

# JUSTICIA EN ÉPOCAS DE TRANSICIÓN CONCEPTOS, MODELOS, DEBATES, EXPERIENCIAS

FARID SAMIR BENAVIDES VANEGAS

INFORMES 03/2011

INSTITUT  
CATALÀ  
INTERNACIONAL

PER LA PAU

# JUSTICIA EN ÉPOCAS DE TRANSICIÓN. CONCEPTOS, MODELOS, DEBATES, EXPERIENCIAS

FARID SAMIR BENAVIDES VANEGAS

INSTITUT  
CATALÀ  
INTERNACIONAL

PER LA PAU

2011 Institut Català Internacional per la Pau  
Gran Via de les Corts Catalanes, 658, baixos · 08010 Barcelona  
T. +34 93 554 42 70 | F. +34 93 554 42 80  
icip@gencat.cat | www.icip.cat

Farid Samir Benavides Vanegas  
Investigador Asociado · Grupo COPAL  
Universidad Nacional de Colombia · University of Massachusetts at Amherst  
faridbenavides@gmail.com  
Documento elaborado para el Institut Català Internacional per la Pau ICIP  
Barcelona, 10 de marzo de 2010

### **Grafismo**

Fundació Tam-Tam

### **DL**

B-39.126-2010

### **ISSN**

2013-9446 (edición en línea)



*Esta obra está bajo una licencia Creative Commons de Reconocimiento – No Comercial – Compartir bajo la misma licencia 2.5 España. Para leer una copia de esta licencia visitar el siguiente enlace: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/> Se puede copiar, distribuir, comunicar públicamente, traducir y modificar este documento siempre y cuando no se realice un uso comercial del mismo y se respete la autoría original.*

## SUMARIO

<b>PRÓLOGO</b>	<b>5</b>
LA JUSTICIA EN ÉPOCAS DE TRANSICIÓN: INTENTO DE DEPURAR RESPONSABILIDADES FRENTE AL MAL ABSOLUTO	5
<b>1. INTRODUCCIÓN: EL CAMPO DE LA “JUSTICIA TRANSICIONAL”</b>	<b>13</b>
<b>2. MODELOS DE JUSTICIA EN ÉPOCAS DE TRANSICIÓN</b>	<b>18</b>
<b>3. LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL COMO MECANISMO PARA LIDIAR CON EL PASADO</b>	<b>24</b>
3.1. ¿PUEDE LA JUSTICIA PENAL DAR CUENTA DEL PASADO?	26
3.2. ANTECEDENTES DE JUSTICIA PENAL TRANSNACIONAL E INTERNACIONAL	29
3.3. LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL COMO BASE PARA LOS ENJUICIAMIENTOS NACIONALES	37
<b>4. COMISIONES DE LA VERDAD COMO MECANISMOS DE JUSTICIA EN ÉPOCAS DE TRANSICIÓN</b>	<b>43</b>
4.1. EL INFORME “NUNCA MÁS” COMO SUCEDÁNEO DE LA AUSENCIA DE JUSTICIA PENAL EN ARGENTINA	48
4.2. COMISIÓN DE LA VERDAD DE CHILE: BÚSQUEDA LIMITADA DE LA VERDAD	49
4.3. LA COMISIÓN DE LA VERDAD DE EL SALVADOR: BÚSQUEDA INTERNACIONAL DE LA VERDAD	50
4.4. LA COMISIÓN DE LA VERDAD Y LA RECONCILIACIÓN DE SURÁFRICA	51
4.5. COLOMBIA: COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN SIN VERDAD NI RECONCILIACIÓN	53
4.6. LOS PROBLEMAS DE LAS COMISIONES DE LA VERDAD EN SU LABOR DE CONSTRUCCIÓN COLECTIVA DE LA VERDAD	54
<b>5. EL PAPEL DE LA MEMORIA EN LA RECONSTRUCCIÓN SOCIAL Y EN LA JUSTICIA EN ÉPOCAS DE TRANSICIÓN</b>	<b>59</b>
5.1. ¿QUÉ ES LA MEMORIA Y LA MEMORIALIZACIÓN?	59
5.2. PROCESOS DE MEMORIALIZACIÓN	61
5.3. ¿CÓMO SE CONECTAN LOS MEMORIALES CON OTRAS INICIATIVAS DE JUSTICIA EN ÉPOCAS DE TRANSICIÓN?	65
<b>6. ¿CÓMO SE MIDE EL IMPACTO DE LA JUSTICIA EN ÉPOCAS DE TRANSICIÓN?</b>	<b>68</b>
<b>7. LOS DEBATES DE LA JUSTICIA EN ÉPOCAS DE TRANSICIÓN</b>	<b>71</b>
7.1. JUSTICIA VS. LEGALIDAD: EL CASO DE NÚREMBERG	71
7.2. JUSTICIA VS. ESTABILIDAD DEMOCRÁTICA	74
7.3. JUSTICIA VS. RECONCILIACIÓN	76
<b>8. CONCLUSIÓN</b>	<b>80</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>84</b>
1. LIBROS Y ARTÍCULOS	84
2. PÁGINAS WEBS CON INFORMACIÓN SOBRE JUSTICIA EN ÉPOCAS DE TRANSICIÓN	92



