



**HAL**  
open science

## ¿ Por qué un derecho a la memoria ?

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. ¿ Por qué un derecho a la memoria ?. Revista Derecho del Estado, 2014, 32, pp.145-156.  
halshs-01115498

**HAL Id: halshs-01115498**

**<https://shs.hal.science/halshs-01115498>**

Submitted on 21 Sep 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## ¿Por qué un derecho a la memoria?\*\*\*

### Why a right to memory?

#### SUMARIO

1. Introducción: Actuaciones del derecho sobre cuestiones históricas y memoriales. 2. Distinción: un derecho de la memoria no es necesariamente un derecho a la memoria. 3. Sobre la justificación moral del derecho a la memoria. 4. Preguntas políticas sobre el derecho a la memoria. 5. Cuestiones contextuales. 6. Ampliación del campo de análisis. 7. Fines y medidas de un derecho a la memoria. Conclusión.

#### RESUMEN

El artículo establece una distinción entre “*el derecho de la memoria*”, que corresponde al conjunto de normas y políticas públicas destinadas, especialmente en sociedades que establecen una forma democrática de gobierno y adhieren a los derechos de la persona humana, a dar cuenta de las violaciones a los derechos humanos que han precedido; y “*el derecho a la memoria*”, concebido como un derecho subjetivo de las víctimas a ver las violaciones que ellas han sufrido reparadas en el nuevo orden jurídico-político, y a sus autores condenados. Muestra, a partir de un análisis de la justificación moral, de la justificación política y del contexto, que si buenas razones, en primer análisis, pueden empujar a defender la idea de un derecho a la memoria, su reconocimiento puede plantear problemas jurídicos al nuevo orden democrático, así como plantear problemas políticos, susceptibles de afectar la transición democrática. Concluye que la justicia de transición no debería considerar

\* Profesor de Teoría del Derecho, Universidad de Paris Ouest - Nanterre La Défense. (Francia). Vicepresidente de la IVR Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social. Contacto: Eric.millard@u-paris10.fr. Artículo original en francés, traducido por CARLOS GONZÁLEZ-PALACIOS y HERNEL JHULEICER PEREA BONILLA, doctorandos en Derechos Humanos y Teoría del Derecho de la Universidad de Paris Ouest - Nanterre La Défense.

\*\*\* Recibido el 21 de agosto de 2013, aprobado el 1 de abril de 2014. Para citar el artículo: E. MILLARD. “¿Por qué un derecho a la memoria?”, *Derecho del Estado* n.º 32, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2014, pp. 145-156.

que este derecho a la memoria ha de estar automáticamente garantizado, debería estar regulado en función del objetivo de establecer eficazmente un nuevo orden democrático fundado sobre el respeto de los derechos humanos.

#### PALABRAS CLAVE

Derechos humanos; teoría política de la democracia; justicia transicional; memoria y verdad.

#### ABSTRACT

This article distinguishes Right to Memory from Law of Memory. The last corresponds to a set of norms and policies that, mainly in societies settling a democratic form of government and implementing human rights, reply to previous human rights abuses while the first is conceived as the recognition of victims' subjective rights to obtain a judicial reparation in the new legal-political order for the violations of human rights they suffered, and a condemnation for persecutors. He argues that if there are many good reasons *prima facie* to support a Right to Memory, its recognition could on the other hand give birth to political difficulties, weakening the democratic transition itself. In a transitional justice perspective, we should stress that such a subjective right should not be granted in any case, and that its recognition should be balanced with the purpose of the efficacious establishment of a democratic order, grounded on Human Rights.

#### KEYWORDS

Human rights; political theory of democracy; transitional justice; memory and truth.

#### 1. INTRODUCCIÓN: ACTUACIONES DEL DERECHO SOBRE CUESTIONES HISTÓRICAS Y MEMORIALES

Hay diferentes razones que pueden conducir al legislador, en un sentido amplio (desde el constituyente hasta el juez si se prefiere), a servirse de sus competencias normativas o jurisdiccionales para actuar sobre cuestiones históricas y memoriales.

