

Introducción a la justicia transicional¹

Hernando Valencia Villa²

Para pasar página, hay que haberla leído antes.

Louis Joinet

1. ¿Qué es la justicia transicional? Bajo este neologismo tomado de la lengua inglesa se conoce hoy todo el conjunto de teorías y prácticas derivadas de los procesos políticos por medio de los cuales las sociedades tratan de ajustar cuentas con un pasado de atrocidad e impunidad, y hacen justicia a las víctimas de dictaduras, guerras civiles y otras crisis de amplio espectro o larga duración, con el propósito de avanzar o retornar a la normalidad democrática. En el texto analítico más importante que se ha publicado en este campo durante las últimas décadas, el sociólogo noruego Jon Elster afirma que “la justicia transicional está compuesta de los procesos penales, de depuración y de reparación que tienen lugar después de la transición de un régimen político a otro” y agrega, en lo que él mismo llama “la ley de la justicia transicional”, que “la intensidad de la demanda de retribución disminuye con el intervalo de tiempo entre las atrocidades y la transición, y entre la transición y los procesos judiciales”³. El pensador estadounidense Michael Walzer, por su parte, emplea la fórmula latina *jus post bellum* [el derecho, o la justicia, tras la guerra] para aludir a la misma cuestión, a la cual considera tributaria de la doctrina de la guerra justa⁴.

2. Con excepción de dos episodios históricos muy peculiares, la caída de la oligarquía en la Atenas clásica, en 411 y 403 antes de Cristo, y la restauración de la monarquía en la Francia napoleónica, en 1814 y 1815, que por su antigüedad no pueden invocarse como precedentes, todas las experiencias de justicia transicional en sentido estricto se registran en nuestra época. A lo largo de la segunda mitad del siglo XX, en efecto, numerosos Estados africanos, latinoamericanos, asiáticos y europeos han vivido complejos y desafiantes procesos de transición política a la democracia y a la paz, y han ensayado diversas fórmulas para combinar verdad, memoria, castigo, depuración, reparación, reconciliación, perdón y olvido, en un esfuerzo inédito por ponerse en regla con su propio pasado de barbarie e impunidad, honrar a los damnificados de la injusticia política y establecer o restablecer un constitucionalismo más o menos funcional.

¹ Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana “Julio Cortázar” de la Universidad de Guadalajara, México, el 26 de octubre de 2007.

² Doctor en Derecho por la Universidad de Yale, ex Procurador de Derechos Humanos en Colombia, ex Secretario Ejecutivo Adjunto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y profesor de Derechos Humanos y Política Internacional en Syracuse University/Madrid.

³ Jon Elster, *Closing the books: Transitional justice in historical perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, páginas 1 y 77 [Traducción española de Ezequiel Zaidenweg: *Rendición de cuentas: La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006, páginas 15 y 97].

⁴ Michael Walzer, *Reflexiones sobre la guerra*, Ediciones Paidós, Barcelona, 2004, páginas 18, 169, 170, 172 y 174.

3. ¿Qué debe hacer una sociedad frente al legado de graves violaciones de los derechos humanos, cuando sale de una guerra civil o de una dictadura? ¿Debe castigar a los responsables? ¿Debe olvidar tales abusos para favorecer la reconciliación? Las respuestas a estas preguntas dependen de diversos factores que se articulan de distintas formas en cada caso histórico, como lo demuestran experiencias tan diferentes como las de Argentina y Chile, Burundi e Irlanda del Norte, El Salvador y Guatemala, Camboya y Mozambique, Bosnia Herzegovina y Sri Lanka, Sierra Leona y Sudáfrica, Colombia y España. Más allá de la casuística, empero, el desafío fundamental a que se enfrenta hoy la justicia transicional consiste en encontrar un equilibrio razonable entre las exigencias contrapuestas de la justicia y de la paz, entre el deber de castigar el crimen impune y honrar a sus víctimas, y el deber de reconciliar a los antiguos adversarios políticos. Uno de los criterios básicos para alcanzar ese equilibrio entre paz y justicia, entre orden y derechos humanos, entre el partido de Creonte y el partido de Antígona⁵, es el llamado “juicio de proporcionalidad”, según el cual la restricción de un derecho fundamental (como el derecho de las víctimas a la justicia) sólo es legítima si constituye el medio necesario y suficiente para conseguir un propósito democrático prioritario (como la reconciliación o la paz), siempre que no estén disponibles otros medios menos lesivos de los derechos humanos y que el resultado final del proceso justifique con creces la restricción del derecho⁶.

4. He aquí, pues, la justicia de transición o justicia transicional, el nuevo y desafiante campo de estudios y experiencias en que convergen la ética, el derecho internacional, el derecho constitucional y la ciencia política para enfrentar el arduo problema de forjar una política de Estado presidida por la justicia como virtud y como servicio público, que garantice verdad y reparación a las víctimas, retribución a los victimarios y reconciliación o paz a la sociedad, de conformidad con el constitucionalismo democrático y con el derecho internacional de los derechos humanos. En esta perspectiva, antes de presentar los elementos fundamentales del derecho de las víctimas a la justicia, conviene reseñar de manera sinóptica quince experiencias nacionales contemporáneas de justicia transicional y las lecciones básicas que se deducen de ellas.

I. Experiencias

5. Argentina. En respuesta a las atrocidades perpetradas por agentes estatales durante la dictadura que asoló el país entre 1976 y 1983, el primer gobierno de transición democrática estableció en 1984 una Comisión de la Verdad (la llamada Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, CONADEP, presidida por el escritor Ernesto Sábato), que documentó más de nueve mil desapariciones forzadas imputables a servidores públicos, y promovió la persecución judicial de los principales responsables del régimen militar, que fueron procesados y condenados a largas penas

⁵ Si la victoria de Creonte es el origen del Estado, la derrota de Antígona es la invención de la justicia.