## PRÓLOGO

### LA JUSTICIA EN ÉPOCAS DE TRANSICIÓN: INTENTO DE DEPURAR RESPONSABILIDADES FRENTE AL MAL ABSOLUTO

DR. DAVID BONDIA GARCIA

Profesor titular de Derecho internacional público (Universitat de Barcelona), director del Institut de Drets Humans de Catalunya

Hoy en día ya nadie cuestiona que las violaciones masivas de derechos humanos constituyen un mal absoluto o lo que Kant denominó un “mal radical”. De forma progresiva, se ha consolidado la percepción general sobre la necesidad de juzgar estas violaciones puesto que esto contribuirá a generar una conciencia pública acerca de los horrores que pueden ocurrir cuando los valores inherentes a la democracia y al estado de derecho son dejados de lado. No obstante, las anteriores constataciones requieren mayores y más profundos desarrollos de cara a volver a incorporar dichos valores en el funcionamiento normal de los poderes del Estado y de la propia sociedad. Se piensa que la justicia transicional es la panacea para reconducir la situación, pero afirmar que un Estado que se limite a aplicar mecanismos de la que se ha calificado como “justicia transicional” hará de manera necesaria una transición a la democracia es errado, entre otras razones, porque los procesos de democratización son bastante complejos y no se limitan a una mera reforma o reconstrucción institucional.

Es abundante ya la literatura existente sobre este tema; sin embargo, los análisis académicos, hechos desde las ciencias sociales, que ofrezcan una visión comparativa que vaya más allá de la mera recolección de experiencias, son casi inexistentes. Es aquí donde radica la importancia de la obra y las grandes aportaciones a un tema tan complejo que realiza el autor de este estudio, Farid Samir Benavides.

A lo largo de todo esta investigación académica queda reflejado que estamos ante un tema, *la justicia en épocas de transición*, que si no se trata con habilidad, sensibilidad y rigor, puede convertirse en una *caja de Pandora* de la cual emerjan la polarización política, la relativización de los hechos o la violación de principios legales.

Por este motivo, me parece muy acertada la primera opción del autor -toda una declaración de intenciones- consistente en llamar a las cosas por su nombre y elegir el concepto de “*justicia en épocas de transición*” para designar el campo amplio de la impropriadamente denominada justicia transicional y referirse así a los casos en los que se da el tránsito de gobiernos autoritarios a gobiernos democráticos y con ello discernir los distintos problemas que se presentan durante las transiciones democráticas al tener que decidir cómo enfrentar los crímenes cometidos durante el período previo, en el que los defensores de derechos humanos tengan un evidente rol constructivo.

Así, esta clara referencia a la justicia en épocas de transición pretende englobar el conjunto de mecanismos que acompañan el proceso de “vuelta a

la normalidad” democrática luego de un período donde se produjeron graves violaciones de los derechos humanos. Se trata de la manera en que, en la actualidad, se enfocan las transiciones, comportando un nuevo y desafiante campo de estudios y experiencias en que convergen, entre otros, la Ética, el Derecho internacional, el Derecho constitucional y la Ciencia política. Así, la justicia en épocas de transición constituye un paradigma, una forma ejemplar de abordar las violaciones de los derechos humanos cometidas en períodos precedentes. Con este tipo de justicia, se busca dar respuestas a cómo enfrentar el legado de graves atentados contra la dignidad humana y cómo resolver la tensión existente entre justicia y paz, entre castigo y perdón, entre reconciliación e impunidad. Es por ello que, como afirma el autor, que *“los mecanismos de justicia en épocas de transición se ocupan de determinar la verdad y sancionar a los responsables de graves crímenes con el fin de alcanzar la paz y la reconciliación en un sociedad determinada”*. En rigor, la justicia en épocas de transición busca establecer el Estado de Derecho y el imperio de la ley con el fin de hacer el tránsito a un Estado democrático de derecho, que aprecie los valores inherentes a los derechos humanos con la mirada puesta en el pasado, en el presente y en el futuro.