De forma más frecuente, dentro de una perspectiva de justicia transicional, se trata de responder a una situación histórica y política para facilitar la salida de una situación de conflicto armado, o de una situación política, no democrática, en la cual numerosas violaciones a los derechos de la persona humana han sido constatados. La ley permite entonces que se proponga una respuesta al pedido de justicia y de reparación de tales violaciones,

al mismo tiempo que apunta a permitir la reconstrucción para el futuro de la cohesión social en las sociedades afectadas: una problemática que debe tomar en cuenta el derecho a la verdad sobre los hechos ocurridos, el derecho a la reparación de los daños sufridos, y la búsqueda de una garantía de no repetición. Cuestiones todas implicadas en las expresiones *Ley sobre la Memoria (Histórica)* o *Verdad y Reconciliación*. El contexto y los objetivos caracterizan a este enfoque. En efecto, este tipo de norma será más eficaz en la medida en que su adopción interviene en un tiempo lo más cercano posible a los hechos que son su objeto, y en la medida en que el proceso de la memoria se inscribe dentro de un proceso político de establecimiento de la protección de los derechos, gracias a una clarificación y a una reparación de los sucesos en los cuales se basa el proceso de memoria. Su objeto, no es entonces simplemente conmemorativo y retributivo; estableciendo oficialmente los hechos en su verdad, y presentando esta verdad como indiscutible, sino de manera más compleja y dinámica, se trata de enlazar una sentencia oficial sobre los hechos a una acción política para el futuro. Con fundamento en esta idea, en la reparación de las violaciones reconocidas por la ley (si no fuese caso por caso, al menos estableciendo un proceso de reconocimiento y de reparaciones jurídicas) y en la instauración de condiciones para que los derechos de la persona humana sean respetados. Por esta razón, es decir por tener en cuenta el futuro, es perfectamente factible que dicha ley no establezca todos los hechos pasados, o no los establezca usando el rigor de un historiador, e incluso que se prohíba a sí misma que los hechos sean jurídicamente establecidos (previendo mecanismos de amnistía, etc.). Un equilibrio pragmático es a veces necesario, entre verdad histórica y condiciones de reconciliación, o si se prefiere, en las condiciones de la transición; pero por otro lado, el objeto de la ley es simplemente político y jurídico, y no prohíbe en nada un trabajo de investigación histórica, en el campo de la investigación científica, aunque este no lleve a ninguna consecuencia jurídica.

Por supuesto, puede ocurrir que leyes como esas intervengan mucho tiempo después de los hechos, como sucedió en el proceso puesto en marcha en España, en el cual la ley más emblemática es la *Ley de Memoria Histórica (Ley 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)*, adoptada el 31 de octubre de 2007. Es decir, en este caso, cerca de setenta años después de los primeros hechos a los que se refiere, y más de treinta años después de los últimos. Pero esta ley participa del mismo proceso que las leyes más recientes, teniendo un objetivo de reparación para las víctimas de la guerra civil y de la dictadura franquista, por ejemplo en la reintegración a la nacionalidad española de los hijos y nietos de los republicanos exiliados. En América Latina, en Costa de

Marfil o en Sudáfrica, verbigracia, tales instrumentos fueron movilizados desde perspectivas de justicia transicional. Todos establecen en un sentido un derecho de la memoria.