⁶ Rodrigo Uprimny y Luis Manuel Lasso, “Verdad, reparación y justicia en Colombia”, en Ernesto Borda Medina y otros, *Conflicto y seguridad democrática en Colombia: Temas críticos y propuestas*, Fundación Social/Fundación Ebert/Embajada de Alemania, Bogotá, 2004, página 151; y Guillermo Escobar Roca, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, CICODE y Trama Editorial, Madrid, 2005, páginas 115 a 118.

de prisión. Pero la presión del ejército y la debilidad de la democracia dieron pie a las leyes de “punto final” (1986) y “obediencia debida” (1987) en el gobierno de Raúl Alfonsín, y al indulto de los mandos militares (1990) en el gobierno de Carlos Menem, que dejaron en la impunidad los crímenes de la dictadura. Bajo la administración de Néstor Kirchner y tras la renovación de la Corte Suprema, las medidas de impunidad han sido declaradas nulas por el Congreso en general y por los jueces en particular, se han abierto o reabierto numerosos procesos por los abusos del pasado, incluidos los “juicios de la verdad” para esclarecer la suerte de los ejecutados y desaparecidos, y se han pagado indemnizaciones a muchas de las víctimas y sus familias.

6. Bosnia Herzegovina. El conflicto armado en esta región de la península balcánica, tal vez el más atroz entre los que marcaron la disolución de la antigua Yugoslavia, dio lugar a la comisión de crímenes graves contra el derecho internacional, como genocidio, limpieza étnica, desplazamiento forzado, violencia sexual masiva, tortura, ejecución extrajudicial y desaparición forzada, que afectaron a centenares de miles de personas e indujeron a la creación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1994. Con la intervención de la ONU y de la OTAN, se alcanzaron los acuerdos de paz de Washington (marzo de 1994), Dayton (noviembre de 1995) y París (diciembre de 1995) entre Bosnia Herzegovina, Croacia y Serbia, que pusieron fin a las hostilidades, establecieron las fronteras entre los nuevos Estados y entre sus comunidades étnicas, y crearon un marco institucional (Corte Constitucional, Comisión de Derechos Humanos, Comisión de Desplazados y Refugiados) para el esclarecimiento de la verdad, la sanción de los responsables y la reparación de las víctimas.

7. Burundi. Esta república, enclavada en la región de los grandes lagos del centro de África, se vio afectada entre 1993 y 2000 por un grave conflicto armado entre la mayoría Hutu y la minoría Tutsi, que tuvo estrecha relación con el genocidio de 1994 en el vecino Estado de Ruanda, el cual a su vez condujo al establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1995. Mediante la interposición de fuerzas de paz de la Unión Africana y de la ONU, se alcanzaron el Acuerdo de Paz y Reconciliación de Arusha en agosto de 2000, que dispuso la protección de los Tutsis contra el genocidio y de los Hutus contra la exclusión, y el Protocolo de Pretoria en octubre de 2003, que creó tres nuevas instituciones (el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y el Ombudsman o Defensor del Pueblo) para la recuperación del Estado de derecho y la reparación de las víctimas. En 2005, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 1606 por medio de la cual se establecen una Comisión de la Verdad y un Tribunal Especial para esclarecer, sancionar y reparar los crímenes de derecho internacional en Burundi.

8. Camboya. A pesar de los casi treinta años transcurridos desde la caída de la dictadura de Pol Pot y los Jemeres Rojos, que exterminó a casi dos millones de camboyanos por razones ideológicas en uno de los mayores genocidios del siglo XX, la reciente puesta en marcha del esquema de justicia transicional acordado entre el gobierno de Pnom Penh y la ONU para el esclarecimiento, la sanción y la reparación de los crímenes del período 1975-1979 ha sido saludada ya como uno de los mayores

triunfos del derecho internacional en las últimas décadas. Bajo la denominación de “Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya”, el sistema judicial de transición está integrado por un fiscal camboyano, un fiscal extranjero, diecisiete jueces camboyanos y doce jueces extranjeros; tiene un mandato de tres años; aplica el derecho nacional con el complemento del derecho internacional; y su prioridad es el juzgamiento de los responsables políticos y militares del genocidio. Este caso ilustra de manera irrefutable que el paso del tiempo no sana la barbarie ni la impunidad, y que nunca es tarde para hacer justicia.

9. Chile. La dictadura de Pinochet (1973-1990), responsable de casi cuatro mil víctimas de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, decretó una amnistía general en 1978, que ha sido condenada con energía por los órganos de control y vigilancia del sistema interamericano de derechos humanos, al igual que similares medidas de impunidad en Argentina, El Salvador y Uruguay. En 1990, a resultas de la derrota electoral de Pinochet, el primer gobierno de la transición a la democracia estableció la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación o Comisión Rettig, de ocho miembros, que documentó más de dos mil violaciones individuales de los derechos humanos, imputables al régimen militar. Y en 2004, el gobierno de Ricardo Lagos creó la Comisión para la Prisión Política y los Torturados bajo la consigna de “No hay mañana sin ayer”, que verificó la práctica de torturas en veintiocho mil casos y sirvió de base para un plan oficial de indemnizaciones en favor de las víctimas de la dictadura. Frente a los avances en materia de verdad y reparación, la asignatura pendiente de la transición chilena es la imposición de sanciones penales y disciplinarias a los responsables políticos y militares del régimen tiránico y en primer lugar a Pinochet. Tras el fallido pero memorable proceso de extradición del ex dictador, que promoviera la justicia española ante la justicia británica con fundamento en el principio de jurisdicción universal, la justicia chilena ha abierto varios procesos contra Pinochet y su familia extensa por crímenes internacionales y por delitos comunes, como falsificación de documentos y malversación de caudales públicos, pero en ninguno de ellos se ha proferido aún fallo condenatorio. Y la muerte del ex dictador en la impunidad, el 10 de diciembre de 2006, hace aún más improbable el castigo de los crímenes de la dictadura debido al interés de los chilenos de pasar página sin haberla leído antes por completo.

