Century South Africa*, Ed. Routledge, London, 1995.
- BELDA, R. et al., *Iglesia y sociedad en España (1939-1975)*, Ed. Popular, Madrid, 1977.
- BERGSMO, M. y STAHN, C. (ed.), *Quality Control in Preliminary Examination*, vol. I, Ed. Torkel Opsahl, Bruselas, 2018.
- BETHELL, L. (coord.), *Historia de América Latina*, vol. III, Ed. Crítica, Madrid, 2001.
- BINGHAM, T., *The Rule of Law*, Ed. Penguin Global, Londres, 2010.
- BIRMINGHAM, D., *Historia de Portugal*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- BLOCH, M., *Les rois thaumaturges*, Ed. Gallimard, París 1983.
- BOAVENTURA, S. y MAURICIO, V. (ed.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, vol. 2, Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 2001.
- BOBBIO, N., OFFE, C. y LOMBARDINI, S., *Democrazia, Maggioranza e Minoranze*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 1981.
- BOENINGER, E., *La democracia en Chile. Lecciones para la gobernabilidad*, Ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997.
- BOLLOTEN, B., *El gran camuflaje*, Ed. Caralt, Barcelona, 1961.
- BONET, J. y ALIJA, R. A., *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos nº53, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2009.
- BORAINÉ, A., *A Country Unmasked*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2000.
- BORAINÉ, A., LEVY, J. y RONELL, S., *Dealing with the Past: Truth and Reconciliation in South Africa*, Ed. IDASA, Cape Town, 1994.
- BORDA, E. (ed.), *Conflicto y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas*, Ed. FESCOL, Bogotá, 2004.
- BORGES, J. L., *Ficciones 1944. En prosa completa*, vol. I, Ed. Bruguera, Barcelona, 1980.
- BOTTI, A., *Cielo y dinero. El nacionalcatolicismo en España (1881-1975)*, Ed. Alianza, Madrid, 1992.
- BOWERS, C. G., *Misión en España*, Ed. Grijalbo, Barcelona, 1977.
- BOYD, C., *Historia patria. Política, historia e identidad nacional en España: 1975-1975*, Ed. Pomares-Corredor, Barcelona, 2000.
- BRETT, S., *El efecto Pinochet: a diez años de Londres 1998*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2008.

- BROUÉ, P. y TÉMIME, E., *La revolución y la Guerra de España*, Ed. Biblioteca Actual, México, 1962.
- BRUNNER, J.J. y CATALÁN, G., *Cinco estudios sobre cultura y sociedad*, Ed. Facultad Latinoamericana de Ciencias, Santiago de Chile, 1985.
- BRUNNER, O., *Land und Herrschaft*, Ed. Rohrer, Wien, 1959.
- BUGNION, F., *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Ed. Comité International de la Croix-Rouge, Ginebra, 1994.
- BURKE, E.,
 - o *Textos políticos. Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, Ed. Fondo de Cultura Económica de México, México, 1942.
 - o *Reflexões sobre a Revolução em França*, Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1997.
- CALDUCH, R., *Relaciones Internacionales*, Ed. Ediciones de Ciencias Sociales D. L., Madrid, 1991.
- CALLEJA, J. M. y SÁNCHEZ-CUENCA, I., *La derrota de ETA de la primera a la última víctima*, Ed. Adhara, Madrid, 2006.
- CALMON, P. (coord.),
 - o *Diario da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, 1823*, vol. I, Ed. Senado Federal, Brasília, 2003.
 - o *Diario da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, 1823*, vol. III, Ed. Senado Federal, Brasília, 2003.
- CALVEIRO, P., *Poder y desaparición. Los campos de concentración en la Argentina*, Ed. Colihue, Buenos Aires, 2006.
- CALVO, J. (coord.), *Vedad, narración, justicia*, Ed. Universidad de Málaga, Málaga, 1998.
- CAMPOS, F. G., CIENFUEGOS, D. y ZARAGOZA, J.(coords.), *Entre libertad y castigo: dilemas del Estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz*, Ed. Laguna, México, 2011.
- CAÑAS, E., *Proceso político en Chile*, Ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997.
- CAPORTOTI, F., *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious, and linguistic minorities*, Ed. Naciones Unidas, New York, 1979.
- CAPUTO, D. (dir.) y Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *La democracia en américa latina. hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Ed. Alfaguara, Buenos Aires, 2004.

- CARRERAS, J. J. y FORCADELL, C. (eds.), *Usos públicos de la historia*, Ed. Pressas Universitarias de Zaragoza y Marcial Pons, Madrid, 2003.
- CARRETERO, S., *Sobre la filosofía del Derecho Moderna*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- [CARTER CENTER, *Agenda 2025. Nation's vision and strategies*, Ed. Committee of Counselors, Maputo, 2005.](#)
- CASADEVALL, J., *El Conveni europeu de drets humans, el Tribunal d'Estraburg i la seva jurisprudencia*, Ed. ICDH/ Bosch International, Barcelona, 2007.
- CASSESE, A., *Los derechos en el mundo contemporáneo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1993.
- CASTÁN, J.,
 - o *La idea de la justicia en la tradición filosófica del mundo occidental y en el pensamiento español*, Ed. Reus, Madrid, 1946.
 - o *La idea de justicia social*, Ed. Reus, Madrid, 1966.
- CASTELLS, C. (coord.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Ed. Paidós, Barcelona, 1996.
- CAVALLO, A., SEPÚLVEDA, O., SALAZAR, M., *La historia oculta del régimen militar*, Ed. Sudamericana, Santiago de Chile, 1998.
- CAVAROZZI, M., *Autoritarismo y democracia (1955-1996), La transición del Estado al mercado en la Argentina*, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1997.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA), *Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyectos de Seguimiento*, Ed. CEJA, Santiago de Chile, 2003.
- CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA, *Recordar y narrar el conflicto*, Ed. University of British Columbia, Bogotá, 2013.
- CHAUNCEY, W. (ed.), *George Washington. The writings of New York (1785-1790)*, vol. XI, Ed. G. P. Putnam's Sons, London, 1891.
- CHESNEAUX, J., *¿Hacemos tabla rasa del pasado? A propósito de la historia y de los historiadores*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1984.
- CHEVALLIER, J. J., *Los grandes textos políticos*, Ed. Aguilar, Madrid, 1972.
- CHINCHÓN, J., *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Ed. Ediciones Parthenon, Sevilla, 2007.
- CHINN, J. y KAISER, R., *Russians as the new Minority*. Ed. Westview, Missouri, 1994.

- CHRISTIANSEN, E., *Los orígenes del poder militar en España: (1808-1854)*, Ed. Aguilar, Madrid, 1974.
- CIDH (ed.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo 1979-2004*, Ed. CIDH, San José, 2005.
- CLAVERO, B., *Institución histórica del Derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.
- COING, H., *Fundamentos filosóficos del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1961.
- COLEMAN, J. S., CAMPBELL, E. Q., HOBSON et al., *Equality of educational opportunity*, Ed. US Government Printing Office, Washington, 1996.
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS,
 - o *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones, las directrices de Joinet revisadas*, Ed. Opciones Gráficas, Bogotá, 2007.
 - o *Derecho a la verdad y derecho internacional*, Ed. COL, Bogotá, 2012.
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *La cuestión de Tíbet y el imperio de la Ley*, Ed. CIJ, Ginebra, 1959.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE MÉXICO, *La discriminación y el derecho a la no discriminación*, Ed. D. R., México, 2012.
- COMMAGER, H. S. (ed.), *Documents of American History*, Ed. Appleton-Century-Crofts, New York, 1968.
- CONSEJERÍA PRESIDENCIAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ed.), *Justicia, derechos humanos e impunidad*, Ed. Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Bogotá, 1991.
- COQUERY-VIDROVITCH, C., MONIOT, H., *África negra: de 1800 a nuestros días*, Ed. Labor, Barcelona, 1985.
-
- CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Volumen I, Tomo I, II, Ed. Andros Impresores, Santiago de Chile, 1996.
- CORTINA, A. (coord.), *Construir confianza: ética de la empresa en la sociedad de la información y las comunicaciones*, Ed. Trotta, Madrid, 2003.
- CORVALÁN, L., *Del anticapitalismo al neoliberalismo en Chile*, Ed. Sudamericana, Santiago de Chile, 2001.
- COSER, I., *Visconde do Uruguai: centralização e federalismo no Brasil 1823-1866*, Ed. UFMG, Belo Horizonte, 2008.
- COTLER, J. y CUENCA, R. (eds.), *Las desigualdades en el Perú: balances críticos*, Ed. Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2011.

- CRUZ, M. F., *Liberals Moderados e Constitucionalismo Moderado (1814-1852)*, Ed. Instituto Nacional de Investigaçã Científica, Lisboa, 1988.
- CRUZ, O., *Historia del derecho indiano*, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 2012.
- CRUZ, R., *En el nombre del pueblo. República, rebelión y guerra en la España de 1936*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2006.
- CRUZ ROJA ESPAÑOLA, *Manual básico de derechos humanos y derecho internacional humanitario*, Ed. Cruz Roja Española, Madrid, 2003.
- CUESTA, C., *Contra el olvido. Testimonio de víctimas del terrorismo*, Ed. Planeta, Madrid, 2001.
- DE ALMEIDA, F., *História de Portugal*, vol. II, Ed. Bertrand, Lisboa, 2005.
- DE AREILZA, J. M. y CASTIELLA, F. M., *Reivindicaciones de España*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1941.
- DE LACGER, L., *Le Ruanda ancien et moderne*, Ed. Namur, Kabgayi, 1939.
- DE LA CIERVA, R., *Franco: historia después de la venganza, la mentira, la calumnia y la incompetencia*, Ed. Fénix, Madrid, 2000.
- DE LA IGLESIA, J. I. (coord.), *Los espacios de poder en la España medieval*, Ed. Instituto de Estudios Riojanos, Logroño, 2002.
- DELEUZE, G., *Nietzsche y la Filosofía*, Ed. Anagrama, Barcelona, 2005.
- DE LOS RÍOS, F., *Escritos sobre democracia y socialismo*, Ed. Taurus, Madrid, 1975.
- DE LUCAS, J., *Entre el derecho y la moral*, Ed. Fontamara, México, 1993.
- DE OTTO y PARDO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ed. Ariel, Barcelona, 1987.
- DERRIDA, J., *Prophets of Extremity*, Ed. University of California Press, Berkeley, 1985.
- DE SOUSA, O. T., *José Bonifacio, emancipador del Brasil*, Ed. Fondo de Cultura Económica de México, México, 1945.
- DESPORTES, F. y LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, Ed. Economica, Paris, 2008.
- DE TOCQUEVILLE, A., *Democracia en América*, vol. 1, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2017.
- DE TOCQUEVILLE, A., *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2018.
- DE TOCQUEVILLE, A., *Inéditos sobre la Revolución*. Ed. Dossat, Madrid, 1980.
- *Diccionario de Filosofía política*, Ed. Akal, Madrid, 2001.
- DIAMOND, J., *Colapso: por qué unas sociedades perduran y otras desaparecen*, Ed. Debate, Barcelona, 2006.

- DÍAZ, A., *Discursos del ethnos. Una etnografía incompleta sobre procesos étnicos y etnopolíticos en el Ártico Europeo*, Ed. UNED, Madrid, 2019.
- DÍAZ, I. N., *La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa en México y España*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013.
- DIEZ, L., *El liberalismo doctrinario*, Ed. CEPC, Madrid, 1984.
- DÍEZ, M. (coord.), *Instituciones de derechos internacional público*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.
- DOLHNIKOFF, M. y FERLINI, V. L., *Construyendo o Brasil: unidade nacional e pacto federativo nos projetos das elites (1820-1842)*, Ed. Universidade de Sao Paulo, Sao Paulo, 2000.
- DOWNS, A., *An Economic Theory of Democracy*, Ed. Harper Collins Publishers, New York, 1965.
- DOXTADER, E. y VILLA-VICENCIO, C. (eds.), *To repair the irreparable: reparations and reconstruction in South Africa*, Ed. David Philip Publishers, Claremont, 2004.
- DUTRÉNIT, S. (ed.), *Diversidad partidaria y dictaduras: Argentina, Brasil y Uruguay*, Ed. Bielous, México DF, 1996.
- DVORNIK, F., *Byzance et la primauté romaine*, Ed. Du Cerf, Paris, 1964.
- ELÍAS, N., *El proceso de la civilización*, Ed. Fondo de Cultura Económica de México, México, 1989.
- ELORZA, A. (coord.), *La historia de ETA*, Ed. Planeta, Madrid, 2000.
- ENEGRÉN, A., *La pensée politique de Hannah Arendt*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1984.
- FAUSTO, B., *Brasil: de colonia a democracia*, Ed. Alianza, Madrid, 1995.
- FELD, C. y FRANCO, M. (ed.), *Democracia, hora cero. Actores, políticas y debates en los inicios de la posdictadura*, Ed. Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2015.
- FERNÁNDEZ, J., *Ser humano en los conflictos. Reflexión ética tras una vivencia directa en el conflicto vasco*, Ed. Alianza, Madrid, 2006.
- FERNÁNDEZ, G., y DOMÍNGUEZ, F., *Pardines, cuando ETA empezó a matar*, Ed. Tecnos, Madrid, 2018.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 2004.
- FERRER, E. y ESCALANTE, S., *Derecho procesal de los derechos humanos*, Ed. Porrúa, México, 2014.
- FIELDER, L. y KYRIAKI, T., *Transnational legal processes and human rights*, Ed. Routledge, Luzerne, 2016.