## 2. DISTINCIÓN: UN DERECHO DE LA MEMORIA NO ES NECESARIAMENTE UN DERECHO A LA MEMORIA

Debemos hacer la distinción entre un derecho de la memoria y un derecho a la memoria. Mientras que el primero participa de una construcción política (por ende colectiva) del futuro, el segundo se entiende generalmente como un proceso jurídico de reparación de daños sufridos por un individuo (por una multitud de individuos, claro está, en el marco de situaciones de justicia transicional, pero considerados cada uno como una singularidad: un individuo víctima). Sin embargo, el giro del uno hacia el otro se produce a menudo, y se comprende ampliamente, tanto desde el punto de vista de las víctimas en su singularidad como desde el punto de vista político y moral: cuando se adhiere, como yo lo hago, sin reticencia a los valores de los derechos de la persona humana, y a los valores de la democracia, las violaciones de esos valores por un poder dictatorial, por los miembros de instituciones públicas corruptas (ejército, policía, etc.), por grupos armados participantes de un proceso revolucionario o de guerra civil, o por grupos mafiosos, son inexcusables y llaman a la reparación y la condena, aun cuando en ciertos casos (raros pero reales) se podría sentir una simpatía política por algunas de sus reivindicaciones sociales.

Una doble reivindicación se deja ver entonces: existiría un derecho “natural” a la memoria y al reconocimiento de este derecho, así como la puesta en marcha de dispositivos que aseguren la garantía: serían inherentes a todo proceso de justicia de transición; la memoria a la cual apunta este derecho a la memoria se basaría en el establecimiento y la verificación de hechos según métodos de investigación científica histórica, y en la consecuencia jurídica que se puede sacar lógicamente del establecimiento de los hechos.

Esta doble reivindicación es presentada como evidente, y hay en efecto, cuando se adhiere a los valores de los derechos de la persona humana y a los valores de la democracia, buenas razones para entenderla desde un principio como evidente. Es moralmente justa porque se ubica del lado del débil, de la víctima que ha tenido que sufrir en su vida, en su carne, en su integridad y en la de sus bienes, comportamientos injustificables. Está jurídicamente fundada por los derechos que fueron violados, lo cual no puede dejarse en la impunidad. Y, es políticamente deseable porque se trata de afirmar que los valores de la democracia y de los derechos humanos deben ser más que valores: criterios de medida del bien y del mal.

### 3. SOBRE LA JUSTIFICACIÓN MORAL DEL DERECHO A LA MEMORIA

Sin embargo, creo que el rol de los intelectuales, y particularmente de aquellos que reivindican una conexión crítica, consiste primero en interrogar a la evidencia. Y tanto es así que la evidencia parece dar razón a nuestras simpatías políticas y morales, como la adhesión a los valores de los derechos de la persona humana y de la democracia. No deberíamos reforzar la búsqueda de las evidencias que nos convienen, sino más bien verificar el buen fundamento de su criterio para asegurar nuestras convicciones. Es una medida difícil pero necesaria, inconfortable pero fructuosa, a partir de la cual se podría citar múltiples ejemplos en la historia de la teoría política y jurídica.

¿Podemos afirmar realmente que el derecho a la memoria es moralmente justo? Sin duda, lo es desde el punto de vista de la moral a la cual adherimos, pero hay buenas razones que la filosofía moral, analítica sobre todo, nos enseña para no caer en la confusión entre la moral a la cual adherimos y una pretendida moral objetiva que podríamos conocer en verdad. ¿Podemos afirmar realmente que el derecho a la memoria está jurídicamente fundado? Sin duda lo está, si adherimos a una visión cognitivista del derecho natural; pero hay buenas razones que la teoría del derecho nos muestra para dudar que tal derecho pueda existir (sino como variante de la moral a la cual adherimos, y con ese mismo estatus), y para no olvidar que las violaciones a los derechos humanos que condenamos fueron cometidas en nombre de otro pretendido derecho natural. ¿Podemos afirmar realmente que el derecho a la memoria es políticamente deseable? Sin duda lo es si tenemos una concepción trascendental de la democracia como democracia material (el respeto de ciertos valores, lo cual no es más que una variante de la moral a la cual adherimos, y con ese mismo estatus), pero hay buenas razones que la teoría política y la historia nos enseñan para comprender que la democracia no puede concebirse más que en la práctica, salvo que se la conciba como una pura ideología apta para justificar todo y su contrario.