10. Colombia. Tras más de cuarenta años del conflicto armado interno provocado por el alzamiento de las guerrillas de las FARC en 1964 y del ELN en 1965, y caracterizado por una pugna de legitimidades que se traduce cada vez más en una degradación creciente de las hostilidades en detrimento de la población civil no combatiente, la primera experiencia aparente de justicia transicional de que puede hablarse, en principio, es el proceso de desmovilización de los escuadrones de la muerte o grupos paramilitares de extrema derecha que adelanta el gobierno conservador del presidente Álvaro Uribe Vélez desde hace dos años con fundamento en la Ley 975 de 2005, más conocida como la Ley de Justicia y Paz. Pero esta iniciativa no fue consultada con las víctimas del conflicto, ha sido severamente recortada por la Corte Constitucional, suscita el recelo de la opinión pública internacional y la oposición de la comunidad de derechos humanos, y su único resultado positivo aunque involuntario hasta ahora ha sido el estallido del escándalo de la “parapolítica” o infiltración de los grupos paramilitares en los partidos políticos y en las administraciones públicas. Entretanto, las atrocidades de la guerra

civil de baja intensidad siguen en la impunidad, las víctimas de todas las partes contendientes continúan en la indefensión, y el país se extravía cada vez más en un laberinto de barbarie y corrupción.

11. El Salvador. Para poner fin a la guerra civil de 1979 a 1992, que devastó el país centroamericano y produjo más de 75.000 víctimas mortales y cerca de un millón de desplazados y refugiados, el gobierno y la guerrilla del Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional firmaron varios acuerdos: sobre negociaciones de paz en Ginebra (abril de 1990) y Caracas (mayo de 1990), sobre derechos humanos en San José (julio de 1990), sobre reforma constitucional y Comisión de la Verdad en México (abril de 1991), sobre depuración del ejército en Nueva York (septiembre de 1991), y sobre paz en Nueva York (diciembre de 1991) y Chapultepec (enero de 1992). El proceso de transición contó con la supervisión de la ONU y de la OEA, y se tradujo en la creación de una Comisión de la Verdad, de tres miembros no salvadoreños designados por el Secretario General de las Naciones Unidas, que sesionó de 1992 a 1993 y presentó un informe en el cual se documentaron veintidós mil casos de violaciones de derechos humanos, el 95% de ellas imputables al Estado. La Comisión identificó a varios presuntos responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad durante la guerra civil, pero dos amnistías generales adoptadas por el Congreso, una antes y otra después de la publicación del informe, mantienen dichos delitos en la impunidad.

12. España. Casi treinta años después de la aprobación mediante referéndum de la constitución democrática del 6 de diciembre de 1978, la monarquía parlamentaria española se acerca con temor y temblor a su segunda transición⁷. Comprometido con las asociaciones de víctimas y con su propio progresismo socialdemócrata, y acosado por los ataques de los conservadores y por las exigencias de los nacionalistas, el gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero ha conseguido la aprobación parlamentaria de la llamada Ley de la Memoria Histórica. La ley declara la ilegitimidad genérica del régimen franquista y adopta otras medidas muy saludables (como la “desfranquización” de los espacios y monumentos públicos, la apertura de los archivos oficiales, la exhumación de los restos de desaparecidos y ejecutados bajo la supervisión de las administraciones públicas, y la inclusión de nuevas categorías de víctimas en los planes de indemnizaciones), pero no allana de manera clara el camino a la anulación judicial de las sentencias arbitrarias, la sanción penal de los victimarios y la reparación integral de las víctimas. Y tal como ha sido aprobada, tras el acuerdo político alcanzado entre el partido de gobierno y los partidos minoritarios, la Ley 52 de 2007 podría “cerrar en falso”, como se dice en Madrid, el largo contencioso de los humillados y ofendidos por la guerra civil y por la dictadura para que se les reconozca y garantice su derecho a la verdad, la justicia y la reparación.

13. Guatemala. El conflicto armado interno que afectó a este país entre 1962 y 1996 se saldó con más de doscientas mil víctimas de ejecuciones extrajudiciales y cuarenta

⁷ Recuérdese que en la primera transición española, según un reconocido experto, “la política de ‘reconciliación nacional’ comportó la amnistía para los antifranquistas y la amnesia para los franquistas, es decir, la renuncia a someter los comportamientos políticos del pasado a procesos judiciales”. Josep M. Colomer, *La transición a la democracia: El modelo español*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1998, página 177.

mil víctimas de desapariciones forzadas. Muchos de estos crímenes pueden ser considerados “actos de genocidio” o “prácticas de genocidio”, como las más de seiscientas masacres perpetradas contra la población indígena, que constituye el 60% de la ciudadanía guatemalteca. Tras ocho años de negociaciones entre el gobierno y las organizaciones guerrilleras, se suscribieron el Acuerdo de Derechos Humanos de 1994, que dio paso a la Misión de las Naciones Unidas para Guatemala (MINUGUA), cuyos trabajos de verificación se extendieron hasta diciembre de 2004; el Acuerdo de Paz Firme y Duradera de 1996, que puso en vigor el armisticio entre las partes contendientes y estableció la Comisión de Esclarecimiento Histórico; y once acuerdos complementarios. La Comisión de Esclarecimiento Histórico estuvo integrada por tres miembros (dos nacionales y un extranjero, su presidente, el jurista alemán Christian Tomuschat), sesionó entre 1997 y 1999, y en su informe final determinó que el 93% de las violaciones de derechos humanos en el período 1960-1996 era imputable al Estado y que el 83% de las víctimas pertenecía a las comunidades indígenas. El Estado todavía incumple sus obligaciones internacionales en materia de castigo de los responsables y reparación de las víctimas, y la violencia social, que incluye linchamientos populares, asesinatos de mujeres en serie y actividades criminales de bandas organizadas, se ha enseñoreado de Guatemala.