Como analiza a lo largo de este estudio Farid Samir Benavides, las experiencias de justicia en épocas de transición que se han sucedido hasta la fecha demuestran que se trata de procesos complejos y únicos, pero que tienen ciertos elementos en común. Así, todos ellos ponen de manifiesto la dificultad que supone dar respuesta a intereses y a derechos en principio contrapuestos, como el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, la retribución y el castigo a los victimarios y la necesidad de paz y reconciliación nacional, a lo que se suma la necesidad de restablecer la confianza en las instituciones del Estado. Es por ello que esta justicia en épocas de transición necesariamente debe reinterpretar la noción de “justicia”, con la finalidad de dar cabida a todos estos elementos en tensión y romper las polarizaciones que se producen en las transiciones a la democracia al centrar los debates entre los juicios de vencedores o la adopción de una política de perdón y un pacto de olvido, con el fin de garantizar la estabilidad democrática. En este sentido, una de las preguntas que se plantea es si, frente a la necesidad de hacer un tránsito a la democracia que sea más o menos estable, es mucho más prudente dejar de lado la justicia y optar por una política de perdón y olvido que garantice la consolidación de la democracia, incluso al precio de desconocer los derechos de las víctimas. Sólo cabe una respuesta: no.

Esperemos que cada vez tenga más adeptos esta rotunda respuesta. Si bien es verdad que los procesos de justicia en épocas de transición son únicos, en todos ellos se pueden encontrar ciertos elementos –algunos de alcance individual y otros de alcance colectivo– que los caracterizan, entendiendo este proceso como el “conjunto de mecanismos judiciales y extrajudiciales que se ponen en marcha en sociedades en transición con el fin de afrontar un pasado de violaciones y abusos sistemáticos de los derechos humanos”.

De esta forma, lo novedoso de este planteamiento sobre la justicia en épocas de transición debe consistir en la introducción y reafirmación del sustantivo “*justicia*”. Afortunadamente, el derecho internacional, y por ende el derecho nacional, ha evolucionado en los últimos años a un punto en el que tanto la paz como la justicia para depurar las responsabilidades por violaciones de los derechos humanos son los objetivos a alcanzar, es decir, que la justicia no puede ser más la sacrificada en los procesos de transición a la democracia.

En efecto, dentro del recientemente cristalizado paradigma de la justicia en épocas de transición, la justicia aparece como una exigencia que cualifica de manera importante los procesos transicionales. La única forma de garantizar esta posibilidad consiste en respetar un proceso judicial que sea considerado por todas las partes como imparcial, independientemente de cuáles sean los resultados de la apertura de investigaciones o procesos.

Esta justicia en épocas de transición debe responder a múltiples aspiraciones. Así, podemos percibir al mismo tiempo: un ámbito estratégico para transacciones políticas que traten de alterar el *balance de fuerzas* resultantes de la transición; una respuesta política gubernamental a un *complejo de expectativas* surgido de la caída del régimen autoritario; un dilema *técnico-jurídico* sobre cómo preservar el debido proceso y de la independencia del poder judicial; un asunto de *promesa moral o cultura política* que permita restaurar el orden moral y desafiar la cultura del autoritarismo y de terror; una necesidad de redefinir la *verdad histórica y rescatar la memoria* de las víctimas que subvierten la historia oficial impuesta por los anteriores gobernantes; y un enfoque de los problemas psicológicos que implique el fomento de la *reconciliación social*.

En definitiva, debe buscar entender las diversas posibilidades que se presentan en cada caso e intentar proponer los lineamientos de una política que resulte en el fortalecimiento de la democracia sobre la base del establecimiento de responsabilidades penales, la publicidad del proceso judicial, la reparación a las víctimas del abuso de poder y la creación de garantías de no repetición de las ofensas.

Al intentar ordenar y comprender las distintas aspiraciones involucradas en el problema de la justicia en épocas de transición podemos preguntarnos hasta qué punto es factible construir complementariedades y alcanzar equilibrios sostenibles entre las preocupaciones por la estabilidad política, la justicia y el respeto a la legalidad. Estamos ante un problema con diversas geometrías puesto que abarca tres dimensiones muy entrelazadas: la dimensión *estratégico-política* que viene dada por la interacción estratégica de actores con diferentes intereses; la dimensión *ético-cultural* que comporta la incorporación de las víctimas a las estructuras de la sociedad civil, cuestionando la historia oficial escrita por los perpetradores y abre las puertas a la historia de los vencidos de ayer, de aquéllos cuya dignidad humana fue puesta en cuestión por las políticas del pasado; y la dimensión *técnico-legal* que tiene que ver con el proceso de funcionamiento de aquéllos instrumentos jurídicos que pueden enfrentarse a las conductas criminales y adjudicar responsabilidades penales individuales.

Las posibilidades tanto de armonía como de colisión entre las tres dimensiones involucradas están siempre presentes y dependen en buena medida de la capacidad de acción de los agentes involucrados que pueden oscilar entre escoger interpretaciones restrictivas y poco creativas de los instrumentos de lucha contra la impunidad –como son la concesión de indultos o amnistías– o una aplicación ambiciosa de los mismos. En este sentido, diversos instrumentos han sido explorados entre la alternativa de juicios comprensivos y la impunidad.