Encontramos aquí un punto que mencionaba líneas arriba a propósito del derecho de la memoria: no se puede hacer dispensar de la comprensión del contexto y de los objetivos. Hay que hacer la pregunta del porqué y del para qué: la pregunta de la justificación de ese derecho a la memoria en contexto (¿por qué?) y aquella de los objetivos de su reconocimiento (¿para qué?). La primera de esas preguntas es una pregunta teórica o filosófica, la segunda es política o práctica.

### 4. PREGUNTAS POLÍTICAS SOBRE EL DERECHO A LA MEMORIA

Si se aceptan como fundadas las preguntas que he mencionado y que formulan tanto (una parte de) la teoría del derecho como (una parte de) la teoría política y (una parte de) la filosofía moral, no podemos justificar un derecho a la

memoria más que desde un punto de vista jurídico. Son preguntas clásicas de una posición meta-ética no-cognitivista que se basa, desde Kelsen, especialmente en esos campos, en una concepción estricta de separación entre lo que se puede conocer a través de un enfoque científico y lo que debemos decidir por la acción política (y la democracia se justifica, justamente, porque, en este último campo, no hay verdad). Evidentemente, esta concepción meta-ética no es compartida por todos, incluso entre aquellos que adhieren a los valores de los derechos de la persona humana y a los valores de la democracia. Por otro lado, no necesitamos del derecho para establecer la verdad histórica, pero necesitamos del derecho para implementar las consecuencias que retiramos (eventualmente) de esta verdad histórica: en otros términos, el derecho a la memoria no se impone a nosotros como preexistente a nuestras decisiones políticas, sino porque decidimos –políticamente– que la memoria debe de ser el objeto de un derecho, en las condiciones que nosotros decidimos (nosotros: las autoridades políticas, y las somos en democracia, aunque evidentemente son generalmente nuestros representantes o agentes públicos –como los jueces– quienes deciden por nosotros).

##### 5. CUESTIONES CONTEXTUALES

Por ende, cuando nos preguntamos si un derecho como el derecho a la memoria es justificado, deberíamos empezar por preguntarnos si el derecho que hemos decidido (derecho positivo, entonces) lo incluye implícitamente o explícitamente (justificación jurídica), o bien si queremos que el derecho que decidimos lo incluya (decisión política). Todo esto depende de múltiples cuestiones contextuales ligadas sobre todo al estado del derecho positivo anterior y posterior a la transición, a su coherencia interna y a las condiciones de la transición hacia la democracia.

Esta transición puede intervenir de diversas maneras. Es a veces negociada entre las autoridades dictatoriales que aceptan bajo ciertas condiciones dejar su lugar a un régimen democrático (este fue el caso, p. ej., en España con el Pacto de la Moncloa en 1977, o en Brasil a partir de la ley de amnistía del 28 de agosto de 1979) y la oposición a la dictadura. Es a veces negociada entre un poder al menos mínimamente democrático y grupos armados que se oponen. También puede provenir de una victoria política o militar de la oposición democrática. Otras situaciones son además posibles. Las consecuencias jurídicas de esas modalidades pueden entonces ser diferentes: es posible que el nuevo orden jurídico se establezca en ruptura total con respecto al precedente, y que no esté para nada ligado por las condiciones puestas en el transcurso de la transición (en sentido propio: una revolución); pero también es posible –y a decir verdad es frecuente– que la negociación que autoriza la transición imponga al nuevo régimen democrático el respeto de

puntos negociados, y muy a menudo la amnistía de ciertos comportamientos precedentes a la transición, de tal manera que esos puntos negociados se vuelven uno de los componentes normativos del nuevo orden jurídico democrático y establecen una forma de continuidad jurídica con el antiguo orden jurídico no democrático (una forma de continuidad que traduce la idea misma de transición).