- FITOUSSI, J.P., y ROSANVALLON, P., *La nueva era de las desigualdades*, Ed. Manantial, Argentina, 1997.
- FORO DE ESTUDIOS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, *Definitivamente Nunca Más. La otra cara del Informe de la CONADEP*, Ed. FORES, Buenos Aires, 1985.
- FORST, R., *Justificación y crítica. Perspectivas de una teoría crítica de la política*, Ed. Katz-Editores y Clave Intelectual, Madrid, 2014.
- FOUCAULT, M., *“Il faut défendre la société” Cours au collège de France. 1975-1976*, Ed. Seuil, Paris, 1997.
- FRANCO, F., *Textos de doctrina política. Palabras y escritos de 1945 a 1950*, Ed. Publicaciones Españolas, Madrid, 1951.
- FREEMAN, M., *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Ed. Cambridge U.P., Cambridge, 2006.
- FURET, F., *El pasado de una ilusión*, Ed. Fondo de Cultura Económica de México, México, 1990.
- FURET, F. y OZOUF, M., *Diccionarios de la revolución francesa*, Ed. Alianza, Madrid, 1989.
- GALLUS, A.(ed.), *Die vergessene Revolution von 1918/19*, Ed. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2010.
- GARAÑO, S. y WERNER, P., *Detenidos-aparecidos. Presas y presos políticos de Trelew a la dictadura*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2007.
- GARCÍA, M., *Derecho constitucional comparado*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1951.
- GARCÍA, G., *Vivir para contarla*, Ed. Literatura Random House, Barcelona, 2003.
- GARCÍA, J. M., *Historia política de las dos Españas*, vol. III, Ed. Nacional, Madrid, 1976.
- GARCÍA-PELAYO, M., *Los mitos políticos*, Ed. Alianza Universal, Madrid, 1981.
- GARRETÓN, M.A., *Hacia una nueva era política*, Ed. Fondo de Cultura Económica de Chile, Santiago de Chile, 1995.
- GEIGER, T., *Die soziale schichtung des deutschen wolkes*, Ed. Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1932.
- GELLNER, E.,
 - o *Thought and change*, Ed. Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1964.
 - o *Nations and nationalism*, Ed. Cornell University Press, New York, 1983.
 - o *Encuentros con el nacionalismo*, Ed. Alianza, Madrid, 1995.

- GIBNEY, M. et al. (eds.), *The Age of Apology: facing up to the past*, Ed. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2007.
- GIMÉNEZ, M. A., *El estado franquista. Fundamentos ideológicos, bases legales y sistema institucional*, Ed. CEPC, Madrid, 2014.
- GISPERT, C. y PRATS, J. M., *España: un estado plurinacional*, Ed. Blume, Barcelona, 1978.
- GÓMEZ-ROBLEDO, A., *Temas selectos de Derecho internacional*, Ed. UNAM, México, 2008.
- GONZÁLEZ, E., *La violencia en la política. Perspectivas teóricas sobre el empleo deliberado de la fuerza en los conflictos de poder*, Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2002
- GONZÁLEZ, I., *El diálogo político: la transición que no fue*, Ed. CEDES, Texas, 1991.
- GONZÁLEZ, J. L., *Una apología del patriotismo*, Ed. Taurus, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ, S. (coord.), *Mujeres y relaciones de género en la antropología latinoamericana*, Ed. Colegio de México, México, 1990.
- GORDON, C. (ed.), *Michael Foucault. Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972–1977*, Ed. Harvester Wheatsheaf, Londres, 1980.
- GRAMSCI, A., *Cartas desde la cárcel*, Ed. Nueva Visión, Argentina, 2006.
- GRAYBILL, L., *Truth and Reconciliation in South Africa. Miracle or Model?*, Ed. Lynne Rienner Publishers, Inc., Boulder, 2002.
- GRAWITZ, M. Y LECA, J., *Traité de science politique*, Tomo I, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1985.
- GRMEK, M., DJIDARA, M. y SIMAC, N., *Le nettoyage ethnique. Document historiques sur une idéologie serbe*, Ed. Fayard, Paris, 1993.
- GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz*, Ed. Maxtor, Valladolid, 2020.
- GROSSMAN, V., *Vida y Destino*, Ed. Debolsillo, Barcelona, 2012.
- HABERMAS, J., *Teoría y praxis*, Ed. Tecnos, Madrid, 2008.
- HALBWACHS, M.,
 - o *La memoria Colectiva*, Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2004.
 - o *Los marcos sociales de la memoria*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2004.
- HAMILTON, A., MADISON, J., y JAY, J.,
 - o *El Federalista (nº10, 1943)*, Ed. Fondo de Cultura Económica de México, México, 1994.
 - o *El federalista*, Ed. Akal, Madrid, 2015.

- HAMPSON, N., *Prelude to Terror*, Ed. Basil Blackwell, New York, 1988.
- HARDY, H. (ed.), *Sobre la libertad*, Ed. Alianza editorial, Madrid, 2004.
- HAY, J. y NICOLAY, J. G. (ed.), *Abraham Lincoln: complete works*, vol. II, Ed. The Century co., New York, 1902.
- HENAO-PÉREZ, J.C., *El Daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I, Normas, Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2007.
- HERRERÍN, A. y MATEOS, A. (ed.), *La España del presente: de la dictadura a la democracia*, Ed. Asociación de Historiadores del Presente, Madrid, 2006.
- HIDALGO, S., *Los resistentes. Relato socialista sobre la violencia de ETA (1984-2011)*, Ed. Catarata, Madrid, 2018.
- HOBBS, T., *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Ed. Planeta, Barcelona, 2018.
- *Horizonte español 1972*, Tomo II, Ed. Ruedo Ibérico, Paris, 1972.
- HUBAND, M., *África después de la Guerra Fría: la promesa rota de un continente*, Ed. Paidós, Barcelona, 2004.
- HUGH, T., *La Guerra civil española*, vol. 1, Ed. Debolsillo, Barcelona, 2010.
- HUNEEUS, P., *En aquel tiempo. Historia de un chileno durante Allende*, Ed. Nueva Generación, Santiago de Chile, 1992.
- HUNTINGTON, S. P.,
 - o *La tercera ola*, Ed. Paidós, Colección Estado y Sociedad, Buenos Aires, 1994.
 - o *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Ed. Paidós, Barcelona, 2015.
- IGNATIEFF, M., *El honor del guerrero. Guerra étnica y conciencia moderna*, Ed. Taurus, Madrid, 1999.
- INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS (ed.), *Los derechos Humanos en un Mundo Dividido*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.
- JACKISCH, C., *El nazismo y los refugiados alemanes en la Argentina*, Ed. De Belgrano, Buenos Aires, 1997.
- JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003.

- JAMES, D. (comp.), *Nueva Historia Argentina. Violencia, proscripción y autoritarismo*, tomo IX Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2003.
- JANCSÓ, I. (coord.), *Brasil: formação do Estado e da nação*, Ed. Unijuí, Sao Paulo, 2003.
- JARAMILLO, J., *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, Ed. Temis, Bogotá, 1964.
- JASPERS, K., *The Question of German Guilt*, Ed. The Dial Press, New York, 1947.
- JÁUREGUI, G., *Ideología y estrategia política de ETA. Análisis de su evolución entre 1959 y 1968*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1981.
- JELIN, E., *Los trabajos de la memoria*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2002.
- JIMENEZ, E., *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1980.
- JIMÉNEZ, M., *Los regímenes políticos contemporáneos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971.
- JULIÁ, S. (coord.), *Víctimas de la Guerra Civil*, Ed. Planeta, Madrid, 1999.
- KELMELMAJER, A., *Justicia restaurativa: Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- KLEIN, N., *La doctrina del shock*, Ed. Espasa, Barcelona, 2018.
- KOCH, A., PEDEN, W.(eds.), *Autobiografías y otros escritos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.
- KOLM, S.C., *Modern Theories of Justice*, Ed. The MIT Press, Cambridge, 1998.
- KOSELLECK, R., *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*, Ed. Paidós, Barcelona, 1993.
- KRITZ, N. J. (ed.), *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Vol. I, Ed. Institute of Peace Press, Washington, Washington, 1995.
- KROPOTKIN, P., *La Gran Revolución Francesa (1789-1793)*, Tomo I, Ed. Para Leer en Libertad AC, Barcelona, 2018.
- KRUTWIG, F., *Vasconia: estudio dialéctico de una nacionalidad*, Ed. Norbait, Buenos Aires, 1963.
- LAMONT, C., *International Criminal Justice and the Politics of Compliance*, Ed. Ashgate, Farnham, 2010.
- LECHNER, N., *Obras Escogidas*, vol. 1, Ed. Lom ediciones, Santiago de Chile, 2006.
- LEDESMA, R., *Discurso a las Juventudes de España*, Ed. Falange Española, Madrid, 1935.
- LEFEBVRE, G., *El gran pánico de 1789*, Ed. Paidós, Barcelona, 1986.
- LEIS, H., *El movimiento por los derechos humanos y el proceso de democratización política en la Argentina*, Ed. CEAL, Buenos Aires, 1989.
- LENIN, V.I., *Las tesis de abril*, Ed. Fundación Federico Engels, Madrid, 2004.
- LEWIN, M., *La formation du système soviétique*, Ed. Gallimard, Paris, 1987.

- LIJPHART, A., *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, Ed. Yale University Press, New Haven, 1984.
- LIPSET, S. M., *El hombre político: las bases sociales de la política*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.
- LIRA, E. y LOVEMAN, B., *Políticas de reparación Chile 1990-2004*, Ed. LOM, Santiago de Chile, 2005.
- LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen y fin del gobierno civil*, Ed. Alianza, Madrid, 2014.
- LÓPEZ, E., *Ni la ceniza ni la gloria. Actores, sistema político y cuestión militar en los años de Alfonsín*, Ed. Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, 1994.
- LÓPEZ, E. y PION-BERLIN, D., *Democracia y cuestión militar*, Ed. Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, 1996.
- LÓPEZ, P., *El ciberespacio y su ordenación*, Ed. Tirant Lo Blanch, Difusión jurídica y temas de actualidad, Valencia, 2006.
- LOWENBERG, A. D. y KAEMPFER, W. H., *The origins and demise of South African apartheid*, Ed. University of Michigan Press, Michigan, 1998.
- LUIS, J. M., *Obras sueltas. 1837, Sobre el curso natural de las revoluciones*, Ed. Rosa, México, 1837.
- LUXEMBURG, R., *La revolución rusa*, Ed. Akal, Madrid, 2017.
- MACKIM, R. y MCMAHAN, J., *The morality of nationalism*, Ed. Oxford University Press, New York, 1997.
- MALDONADO, J., *Principios generales del arte de la colonización*, Ed. Universidad de Madrid, Madrid, 1875.
- MALEFAKIS, E., *Reforma agraria y revolución campesina en la España del siglo XX*, Ed. Ariel, Barcelona, 1971.
- MANGAS, A., *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990.
- MARGALIT, A., *La sociedad decente*, Ed. Paidós, Barcelona, 2010.
- MARÍN, A., GARCÍA, P. y LLANO, S., *Sociología de las organizaciones: influencia de las tecnologías de información y la comunicación*, Ed. Fragua, Bogotá, 2002.
- MARRODÁN, J. (dir.), *Historia del terrorismo en Navarra (1960-86). Relatos de plomo*, Ed. Departamento de Cultura de Navarra, Logroño, 2013.
- MARTÍ, R., MAYAYO, A. y SEGURA, A. (ed.), *Memòria de la Transició a Espanya i a Catalunya*, vol. VI- VII, Ed. Universitat de Barcelona, Barcelona, 2006.

- MARTÍ, S. (ed.), *Pueblos indígenas y política en América Latina. El reconocimiento de sus derechos y el impacto de sus demandas a inicios del siglo XXI*, Ed. CIDOB, Barcelona, 2007.
- MARTÍNEZ, L. (trad.), *El defensor de la paz de Marsilio de Padua*, Ed. Tecnos, Madrid, 2021.
- MARTÍNEZ, L., *Introducción a la Historia de las Relaciones Internacionales*, Ed. Omnia Mutantur, Valladolid, 2016.
- MARTÍNEZ, L., y FERNÁNDEZ, M., (coord.), *De las Navas de Tolosa a la Constitución de Cádiz: el ejército y la guerra en la construcción del Estado*, Ed. Omnia Mutantur, Madrid, 2012.
- MASSIP, J. M., *Los Estados Unidos y su presidente*, Ed. Destino, Barcelona, 1952.
- MCC CANADA VICTIM OFFENDER y MCC US OFFICE OF CRIMINAL JUSTICE (ed.), *New Perspectives on Crime and Justice*, Ed. MCC U.S. Office of Criminal Justice and MCC Canada Victim Offender Ministries, Washington, 1985.
- MEDINA, J. R., *Fichte a través de los "Discursos a la Nación Alemana"*, Ed. Apóstrofe, Barcelona, 2001.
- MELO, J. O., *Historia mínima de Colombia*, Ed. Turner, México, 2017.
- MELUCCI, A., *Nomads of the Present*, Ed. Hutchinson Radios, Londres, 1989.
- MENDILUCE, J. M., *El Amor armado*, Ed. Litografía Rosés SA, Gavá, 1999.
- MENDOZA Y CAAMAÑO, H., *Chile: surgimiento y ocaso de una utopía (1970-1973)*, Ed. Secretaría de Relaciones Exteriores de México, México, 2004.
- MENÉNDEZ-CARRIÓN, A. y JOIGNANT, A. (ed.), *La caja de Pandora: el retorno de la transición chilena*, Ed. Planeta, Santiago de Chile, 1999.
- MERKL, P. H., *Political Violence under the Swastika*, Ed. Princeton University Press, Princeton, 1975.
- MERINO, J. F., *Regímenes históricos españoles*, Ed. Tecnos, Madrid, 2008.
- MERON, T., *Human Rights and Humanitarian Law as Customary Law*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 1989.
- MEYERHOFF, H.(ed.), *The Philosophy of History in Our Time*, Ed. Doubleday Anchor, Nueva York, 1959.
- MILL, J. S., *On liberty and other essays*, Ed. Oxford World's Classics, Oxford, 2008.
- MILLAS, J., *Filosofía del derecho*, Ed. Lex, Santiago, 1970.
- MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Ed. Beacon Press, Boston, 1998.
- MOLINER, M., *Diccionario del uso del castellano*, Ed. Gredos, Madrid, 1981.