Una primera apuesta consistiría en la creación de comisiones de la verdad puesto que el establecimiento de la verdad sobre el pasado, es un elemento

fundamental de todo proceso de justicia en épocas de transición. Una comisión de la verdad se distingue de otras comisiones por su objeto de investigación (graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos), su carácter temporal (no se trata de un órgano permanente como otras instituciones de derechos humanos), el momento en el que se crean (durante una transición política) y el resultado final de su trabajo: un informe donde se recogen conclusiones sobre los hechos y recomendaciones. En este sentido, se nos hace necesario denunciar que las comisiones oficiales de investigación sobre las violaciones ocurridas, o “comisiones de la verdad”, han sido una iniciativa que, aunque compatibles con los mecanismos de justicia, se han utilizado en algunas ocasiones como una alternativa a dichos mecanismos.

Es necesario señalar que, como demuestra la experiencia, en ningún caso el establecimiento de comisiones de la verdad debe impedir el funcionamiento de la justicia convencional, ya que la obligación del Estado de llevar ante los tribunales a los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos persiste. De hecho, en determinadas ocasiones, las comisiones de la verdad, sabedores del papel que estaban llamadas a desempeñar, han recomendado en sus informes finales que se iniciaran investigaciones judiciales sobre los hechos detallados en los mismos y han entregado a las fiscalías o a los jueces las pruebas recogidas.

El fundamento de estas comisiones es perfectamente válido, puesto que las víctimas tienen un derecho a la verdad –reconocido en el derecho internacional–. Así, este derecho a la verdad se convierte en condición necesaria para el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la reparación y a la justicia. Es por ello que apostar por la creación de comisiones de la verdad no puede ni debe significar cerrar la vía a los procesos judiciales.

Estos procesos pueden desarrollarse bajo diferentes tipologías: a través de la justicia ordinaria, tribunales internacionales, mixtos, híbridos o internacionalizados y tradicionales. Y, desde el 1º de julio de 2002, con la entrada en vigor del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional viene a sumar otra capa a la geometría de la justicia en épocas de transición al complementar el objetivo de buscar que los peores crímenes no queden impunes.

La práctica internacional ha sido testigo de un fuerte movimiento hacia la cristalización de una estructura de rendición de cuentas, compuesta por muchas capas, para los graves crímenes de la última década. Este proceso está fundado en la premisa en que se basan tanto los tratados internacionales como la práctica internacional de que algunos crímenes (genocidios, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra) son tan graves que le conciernen no sólo a las sociedades nacionales sino también a la comunidad internacional. Por tanto, el creciente consenso internacional sobre la no-tolerancia con la impunidad para estas categorías de crímenes ha permitido consolidar distintos modelos de diseño institucional para la consideración de la justicia como un elemento fundamental para alcanzar la paz y para que una sociedad democrática sea estable.

De esta forma, los experimentos realizados durante la última década en la justicia de transición sugieren que varios grados de internacionalización de los procedimientos judiciales y no-judiciales, pueden auxiliar en llenar los vacíos de capacidad y legitimidad que se presentan durante el restablecimiento de la justicia en escenarios de tránsito a la democracia. Es por ello que se

está haciendo cada vez más evidente la necesidad de pensar en la justicia en transición como un marco polifacético puesto que existe ya un reconocimiento generalizado sobre el hecho de que los juicios penales y las comisiones de verdad, o los mecanismos alternativos de justicia, no son mutuamente exclusivos, sino que pueden complementarse recíprocamente de forma positiva.

Si bien la búsqueda de diseños institucionales apropiados para hacer frente a las atrocidades masivas es todavía un trabajo en curso, la experiencia ha demostrado que no existe una fórmula única, sino la necesidad de aplicar soluciones individuales y específicas de acuerdo con el Estado afectado. El diálogo nacional sobre justicia en épocas de transición puede nutrirse de todo un grupo de principios y lecciones comunes aprendidos sobre la práctica a nivel internacional.

Se está haciendo notorio el hecho que la justicia penal internacional y la justicia nacional ya no sean opuestas sino que, por el contrario, sean mutuamente interdependientes y tengan sistemas que se superpongan. Las estructuras nacionales deben ser lo suficientemente flexibles para permitir una internacionalización o externalización temporal de las estructuras locales en situaciones de transición, en las que los marcos nacionales se enfrentan a vacíos de legitimidad o de capacidad. Por otro lado, los marcos institucionales deben ser sensibles a las necesidades de los actores nacionales y a la autonomía local, con el fin de permitir que las sociedades en transición creen sus propias soluciones para las consecuencias de atrocidades pasadas, sin caer en la impunidad.

Así, ya sea, en sus diversas formas, desde la justicia interna o desde la justicia internacional(izada), el Estado está obligado a garantizar a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos el derecho a la justicia, que comprende, entre otras cosas, la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido. Esta reparación debe comprender diversos tipos de prestaciones: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

De esta forma, las estrategias reparadoras son complementarias del resto de los elementos de la justicia en épocas de transición: no desempeñan su función de manera aislada. Deben ir acompañadas de dos elementos claves: el impulso de reconciliación y el intento de una justicia restaurativa.