14. Irlanda del Norte. El conflicto norirlandés, uno de los más antiguos y enconados del mundo contemporáneo pues se remonta al siglo XIX y combina la lucha contra el colonialismo británico con la pugna entre católicos y protestantes, ha vivido su última etapa a partir de 1969. Tras miles de víctimas y años de negociaciones, la guerrilla independentista del Ejército Republicano Irlandés (IRA) decretó una tregua en 1994, que permitió la firma del Acuerdo de Belfast o del Viernes Santo en 1998, por el cual se adoptó un esquema de gobierno autonómico con la participación de los unionistas protestantes y los independentistas católicos, se estableció un Tribunal Especial para investigar la matanza del Domingo Sangriento (1972), y se crearon una Comisión de Derechos Humanos y una Comisión de Igualdad para atender las reivindicaciones de las víctimas y restablecer el Estado de derecho, con énfasis en la cuestión de la discriminación de las dos comunidades religiosas del Ulster. Resulta muy significativo que, por su manejo del conflicto de Irlanda del Norte, la Gran Bretaña ha sido el Estado europeo con mayor número de denuncias y condenas por violación de derechos humanos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo durante las últimas décadas. El 8 de mayo de 2007 se ha constituido en Belfast el gobierno de reconciliación nacional de Irlanda del Norte.

15. Mozambique. Como consecuencia de su independencia de Portugal en 1975, el país africano se vio envuelto en una guerra civil que duró dieciséis años y concluyó con el Acuerdo General de Paz de 1992 entre las dos guerrillas históricas, FRELIMO y RENAMO. Dicho acuerdo, alcanzado gracias a la mediación de la comunidad católica italiana de San Egidio, puso fin a un conflicto que causó un millón de muertos, cuatro millones de desplazados y refugiados, y la devastación del 75% del territorio, e incluía una Declaración sobre asistencia humanitaria para autorizar la intervención del Comité Internacional de la Cruz Roja en favor de las víctimas. La reciente evolución socioeconómica y política de Mozambique ha sido más o menos positiva, pero en el proceso de transición se advierte la ausencia de normas, instituciones y acciones específicas en materia de derechos humanos en general y derecho a la justicia en particular.

16. Sierra Leona. Este país de África occidental sufrió entre 1991 y 1999 un conflicto armado interno de características atroces, con decenas de miles de víctimas mortales y centenares de miles de refugiados. Concluida mediante el Acuerdo de Paz de Lomé en 1999, que dispuso la creación de una Comisión de la Verdad y una Comisión de Derechos Humanos para la reparación de las víctimas, la guerra civil dio pie a prácticas de barbarie tales como violaciones sexuales masivas, mutilaciones corporales y reclutamiento de niños soldados, además de la explotación de los llamados “diamantes de sangre”, que provocaron alarma internacional e influyeron en el establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona en 2002, como resultado de un acuerdo bilateral entre la ONU y el país africano. De naturaleza mixta, el tribunal está integrado por once jueces (dos sierraleoneses y nueve extranjeros), ha declarado inaplicable la amnistía general decretada en 1999, y ha llamado a juicio a varios dirigentes políticos y militares por su presunta responsabilidad en la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad durante la contienda intestina. El más notorio de los reos es Charles Taylor, ex presidente del vecino estado de Liberia, quien intervino en el conflicto sierraleonés para su propio beneficio político y económico, y será juzgado por el Tribunal Especial en la sede de la Corte Penal Internacional en La Haya por razones de seguridad.

17. Sri Lanka. La antigua Ceilán enfrenta un conflicto armado interno desde principios de la década de 1980 con el levantamiento de la guerrilla separatista de los Tigres Tamiles, que ha causado decenas de miles de víctimas y que ha intentado resolverse mediante negociaciones en varias ocasiones. En 1997, presentaron sus informes tres Comisiones de la Verdad, que investigaron cerca de veintisiete mil denuncias por desapariciones forzadas, de las cuales se sustanciaron dieciséis mil violaciones imputables a las partes contendientes. En 1998, una cuarta Comisión de la Verdad documentó cuatro mil casos más. Y en 2002, se alcanzó un acuerdo de tregua entre el gobierno de Colombo y los Tigres Tamiles con la mediación de Noruega, que fue adicionado con otro acuerdo sobre desarme y asistencia humanitaria, concluido en Tailandia un año más tarde, en enero de 2003. El proceso de transición presenta un balance muy modesto en lo que concierne a justicia para los victimarios y reparación para las víctimas.