- MOLINERO, C. (ed.), *La Transición, treinta años después*, Ed. Península, Barcelona, 2006.
- MOLINERO, C. y PERE, Y., *El règim franquista. Feixisme, modernització i consens*, Ed. Eumo, Vic, 2003.
- MOLINERO, C., SALA, M. y SOBREQUÉS, J. (ed.), *Una inmensa prisión: los campos de concentración y las prisiones durante la guerra civil y el franquismo*, Ed. Crítica, Barcelona, 2003.
- MONTERO, F., *La Iglesia: de la colaboración a la disidencia (1956-1975). La oposición durante el franquismo*, Ed. Encuentro, Madrid, 2009.
- MONTERO, F. y MARTÍN, J. M.(ed.), *Las derechas en la España contemporánea*, Ed. Anhropos, Barcelona, 1997.
- MONTERO, J. R. y MILEY, T. J. (eds.),
 - o *Juan J. Linz. Democracias: quiebras, transiciones y retos*, vol. IV, Colección Obras Escogidas, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
 - o *Juan J. Linz. Sistemas totalitarios y regímenes autoritarios*, vol. III, Colección Obras Escogidas, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- MORÁN, S., *ETA entre España y Francia*, Ed. Complutense, Madrid, 1997.
- MORÁN, S. y GONZÁLEZ, A., *Asimetría, guerras e información*, Ed. Dilex, Madrid, 2009.
- MORGENTHAU, H., *Política entre las naciones*, Ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2020.
- MORLINO, L., *Cómo cambian los regímenes políticos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1988.
- MORODO, R. y DE VEGA, P. (coords.), *Estudio de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001.
- MOSSE, G.L., *Soldados caídos. La transformación de la memoria de las guerras mundiales*, Ed. Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2016.
- MOULIAN, T., *Chile Actual. Anatomía de un mito*, Ed. Lom, Santiago de Chile, 2002.
- MURRAY, N., *Los constructores de los Estados Unidos*, Ed. Compañía General de Ediciones, México, 1944.
- MUTIS, A.,
 - o *Celebraciones y otros fantasmas*, Ed. Casiopea, Barcelona, 2000.
 - o *Antología personal*, Ed. Argonauta, Buenos Aires, 2003.

- NAASSON, N., MUGIRANEZA, J. P. Y VAN BRABANT, K., *Rwanda Case Study*, Ed. Interpeace, Ginebra, 2005.
- NAVAJAS, C. (coord.), *Actas del II Simposio de Historia Actual. Logroño, 26-28 de noviembre de 1998*, Ed. Instituto de Estudios Riojanos, Logroño, 2000.
- NAVAJAS, C. e ITURRIAGA, D. (ed.), *España en democracia. Actas de IV Congreso Internacional de Historia de nuestro tiempo*, Ed. Universidad de La Rioja, Logroño, 2014.
- NEGROPONTE, N., *Being digital*, Ed. Vintage books, Nueva York, 1996.
- NETTL, P., *Rosa Luxemburg*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1969.
- NICHOLLS, A. y MATTHIAS, E. (eds.), *German Democracy and the Triumph of Hitler*, Ed. Oxford, Oxford, 1971.
- NOHLEN, D. y SOLARI, A. (comp.), *Reforma política y consolidación democrática*, Ed. Nueva Sociedad, Caracas, 1988.
- NORA, P., *Los lugares de la memoria*, Ed. Trilce, Montevideo, 2008.
- NORTH, D. C. y THOMAS, R. P., *El nacimiento del mundo occidental (900-1700)*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1978.
- NOSKE, G., *Von Kiel bis Kapp. Zur Geschichte der deutschen Revolution*, Ed. Verlag für politik und wirtschaft, Berlin, 1920.
- NOVARO, P. y PALERMO, V., *La dictadura militar (1976-1983): del golpe de Estado a la restauración democrática*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2013.
- NUSSBAUM, M., *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Ed. Katz, Argentina, 2010.
- NUSSBAUM, M. y SEN, A., *Calidad de vida*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- OCAMPO, J., *¿Qué es el Conservatismo Colombiano?*, Ed. Planeta, Bogotá, 1991.
- O'DONNELL, D., *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989.
- O'DONNELL, G. Y SCHMITTER, P., *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*, Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2010.
- ONAINDIA, M., *El aventurero cuerdo: memorias 1977-1981*, Ed. Espasa, Madrid, 2004.
- ONTOSO, P., *Con la Biblia y la Parabellum*, Ed. Península, Barcelona, 2019.
- ORCÍ, L. y MARTÍNEZ, V. M. (eds.), *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales*, Ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2007.

- OREALC-UNESCO, *Educación de calidad para todos: un asunto de derechos humanos*, Ed. OREALC-UNESCO, Chile, 2007.
- OROZCO, I., *Justicia transicional en el tiempo del deber de memoria*, Ed. Temis, Bogotá, 2009.
- OTS, J. M., *El Estado español en las indias*, Ed. Colegio de México, México, 1941.
- PADOVER, S. K. (ed.), *The World of the Founding Fathers. Their Basic Ideas on Freedom and Self-Government*, Ed. Thomas Yoseloff, New York, 1960.
- PÁEZ, D. et al. (ed.), *Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz*, Ed. Fundamentos, Madrid, 2011.
- PAGÈS, A., *Au Ruanda sur les bords du lac Kivu (Congo belge)*, Ed. Institut Royal Colonial Belge, Bruxelles, 1933.
- PÉREZ, A., *El terror rojo en Andalucía*, Ed. Antisectarias, Burgos, 1938.
- PÉROTIN-DUMON, A., *Historizar el pasado vivo en América Latina*, Ed. Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2008.
- PRZEWORSKI, A., *Democracia y mercado*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- PIKETTY, T., *El capital en el siglo XXI*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2014.
- PLAATJE, S., *Native life in South Africa. Before and since the European War and the Boer Rebellion*, Ed. Project Gutenberg (edición electrónica), Illinois, 1998.
- PLATÓN, *La República*, Libro Primero.
- PODER EJECUTIVO DE LA NACIÓN, *Mensajes Presidenciales: Proceso de Reorganización Nacional*, Tomo 2, Ed. Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1977.
- POLANYI, K., *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Ed. Quipu, Madrid, 2007.
- POLITZER, P., *Miedo en Chile*, Ed. Ediciones Chile y América, Santiago de Chile, 1985.
- POPPER, K., *La sociedad abierta y sus enigmas*, Ed. Rotulledge, Londres, 1945.
- PORRAS, P.A., RAMÍREZ, E. y SABATÉ, F., *La época medieval: administración y gobierno*, Ed. Istmo, Madrid, 2003.
- PRIETO, R., *La internacionalización de la jurisdicción penal. De Versalles a Bagdad*, Ed. Biblioteca Jurídica DIKE, Bogotá, 2005.
- PRUITT, B. y THOMAS, P., *Diálogo democrático. Un manual para practicantes*, Ed. OEA, Nueva York, 2008.
- PRUNIER, G.,
 - o *The Ruanda crisis: history of a genocide*, Ed. Columbia University Press, New York, 1995.

- *Africa's world war: Congo, The Ruandan genocide and the making of a continental catastrophe*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2009
- PUCCIARELLI, A. (coord.), *Los años de Alfonsín : ¿el poder de la democracia o la democracia del poder?*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2006.
- QUIROGA, H., *El tiempo del proceso. Conflictos y coincidencias entre políticos y militares. 1976-1983*, Ed. Fundación Ross, Santa Fe, 1994.
- QUISPE, F., *El debido proceso en el sistema internacional y en el sistema interamericano*, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 2010.
- RAMOS, J. A., *Historia de la nación*, Ed. Peña Lillo, Buenos Aires, 1968.
- RAPP, F., *La Iglesia y la vida religiosa en Occidente a fines de la Edad Media*, Ed. Labor, Barcelona, 1973.
- RAWLS, J.,
 - *Liberalismo político*, Ed. Barcelona Crítica, Barcelona, 1996.
 - *Teoría de la justicia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- RAYNAL, G. T., *A philosophical political history of the sttlements and trade of the Europeans in the East and West Indies*, vol. 8, Ed. HardPress Publishing, Los Angeles, 2018.
- RAZ, J., *The morality of freedom*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 1986.
- REÁTEGUI, F. (dir.), *Justicia transicional. Manual para América latina*, Ed. Félix Reátegui, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Nueva York, 2011.
- REBOLLEDO, L., *Memorias del desarraigo. Testimonios de exilio y retorno de hombres y mujeres de Chile*, Ed. Catalonia, Santiago de Chile, 2006.
- REINARES, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998.
- REQUEJO, P., *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2000.
- RIBER, L. y BASTARDAS, J. (ed.), *La ciudad de Dios de San Agustín de Hipona*, Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2002.
- RIDRUEJO, R., *Escrito en España*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1962.
- RINCÓN, T., *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
- RISSE-KAPPEN, T., ROPP, S. C. y SIKKINK, K. (eds.), *The power of human rights: international norms and domestic change*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

- ROBBINS, L., *An Essay on the Nature and the Significance of Economic Science*, Ed. McMillan and Co., London, 1932.
- ROCHE, P. (coord.), *El pensamiento político en la Edad Media*, Ed. Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 2010.
- ROMERO, L. A., *Breve historia contemporánea de la Argentina*, Ed. Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2001.
- ROOSENS, E., *Creating ethnicity: the process of ethnogenesis*, Ed. Sage, California, 1989.
- ROSSANDA, R., *La muchacha del siglo pasado*, Ed. Foca, Madrid, 2008.
- ROTH-ARRIAZA, N. y MARIEZ, J., *Transitional justice in the Twenty First Century*, Ed. Cambridge U.P., Cambridge, 2006.
- ROUSSEAU, J. J., *Contrato Social. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2014.
- ROUSSEAU, J.J.,
 - o *Escritos polémicos. Cartas a Voltaire, Malesherbes, Beaumont y Mirabeau*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.
 - o *Las confesiones*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2008.
 - o *Emilio o de la educación*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2011.
- RUIZ, A., *La contribución teórico-política de Norberto Bobbio al debate contemporáneo de la izquierda*, Ed. Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1979.
- RUMIYA, J., *Le Rwanda sous le régime du mandat belge 1992 (1916-1931): racines du présent*, Ed. Harmattan, Paris, 1992.
- SABINE, G., *Historia de la teoría política*, Ed. Fondo de Cultura Económica de México, México, 1937.
- SAHLINS, M., *Islas de historia. La muerte del Capitán Cook. Metáfora, antropología e historia*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1997.
- SAID, E. W., *Cultura e imperialism*, Ed. Debate, Barcelona, 2018.
- SAINT-HILAIRE, A., *Viagem ao Rio Grande do Sul*, Ed. Senado Federal, Brasilia, 2002.
- SAINT-JUST, L., *El espíritu de la Revolución*, Ed. Melina, Buenos Aires. 1965.
- SÁNCHEZ, J. E., *Espacio, economía y sociedad*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1991.
- SÁNCHEZ, M. y SIMÓN, M., *Historia de un desafío. Cinco décadas de lucha sin cuartel de la Guardia Civil contra ETA*, Ed. Península, Madrid, 2017.
- SÁNCHEZ, W. y GUERRERO, C. (ed.), *La Revolución Norteamericana. Auge y perspectivas*, Ed. Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1979.