En primer lugar, la reconciliación suele entenderse como el proceso en el que se rehacen las relaciones rotas, en el que los individuos aprenden a convivir de un modo no violento, a pesar de sus diferencias. Al finalizar un período de violencia, de enfrentamientos, la reconciliación, un proceso a largo plazo, es uno de los puntos fundamentales para lograr una verdadera transformación social. Así pues, la reconciliación es un proceso de doble naturaleza –individual y social– ya que se trata de encontrar la manera de construir una cultura de paz y de mutuo reconocimiento entre actores que antes estaban enfrentados.

Sin embargo, hay algunos matices a tener en cuenta con relación a la reconciliación: reconciliación no quiere significar obligatoriamente “olvido” ni “perdón”. La reconciliación es un proceso de largo aliento que no sigue un esquema preestablecido, sino que es movido por la dinámica específica del contexto. La reconciliación debe provenir del seno de la sociedad y no puede

ser impuesta desde el exterior. El acento de la reconciliación, más que sobre los individuos, debe ser social. Por tanto, una reconciliación social debe ser un proceso colectivo integrador y requiere cambios sociales y políticos profundos, sin perder de vista la necesidad de justicia.

De esta forma, la promoción de la reconciliación requiere, por tanto, de una condición previa: la justicia. Para que la reconciliación sea posible, es fundamental la existencia y funcionamiento de mecanismos de búsqueda de la verdad, la apertura de procesos judiciales contra los presuntos responsables de violaciones graves de los derechos humanos y la finalización de los mismos, en un clima de normalidad institucional. La justicia es el ingrediente indispensable en el proceso de reconciliación nacional. Es posible y necesario una reconciliación con justicia. La reconciliación puede ser posible si hay justicia; una justicia que no sólo se refiera a las violaciones del pasado, a la sanción de los culpables, sino a una justicia amplia que comprenda las reparaciones a las víctimas, el conocimiento del pasado, que tenga que ver con la reconstrucción de la justicia democrática, para el presente y para el futuro. Será importante no olvidar estas consideraciones puesto que, muchas veces, la verdad no ha conducido a la reconciliación, y la reconciliación no ha conducido a la verdad.

La tensión aparente entre justicia y reconciliación se resuelve hoy en día con el fortalecimiento de la justicia, pues se entiende que la persistencia de la impunidad tiene efectos negativos sobre la paz y la democracia en el corto plazo, por lo que en el medio y largo plazo las sociedades se ven obligadas a enfrentarse a su pasado y a dar cuenta de la impunidad estructural y estratégica.

Y, en segundo lugar, la justicia restaurativa es uno de los elementos que pueden y deben formar parte de procesos de justicia en épocas de transición, junto, como hemos ya señalado, con el impulso de la reconciliación. El origen de la justicia restaurativa se encuentra en el derecho penal, donde se plantea como una manera alternativa de enfrentar las consecuencias de los delitos, que pone el acento en la importancia que tiene para la sociedad la reconciliación entre víctima y victimario, frente a la idea tradicional de retribución y castigo. Con ello se busca que el eje del derecho penal deje de ser el acto criminal y su autor y se desplace hacia la víctima y el daño a ella ocasionado. Lo importante es reconocer el sufrimiento ocasionado a la víctima, reparar el daño que le fue ocasionado y restaurarla en su dignidad, más que castigar al responsable. La premisa básica es que el comportamiento criminal no sólo viola la ley, sino que también (o sobre todo) daña a las víctimas y a la comunidad.

En este punto es necesario señalar que la justicia restaurativa debe formar parte de la justicia en transición, pero no debe nunca sustituirla. La obligación de castigar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos no queda satisfecha con la consecución de un resultado restaurativo. En definitiva, frente a graves atentados contra los derechos humanos, el enfoque restaurativo no puede ser el único imperante y que, por ende, los procesos de justicia en transición tienen que contener elementos retributivos, que pueden ser moderados por dinámicas de justicia restaurativa, pero no sustituidos por esta última.

En rigor, el término justicia va mucho más allá del mero ajuste de cuentas y que la justicia retributiva, con la búsqueda de la verdad como principal elemento, tiene cualidades terapéuticas, que son mucho más apropiadas en contextos de fragilidad política, que una justicia meramente punitiva.

Así, al incorporar los elementos de justicia restaurativa al concepto más amplio de justicia en transición se pone en el centro del proceso a las víctimas: el reconocimiento de su sufrimiento y la necesidad y la obligación de ofrecerles una reparación. Al mismo tiempo, se reconoce la importancia fundamental de la reconciliación, la necesidad de superar el pasado para poder mirar hacia el futuro. Esto nos permite completar el círculo puesto que con el conocimiento de la verdad, no es suficiente, es necesario dar un paso más, y reparar lo que esta verdad, estos hechos traídos a la luz, han provocado en la vida de las víctimas y de sus familias, y a partir de allí, comenzar a construir el futuro.