Puede ocurrir que el nuevo orden jurídico democrático prevea explícitamente un derecho a la memoria concebido como un derecho a la reparación para las víctimas del régimen precedente. Pero de forma más recurrente, y en particular cuando la transición ha sido negociada, este derecho no es previsto, y además puede ser excluido por un mecanismo de amnistía. Su justificación puede entonces ser problemática por razones de coherencia en un orden jurídico que consagra los valores de la democracia.

Es claramente el caso cuando la exclusión es explícita, y constituye la condición de validez jurídica del nuevo orden jurídico (una superioridad de tipo estructural a la Constitución, si se prefiere): es así como se entienden las decisiones del Tribunal Supremo Federal brasileño de abril 2010 que rechazan poner en tela de juicio a la ley de amnistía de 1979, y de la Corte Suprema uruguaya del 22 de febrero de 2013 que invalidan una parte de la ley de 2011 que autoriza la reapertura de investigaciones sobre las violaciones a los derechos humanos cometidas bajo la dictadura; por supuesto, en los dos casos, es importante recalcar que se trata de decisiones de justicia constitucional, que no prohíben que políticamente se elija un camino distinto (cosa que la promulgación de la ley brasileña sobre la creación de una comisión de la verdad en noviembre 2011 ilustra); y que, por otro lado, puede dar lugar a debate la ausencia de consideración del derecho internacional en el razonamiento de los tribunales (es lo dictaminado en noviembre de 2010 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos estipulando que la ley brasileña de 1979 no era compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y debía ser privada de efectos, aunque Brasil no hubiese adherido al Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos antes de 1992).

Pero también puede ser el caso si hay ausencia de exclusión explícita. Por ejemplo, para las cuestiones ligadas al principio de no-retroactividad de la ley penal y la legalidad de las infracciones y penas que el orden jurídico democrático nuevo puede consagrar: las exacciones constituyen infracciones al momento en que se cometen (no es siempre el caso), y si constituyen infracciones: ¿qué penas son aplicables al momento de la ejecución del acto? Dicho de otra forma: ¿un orden jurídico democrático puede consagrar un derecho a la memoria en condiciones que no serían coherentes con los propios valores democráticos instituidos jurídicamente por este? Es una de las preguntas importantes que formula el razonamiento de la Corte de San José sobre la ley brasileña de 1979, que amnistía hechos cometidos antes



que Brasil adhiera a (y por ende acepte la validez jurídica de) la Convención Americana de Derechos Humanos.

#### 6. AMPLIACIÓN DEL CAMPO DE ANÁLISIS

No obstante, queda claro que un derecho al olvido, a la amnesia, a la amnistía, no es siempre más justificable moralmente aunque sí pueda serlo jurídicamente, y sobre todo cuando constituye una condición de transición. Aunque la amnistía no es amnesia u olvido. La amnistía es –según la visión jurídica clásica– una medida que retira retroactivamente el carácter delictivo de algunos hechos cometidos en un periodo determinado. Estos hechos son (siguen siendo) reputados ilícitos, no se niega que tuvieron lugar. La amnistía no opone obstáculo a que los hechos sean establecidos, sobre todo en el análisis histórico; pero se opone a las consecuencias jurídicas que deberían ser sacadas si las normas jurídicas incriminaban esos hechos, o que podrían ser sacadas si las normas jurídicas viniesen a incriminarlas retroactivamente. La amnistía no es entonces incompatible con un derecho de la memoria, pero es incompatible con un derecho a la memoria entendido como un derecho para las víctimas de exacciones a ver a sus victimarios sancionados jurídicamente y los daños reparados jurídicamente. Por otro lado, aunque se trate de una medida retroactiva, esta no se confronta con un principio de retroactividad ya que puede ser justificada por otro principio que los valores de la democracia contienen generalmente, y que generalmente sus órdenes jurídicas consagran: la aplicación inmediata de la ley penal más favorable al acusado.