- SÁNCHEZ-CUENCA, I., *ETA contra el Estado. Las estrategias del terrorismo*, Ed. Tusquets, Barcelona, 2001.
- SAPIENZA, R., *Diritto Internazionale casi é materiali*, Ed. Giappichelli, Torino, 2014.
- SARTORI, G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Ed. Santillana, Madrid, 2001.
- SASSÒLI, M., BOUVIER, A. y QUINTIN, A., *How does law protect in war?*, Ed. CICR, Ginebra, 1999.
- SAZ, I., y GÓMEZ, J. A., *El franquismo en Valencia. Formas de vida y actitudes sociales en la posguerra*, Ed. Episteme, Valencia, 1999.
- SCHMIDT, E. H., *Heimatheer und Revolution 1918: die militärischen Gewalten im Heimatgebiet zwischen Oktoberreform und Novemberrevolution*, Ed. Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart, 1981.
- SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS (ed.), *Taller de diálogos restaurativos: responsabilización y reparación del daño*, Ed. Ministerio del Interior, Madrid, 2020.
- SELLSTROM, T. (coord.), *Historical perspective: some explanatory factors*, Study 1 about The International response to conflicto and genocide: Lessons from the Ruanda experience, Ed. OECD, Paris, 1996.
- SEN, A., *La idea de la justicia*, Ed. Paidós, Barcelona, 2012.
- SERRANO, R., *Entre Hendaya y Gibraltar (Noticia y reflexión frente a una leyenda sobre nuestra política en dos guerras)*, Ed. Ediciones y publicaciones españolas, Madrid, 1947.
- SHRIVER, D., *An Ethic For Enemies: Forgiveness in Politics*, Ed. Oxford University Press, New York, 1995.
- SIDICARO, R., *Juan Domingo Perón. La paz y la guerra*, Ed. Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 1996.
- SILLS, D. L. (dir.), *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Ed. Aguilar, Madrid, 1975.
- SINGER, P.,
 - o *Ética práctica*, Ed. Cambridge University Press, Madrid, 1995.
 - o *Criminal Procedure II: from Bail to Jail*, Ed. Wolters Kluwer, Nueva York, 2008.
- SINOVA, J., *La prensa en la Segunda República española: Historia de una libertad frustrada*, Ed. Debate, Barcelona, 2006

- SKOCPOL, T., *Los Estados y las revoluciones sociales*, Ed. Fondo de Cultura Económica de México, México, 1985.
- SMITH, A.,
 - o *The nation in History: historiographical debates about ethnicity and nationalism*, Ed. Polity Press, Cambridge, 2000.
 - o *Teoría de los sentimientos morales*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2013.
- SORIANO, R.M., *Los derechos de las minorías*, Ed. MAD, S.L., Sevilla, 1999.
- STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2015.
- STRAYER, J. R., *Sobre los orígenes medievales del estado moderno*, Ed. Ariel, Barcelona, 1986.
- SUBIRATS, E.(ed.), *Intransiciones. Crítica de la cultura española*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2002.
- SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 2009.
- SULLIVAN, J., *El nacionalismo vasco radical, 1959-1986*, Ed. Alianza, Madrid, 1988.
- TAMARIT, J. (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010.
- TAPARELLI, L., *Saggio teorético di diritto naturale, appogato sul fatto*, Ed. La Civiltà Católica, Roma, 1949.
- TAPIA, J., *El terrorismo de Estado. La Doctrina de la Seguridad Nacional en el Cono Sur*, Ed. Nueva Imagen, México, 1980.
- TEITELBOIM, V., *Neruda*, Ed. Hermes, México, 1996.
- TERCEIRO, J.B., *Sociedad digital: del homo sapiens al homo digitalis*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1996.
- TIERNAY, B., *The crisis of church and state 1050- 1300*, Ed. Universidad de Toronto, Toronto, 1988.
- TORRE, J. C. (comp.), *Nueva Historia Argentina. Los años peronistas (1943- 1955)*, tomo VII, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2002.
- TORRES, M. y BOU FRANCH, V., *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a las configuración jurídica de los crímenes internacionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- TPIY (ed.), *Recueils judiciaires*, vol. 1, Ed. Martinus Njhoff Publications, Boston, 1998.
- TROSTSKY, L., *La historia de la Revolución Rusa*, Ed. Capitán Swing, Madrid, 2017.

- TRUYOL Y SERRA, A., *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, Ed. F. Seix, Barcelona, 1955.
- TUÑÓN, M. (dir.): *Historia de España Siglos XVI y XVII. La España de los Austrias*, Ed. Cátedra, Madrid, 2003.
- TUÑÓN DE LARA, M. et al., *La Guerra Civil española 50 años después*, Ed. Labor, Barcelona, 1985.
- TUSELL, J., *Franco en la guerra civil*, Ed. Tusquets, Barcelona, 1992.
- TUSELL, J., ALTED, A., MATEO, A. (coord.), *La oposición al régimen de Franco. Estado de la cuestión y metodología de la investigación*, vol. 1, tomo 2, Ed. UNED, Madrid, 1990.
- ULLMANN, W., *Principios de Gobierno y Política en la Edad Media*, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1985.
- UPRIMNY, R., BOTERO, C., RESTREPO, E. y SAFFON, M. P., *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Ed. De Justicia, Bogotá, 2006.
- URIARTE, C., *Almirante cero. Biografía no autorizada de Emilio Eduardo Massera*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 1992.
- VALLADARES, G. P. (comp.), *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Lecciones y Ensayos nº 78, Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
- VAN DER BERGHE, P. L., *Race and racism*, Ed. John Wiley & Sons, Inc., New Jersey, 1967.
- VAN DER WALT, J., *Law and sacrifice: towards a post-apartheid theory of law*, Ed. Birkbeck Law Press, London, 2006.
- VANHOVE, J., *Essai de droit coutumier du Ruanda*, Ed. Librairie Falk fils, Bruselas, 1941.
- VAN NESS, D. W. y HEETDERKS, K., *Restoring justice: an introduction to restorative justice*, Ed. Routledge. Taylor & France Group, Londres, 2015.
- VARELA, J., *Política y Constitución en España (1808-1978)*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- VARGAS, G., *Nova política de Brasil. Da aliança liberal as realizações do primeiro ano de governo 1930-1931*, Ed. Livraria José Olimpo, Río de Janeiro, 1938.
- VERBITSKY, H.,
 - o *La Masacre de Ezeiza*, Ed. Contrapunto, Caracas, 1985.
 - o *El vuelo*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 1995.

- VERDÚ, P., *La octava Ley Fundamental. Crítica jurídico-política de la Reforma Suárez*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976.
- VERHAEGEN, J., *La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1969.
- VICKERY, K. P., *Black and White in southern Zambia: The Tonga Plateau Economy and British Imperialism*, Ed. Greenwood Press, Westport, 1986.
- VIGÓN, J., *Milicia y política*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1947.
- VILAR, P., *La Guerra Civil española*, Ed. Crítica, Barcelona, 1986.
- VILLÁN, C. y FALEH, C., *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. AEDIH y Universidad de Alcalá de Henares, XVI Máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos, Alcalá de Henares, 2019.
- VILLA-VICENCIO, C. y VERWOERD, W. (eds.), *Looking Back Reaching Forward: Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, Ed. Juta y University of Cape Town Press, Cape Town, 1999.
- VOLIO, F., *Apartheid: prototipo de discriminación racial*, Ed. Costa Rica, San José, 1978.
- VON GIERKE, O., *Political theories of the Middle Age*, Ed. Beacon Press, Boston, 1958.
- V. V. A. A., *Les libertés urbaines et rurales du XI au XIV^{ème} siècle*, Ed. Pro Civitate, Bruselas, 1968.
- V.V.A.A., *El golpe de estado en Chile*, Ed. Fondo de Cultura Económica de México, México, 1975.
- V.V.A.A., *Le refus de l'oubli. La politique de disparition forcée de personnes* (Colloque de Paris, Janvier/février 1981), Ed. Berger-Levrault, Paris, 1982.
- V.V. A. A., *El Menemato. Radiografía de dos años de gobierno de Carlos Menem*, Ed. Letra Buena, Buenos Aires, 1991.
- V. V. A. A., *Colombia al filo de la oportunidad. Misión de ciencia, educación y desarrollo*, Ed. Tercer Mundo, Bogotá, 1996.
- V.V.A.A., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- V.V.A.A., *Presente y futuro de los derechos humanos*, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Montevideo, 1998.
- V.V.A.A., *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2003.
- V. V. A. A., *Problemas socioeconómicos de la Argentina contemporánea*, Ed. Universidad Nacional de General Sarmiento, Los Polvorines, 2012.

- WALLENSTEEN, P., *Understanding Conflict Resolution*, Ed. Sage, Londres, 2002.
- WALLERSTEIN, I., *Las incertidumbres del saber*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2005.
- WEBER, M.,
- *Economía y sociedad. Esbozo de psicología comprensiva*, Ed. Fondo de Cultura Económica de México, México, 1964.
- *La política como profesión*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2018.
- WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- WESCHLER, L., *A Miracle, A Universe*, Ed. Pantheon Books, Nueva York, 1990.
- WETTE, W., *Gustav Noske: eine politische. Biographie*, Ed. Droste Verlag, Düsseldorf, 1995.
- WILLET, C. (ed.), *Theorizing Multiculturalism. A guide to the current debate*, Ed. Blackwell Publishers, Oxford, 1998.
- WINKLER, H.A., *Weimar 1918-1933. Die Geschichte der Ersten Deutschen Demokratie*, Ed. C. H. Beck, Munich, 1998.
- YANKELEVICH, P. (comp.), *Represión y destierro. Itinerarios del exilio argentino*, Ed. Al Margen, La Plata, 2004.
- YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, Ed. Cátedra, Madrid, 2000.
- ZAVALA, S. A.,
 - o *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América*, Ed. Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1935.
 - o *La filosofía política en la conquista de América*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- ZINN, H., *La otra historia de Estados Unidos*, Ed. de Ciencias Sociales, La Habana, 2004.

ARTÍCULOS ACADÉMICOS

- ALMOND, G. A., “Comparative political systems”, *Journal of Politics*, nº18, 1956, pp. 391-409.
- ÁLVAREZ, J. L., “El Grupo tácito”, *XX Siglos*, nº32, 1997, pp. 94-102.
- AMBOS, K., “El caso Pinochet y el Derecho aplicable”, *Nuevo Foro Penal*, nº 62, 1999, pp. 158-185.
- AMENGUAL, M. P., *Las decisiones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y los perfiles del genocidio*, tesis doctoral dirigida por Enrique Madrazo, Universidad CEU San Pablo, 2017.
- ANDERSON, P., “Liberalismo y socialismo en Norberto Bobbio”, *Cuadernos de Estudios Políticos*, nº56, México, 1989, pp. 37-63.
- AÑÓN, M. J., “Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, nº11, 1998, pp. 43-188.

- APPLEBY, J., “Liberalism and the American Revolution”, *The New England Quarterly*, n°1, vol.49, 1976, pp. 3-26.
- ARÓSTEGUI, J., “Violencia, sociedad y política”, *Ayer*, n°13, 1994, pp. 17-55.
- AVRUCH, K., “Truth and reconciliation commissions: problems in transitional justice and the reconstruction of identity”, *Transcultural Psychiatry*, n°1, vol. 47, 2010, pp. 33-49.
- AYLWIN, P., “La Comisión Chilena sobre la Verdad y Reconciliación”, *Revista Ius et Praxis*, n°1, vol. 13, 2007, pp. 425-434.
- BARBA, B., “Entre las revoluciones y la burocracia: gobernar para la calidad de la educación”, *Revista Electrónica Iberoamericana sobre calidad, eficacia y cambios en la educación*, vol. 5, n°3, 2007, pp. 22-25.
- BARNETT, R., “Restitution: A New Paradigm for Criminal Justice”, *Ethics*, vol. 87, n°4, 1977, pp. 279-301.
- BARRY, C., “La conformación política del peronismo 1945-1955”, *Revista de Historia Iberoamericana*, n°2, vol. 3, 2010, pp. 10-21.
- 279-291.
- BASSIOUNI, M. C.,
 - o “El Derecho Penal Internacional: historia, objeto y contenido”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 35, Fasc. 1, 1982, pp. 5-42.
 - o “Searching for peace and achieving justice: the need for accountability”, *Law and contemporary problems*, vol. 59, n° 4, 1996, pp. 9-28.
 - o “Policy perspective favouring the establishment of the International Criminal Court”, *Journal of International Affairs*, vol. 52, n°2, 1999, pp. 795-810.
- BASTIDA, F., “La soberanía borrosa: la democracia, fundamentos”, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, n°1, 1998, pp. 381-460.
- BAYONA, B., “La paz en la obra de Marsilio de Padua”, *Contrastes. Revista internacional de Filosofía*, n° 1, 2006, pp. 45–63.
- BENAVIDES, L., “La Obligación de los Estados de reprimir los Crímenes de Guerra como parte de una Justicia Penal Internacional”, *Revista Mexicana de Derecho Público, Administrativo, Constitucional, Internacional, ITAM*, 3 de Abril 2002.
- BERNALES, G., “El derecho a la verdad”, *Estudios Constitucionales*, n°2, vol. 14, 2016, pp. 263-304.