18. Sudáfrica. La victoria electoral de Nelson Mandela en 1994, al frente de la mayoría negra, puso fin al régimen de discriminación racial vigente en Sudáfrica desde 1948, que propició innumerables violaciones de los derechos humanos y provocó un boicot internacional reflejado en la Convención contra el *apartheid*, adoptada por Naciones Unidas en 1973. El nuevo gobierno auspició la aprobación por el parlamento de la Ley de Promoción de la Unidad y la Reconciliación Nacional, que creó en diciembre de 1995 una Comisión de Verdad y Reconciliación, de diecisiete miembros, con el mandato de investigar y documentar los crímenes y actos de violencia política de la etapa del *apartheid*, entre 1960 y 1994, y ofrecer una amnistía individual a cada imputado que reconociese públicamente, ante las víctimas y los medios de comunicación, su culpabilidad específica. Tras esta admisión de responsabilidad, el Estado renunciaba a la acción penal en contra del individuo y asumía la obligación de indemnizar a la víctima o a su familia. Esta fórmula de esclarecimiento más reparación, una de las más originales de nuestro tiempo, ha permitido identificar a más de veinte mil víctimas y pagar a cada una de ellas una

indemnización que oscila entre los dos y tres mil dólares americanos al año durante seis años. Hasta finales de 2000, se habían presentado 7.112 solicitudes de amnistía, de las cuales se habían concedido 849 y rechazado 5.392. El Estado sudafricano, en un gesto muy discutido y muy discutible, ha renunciado así a su pretensión punitiva frente a los crímenes del período del *apartheid*, pero a cambio ha garantizado los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación.

19. Timor Oriental. Esta antigua colonia portuguesa proclamó su independencia en 1975 pero inmediatamente después fue ocupada por el ejército indonesio. Como resultado del conflicto armado subsiguiente, hubo más de cien mil víctimas mortales en el período de 1980 a 1993. Tras el referéndum de autodeterminación en 1999, que ganaron los partidarios de la independencia por amplia mayoría, Indonesia volvió a invadir el país y a atacar a la población civil, pero retiró sus tropas poco después ante la reacción de la comunidad internacional. Una fuerza de paz de la ONU asumió entonces la administración del territorio con miras a la transición a la independencia, nuevamente proclamada en 2002, y a la democracia, que se consolida paso a paso. Frente a los crímenes del conflicto generado por la ocupación extranjera, entre 1999 y 2000 actuaron dos Comisiones de la Verdad, una bajo el patrocinio de Indonesia y otra bajo el patrocinio de la ONU, que documentaron numerosas violaciones de los derechos humanos, algunas de las cuales se investigan hoy a través de un mecanismo judicial especial auspiciado por Naciones Unidas y conocido como las “Salas Penales en los Tribunales del Distrito de Dili [capital de Timor Oriental]”.

II. Lecciones

20. Las lecciones de las quince experiencias nacionales reseñadas arrojan nuevas luces sobre las características de la justicia de transición. En todos los casos, el tipo de crisis o conflicto que está en el origen del proceso de transición, trátase de una dictadura militar, una guerra civil, una ocupación extranjera o un régimen racista, se ha traducido tanto en el colapso parcial del Estado como en la miseria política de la sociedad, merced a la generalización de las prácticas de arbitrariedad, corrupción y violencia que afectan sobre todo a la población civil no combatiente. Por ello, los esquemas o modelos de transición, articulados todos en mayor o menor grado en torno a la justicia judicial, se han impuesto a las élites nacionales como única alternativa practicable para superar la crisis humanitaria, establecer o restablecer la gobernabilidad democrática y responder con resultados a la comunidad internacional.

21. La justicia transicional comparada enseña también que la reparación, bajo la forma de indemnización pagada por el Estado a las víctimas del conflicto o de la tiranía, es necesaria pero no suficiente, al punto que no sólo debe extenderse a los otros aspectos que contempla la nueva doctrina de Naciones Unidas, sino que, para ser legítima y eficaz, tiene que ir acompañada de esclarecimiento y de sanción. Tal es la experiencia de todos los países mencionados, que han ensayado diferentes modelos de transición de acuerdo con sus necesidades y posibilidades, pero que han garantizado a sus ciudadanos y en especial a sus víctimas por lo menos dos de los tres elementos constitutivos del derecho de las víctimas a la justicia: verdad y castigo, verdad y reparación o castigo y reparación. Más aún, en la mayoría de los casos reseñados el primer paso del proceso de transición ha sido la construcción de la

verdad pública y la recuperación de la memoria histórica sobre los hechos luctuosos del pasado, casi siempre a través de una Comisión de la Verdad u otro mecanismo comparable de investigación extrajudicial, al punto que ha llegado a decirse, como en Chile, que la justicia transicional debe ofrecer “toda la verdad y tanta justicia como sea posible”⁸.

22. Ahora bien, la combinación de verdad, castigo y reparación, tanto en calidad como en cantidad, depende de las circunstancias específicas de cada sociedad en el momento en que se enfrenta a la tarea de avanzar o retornar a la plena normalidad democrática mediante un cierto equilibrio entre paz y justicia, entre búsqueda de la reconciliación y defensa de los derechos humanos. Pero es evidente que la cantidad y la calidad de la verdad, el castigo y la reparación que el Estado esté en condiciones de ofrecer a las víctimas de un pasado de barbarie e impunidad serán tanto mayores cuanto más consolidada se encuentre la cultura democrática en la respectiva sociedad. Un Estado democrático, con leyes, instituciones y autoridades legítimas y eficaces, y con una ciudadanía consciente de sus derechos y deberes, no debería temer ni temblar para cumplir con generosidad sus obligaciones constitucionales e internacionales en materia de justicia debida a todas las víctimas de todas las violencias.