De esta forma, en la práctica nacional e internacional actual, cada vez es más reconocido el hecho de que la justicia y la paz no son fuerzas contradictorias sino complementarias. La pregunta nunca puede ser si deben buscarse o no la justicia y la responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos, sino más bien cuándo y cómo.

Existe una necesidad de acercamientos comprensivos. La justicia, la paz y la seguridad están interrelacionadas. El acercamiento “multilateral” a la justicia en épocas de transición puede servir de ayuda para una sociedad en transición, suponiendo que tanto el momento de la participación como los distintos mandatos de los diferentes actores están lo suficientemente bien definidos por adelantado y coordinados en la práctica.

No obstante, si no se implementa de forma correcta la justicia en épocas de transición teniendo en cuenta los diferentes elementos que la componen el peor resultado posible no es la impunidad por sí sola. El peor resultado posible de un proceso de justicia en épocas de transición mal conducido es que los ciudadanos pierdan la capacidad de cuestionar la impunidad, que escojan la mentira sobre la verdad, el silencio sobre las palabras. Si esto sucediese por temor, por conveniencia o por vergüenza, el pasado se convertirá en un discurso reprimido que tendrá consecuencias, erosionando la legitimidad de las instituciones democráticas.

A lo largo del presente estudio, Farid Benavides argumenta de forma rigurosa y sistemática la necesidad de apostar e implementar unos elementos mínimos para que de verdad exista justicia en los procesos de transición. Partiendo del análisis de los modelos de justicia en épocas de transición, nos lleva de la mano para tener mejores conocimientos sobre la justicia penal como mecanismo para lidiar con el pasado, percibir el papel desempeñado por las comisiones de la verdad como mecanismos de justicia en épocas de transición, valorar el rol de la memoria en la reconstrucción social y en la justicia y, en definitiva, medir el impacto de la justicia en épocas de transición.

Desde de la lectura de este sistemático, necesario y riguroso estudio podremos apreciar cómo las sociedades de países en transición hoy en día pueden adoptar toda una variedad de modelos y prácticas institucionales que han sido usadas en otros contextos. Aunque, este marco pluridisciplinario de mecanismos e instituciones aún no ofrece un único boceto para la justicia en épocas de transición, Farid Benavides nos da a entender y nos ayuda a comprender que cada vez se hace más difícil que una sociedad alegue que sus retos son tan particulares que quedan por fuera del ámbito institucional de resolución de conflictos en el siglo XXI.

También nos permite tener más elementos para cuestionar, con argumentos jurídicos sólidos, la historia oficial escrita por los perpetradores y nos abre las puertas a que, mediante una concepción no monolítica de la justicia, podamos implementar los instrumentos necesarios para conocer la historia de los vencidos de ayer, de aquéllos cuya dignidad humana fue puesta en cuestión por las políticas del pasado. Así pues, nos permite desterrar del argumentario oficial aquella afirmación recurrente sobre que “la Historia ya ha hecho Justicia”; la Justicia se hace mediante la aplicación de Derecho y será esta aplicación la que permita recuperar la Historia de las víctimas que durante años fue silenciada.

# 1. INTRODUCCIÓN: EL CAMPO DE LA "JUSTICIA TRANSICIONAL"



La justicia transicional es un campo académico y de políticas públicas que está en continua expansión. Las políticas de transición se han aplicado en diversas regiones del mundo y en países con diferentes ideologías con el fin de hacer frente a un pasado de gobiernos autoritarios y de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario (Bell, 2009). Sin embargo, se trata de un concepto que está cargado con una fuerte ambigüedad, pues se aplica por igual a situaciones de transición desde gobiernos autoritarios, formando parte de los estudios de transición a la democracia; así como a situaciones de paso de una situación de conflicto armado, internacional y no internacional, a una situación de paz, formando de ese modo parte de los estudios de paz (Kritz, 1995; Teitel, 2003; Bassiouni, 2002).<sup>1</sup>

Los estudios sobre la justicia transicional introducen creencias que pueden conducir a conclusiones equivocadas. Afirmar que un Estado que aplique mecanismos de justicia transicional hará de manera necesaria una transición a la democracia es errado, entre otras razones porque los procesos de democratización son bastante complejos y no se limitan a una mera reforma o reconstrucción institucional. Esto significa que los mecanismos de justicia transicional tienen objetivos limitados, y perder de vista estos límites puede conducir a su fracaso (Carothers, 2002). Igualmente, la terminación de un conflicto no se queda en la eliminación de la violencia directa, sino que es necesario que se desarrolle un proceso de construcción de paz que es forzosamente largo, complejo y lleno de obstáculos y de tensiones. En muchas ocasiones, la terminación del conflicto y el establecimiento de nuevos arreglos institucionales pueden dar lugar a tensiones que pueden conducir a nuevos enfrentamientos, por lo que la justicia de transición simplemente será un nuevo factor que podría exacerbar el conflicto. Por ello es importante conocer la naturaleza, el contexto y las limitaciones de los diversos mecanismos de justicia transicional, con el fin de no caer en las trampas de aplicar modelos foráneos que imposibiliten la resolución del conflicto.