- BLANCO, O., “La nación católica durante la Regeneración (1886-1900): perspectivas historiográficas”, *Anuario de Historia Regional y de las Fronteras*, vol. 13, nº 1, 2008, pp. 1-22.
- BOUSQUET, I., “Debido proceso y cooperación estatal en el proceso ante la Corte Penal Internacional”, *Revista Aequitas*, vol. 5, nº5, 2011, pp. 50-66.
- BUCHANAN, J. M., “Elección pública: génesis y desarrollo de un programa de investigación”, *Revista Asturiana de Economía*, nº33, 2005, pp. 203-222.
- BURGORGUE-LARSEN, L., “Las víctimas del delito en el proceso penal internacional: el ejemplo de la Corte Penal Internacional”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº12, 2005, pp. 9-32.
- CABRERA, M. A. y SANTANA, A., “De la historia social a la historia de lo social”, *Ayer*, nº62, 2006, pp. 165-192.
- CAMACHO, F., “Memorias enfrentadas: las reacciones a los informes Nunca Más de Argentina y Chile”, *Persona y Sociedad*, nº2, vol. 22, 2008, pp. 67-99.
- CANCIO, M., “Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, *Jueces para la democracia*, nº 44, 2002, pp. 19- 26.
- CANITROT, A., “La disciplina como objetivo de la política económica. Un ensayo sobre el programa económico del gobierno argentino desde 1976”, *Desarrollo Económico*, nº 76, vol. 19, 1980, pp. 453-475.
- CANNING, J., “The Role of Power in the Political Thought of Marsilius of Padua”, *History of Political Thought*, nº1, 1999, pp. 21–34.
- CANTERO, E., “Una lectura de la Guerra Civil española”, *Verbo*, nº475-476, 2009, pp. 487-518.
- CAÑAS, R., “El contrato social de Rousseau: el problema de la natural enemistad entre la soberanía y el gobierno”, *Revista Estudios Universidad de Costa Rica*, nº21, 2008, pp. 137-148.
- CARBÓ, J. R., “Godos y getas en la historiografía de la tardoantigüedad y del medievo”, *Studia*, nº22, 2004, pp. 179-206.
- CARRILLO, J.A., SERRERA, P. y CLAVERO, F., “Federalismo, autonomía y descentralización”, *Anales de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*, nº3, 1998-2003.

- CARTER, K., “Proof beyond a reasonable doubt?. Collecting evidence for the international criminal tribunal for the former Yugoslavia”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 31, 1993, pp. 235-263.
- CASANOVA, M., “La Yugoslavia de Tito. El Fracaso de un Estado Multinacional”, *Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, Historia contemporánea*, nº16, 2004, pp. 337-349.
- CASTILLEJO, A., “Perspectivas en diálogo: una reflexión con Alejandro Castillejo sobre el legado de Elizabeth Jelin a los estudios de la memoria latinoamericanos”, *Crolar*, nº 2, vol.6, 2017, pp. 44-50.
- CASTILLO, M., “La compétence du Tribunal penal international pour la Yougoslavie”, *Revue Générale de Droit International Publique*, 1994, pp. 61-87.
- CENTORRINO, M., “Craxi e la BR, González e l’ETA: due strategie di comunicazione a confronto”, *Humanities*, nº2, vol. 7, 2018, pp. 25-42.
- CERRUTI, G., “La historia de la memoria”, *Revista Puentes*, nº3, 2001, pp.14-25.
- CHRISTIANO, T., “An Instrumental Argument for a Human Right to Democracy”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 39, nº2, 2011, pp. 142-176.
- CHRISTIE, D. J. y MONTIEL, C. J., “Contributions of psychology to war and peace”, *American Psychologist*, vol. 63, nº6, 2008, pp. 502-513.
- CHRISTIE, N., “Conflicts as property”, *The British Journal of Criminology*, nº1, vol. 17, 1977, pp. 1-15.
- CHUECA, R. L., “Sobre la relativa evolución del régimen franquista”, *Gerónimo de Uztariz*, nº3, 1989, pp. 40-52.
- COLACRAI, P., “Releyendo a Maurice Halbwachs, Una revisión del concepto de memoria colectiva”, *La Trama de la Comunicación*, vol. 14, 2010, pp. 63-73.
- COLLINS, C.,
 - o “Human Rights Trials in Chile during and after ‘Pinochet Years’”, *The International Journal of Transitional Justice*, nº1, vol. 4, 2010, pp. 67-86.
 - o “Chile a más de dos décadas de justicia de transición”, *Revista de Ciencia Política*, nº2, vol. 51, 2013, pp. 79-113.
- COLWILL, J., “Los derechos humanos, la protección de las minorías y el agotamiento del universalismo”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 31, 1994, pp. 209-218.
- CONTENTE, F. y MARTINS, N., “El traslado de una corte: estrategia, logística y táctica”, *Simposio Internacional Monarquía o República. Reflexiones entorno a las independencias iberoamericanas*, Universidad Complutense de Madrid, 10 de noviembre de 2011.

- CORCUERA, J., “La Constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada”, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 2, 2000, pp. 629-696.
- CORREA, R., *International Law. The view from the Republic*, Tesis doctoral, Yale Law School, 2016.
- CORTINA, A., “Ética y violencia política”, *Sistema*, nº132-133, 1996, pp. 57-71.
- CRENZEL, E., “Políticas de la memoria en Argentina. La historia del informe nunca más”, *Papeles del CEIC*, nº61, 2010, pp. 1-31.
- CRENSHAW, K., “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, Issue 1, 1989, pp. 139- 167.
- CRUZ, M., “Patria, religión y fueros”, *Historia 16*, nº271, 1998, pp. 8-17.
- CUENCA, R., “Sobre justicia social y su relación con la educación en tiempos de desigualdad”, *Revista internacional de educación para la justicia social*, vol. 1, nº1, 2012, pp. 79-93.
- DE CABO, C., “República y constitución: vinculación histórica y teórica”, *Jueces para la democracia*, nº57, 2006, pp. 11-17.
- DE HEUSCH, L., “Anthropologie d’un génocide: Le Rwanda”, *Les Temps Modernes*, nº 579, 1994, pp. 1-19.
- DE LA FUENTE, M., “Contribución del Tribunal Penal Internacional para Ruanda al Derecho Internacional y a la protección de las mujeres en tiempo de conflicto”, *Instituto de Estudios sobre Conflictos y Acción Humanitaria*, 29 de mayo del 2012.
- DE LA GRANJA SAINZ, J. L., “Entre el Pacto de San Sebastián y el de Santoña (1930-1937)”, *Historia 16*, nº271, 1998, pp. 30-43.
- DELMAS-MARTY, M., “Interactions between national and international criminal law in the preliminary phase of trial at the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, nº3, 2005, pp. 1-10.
- DEL REFUGIO, M., PUENTE, G. Y DE PAZ, I., “La justicia restaurativa en el Derecho Internacional Público y su relación con la justicia transicional”, *Iustitia*, nº15, 2017, pp. 9-30.
- DÍAZ, E., “Notas para una historia del pensamiento español actual (1939-1972). Primera parte”, *Sistema*, nº1, 1973, pp- 107-132.
- DÍAZ, L., *Análisis comparado de las legislaciones sobre indígenas en América Latina*, Informe al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984.

- DRNAS, Z., “Principio de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Incoherencias sistémicas”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. XI, 2001, pp. 51-89.
- DUGARD, J., “Dealing with Crimes of a Past Regime: Is Amnesty Still an Option?”, *Leiden Journal of International Law*, n°4, vol. 12, 1999, pp. 1001-1015.
- ELORZA, A., “El nacionalismo vasco: la invención de la memoria”, *Manuscripts: Revista d’història moderna*, n° 12, Barcelona, 1994, pp. 183-192.
- ESTUPIÑAN, R., “Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp. 133-173.
- FAÚNDEZ, H., “La Declaración Universal de Derechos Humanos 40 años después”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, n° 75, 1990.
- FERNANDEZ, M., “Panorama bibliográfico actual sobre Carlos V”, *El Libro Español*, n°2, 1958, pp. 65-68.
- FERREIRA, M., “Operación Cóndor. Antecedentes, formación y acciones”, *Ab Initio*, n° 9, 2014, pp. 153-179.
- FIGUEROA, R., “¿Son constitucionales las cuotas de género para el parlamento?”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 42, n°1, 2015, pp. 189-214.
- FONTANA, A., *Political decision making by a military corporation: Argentina 1976-1983*, tesis doctoral, Universidad de Texas-Austin, 1987.
- FUSI, J. P., “Los nacionalismos y el Estado Español: siglo XX”, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, n° 22, 2000, pp. 21-52.
- FUTAMURA, F., “Individual and Collective Guilt: Post-war Japan and the Tokyo War Crimes Tribunal”, *European Review*, vol. 14, n°4, 2006, pp. 471-483.
- GAITÁN, J. y MALAGON, M., “La reducción a civilización y otras técnicas de policía: Versiones historiográficas y prácticas administrativistas de la Colonia a la República”, *Historia del Derecho de la Universidad de Medellín*, vol. 7, n°14, 2008, pp. 133-145.
- GANUZA, C., “Teorías para la construcción del poder temporal: el papado y la iglesia en el occidente europeo (siglos X-XIII)”, *Enfoques*, n°1, 2011, pp. 75-100.
- GARAPON, A., “Justicia transicional y justicia reconstitutiva”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n°29, 2014, pp. 24-43.
- GARCÍA, A., “Indigenismo en Colombia: génesis y evolución”, *Boletín de Arqueología*, vol. 1, n°1, 1945, pp. 52-71.

- GARCÍA, F., “La pluralidad del igualismo democrático”, *Revista de Filosofía*, vol. 41, nº1, 2016, pp. 79-96.
- GARCÍA, J. I., “El final de ETA: ¿lucha contra el terrorismo o resolución de conflicto?”, *UNISCI Discussion Papers*, nº13, 2007, pp. 9-22.
- GARDE, P., « Ex Yougoslavie: le fiasco de la communauté internationale », *Politique Internationale*, nº 68, 1995, pp. 157-179.
- GARMENDIA, J. M., DE LA GRANJA, J. L., y ELORZA, A., “Un siglo de nacionalismo vasco”, *Historia 16*, nº 235, 1995, pp. 43-74.
- GEIST, M., “Cyberlaw 2.0”, *Boston College Law Review*, nº 44, 2003, pp. 323-358.
- GENIOLA, A., “Presentación. El estado de la nación, las naciones del Estado. El socialismo español y la cuestión nacional”, *Pasado y memoria*, nº17, 2018, pp. 11-42.
- GEORGE, H. A., Jurisdiction of the International criminal tribunal for the Former Yugoslavia, *American Journal of International Law*, vol. 90, nº1, 1996, pp. 64-69.
- GINER, S. y SEVILLA, E., “Absolutismo despótico y dominación de clase. El caso de España”, *Cuadernos de ruedo ibérico*, nº43-45, 1975, pp. 83-104.
- GÓMEZ, E., “El Derecho Penal Internacional ante el Caso Pinochet”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, vol. 8, 1998-1999, p. 277-306.
- GONZÁLEZ, E., “Los discursos catastrofistas de los líderes de la derecha y la difusión del mito del “golpe de estado comunista”, *El Argonauta español*, nº13, 2016.
- GONZÁLEZ, M. T., *Las Guerras de la Ex Yugoslavia: información y propaganda*, tesis doctoral dirigida por Alejandro Pizarroso, Universidad Complutense de Madrid, 2001.
- GONZÁLEZ, S., “La democracia en Sudáfrica”, *Revista Española de Ciencia Política*, nº28, 2012, pp. 55-84.
- GORDON, G. S., “Toward an International Criminal Procedure. Due Process Aspirations and Limitations”, *Bepress Legal Series, Working Paper*, septiembre, 2006.
- GRACIA, L., “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del Enemigo”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº7, 2005, pp. 1-43.
- GRIFFIN, R., “The primacy of culture: the current growth (or manufacture) of consensus within fascist studies”, *Journal of Contemporary History*, vol. 37, nº1, 2002, pp. 21-43.
- HAYNER, P. B., “Comisiones de la verdad. Resumen esquemático”, *International Review of Red Cross*, nº862, 2006, pp.1-18.
- HERMET, G., “Dictature bourgeoise et modernisation conservatrice. Problèmes methodologiques de l’analyse des situations autoritaires”, *Revue française de Science Politique*, nº6, vol. XXV, 1975, pp. 1029-1061.

- HERRERO, M., “¿Qué es el nacionalismo?”, *Ayer*, nº35, 1999, pp. 201-206.
- HUNTINGTON, S.P., “The Clash of Civilizations?”, *Foreign Affairs*, vol. 3, nº72, 1993, pp. 22-49.
- HUTCHISON, E. y BLEIKER, R., “Emotional reconciliation. Reconstituting identity and community after trauma”, *European Journal of Social Theory*, nº3, vol. 11, 2008, pp. 385-403.
- IGLESIAS, M., “El caso Bildu”: continuidad y ruptura en la doctrina del tribunal Constitucional sobre la ilegalización de formaciones políticas”, *Teoría y realidad constitucional*, nº28, 2011, pp. 555-578.
- IGNATIEFF, M., “Articles of faith”, *Index on Censorship: Wounded Nations, Broken Lives*, vol. 25, 1996, pp.110-122.
- IRIGOIN, J., “El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional de Naciones Unidas”, *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, 1998, pp.395-400.
- JAMOULLE, M., “Notre mandat sur le Ruanda-Urundi”, *Association pour le Perfectionnement du Matériel Colonial*, nº3, 1927, pp. 477-496.
- KACHIA, J., « Entretien avec Guntis Ulmanis », *Politique Internationale*, nº9, 1993.
- KALLIS, A.A., “TheRegime-ModelofFascism:ATypology”, *EuropeanHistory Quarterly*, vol. 30, nº1, 2000, pp. 77-104.
- KIENIEWICZ, J., “¿Hacia dónde va Rusia?”, *Política Exterior*, vol. 10, nº49, 1996 pp. 47-57.
- KULLASHI, M., “Limpieza étnica en la Ex Yugoslavia”, *Revista Praxis filosófica*, nº16, 2003, pp. 77-107.
- KUPERMAN, A.J., “El genocidio de Ruanda, una reconsideración”, *Política Exterior*, vol. 14, nº 74, 2000, pp.131-150.
- LEGAZ, L., “Legalidad y legitimidad”, *Revista de estudios políticos*, nº 101, 1958, pp. 5-21.
- LINZ, J. J., “Transiciones a la democracia”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*, nº51, 1990, pp. 7-34.
- LIRA, E. y LOVEMAN, B., “Derechos Humanos en la transición “modelo”: Chile 1988-1999”, Documento preparado para la reunión *Chile 1990 1999: The model country for democracy and development?* University of California, San Diego, California, 10-12 de diciembre 1998.
- LOOMIS, L. R., “Nationality at the council of Constance: An Anglo French dispute”, *The American Historical Review*, nº44, 1939, pp. 525-526.