23. En tratándose de justicia transicional, el respeto de un Estado a su realidad histórica y cultural, al igual que a su derecho interno, no puede esgrimirse como excusa válida para incumplir las exigencias de la legalidad internacional o para eludir las lecciones de la experiencia ajena. De una parte, según el artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, ningún Estado puede invocar sus normas o decisiones de derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales de carácter convencional, como las que se derivan de los tratados de derechos humanos y derecho humanitario en materia de tutela judicial efectiva y derecho de las víctimas a la justicia. Y de otra parte, la nueva doctrina internacional sobre el deber de la memoria, la lucha contra la impunidad y el derecho de las víctimas a la justicia, que se remonta a los orígenes del derecho internacional de los derechos humanos en las postrimerías de la segunda guerra mundial pero que alcanza su formulación plena en la última década del siglo XX con la jurisprudencia de los sistemas mundial y regionales de protección de los derechos humanos, y con los estatutos de los tribunales penales internacionales del Consejo de Seguridad y de la Corte Penal Internacional, se ha enriquecido de manera sustancial con las experiencias nacionales de justicia transicional y constituye ya un auténtico patrimonio ético de la humanidad.

III. El derecho a la justicia

24. La institución clave del derecho público contemporáneo en este terreno estratégico no es otra que el llamado “derecho de las víctimas a la justicia” en su triple acepción de derecho a la verdad y a la memoria, derecho al castigo de los

⁸ Iván Orozco Abad, *Sobre los límites de la conciencia humanitaria: Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Editorial Temis y Universidad de los Andes, Bogotá, 2005, página 97.

responsables de los abusos y derecho a la reparación de los damnificados. La versión más autorizada de esta vieja y nueva garantía en la legalidad internacional se encuentra hoy en la Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, por medio de la cual la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el texto final de la doctrina oficial de la organización mundial en la materia. Aparece bajo el título de *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 internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* y se basa en los trabajos de la antigua Comisión de Derechos Humanos a partir de los informes de cuatro ilustres juristas contemporáneos: el francés Louis Joinet, el holandés Theo Van Boven, el egipcio-estadounidense M. Cherif Bassiouni y la norteamericana Diane Orentlicher. El texto consta de veinte artículos recogidos en apenas diez páginas, pero representa veinte años de investigaciones, reflexiones y negociaciones de gobiernos, agencias internacionales, organizaciones no gubernamentales, expertos y activistas de muy diversas procedencias y orientaciones, y constituye la última frontera del derecho internacional de los derechos humanos en lo que tiene de más cercano a la gente de la calle que sufre y muere, como que concierne a la justicia debida a todas las víctimas de todas las violencias. Conviene recordar aquí que el antecedente más remoto de estos *Principios y directrices* se encuentra en las denuncias y discusiones en torno a las atrocidades imputables a las dictaduras sudamericanas de los años setenta y ochenta del siglo pasado, y en especial a sus infames amnistías generales, que tuvieron lugar en la desaparecida Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra y que se tradujeron en los primeros informes internacionales sobre la impunidad judicial estructural como principal factor de reproducción de la crisis humanitaria en amplias regiones del planeta. Por el carácter unánime de su adopción (la Resolución 60/147 fue aprobada sin votación, es decir, por aclamación) y por la naturaleza normativa de su contenido, puede afirmarse que esta decisión del órgano parlamentario de la ONU constituye *opinio juris communis* [opinión jurídica de la comunidad internacional] y es, por tanto, de índole general y obligatoria.

25. La Resolución 60/147 empieza por recordar que el derecho de las víctimas a la justicia está firmemente establecido desde hace años en numerosos instrumentos internacionales, entre los cuales cabe destacar la cuarta Convención sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra de 1907 (artículo 3), la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 8), la Convención contra la Discriminación Racial de 1965 (artículo 6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 2), el Protocolo I de Ginebra de 1977 (artículo 91), la Convención contra la Tortura de 1984 (artículo 14), la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (artículo 39) y el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 (artículos 68 y 75). Idéntica regulación se encuentra en los principales instrumentos regionales, como la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (artículo 13), la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (artículo 25) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (artículo 7). En tal virtud, los *Principios y directrices* no entrañan obligaciones nuevas para los Estados, ni derechos nuevos para los ciudadanos, sino más bien medios y métodos más eficaces para el cumplimiento de aquéllas y la práctica de éstos. Al reiterar su compromiso con estas garantías fundamentales, se lee en el décimo párrafo del Preámbulo de la Resolución, “la comunidad internacional hace honor a su palabra respecto del

sufrimiento de las víctimas, los supervivientes y las generaciones futuras, y reafirma los principios jurídicos internacionales de responsabilidad, justicia y Estado de derecho”.

26. A partir de su obligación básica de “respetar, asegurar que se respeten y aplicar” las normas internacionales de derechos humanos y derecho humanitario, el Estado debe garantizar el derecho de las víctimas a la justicia, que consta de tres elementos fundamentales: el acceso igual y efectivo a la justicia; la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y el acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

27. El acceso igual y efectivo a la justicia, en primer lugar, debe operar en las jurisdicciones nacionales y en la jurisdicción internacional, tanto para demandas individuales cuanto para querellas colectivas, e incluye no sólo los procedimientos judiciales sino también los de carácter administrativo y disciplinario. “Las obligaciones resultantes del derecho internacional para asegurar el derecho de acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial deberán reflejarse en el derecho interno”.