Es evidentemente chocante para quien adhiera a los valores de los derechos de la persona humana, y a los valores de la democracia, que los autores de lo que consideramos –sobre la base de esos valores– como injustificables e inadmisibles violaciones a los derechos humanos puedan quedar impunes. Esto es chocante moralmente, tal como nos parece fundado moralmente el derecho de las víctimas a la memoria: sobre el fundamento de la moral que aceptamos. Pero entendámonos bien: una cosa es afirmar que no hay moral objetiva, y en consecuencia que nuestros juicios morales dependen de valores que defendemos; otra cosa bien distinta es bajar los brazos ante las injusticias que nuestra moral condena, y considerar que todas las morales se valen a sí mismas ante nuestros ojos. Pero justamente, para no bajar los brazos frente a estas injusticias y brindar alguna posibilidad y eficacia a los valores que defendemos, es necesario que renunciemos a creer que el juicio moral es suficiente para llevar a toda decisión. Una vez que sabemos lo que queremos moralmente, y que sabemos que moralmente la amnistía de los victimarios nos choca, nos hace falta preguntarnos si otras razones que aceptamos moralmente no pueden llegar de nuevo a interrogar la evidencia.

Debería estar claro que el argumento jurídico es aquí importante, para que no renunciemos a los valores de la democracia y del derecho que defendemos, y lo que he dicho sobre los problemas jurídicos que acarrea el derecho a la memoria vale *mutatis mutandis* para la amnistía, aunque desde otro ángulo el ejercicio del poder de decidir en el marco de la amnistía puede impactar menos a los principios de no retroactividad. Sin embargo, aquí también se trata de ejercer un poder de decisión sobre las consecuencias que atribuimos o que no atribuimos a los actos, y ser luego coherentes con nuestras decisiones. El asunto se desplaza entonces sobre el único terreno que vale, pero también hacia aquel donde tenemos la menor certitud: el terreno pragmático de la eficacia de nuestras decisiones políticas.

#### 7. FINES Y MEDIDAS DE UN DERECHO A LA MEMORIA

Más que por qué, debemos entonces preguntarnos: ¿un derecho a la memoria (o de forma inversa, un derecho a la amnistía, ya que los dos responden como las dos caras de Jano) para qué? La ley del Talión no necesita del derecho; no es más que el resultado de nuestras reacciones instintivas más inmediatas (y a veces lo más inmediatamente comprensibles), y es la trampa que todas las formas de terror tienden a las democracias: defendiéndose, renunciando a sus valores y adoptando los comportamientos que reprueban de sus enemigos.

Por otro lado, las violaciones de los derechos de la persona humana, esos derechos que defendemos y de los cuales decimos que su protección justificaría el derecho a la memoria, parecen difícilmente reparables. Ninguna suma de dinero reparará una violación a los derechos humanos; a lo mejor constituirá una compensación, un precio a pagar para brindar a la víctima la posibilidad de tratar de reconstruirse en el futuro. Tampoco ninguna condena penal reparará una violación a los derechos humanos; a lo mejor constituirá un fuerte símbolo social de reprobación del victimario y de consideración hacia la víctima, y un medio para impedir que este mismo victimario reproduzca esas inadmisibles conculcaciones. No niego para nada la utilidad de la compensación, del símbolo y de la protección, que me parecen necesidades evidentes. Pretendo simplemente que el derecho a la memoria es uno de entre una pluralidad de medios posibles para obtenerlos. Y por ende, que debemos ceder a su atracción solo si en función de lo que queremos no encontramos mejores medios.

La imposibilidad de pensar la reparación de las violaciones a los derechos humanos nos obliga entonces a pensar la efectividad de estos derechos como única modalidad aceptable de su protección. Deberíamos estar tan guiados por la preocupación legítima (pero que el derecho a la memoria presenta como exclusiva) de una simbólica reparación de las conculcaciones pasadas, como por la búsqueda de condiciones para una construcción duradera de la

democracia, precedente al establecimiento de modalidades de no repetición de violaciones de derechos.