- MACIAS, M. R., PUENTE, G. y DE PAZ, I., “La justicia restaurativa en el Derecho Internacional Público y su relación con la justicia transicional”, *Iustitia*, nº17, 2005, pp. 9-30.
- MACINTYRE, A., “I’m not communitarism, but...”, *The Responsive Community*, vol. 1, nº. 3, summer, 1991, pp. 91-92.
- MAIRA, L., “Notas sobre la transición chilena”, *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, nº74, 1991, pp. 323-359.
- MANTEL, M.M., “Etnogénesis, relatos de origen, etnicidad e identidad étnica: en torno a los conceptos y sus definiciones”, *Anales de Historia Antigua y Medieval*, nº51, 2017, pp. 71-86.
- MÁRQUEZ, A.E., “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”, *Prolegómenos. Derechos y valores*, nº20, vol. 10, 2007, pp. 201-212.
- MARTIN, J. M., “¿Democracia liberal o absolutismo en Hobbes?”, *Baética*, nº14, 1992, pp. 239-252.
- MARTIRE, E., “La Ineluctable pérdida de los dominios españoles de América”, *Revista de Historia del Derecho*, nº23, 1995, pp. 229-270.
- MAZIMPAKA, V., “Rwanda: pasado, presente y futuro”, *Tiempo de paz. Crisis y tragedia en los Grandes Lagos*, nº 42, 1996, pp. 25-29.
- MELGAREJO, M. P., *El Lenguaje Político de la Regeneración en Colombia y México*, Disertación Doctoral dirigida por Josua Lund, University of Pittsburgh, 2007.
- MÉNDEZ, J., “Accountability for past abuses”, *Human Rights Quarterly*, nº2, vol. 19, 1997, pp. 255-282.
- MENDIBLE, A.,
 - o “El rey portugués en Brasil y el surgimiento del país del futuro”, *Revista Tiempo y Espacio*, vol.20, nº53, 2010, pp. 67-82.
 - o “Brasil: su original independencia nacional y particular evolución dentro del contexto latinoamericano”, *Revista Procesos Históricos*, nº 20, 2011, pp. 115-131.
- MERON, T., “International criminalization of internal atrocities”, *American Journal of International Law*, vol. 89, nº3, 1995, pp. 554-577.
- MICCICHÉ, A., “Radicalismo y nueva imagen del socialismo en el caso vasco”, *Hisotria del presente*, nº19, vol. 1, 2012, pp. 9-22.
- MILLARES, A., “Siete de los Reyes Católicos concernientes a la conquista de Gran Canaria”, *El Museo Canario*, nº2 (enero-abril), 1934, pp. 87-89.

- MIR, C., “Violencia política, coacción legal y oposición interior”, *Ayer*, nº33, 1999, pp. 115-145.
- MONTORO, M. A., “La idea de democracia en el pensamiento de don Enrique Gil y Robles”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 174, 1970, pp. 89-112.
- MORGADE, I. y GONZÁLEZ, B., “La internacionalización del movimiento de la memoria: el caso de la querrela Argentina”, Comunicación para el *XIII Congreso de AECPA*, 21 de septiembre de 2017.
- MUÑOZ, R., “El ejército español como protagonista de la Historia. Análisis de la obra de Stanley G. Payne. Los militares y la política en la España contemporánea”, *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, nº11, 2017, pp. 117-138.
- MURILLO, M. A., “La adaptación del sindicalismo argentino a las reformas de mercado en la primera presidencia de Menem”, *Desarrollo económico*, nº147, vol. 37, 1997, pp. 419-446.
- NAMINOV, D. N., “Mongolia and Soviet Far East Policy”, *Prologue*, verano 1958, pp. 35-41.
- NAPAL, M. C., “La presidencia de María Estela Martínez de Perón, entre el liderazgo vacante y la construcción discursiva de la legitimidad (1974-1976)”, *PolHis*, nº13, 2014, pp. 152-166.
- NAQVI, Y., “El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?”, *International Review of the Red Cross*, nº862, 2006, pp. 245-273.
- NAVARRO, L., LUQUETA, D. y BELTRÁN, C., “Aproximación a los conceptos de justicia, sociedad bien ordenada y sujeto político en John Rawls”, *Revista Amauta*, nº29, 2017, pp. 45-64.
- NEWBURY, D. y NEWBURY, C.,
 - o “A Catholic Mass in Kigali: Contested Views of the Genocide and Ethnicity in Rwanda”, *Canadian Journal of African Studies*, vol. 33, nº2-3, 1999, pp. 292-328.
 - o “Bringing the Peasants Back In: Agrarian Themes in the Construction and Corrosion of Statist Historiography in Rwanda”, *The American Historical Review*, vol. 105, nº3, 2000, pp. 832-877.
- NEWMAN-PONT, V., “Falso o verdadero (¿El derecho a la verdad es norma imperativa internacional?)”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº14, 2009, pp. 43-69.
- NIETO, J., “Las dificultades de un viejo ideal (A propósito de Norberto Bobbio, liberalismo y socialismo)”, *Estudios Sociológicos*, vol. 8, nº22, 1990, pp. 172-190.

- NIKKEN, P., “La Fuerza Obligatoria de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, nº75, 1990.
- NILS, C., “Conflicts as Property”, *British Journal of Criminology*, vol. XVII, nº1, 1977, pp. 1-15.
- NORDEN, D., *Between coups and consolidation: military rebellion in post-authoritarian Argentina*, tesis doctoral, Universidad de California-Berkeley, 1992.
- NOUWEN, S., *Hybrid Courts: The Hybrid Category of a New Type of International Criminal Courts*, *Utrecht Law Review*, vol. 2, nº2, 2006, pp. 190-214.
- OLANO, H. A., “Historia de la regeneración constitucional de 1886”, *IUS*, vol. 13, nº43, pp. 161-177.
- OLLERO, A., *Derechos y libertades en el liberalismo político de John Rawls*, Ponencia del II Simposio Internacional de Filosofía y Ciencias Sociales sobre “Presente y futuro del liberalismo”, Koln, 17-19 abril de 1998.
- ORIZ, A., “Los indígenas en el proceso colonial: leyes jurídicas y la esclavitud”, *Anuario del Centro de la UNED en Calatayud*, nº21, 2015, pp. 189-206.
- ORTIZ, M., “Historia social en la dictadura franquista: apoyos sociales y actitudes de los españoles”, *Spagna Contemporánea*, nº 28, 2005, pp.169-185.
- PADRÓS, L., “La guerra de Bosnia, ¿fue guerra civil o conflicto internacional?”, *Revista de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, vol. 33, nº 129, 2000, pp. 58-75.
- PAGA ZAURTUNDA, M., “Las consecuencias políticas y sociales del terrorismo de ETA (en España)”, Comunicación en la *I Jornada sobre terrorismos en el siglo XXI de la Fundación Giménez Abad*, 2004.
-
- PALACIOS, G., “Una independencia sui generis”, *Revista Ciencia y Cultura*, nº22-23, 2009, pp. 313-319.
- PAYNE, S. G., “Tardofranquismo o pretransición”, Documentos de trabajo, *Cuadernos de la España contemporánea*, nº2, 2017, pp. 5-15.
- PELED, Y. y ROUHANA, N. N., “Transitional justice and the right of return of the Palestinian refugees”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. V, nº2, 2004, pp. 317-332.
- PÉREZ, A., “Las víctimas ante la Corte Penal Internacional ¿El final del oxímoron víctimas-justicia internacional?”, *Revista de Derechos Humanos Defensor*, nº7, 2011, pp. 22-29.
- PÉREZ, T., “La construcción de las Naciones como problema Historiográfico: el caso del Mundo Hispánico”, *Historia Mexicana*, vol. 53, nº2, 2003 pp. 275-311.

- PESKIN, V. y BODUSZYŃSKI, M.P., “International justice and domestic politics: post- Tuđman Croatia and the international criminal tribunal for the former Yugoslavia”, *Europe-Asia Studies*, vol. 55, issue 7, 2003, pp. 1117-1142.
- PETROVIC, D., “Ethnic cleansing- An attempt at methodology”, *European Journal of International Law*, nº5,1994, pp. 342-359.
- PICOTTI, D.V., “Interculturalidad y globalización”, *Stromatta*, nº56, 2000, pp. 323-329.
- PLATA, W. E., *El Catolicismo y sus corrientes en la Colombia decimonónica. 1850-1880*, tesis doctoral, Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- PODERTI, A. E., *Perón: la construcción del mito político 1943-1955*, Tesis doctoral dirigida por Claudio Panella, Universidad Nacional de la Plata, 2011.
- POHL, W., “Ethnicity, theory and tradition: a response” en GILLET, S. (ed.), *On barbarian identity. Critical approaches to ethnicity in the Early Middle Ages*, Ed. Turnhout, Breopolis, pp. 221-239.
- PUIGMAL, P., “Brasil bajo influencia napoleónica y francesa. Los mensajeros de la Independencia: militares, libreros y Periodistas”, *Revista Historia (Santiago)*, vol.46, nº1, 2013, pp. 113-151.
- QUEL, F. J., “Reflexiones sobre la contribución del Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia al desarrollo del Derecho Internacional Humanitario”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 13, 1997, pp. 467-523.
- RANZ, E., “La ley de amnistía, puente a la libertad y soporte para la impunidad”, *Historia y comunicación social*, nº23, vol. 2, 2018, pp. 307-319.
- RAVALLION, M. y LOKSHIN, M., “On the Utility Consistency of Poverty Lines”, *Policy Research Working Paper nº 3157*, World Bank, Washington, October 2003, pp. 1-40.
- REIGER, C. Y WIERDA, M., “The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect”, *Prosecution Case Studies Series*, International Center for Transitional Justice, Marzo 2006.
- REINARES, F., “Conceptualizando el terrorismo internacional”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, nº82/05, 2005.
- REYNOLDS, P., “Imfobe: Self-knowledge and the reach for ethics among former, young, anti-Apartheid activists”, *Anthropology Southern Africa*, vol. 28, Special Number on Ethics, 2005, pp.62-72.
- RIAZA, R., “Las partidas y los *Libri Feudorum*” *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 10, 1993, pp. 435-458.

- RÍOS, J., “Terrorismo, legitimidad y militancia: un análisis discursivo sobre ETA”, *DADOS*, nº4, vol. 64, 2021, pp. 1-33.
- RIVERA, A., “Una paz donde no hubo guerra. El final del terrorismo en el País Vasco”, *Vínculos de Historia*, nº7, pp. 115-131.
- ROBERGE, M.C., “Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 30 de noviembre de 1997.
- ROBINSON, D., “Serving the interests of justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court”, *European Journal of International Law*, vol. 14, nº3, 2003, pp. 481-505.
- ROCA, M., “El pensamiento de Rosa Luxemburg”, *Filosofía, política y economía en el laberinto*, nº1, 1999, pp. 1-12.
- RODRÍGUEZ, J. E., “Sobre la supuesta influencia de la independencia de los Estados Unidos en las independencias hispanoamericanas”, *Revista de Indias*, vol. 70, nº250, 2010, pp. 691-714
- RODRÍGUEZ, P., “Los límites del perdón. Notas sobre la justicia transicional en Sudáfrica, Centroamérica y Colombia”, *Justicia Juris*, vol. VII, nº2, 2011, pp. 52-66.
- ROLDÁN, I., “El testimonio. Aportes a la construcción de la memoria histórica”, *Revista Colombiana de Psiquiatría*, nº 2, vol. 42, 2013, pp. 222-226.
- ROSS, F., “La elaboración de una memoria nacional: la Comisión de Verdad y Reconciliación en Sudáfrica”, *Cuadernos de Antropología social*, nº24, 2006, pp.51-68.
- RUBIO, J., “Jean-Jacques Rousseau: Fragmentos políticos. Traducción crítica”, *Contrastes*, vol. XI, 2006, pp. 234-253.
- RUBIO, L., “El medio siglo de la nueva Mongolia”, *Revista de Política Internacional*, nº119, 1972, pp. 105-128.
- RUBIO, R., “Liberalismo y derechos de las minorías etnoculturales. Conversación con Will Kymlicka”, *Claves de la razón práctica*, nº97, 1999, pp. 43-52.
- RUBIO, R. y DE GREIFF, P., “Women and reparations”, *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, Issue 3, 2007, pp. 318–337.
- SÁNCHEZ, C., “La geometría variable del poder en política exterior I: La intervención occidental en Bosnia y la matanza de Srebrenica”, *Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, nº12, 2005, pp. 53-73.
- SÁNCHEZ, F., “La revolución rusa: cien años después”, *eXtoikos*, nº19, 2017, pp. 29-33.
- SÁNCHEZ, G., “Tiempo de memoria, tiempo de víctimas”, *Análisis político*, nº63, 2008, pp. 3-21.