Originalmente la justicia transicional se concentraba en la sanción penal de las violaciones de los derechos humanos y, por tanto, las discusiones legales y de derecho penal dominaban la discusión. Hoy en día se ha convertido en un campo interdisciplinario que va más allá del derecho y que cubre una serie de disciplinas y de objetivos. Sin embargo, de acuerdo con un estudio que recoge las experiencias de investigadores académicos y de per-

1. Futamura discute el legado de Núremberg y muestra que se reduce a la responsabilidad penal individual y al registro histórico de los hechos. Sin embargo, también muestra el carácter complejo del legado en los tiempos actuales, pues no se limita a exigir justicia dentro de un contexto de paz –como de hecho se dio en Núremberg y en Tokio– sino a demandar de los tribunales penales internacionales la construcción de la paz a través de la justicia. Es lo que ella denomina la transición de una visión de mantenimiento o restauración a una de restauración y mantenimiento de la paz (Futamura, 2006).

sonas que han trabajado en el campo de la justicia transicional, uno de los problemas que éste presenta es que una buena parte de sus representantes se apoyan en el derecho o en la filosofía y, por tanto, muchas de las soluciones son meramente normativas, sin que provengan de un trabajo de investigación que analice el impacto de los mecanismos de justicia transicional en la producción de la democracia o en la eliminación de todas las formas de violencia y en la construcción de una paz duradera. De acuerdo con este estudio, es común que expertos legales enmarquen sus propuestas de política pública en términos legales y las soluciones que ofrezcan sea meramente normativas, en muchas ocasiones basadas solamente en su conocimiento –profundo o superficial– del marco legal que acompañó a la creación de propuestas de justicia transicional. Análisis hechos desde las ciencias sociales, que ofrezcan una visión comparativa que vaya más allá de la mera recolección de experiencias, son casi inexistentes. Abunda la literatura sobre estudios de casos y sobre comparación de experiencias, pero son escasos los análisis que resalten las diferencias y los riesgos de importación de modelos (Van der Merwe et al., 2009). El propio análisis del legado de Núremberg parte de la base de la posibilidad de universalizar esta experiencia, con lo que los riesgos se aumentan al querer aplicar mecanismos de justicia penal internacional en contextos de conflicto armado y de profundas divisiones étnicas (Futamura, 2006).

Todo programa de justicia transicional debe cumplir con cuatro objetivos, a saber: primero, determinar la verdad de lo acontecido y así establecer un récord de las violaciones de los derechos humanos; segundo, lograr que se haga justicia, lo que no significa que ella sea necesariamente de tipo penal; tercero, la realización de una reforma democrática significativa, con el fin de construir instituciones que garanticen que las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario no se repitan; y cuarto, asegurar que se alcance una paz duradera, de modo que se asegure que el retorno de la violencia sea bastante improbable. La prelación por las visiones legalistas y filosóficas ha impedido que se desarrollen estudios de impacto de las políticas y, por tanto, que ignoremos los efectos concretos de los mecanismos de justicia transicional. Cómo lo afirma Neil Kritz, la investigación empírica es necesaria para determinar cuáles son las cuestiones en juego, especialmente cuando los actores internacionales están involucrados a través de políticas de cooperación internacional (Kritz, 2009).

El término *transitional justice* –que se ha traducido como justicia transicional o como justicia de transición– empezó a usarse a mediados de los años 1990s y como campo académico sólo vino a consolidarse a partir del año 2000. En el mundo hispano parlante, a pesar de la experiencia con mecanismos de justicia en épocas de transición, aún subsisten muchas confusiones con respecto a la naturaleza del campo y a sus contenidos y son escasos los estudios empíricos sobre el tema (Bell, 2008; Lewis, 1998).<sup>2</sup>

El término surgió por primera vez con referencia a los procesos de transición a la democracia en Europa Central y en América Central que tuvieron lugar desde finales de los años 1980s y la primera parte de la década de 1990s. Se pretendía dar cuenta de la transición del régimen político y de su relación

2. En Colombia, Argentina y Chile hay una abundante literatura sobre la transición a la democracia (en los casos de Chile y de Argentina) o al postconflicto (Colombia) y sobre las respuestas dadas desde el gobierno a las mismas. Pero sólo recientemente se ha enmarcado dentro de la tradición teórica del campo denominado justicia transicional.