28. La reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido, en segundo lugar, constituye quizás la parte más elaborada y novedosa de la nueva doctrina de Naciones Unidas, y comprende cinco tipos de prestaciones: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición. La restitución incluye el restablecimiento de la libertad; el disfrute de los derechos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía; el regreso al lugar de residencia; la reintegración en el empleo; y la devolución de los bienes. La indemnización debe resarcir el daño físico o mental; la pérdida de oportunidades; los daños materiales y la pérdida de ingresos; los perjuicios morales; y los gastos legales y médicos. La rehabilitación comprende la atención médica y psicológica; y los servicios jurídicos y sociales. La satisfacción abarca medidas como la cesación de las violaciones continuadas; la verificación de los hechos y la revelación pública de la verdad; la búsqueda e identificación de las personas desaparecidas por la fuerza; el restablecimiento público de la dignidad y reputación de las víctimas; la petición pública de perdón con la aceptación de las responsabilidades consiguientes; la imposición de sanciones penales y disciplinarias a los responsables de las violaciones; las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas; y el registro de los crímenes en los textos escolares y en los manuales universitarios de historia y derechos humanos. Y las garantías de no repetición comportan el control civil de las fuerzas militares y policiales; el respeto de las garantías procesales y la sujeción de los procedimientos internos al derecho internacional; el fortalecimiento de la independencia e imparcialidad de la justicia; la protección de los defensores de derechos humanos, los comunicadores, y el personal asistencial y sanitario; la educación permanente en derechos humanos y derecho humanitario; la observancia de los códigos de conducta para los funcionarios públicos, los profesionales y los empresarios; la prevención de los conflictos sociales; y la reforma de las leyes contrarias a los derechos humanos y el derecho humanitario.

29. Y el acceso a información pertinente sobre las violaciones y sobre los mecanismos de reparación, por fin, es el tercer componente del derecho de las víctimas a la

justicia. Según la decisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aquí debe considerarse incluido el derecho de las víctimas y sus representantes a solicitar y obtener información sobre las razones de su victimización, así como sobre las causas, características y consecuencias de las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario.

30. La Resolución 60/147 concluye con tres disposiciones especiales: los *Principios y directrices* deben interpretarse y aplicarse sin discriminación de ninguna clase, ni por ningún motivo; los derechos de las víctimas han de protegerse también con el apoyo de las normas internacionales especiales y de las normas internas de cada Estado; y la protección de los damnificados ha de atenderse de tal manera que queden a salvo los derechos de las demás personas y en particular las garantías procesales de los acusados o presuntos responsables de los abusos.

31. El pensador francés René Girard habla de “esa formidable diferencia de nuestro universo con todos aquellos que lo han precedido: hoy día, las víctimas tienen sus derechos [...] La Historia está escrita, en general, por los vencedores. Nosotros somos el único mundo en el cual se quiere que la Historia sea escrita por las víctimas”⁹. Las víctimas tienden a ocupar el centro del debate ético contemporáneo, pero su condición legal y material resulta todavía muy precaria, y varía mucho de un país a otro. Pueden citarse tres ejemplos muy notorios. En España, las víctimas de los terrorismo etarra e islamista han sido reconocidas por el Estado y la sociedad civil, pero su creciente manipulación por tirios y troyanos (mucho más por los tirios que por los troyanos, en honor a la verdad) amenaza con transformarlas en actores políticos forzados e imprevisibles. En Colombia, las víctimas de todas las partes contendientes en el conflicto armado interno no han recibido ningún reconocimiento digno de ese nombre y están siendo sacrificadas una vez más en aras de la desmovilización de los aliados irregulares del Estado, los grupos paramilitares. Y en los países ocupados por la malhadada guerra contra el terrorismo, como Afganistán e Irak, existe una infame discriminación entre las víctimas visibles del ejército ocupante y las víctimas invisibles de la población nativa. Para que las víctimas puedan escribir la Historia o al menos su historia, hay que hacer justicia, hay que hacerles justicia. La nueva jurisprudencia de las Naciones Unidas sobre los derechos de las víctimas viene a fortalecer nuestra capacidad de respuesta frente a la barbarie y la impunidad, a través de la justicia judicial¹⁰. La calidad moral de la democracia, como régimen de mayorías y minorías trabadas por libertades y justicias, depende de la observancia de los derechos humanos y, cuando hay víctimas de la violencia, depende del derecho a la justicia, es decir, a la verdad y a la memoria, al castigo civilizado de los victimarios y a la reparación integral de las víctimas.

⁹ René Girard, *Cuando empiecen a suceder estas cosas: Conversaciones con Michel Treguer*, Encuentro Ediciones, Madrid, 1996, páginas 18 y 138.

¹⁰ La justicia judicial constituye la única respuesta legítima y eficaz a la violencia pues sólo ella ofrece escenarios y procedimientos de solución de conflictos en los cuales la razón prevalece sobre la fuerza. En palabras del jurista italiano Norberto Bobbio, “mientras un procedimiento judicial, conforme a su finalidad, debe ser organizado de modo que permita vencer a quien tiene razón, la guerra es, de hecho, un procedimiento que permite tener razón al que vence”. N. Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982, página 102.

32. Más que ningún otro discurso normativo en nuestra época, la justicia transicional es el resultado de la reflexión de juristas, filósofos, politólogos, sociólogos y moralistas sobre la experiencia vivida por numerosos países que han asumido o que han tenido que afrontar procesos de transición a la democracia y a la paz en las últimas décadas. Tal fundamentación empírica bien puede ser utilizada como una defensa contra la tacha de idealismo que siempre se ha endilgado al derecho de gentes desde sus orígenes en las obras de Francisco de Vitoria, Alberico Gentili y Hugo Grocio. Pero la realidad en sí misma resulta insuficiente e insatisfactoria hasta tanto no sea transfigurada por los valores éticos y jurídicos, estéticos y políticos, que nos hacen humanos o que nos prometen la humanidad. En esta perspectiva, la más reciente generación de normas, sentencias y doctrinas de derecho internacional de los derechos humanos que empieza a codificarse en torno a la justicia de transición es un nuevo y elevado testimonio en favor de nuestra condición de agentes morales, de sujetos responsables los unos de los otros. La tarea que entraña la justicia transicional, tal como he tratado de presentarla en estas páginas, no consiste sólo en el restablecimiento de la ley y del orden o del Estado de derecho, sino también y sobre todo en la reivindicación de las víctimas y de la justicia judicial. En el mundo en el que nos ha tocado en suerte vivir nuestras vidas –un mundo de contrastes abismales, de prodigios tecnológicos y horrores morales, donde conviven el genocidio y el canto gregoriano, la devastación del sida en África y las memorias de Primo Levi sobre Auschwitz, el terrorismo suicida y el nuevo tribunal criminal global-- dicha tarea se parece bastante a la de Sísifo, el héroe de la mitología griega que por su amor a los hombres y por su sed de justicia fue condenado por los dioses a empujar cada día una gran roca hasta la cumbre de una montaña desde donde volvía a caer por su propio peso. Pero, como escribía Albert Camus en medio de esa noche oscura que fue la segunda guerra mundial, “el esfuerzo mismo para llegar a las cumbres basta para llenar un corazón de hombre. Hay que imaginar a Sísifo dichoso”¹¹.