- SÁNCHEZ, M. A., “Fundamentos de los Derechos Humanos”, *Seminario sobre Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Conferencia impartida en la Universidad de Alcalá de Henares, 4 de octubre de 2019.
- SARASA, E., “Fundamentos medievales del estado moderno”, *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, nº 3-4, 1994-1995, pp. 487-498.
- SARTORI, G., “How far can free government travel?”, *Journal of democracy*, vol. 7, nº3, 1992, pp. 101-111.
- SASSÓLI, M., « La première décision de la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie: Tadic (compétence) », *Revue Générale de Droit International Publique*, nº1, 1996, pp. 101-134.
- SAVARINO, F., “Religión y Sociedad en Yucatán durante el Porfiriato (1891-1911)”, *Historia Mexicana*, nº 183 (enero-marzo), 1997, pp. 617-653.
- SAVELLE, M., “Nationalism and other loyalties in the American Revolution”, *The American Historical review*, nº4, vol. 67, 1962, pp. 901-923.
- SAZ, I., “El primer franquismo”, *Ayer*, nº36, 1999, pp. 201-222.
- SCHARF, M. P., “The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *Cornell International Law Journal*, vol. 32, 1999, pp. 507-527.
- SEBASTIAN, F., “Una mirada al posconcilio en España”, *Estudios Eclesiásticos*, nº81, 2006, pp. 457-483.
- SHARE, D. y MAINWARING, S., “Transiciones vía transacción: la democracia en Brasil y en España”, *Revista de Estudios Políticos*, nº49, Enero-febrero, Madrid, 1986, pp. 87-136.
- SILVA, O., “El análisis del disenso según Van Dijk y los estudios de la comunicación”, *Razón y palabra*, nº26, 2002.
- SLYE, R. C., “The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, pp. 239-247.
- SOLTONOVICH, A. G., *Democracia, nominal y daño estructural: el caso del proceso democrático argentino 1983-2003*, tesis doctoral dirigida por María José Fariñas, Universidad Carlos III de Madrid, 2005.
- SQUELLA, A., “Algunas concepciones de la justicia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº44, 2010, pp. 175-216.
- STAVENHAGEN, R., “Los conflictos étnicos y sus repercusiones en la sociedad internacional”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales de la UNESCO*, nº127, 1991, pp.127-128.

- STEDMAN, G., « Une autre histoire sociale? », *Annales, histoire, sciences sociales*, nº 2, 1998, pp. 383-394.
- STEWART, J.,
 - o “El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia”, *Conferencias organizadas por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo*, Universidad Externado en Bogotá, y la Universidad EAFIT en Medellín, 30-31 de mayo de 2018.
 - o “Complementariedad: una introducción al papel de los tribunales nacionales y la CPI en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales”, *Cámara de Comercio de Bogotá*, 1 de noviembre de 2018.
- TABACCO, G., “Il cosmo del Medioevo come processo aperto di strutture instabili”, *Società e storia*, nº7, 1980, pp. 1-33.
- TAZÓN, S., *Apartheid y Estado. Desigualdad ante la ley y fragmentación de la población y el territorio*, tesis doctoral dirigida por Carlos Ruiz-Miguel y Francisco Palacios, Universidad de Zaragoza, 2008.
- TEITEL, R. G., “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, nº16, 2003, pp. 69-94.
- TURK, A. T., “La violencia política desde una perspectiva criminológica”, *Sistema*, nº 132-133, 1996, pp. 41-55.
- UHLER, M. A., “Manuel Azaña y el debate teórico sobre el ejército durante la Restauración”, *Sistema: Revista de ciencias sociales*, nº 159, 2000, pp. 97-120.
- VALENZUELA, E., “Sistema político y actores sociales en Chile”, *Proposiciones*, nº12, 1993, pp. 112-136.
- VANSINA, J., “A comparison of African Kingdoms”, *Africa: Journal of the International African Institute*, vol. 32, nº4, 1962, pp. 324-335.
- VARELA, J., “Constitución y ley en los orígenes del Estado liberal”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 24, nº1, 1995, pp. 507-523.
- VELÁSQUEZ, E., "Historia de la Doctrina de Seguridad Nacional", *Convergencia*, nº 27, 2002, pp. 11-39.
- VELÁSQUEZ, J., “La transición a la democracia en Chile según la derecha”, *Revista de Historia Americana y Argentina*, nº44, 2009, pp. 71-94.
- VELÁZQUEZ, A., “De la concertación a la multipartidaria: el espacio político partidario en los albores de la transición a la democracia en Argentina (1980-1981)”, *Revista contemporánea*, nº7, vol. 1, 2015, pp. 1-28.
- VENTURA, M. E., “La relación entre los Derechos Humanos y la Justicia Penal Internacional”, *Revista IIDH*, vol. 59, nº304, 2014, pp. 303-344.

- VICKERY, K. P., “Herrenvolk democracy and egalitarianism in South Africa and the U.S. South”, *Comparative Studies in Society and History*, nº16, 1974, pp. 310-328.
- VILLAVICENCIO, L., “Justicia social y el principio de igualdad”, *Hybris*, vol. 9, nº1, 2018, pp. 43-74.
- VILLORO, L., “Sobre el concepto de revolución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº11, 1992, pp. 277-290.
- VIVAR, A., “El liberalismo constitucional en la fundación del Imperio Brasileño”, *Historia Constitucional*, nº6, 2005, pp. 149-179.
- VORHIES, F., “Hunger and Farming in Black South Africa”, *Essay for Hillsdale College*, 1988.
- WEATHERSPOON, F. D., “Remedying Employment Discrimination Against African-American Males: Stereotypical Biases Engender a Case of Race Plus Sex Discrimination”, *Washburn Law Journal*, vol. 36, nº23, 1996, pp. 23-88.
- WECKEL, P. H., « L'institution d'un Tribunal international pour la repression des crimes de droit humanitaire en Yugoslavie », *Annuaire Française de Drois International*, vol. 39, 1993, pp. 232-261.
- WEIS, R., “Ruanda, sobre el origen del drama”, *Nova África*, nº 1, 1995, pp. 63-71.
- YESTE, E., “La transición española. Reconciliación nacional a cambio de desmemoria: el olvido público de la Guerra Civil”, *Historia Actual Online*, nº21, 2010, pp. 7-12.
- ZAVALA, S. A., “Las conquistas de Canarias y América”, *Revista Tierra Firme*, nº 1, 1936, pp. 81-112.
- ZIDEK, N.: *La Justicia Transicional y la ampliación de la Unión Europea a Croacia y Serbia*, tesis doctoral dirigida por Carmen González, Universidad Complutense de Madrid, 2016.

SENTENCIAS Y TEXTOS LEGALES

Textos legales

- Bando nº5 de la Junta Militar de las Fuerzas Armadas de Chile.
- Carta de Naciones Unidas.
- Constitución de Colombia de 1886.
- Constitución Española de 1931.
- Constitución Española de 1978.
- Constitución de Islandia.
- Constitución Francesa de 1793.
- Convención de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

- Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña de 1949.
- Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados.
- Declaración de independencia unánime de los 13 Estados Unidos de América de 4 de julio de 1776.
- Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana.
- Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Decreto de 29 de septiembre de 1945 para la formación del censo de España.
- Decreto de 15 de abril de 1931 del Gobierno provisional de la II República Española.
- Decreto Supremo número 355 de 1990 de Chile.
- Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.
- Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998.
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.
- Fundamental Orders of Connecticut de 14 de enero de 1639.
- Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de España 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.
- Ley 153 de 1887 de Colombia.
- Ley 19123 de 1992 de Chile.
- Ley 19980 de 2004 de Chile.
- Ley 975/2005, de justicia y paz de Colombia.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial de España.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

CIDH y Corte IDH

- Informe de la CIDH de fondo nº 20/99 relativo al caso 11.317 sobre Perú, de 23 de febrero de 1999.
- Informe de la CIDH nº 136/99, relativo al caso Ignacio Ellacuría y otros contra El Salvador, de 22 de diciembre de 1999.
- Informe de la CIDH nº 8/00 relativo al caso 11.378 sobre Haití de 24 de febrero de 2000.
- Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado de 13 de julio de 2004.

- Sentencia sobre excepciones preliminares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Blake contra Guatemala de 2 de julio de 1996.
- Sentencia sobre fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) contra Guatemala de 8 de marzo de 1998.
- Sentencia sobre fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Velásquez Rodríguez contra Honduras de 9 de julio de 1998.
- Sentencia sobre reparaciones y costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Loayza Tamayo contra Perú de 29 de noviembre de 1998.
- Sentencia sobre fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala de 19 de noviembre de 1999.
- Sentencia sobre fondo y reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Gelman contra Uruguay de 24 de febrero de 2001.
- Sentencia sobre fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Barrios Altos contra Perú de 14 de marzo de 2001.
- Sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Juan Humberto Sánchez contra Honduras de 7 de junio de 2003.
- Sentencia sobre excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso de la Comunidad Moiwana contra Suriname de 15 de junio de 2005.
- Sentencia sobre fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso de las Masacres de Ituango contra Colombia de 1 de julio de 2006.
- Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Goiburú y otros contra Paraguay de 22 de septiembre de 2006.
- Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador de 25 de octubre de 2012.
- Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco contra México de 28 de noviembre de 2018.

CIJ

- Dictamen de la Corte Internacional de Justicia sobre Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, Récueil 1986.
- Dictamen de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio - Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro, 14 febrero del 2007.
- Ordenanza de la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia), 8 de abril de 1993.
- Ordonnance de la Court Interationale de Justice sur l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de genocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, Recueil 1993.
- Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional relativa al caso concerniente a la Fábrica de Chorzów, solicitud de indemnización de Alemania contra Polonia, Sentencia nº 13 de fecha 13 de septiembre de 1928, Serie A, nº 17.

CPI

- Documento de la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional de política general sobre exámenes preliminares, noviembre 2013.
- Paper of the International Criminal Court Prosecutor's Office on some policy issues before the Office of the Prosecutor, septiembre 2003.
- Rapport du Bureau du Procureur de la Cour Pénal Internationale sur les activités menées en 2019 en matière d'examen préliminaire, 5 décembre 2019.
- Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.
- Sentencia de la Corte Penal Internacional de la Sala de Primera Instancia relativa al caso Katanga, Décision Relative à la Peine (art.76 du Statut), Katanga, Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04-01/07-3484, TC II, ICC, 23 de mayo de 2014.

TEDH

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso Irlanda contra el Reino Unido de Gran Bretaña de 18 de enero de 1978.

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso Kurt contra Turquía de 25 de mayo de 1998.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso Tas contra Turquía de 14 de noviembre de 2000.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso Chipre contra Turquía de 10 de mayo de 2001.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso Abdülsamet contra Turquía de 2 de noviembre de 2004.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso Bazorkina contra Rusia de 27 de julio de 2006.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso Teren Aksakal contra Turquía de 11 de septiembre de 2007.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a los asuntos acumulados 25803/04 y 25817/04, de 30 de junio de 2009.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso Vasiliauskas contra Lituania de 20 de octubre de 2015.

TPIY

- Acta de Acusación Djorde Djukic, Documento IT-96-20-I, 16 de febrero de 1996.
- Additional information and documents in respect of proceedings under German law, Brief of the defence (30 October 1995) and Prosecution Response (1 November 1995) correspondiente al caso IT-94-1-T.
- Appeals Chamber The Prosecutor v. Dusko Tadic “Dule”, Case IT-94-1-A, Judgment, 15 de Julio de 1999.
- Appeals Chamber. The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case IT-95-14-A, Judgment, 24 de marzo del 2000.
- Confirmación del acta de acusación contra M. Mrksic, M. Radie y V. Sljivancanin realizada el 7 de noviembre de 1995, Documento IT-95-13-I.
- Decisión de la Sala de Primera Instancia II en el examen del acta de acusación conforme al artículo 61 del Reglamento de procedimiento. Asunto Rajic. Documento IT-95-12-R61.
- Decision of the president on the defence motion filed pursuant to rule 64 en el asunto T. Blaskic.

- Decision on the defense motion on jurisdiction in the trial Chamber, Document IT-94-1-T de 10 de agosto de 1995.
- Decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction (asunto D. Tadic), Documento IT-94- 1-AR72, 2 de octubre de 1995.
- Defence motion and response of the prosecutor en el asunto Djordje Djukic de 14 y 25 de marzo de 1996. Documento IT-96-20-T.
- Documento IT-94-2-R61 sobre el examen de la acusación de conformidad con el artículo 61 en el caso Dragan Nikolic de 20 de octubre de 1995.
- Documento IT-95-11-R61 sobre el examen de la acusación de conformidad con el artículo 61 en el caso Martić de 8 de marzo de 1996.
- Examen y revisión del acta de acusación realizada por el juez Fouad Riad, 16 de noviembre de 1995, Documento IT-95-18-I.
- Jugement portant condamnation d' Erdemovic, 29 novembre 1996, párr. 39-40.
- Prosecutor's pre-trial brief for Tadic, 10 de abril de 1996, Document IT-94-1-T.
- Reglamento de procedimiento y prueba del Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia, enero de 1994.
- Response on the defence to the prosecutor's pre-trial brief filed on 10 april 1996 , dictada el 23 de abril de 1996 y Prosecutor's reply to the response on the defence (filed on 23 april 1996) to the prosecutor's pre-trial brief de 26 de abril de 1996.
- Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia de la Sala de Primera Instancia I, Documento NOJT-96-22-T, de 29 de noviembre de 1996.
- Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia de la Sala de Primera Instancia relativa al caso Erdemovic, Documento IT-96-22-T, de 10 de diciembre de 1998.
- The Prosecutor of the Tribunal Against Dusan Tadic "DULE", Goran Borovnica, Indictment case IT-94-1-L, 13 de febrero de 1995.
- The Prosecutor of the Tribunal Against Radovan Karadzic and Ratko Mladic (IT-95-18), 16 noviembre 1995.