Una transición eficaz de una situación de conflicto, o una situación de dictadura, en las cuales los derechos humanos han sido violados, hacia una construcción política sólida que, al contrario, permitirá garantizarlos, no presupone que la construcción de la memoria por medio del derecho reconozca un derecho de las víctimas a ver reconocidos todos los hechos en su verdad histórica con una consecuencia jurídica para cada uno. En función de contextos históricos, políticos o culturales variables, debe encontrarse necesariamente un equilibrio entre la verdad histórica y las condiciones de posibilidad de la reconciliación. El pragmatismo para el futuro, condición de no repetición, puede entonces sobreponerse a las reivindicaciones de sanción jurídica de los hechos pasados.

Aquellas y aquellos que iniciaron los procesos de transición democrática, más allá de sus divergencias radicales, compartirán siempre y en todo lugar algunas convicciones fuertes: la necesidad de salir del conflicto político o militar, y la imposibilidad de hacerlo sin pagar el precio de lo que se llama, con énfasis, la reconciliación. Es poco probable que una reconciliación sea posible; que la víctima pueda convivir con el victimario, y perdonarlo, aun cuando este exprese su lamento y compasión, o sea sancionado. No se reescribe la historia, pero es necesario aprender a vivir con ella si se quiere influenciar su curso. El precio es caro, y hasta injusto: la misma víctima es llamada a pagar una parte, y esta parte es simbólicamente más cara que la que incumbirá al victimario. Pero si no lo hacemos, en nombre de los valores de la democracia y del respeto de los derechos de la persona humana por los cuales combatimos, no saldremos durablemente del conflicto.

No se trata de llamar a una *paix des braves* (aludiendo a un acuerdo de paz en condiciones honorables teniendo en cuenta la valentía de los combatientes beligerantes): los que cometen violaciones a los derechos humanos no son valientes; se trata pragmáticamente de darse los medios para poner fin de manera sostenible a esas violaciones. Tampoco se trata de ofrecer la otra mejilla, como nos invita a hacer Matías en la Biblia: la represalia, la revuelta, la violencia misma puede tener razones prácticas; se trata pragmáticamente, cuando ciertas condiciones han sido llenadas, de aceptar que poner fin de manera durable a esas violaciones es un objetivo que gana sobre otras consideraciones.

Tampoco se trata de aceptar todas las condiciones: algunas de ellas pueden ser injustificables desde los valores de la democracia y de los derechos humanos. En especial, creo que la compensación que permite tratar de reconstruir a las víctimas, la reprobación colectiva y la protección contra las siempre posibles violaciones futuras no son negociables. Es por ello que una construcción de la memoria sobre el modelo de ciertas leyes francesas muy controvertidas

que pretenden establecer una verdad histórica e incontestable (aun cuando los hechos fueren científicamente establecidos) no entran dentro de un proceso político de justicia transicional (dicho sea de paso, estas no han intervenido en este marco) sino dentro de una pretensión, incluso científica, sobre la historia; la justicia transicional requiere que el establecimiento de hechos históricos y su interpretación no cesen nunca de ser un asunto científico, sometido a un proceso de argumentación y de demostración pública, de verificación y de falsificación en el seno de una comunidad dotada de protocolos que permiten el debate público y el acuerdo sobre la interpretación de los hechos. Pero la memoria no es la historia; es lo que se retiene. Es por ello que la amnistía de los victimarios debe estar acompañada de políticas públicas educativas, culturales y simbólicas para que no se vuelva una amnesia.