[Publicado en *Claves de razón práctica*, No. 180, Madrid, marzo de 2008, páginas 76 a 82]

¹¹ Albert Camus, *El mito de Sísifo*, en *Obras 1*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, página 329.

Bibliografía selecta

Alexandra Barahona de Brito, Paloma Aguilar Fernández y Carmen González Enríquez (eds.), *Las políticas hacia el pasado: Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Ediciones Istmo, Madrid, 2002

Christine Bell, *Negotiating justice? Human rights and peace agreements*, International Council on Human Rights Policy, Geneva, 2006

Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982

Albert Camus, *El mito de Sísifo*, en *Obras I*, Alianza Editorial, Madrid, 1996

Javier Chinchón Álvarez, *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*, Ediciones Parthenon, Madrid, 2007

Josep M. Colomer, *La transición a la democracia: El modelo español*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1998

Jon Elster, *Rendición de cuentas: La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006

Guillermo Escobar Roca, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, CICODE y Trama Editorial, Madrid, 2005

Gustavo Gallón Giraldo y Michael Reed Hurtado (eds.), *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones: Compilación de documentos de la ONU*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2007

Camila De Gamboa (ed.), *Justicia transicional: Teoría y praxis*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006

René Girard, *Cuando empiecen a suceder estas cosas: Conversaciones con Michel Treguer*, Encuentro Ediciones, Madrid, 1996

Maurice Halbwachs, *La memoria colectiva*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2004

Priscilla B. Hayner, *Unspeakable truths: Confronting state terror and atrocity*, Routledge, New York, 2001

Carla Hess & Robert Post (eds.), *Human rights in political transitions: Gettysburg to Bosnia*, Zone Books, New York, 1999

Michael Ignatieff, *El honor del guerrero: Guerra étnica y conciencia moderna*, Taurus, Madrid, 1999

Elisabeth Jelin, *Los trabajos de la memoria*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2002

Sandrine Lefranc, *Políticas del perdón*, Ediciones Cátedra/Universidad de Valencia, Madrid, 2004

Avishai Margalit, *Ética del recuerdo*, Editorial Herder, Barcelona, 2002

Reyes Mate, *Justicia de las víctimas y reconciliación en el País Vasco*, Fundación Alternativas, Madrid, 2006

Martha Minow, *Between vengeance and forgiveness: Facing history after genocide and mass violence*, Beacon Press, Boston, 1998

Philippe Moreau Desfarges, *Arrepentimiento y reconciliación*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 1999

Carlos Santiago Nino, *Radical evil on trial*, Yale University Press, New Haven, 1996

Iván Orozco Abad, *Sobre los límites de la conciencia humanitaria: Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Editorial Temis y Universidad de los Andes, Bogotá, 2005

Mark Osiel, *Mass atrocity, collective memory, and the law*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2000

Gilda Pacheco Oreamuno, Lorena Acevedo Narea y Guido Galli (eds.), *Verdad, justicia y reparación: Desafíos para la democracia y la convivencia social*, IDEA/IIDH, Bogotá, 2006

Angelika Rettberg (comp.), *Entre el perdón y el paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2005

Naomi Roht-Arriaza & Javier Mariezcurrena (eds.), *Transitional justice in the twenty-first century: Beyond truth versus justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006

Robert I. Rotberg & Dennis Thompson (eds.), *Truth versus justice: The morality of truth commissions*, Princeton University Press, Princeton, 2000

Michael P. Scharf, "The case for a permanent International Truth Commission", *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 7, No. 2, 1999

Ruti Teitel, *Transitional justice*, Oxford University Press, New York, 2000

Tzvetan Todorov, *Los abusos de la memoria*, Ediciones Paidós, Barcelona, 2000

Enzo Traverso, *El pasado, instrucciones de uso: Historia, memoria, política*, Marcial Pons, Madrid, 2007

Rodrigo Uprimny y Luis Manuel Lasso, "Verdad, reparación y justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones", en Ernesto Borda *et al.*, *Conflicto y seguridad democrática en Colombia: Temas críticos y propuestas*, Fundación Social/Friedrich Ebert Stiftung/ Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá, 2004

Hernando Valencia Villa, *Diccionario de derechos humanos*, Espasa Calpe, Madrid, 2003

Hernando Valencia Villa, *Hannah Arendt: Una vida del siglo XX*, Panamericana Editorial, Bogotá, 2004

Hernando Valencia Villa, *La ley de Justicia y Paz de Colombia a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*, Centro de Investigación para la Paz, Madrid, 2005

Michael Walzer, *Reflexiones sobre la guerra*, Ediciones Paidós, Barcelona, 2004