TPIR

- Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de la Sala de Primera Instancia relativa al caso nº ICTR-96-4-T, Fiscal contra Jean- Paul Akayesu, 2 de septiembre del 1998.

- Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de la Sala Primera relativa al caso Rwamabuka, *Prosecutor v. Rwamakuba*, ICTR-98-44-T, 12 de diciembre del 2000.

TRIBUNALES ESPAÑOLES

- Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España de 5 de noviembre de 1998.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de España nº99/2004, de 10 de junio de 2004
- Sentencia del Tribunal Constitucional de España nº 62/2011, de 5 de mayo de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, nº15608/1994 de 8 de marzo de 1994.
- Sentencia del Tribunal Supremo de España 16602/1994 de 29 de marzo de 1994.
- Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, nº2/1998 relativa a la Causa Especial nº2530/1995 de 29 de julio de 1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, nº 197/2006 de 28 de febrero de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala Especial, relativa a los recursos electorales 2/2011 y 4/2011, de 1 de mayo de 2011.

OTRAS DECISIONES JUDICIALES

- Autos y vistos del Juzgado Criminal y Correccional Federal nº1 de Arentina relativo a la causa nº 4591/2010 de 15 de octubre de 2021.
- Exhorto remitido por la jueza Servini a la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General Española de fecha 14 de octubre de 2010.
- Informe de la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General de España para Argentina de 6 de mayo de 2011.
- Informe de la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General de España para Argentina de 27 de marzo de 2012.
- Sentencia de la Corte Suprema de Chile de 13 de marzo de 2007 relativa al caso Manuel Tomás Rojas Fuentes.
- Sentencia de la Sala II de la Cámara de los Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón relativa al caso Mónaco de Gallicchio, Darwinia Rosa contra Siciliano, Susana sobre nulidad de adopción, expediente 275, de 9 de agosto de 1991.

DOCUMENTOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

UNIÓN EUROPEA

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones , *No discriminación e igualdad de oportunidades: un compromiso renovado*, SEC (2008) 2172, COM/2008/0420 final.

OEA

- Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986, presentado ante la Organización de Estados Americano el 26 de septiembre de 1986.

ONU

- Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the prosecution under Cambodian law of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea. Phnom Penh, 6 June 2003.
- Carta del Secretario General de Naciones Unidas al Consejo de Seguridad donde se incluye el Informe final de la Comisión de Expertos para Ruanda, 9 de diciembre de 1994, Doc. S/1994/1405.
- Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, Informe presentado ante la Comisión de Derechos Humanos, 8 de febrero de 2005, E/CN.4/ 2005/102/Add. 1.
- Declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 1514 de 14 de diciembre de 1960.
- Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2625 de 24 de octubre de 1970.
- Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992.
- DESCHÊNES, J., *Proposal concerning a definition of the term "minority"*, submitted to United Nations Economic and Social Council, julio 1985.

- Dictamen del Comité de Derechos Humanos relativo a los casos A. V. N. y otros contra Argentina de 5 de abril de 1990.
- Dictamen del Comité de Derechos Humanos relativo al caso Hugo Rodríguez contra Uruguay, de 9 de agosto de 1994.
- Dictamen del Comité de Derechos Humanos relativo al caso Arhuacos contra Colombia de 19 de agosto de 1997.
- Dictamen del Comité de Derechos Humanos relativo al caso Lyashkevich contra Bielorrusia de 3 de abril de 2003.
- EIDE, A., *Protection of minorities: possible ways and means of facilitating the peaceful and constructive solution of problems involving minorities*, Subcomisión para la Prevención de las Discriminación y la Protección de las Minorías de Naciones Unidas, julio 1993.
- Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el derecho a la verdad, documento de la ONU A/HRC/5/7, de 7 de junio de 2007.
- Informe del Relator Especial sobre la Cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción de las Naciones Unidas, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1995/20, Anexo I, 19-19 de marzo de 1995.
- Informe de la Subcomisión sobre la cuestión de la impunidad de los autores de las violaciones de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1993/6.
- Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por Joinet, documento de la ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1.
- Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre la independencia de los magistrados y abogados, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2006/52, 23 de enero de 2006.
- Informe del Secretario General sobre la Misión Integrada de las Naciones Unidas en Timor-Leste correspondiente al periodo comprendido entre el 9 de agosto de 2006 y el 26 de enero de 2007, presentado ante el Consejo de Seguridad el 1 de febrero de 2007, S/2007/50.
- Informe del Relator Especial Philip Alston sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, A/HRC/8/3, 2 de mayo de 2008.
- Informe sobre el noveno periodo de sesiones (8 a 24 de septiembre de 2008) del Consejo de Derechos Humanos presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de diciembre de 2008, A/HRC/9/28.

- Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, documento de las Naciones Unidas A/HRC/16/48, 26 de enero de 2011.
- Informe del Relator Especial Pablo De Greiff sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición sobre España, Consejo de Derechos Humanos, 27º período de sesiones, 22 de julio de 2014.
- [Observación General nº 3 del Comité contra la Tortura sobre la aplicación del artículo 14 por los Estados partes, 13 de diciembre de 2012.](#)
- Observación General nº31 del Comité de Derechos Humanos sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 29 de marzo de 2004.
- Observación General nº26 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial relativa al artículo 6 de la Convención, 56º periodo de sesiones, 2000.
- Observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre España, 19 de noviembre de 2009, CAT/C/ESP/CO/5.
- Observaciones finales del Comité contra la Desaparición Forzada sobre España, 12 de diciembre de 2013, CED/C/ESP/CO/1.
- Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España del Comité de Derechos Humanos, 14 de agosto de 2015, CCPR/C/ESP/CO/6.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Reflexiones sobre la necesidad de aplicar los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación para poder superar el conflicto armado interno en Colombia y lograr una paz duradera y sostenible*. Intervención del señor Michael Frühling, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el Seminario Internacional “*Experiencias de alternatividad penal en procesos de paz*”, Barcelona, 28 de febrero de 2004.
- Proyecto de Recomendación general nº 28 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 16 de diciembre de 2010.
- Report of the Gropup of Experts for Cambodia to General Assembly established in the resolution 52/135, febrero 1999.
- Report of the Special Raporteur to the Commission on Human Rights about Situation of human rights in East Timor, 10 de diciembre de 1999.

- Report of the Secretary General to Security Council, “The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”, UN Documents S/2004/616, 23 august 2004.
- Resolución 1514 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, 14 de diciembre de 1960
- Resolución 40/34 de la Asamblea General sobre la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, 29 de noviembre de 1985.
- Resolución 2005/70 de la Comisión de Derechos Humanos de 20 de abril de 2005.
- Resolución 713 del Consejo de Seguridad por la que se acuerda el embargo de bienes con destino a la guerra yugoslava, 25 de septiembre de 1991.
- Resolución 764 del Consejo de Seguridad sobre la responsabilidad internacional derivada de la violación de los convenios, 13 de julio de 1992.
- Resolución 808 del Consejo de Seguridad por la que se establece el Tribunal penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, 22 de febrero de 1993.
- Resolución 827 del Consejo de Seguridad por la que se establece el Estatuto del Tribunal penal Internacional para la antigua Yugoslavia, 25 de mayo de 1993.
- Resolución 955 del Consejo de Seguridad sobre el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 8 de noviembre de 1994.
- Resolución 1034 del Consejo de Seguridad sobre las violaciones del derecho internacional humanitario en el territorio de la Ex Yugoslavia, 21 de diciembre de 1995.
- Resolución 1272 del Consejo de Seguridad por la que se establece la Administración de Transición de Naciones Unidas en Timor Leste, 25 de octubre de 1999.
- Resolución 1325 del Consejo de Seguridad por la que se insta a la inclusión de la perspectiva de género en la realización de todas las competencias del Consejo de Seguridad y la Secretaría General de las Naciones Unidas, 31 de octubre del 2000.
- Resolución 1595 del Consejo de Seguridad por la que se crea una Comisión Internacional Independiente de Investigación para el Líbano, 7 de abril de 2005.
- Resolución 1644 del Consejo de Seguridad por la que autoriza las negociaciones entre la Secretaría General de Naciones Unidas y el gobierno del Líbano, 15 de diciembre de 2005.
- Séptimo Reporte del Secretario General de Naciones Unidas al Consejo de Seguridad sobre la Misión de Observadores de Naciones Unidas en Sierra Leona, 31 de octubre del 2000.

CDI

- Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 28º período de sesiones, documento A/31/10 23 de julio de 1976.
- Report of the International Law Commission on the work of its Second Session, document A/CN.4/34, 29 de Julio de 1970.

CONSEJO DE EUROPA

- Recomendación 1201 de 1993 adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.
- Resolución 1985 de 2014 adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

OTROS

- Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the Conference on Security and Cooperation in Europe (CSCE), 29 de junio de 1990.

ARTÍCULOS DE PERIÓDICOS Y PUBLICACIONES SIMILARES

- *ABC.*
- *BBC News.*
- *Ciudad Futura.*
- *Correio brasiliense.*
- *Crónica de la ONU.*
- *Diario de las Madres de Plaza de Mayo.*
- *Diario do governo.*
- *El Clarín.*
- *El Diario.*
- *El Mercurio.*
- *El Norte de Castilla.*
- *El Socialista.*
- *Gente.*
- *La Nación.*
- *La Nueva Provincia (Bahía Blanca).*

- *Radio Nacional Española.*
- *La Vanguardia.*
- *O Papagaio* (edición brasileña).
- *Reverbero Constitucional Fluminense.*
- EKAIZER, E., “Straw pone en libertad a Pinochet”, *El País* el 3 de marzo del 2000.
- GROSSI, M., “Una opción positiva”, *Ciudad Futura*, n° 12, 1988.
- HERMAN, E. S. y CORWIN, P., “La masacre de Srebrenica. Pruebas, contexto y política”, *Grupo de investigación sobre Srebrenica.*
- MORALES, J., “¿Qué hacer con Argentina?“, *El Clarín*, 29 de agosto de 1982.
- PÉREZ, J., “El interés general y la teoría de la democracia”, *El País*, 3 de julio de 1997.
- PINTO, M., “Un tribunal internacional para las violaciones de los derechos humanos”, *La Ley*, 27 de agosto de 1993.
- ROHDE, D., “Serbia Held Responsible For Massacre Of Bosnians”, *Christian Science Monitor*, 24 octubre 1995.
- UPRIMNY, R. y SAFFON, M. P., “Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica”, *De justicia*, 24 de julio de 2007.
- VARGAS, M., “La excepción chilena”, *El País*, el 15 de abril de 1991.

OTROS

- Acta n°96 del parlamento sudafricano de julio de 1995.
- Base de datos constitucionales: <http://constitucionweb.blogspot.com>
- CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL, “¿Justicia, paz o las dos?”, *Enfoque paz y justicia*, 2009.
- Conferencias y simposios disponibles en: <https://icclr.org/>
- Datavoz, Estudio Nacional de Transparencia del año 2018, preparado para el Consejo de la Transparencia.
- Democracy Index 2018: me too? Political participation, protest and democracy realizado por *The Economist*.
- Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes.
- DISCURSOS PARA LA HISTORIA, “Milosevic y su discurso de Gazimestán”, *Wordpress*, 23 de febrero de 2010.
- Documento de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario, *Un enfoque interseccional de la discriminación. Tratando múltiples rasgos en las demandas de Derechos Humanos*, Ontario, 9 de octubre de 2001.

- FERREIRA, M., “Desintegración y guerras de secesión en Yugoslavia”, *El Orden Mundial*, mayo del 2015.
- Final report of the Truth and Reconciliation Commission of South Africa, vol. 1, 5, 6, 7, 1998.
- Índice de percepción de la corrupción realizado por *Transparency International*.
- Informe Nunca Más.
- LASO, J. M., *Comunismo*, Eurotheo, Diccionario Universidad Complutense.
- Notas de prensa de la Corte Penal Internacional.
- Página web del Comité Internacional de la Cruz Roja: <https://www.icrc.org/es/>
- Página web de Human Rights watch: <https://www.hrw.org/es>
- Página web de la ONU: <https://www.un.org/es/>
- Paneles del Programa de Divulgación sobre el Genocidio en Rwanda y las Naciones Unidas: <https://www.un.org/es/preventgenocide/rwanda/preventing-genocide.shtml>
- Página web sobre Ruanda: <http://www.rwandafile.com/rtlm/rtlm0190.html>
- Resolución de la II Internacional Comunista de 1896.
- SAVATER, F., *Deontología de la ciberseguridad*, Fundación para la Libertad, 28 de julio de 2013.