#### CONCLUSIÓN

Todo esto constituye un derecho de la memoria, en el sentido de que el derecho va a construir la memoria que permitirá más eficazmente la transición, y el establecimiento duradero de la democracia y del respeto de los derechos humanos. Una pregunta queda entonces hecha: ¿esta memoria debe ser intangible? Aunque justificada políticamente por la transición hacia la democracia, ¿puede y debe sobrevivir cuando la democracia es establecida? Esta es finalmente la pregunta que se hace la ley brasileña de 2011 (y su precedente, la decisión del Tribunal Supremo Federal): del mismo modo que la construcción de esta memoria solo puede ser el fruto de una decisión política, su continuidad debe ser objeto de una decisión política, entendida y asumida como tal. Es así como entiendo la decisión del Tribunal Supremo Federal: cuestionar la ley de amnistía no es una cuestión de constitucionalidad de esta ley, sino una cuestión constitucional de la democracia.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BICKFORD LOUIS, "Transitional Justice", en DINAH SHELTON, *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, New York, Macmillan, vol. 3, 2004, pp. 1045-1047.
- CHAMPEIL-DESPLATS, VÉRONIQUE, ANNETTE WIEVORKA, DANIÈLE LOCHAK, GILLES MANCERON, DANIEL BORRILLO, JOSÉ MARÍA GÓMEZ, SALOMON LERNER FEBRES, MARCELLA GUTIÉRREZ y SANDRINE LEFRANC, "Conflits, mémoires et droit: regards croisés entre la France et l'Amérique latine", *Revue des droits de l'homme* n° 2, 2012 (<http://revdh.org/2-les-numeros-de-la-revue-des-droits-de-lhomme-2/numero-2-decembre-2012/dossier-thematique-conflits-memoires-et-droit-regards-croises-entre-la-france-et-lamerique-latine/>).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Gomez Lund ("Guerrilha do Araguaia") c. Brasil, 24 noviembre 2010 ([http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_fre.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_fre.doc)).

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe 2010.
- FERENCZY, THOMAS (dir.), *Devoir de mémoire, droit à l'oubli*, Paris, Complexes, 2002.
- HERRERA, MIGUEL CARLOS y STÉPHANE PINON (dirs.), *La Démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, Paris, Kimé, 2012.
- KELSEN, HANS, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2<sup>a</sup> ed., Tübingen, Mohr, 1929.
- LEVY, DANIEL y SZNAIDER NATAN, *Human Rights and Memory (Essays on Human Rights)*, Penn State University Press, 2010
- MARTIN, ARNAUD (dir.), *La mémoire et le pardon. Les commissions de la vérité et de la réconciliation en Amérique latine*, Paris, L'Harmattan, 2009.
- MICHEL, JOHANN, *Gouverner les mémoires - Les politiques mémorielles en France*, Paris, PUF, 2010.
- MILLARD, ERIC, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006.
- MILLARD, ERIC, "L'effectivité des droits de l'homme", en Frédéric Sudre (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008.
- MILLARD, ERIC, "L'État de droit, idéologie contemporaine de la démocratie", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, xxxvii, 109, enero-abril de 2004, pp. 111-140.
- MILLARD, ERIC, "Positivismo y derechos humanos", *Revista Jurídica*, n.º 3, Universidad Nacional de Mar del Plata, 2008, pp. 329-340
- MILLARD, ERIC, "Epurations, amnistie, amnésie: un bref éclairage sur le droit", *Les Cahiers du Mirhec*, n.º 3, 1999, pp. 112-120.
- MILLARD, ERIC, "La ruse de l'insuffisance", en J.-A. FONTOURA COSTA, J.-M. ARRUDA DE ANDRADE y A. MERY HANSEN MATSUO, *Direito: Teoria e Experiencia*, Estudos em Homenagem a Eros Roberto Grau, Malheiros Editores, Sao Paulo, 2013, t. 2, pp. 1082-1096.
- NORA, PIERRE, *Présent, Nation, Mémoire*, Gallimard, Paris, 2011.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL, 29 de abril de 2010, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%40JULG+%3D+20100429%29%28PLENO.SESS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bunkvjp>).
- TAUBIRA, CHRISTIANE, "Le droit à la mémoire", en *Cités* 2006, n° 25, pp. 164-166.
- TEITEL, RUTI G., "Transitional Justice Genealogy", *Harvard Human Rights Journal*, Spring 2003, pp. 69-94.