con la justicia, esto es, se intentaba dar respuesta a la pregunta de cómo los regímenes que sucedían a un régimen autoritario daban cuenta de las graves violaciones de los derechos humanos. Los debates con respecto a la sanción de los responsables de graves crímenes en América Central y en el Cono Sur –especialmente el caso Pinochet en Chile– alimentaron las discusiones del campo y la necesidad de dar cuenta del pasado a través de la justicia penal en épocas de transición (Arthur, 2008). En esta discusión se miró a los referentes del pasado, que no habían sido concebidos como mecanismos de transición, y se construyó una genealogía de la justicia transicional entendida como justicia penal y retributiva que luego abrió paso a otros mecanismos menos represivos (Teitel, 2003). El término fue finalmente introducido por Neil Kritz en la colección que publicó el *United States Institute for Peace* USIP (Kritz, 1995). De acuerdo con Teitel, la justicia transicional puede ser definida como una concepción de la justicia asociada con periodos de cambio político, caracterizado por respuestas legales para hacer frente a los crímenes cometidos por regímenes represivos que preceden al régimen que aplica los mecanismos transicionales (Teitel, 2003).

En el año 2000 Ruti Teitel publicó su libro sobre justicia transicional en el que el término ya se utilizaba de modo más riguroso con el fin de analizar el papel de la justicia en el establecimiento del Estado de Derecho y del imperio de la ley durante las transiciones políticas y en donde se cubría no sólo el campo de la justicia penal, sino otros aspectos tales como la memoria, la verdad, los procesos administrativos de depuración de las instituciones, los vetos a personas para acceder a cargos públicos (*vetting*), y las transformaciones institucionales a través de los cambios constitucionales (Teitel, 2000). En el año 2002 Cherif Bassiouni introdujo el concepto de justicia postconflicto para hacer énfasis en la necesidad de mecanismos de justicia después de la transición política, sin embargo es un intento que confunde la justicia después de un gobierno autoritario con la justicia después de un conflicto armado, por lo que es un texto que no ha tenido mayor fortuna en la conformación del campo (Bassiouni, 2002). Hoy en día la práctica es amplia y variada, e incluso se cuenta con institutos especializados en las universidades de Oxford, Harvard, Notre Dame y Ulster –en el mundo anglosajón– y una revista internacional especializada con sede en la Universidad de Oxford. La Universidad de Wisconsin recoge las experiencias y la producción académica en el *Transitional Justice Data Base Project*. Los debates están ahora mucho más definidos y las experiencias del pasado son analizadas y revisitadas ahora con los lentes del campo denominado justicia transicional (Bell, 2008).<sup>3</sup> A nivel de centros de pensamiento encontramos que el Centro Internacional para la Justicia Transicional ICTJ (por sus siglas en inglés) tiene presencia en varios países y asesora a varios gobiernos en esta materia, por lo que se constituye en el centro de pensamiento más importante en esta materia. En España en algunos espacios académicos se observa la presencia de algunos trabajos sobre el tema, pero aún es necesario desarrollar un mayor trabajo de investigación, con tesis doctorales y trabajos de investigación, para poder afirmar que se trata de un campo consolidado.

A partir de la segunda mitad de esta década, el campo ha sido objeto de críticas con respecto a su alcance y a la efectividad de sus prácticas. Igualmente, se introducen en el análisis nuevos elementos tales como la justicia penal y la

3. En la bibliografía aportaremos algunas páginas webs con contenidos de justicia en épocas de transición y con documentos interesantes sobre el tema.

violencia de género en medio del conflicto armado; la desmovilización de las personas menores de edad; y la efectividad de los mecanismos en alcanzar sus objetivos de verdad, prevención y reconciliación. Incluso el término justicia transicional empieza a ser discutido, pues parece hacer referencia a una justicia no fundadora sino a una justicia que en sí misma es de transición, esto es una justicia especial, ad-hoc y sin vocación de permanencia en el tiempo. No obstante, Posner y Vermule consideran que los dilemas a los que se enfrenta la justicia transicional –como la retroactividad de leyes penales– no deben ser vistos como propios del campo, sino que corresponden a dilemas a los cuales se enfrenta todo sistema penal, la única diferencia es su dramatización en épocas de transición (Bell, 2008; Jakobs, 1994; Posner & Vermule, 2004).

En todo caso, la justicia de transición plantea preguntas acerca del valor del Estado de Derecho y del imperio de la ley durante las épocas de transición. Si la ley se supone permanente y estable, ¿cómo valerse de ella o del sistema de justicia para lidiar con situaciones de excepción como son las transiciones a la paz o a la democracia? Igualmente, surge la cuestión acerca de la validez de la justicia de transición, esto es, de jueces que en sí mismos son transitorios y que sólo existen en función de la transición a la democracia o a la paz, como es el caso de los tribunales penales internacionales, cuya existencia es ad-hoc y transitoria. Todo ello plantea preguntas novedosas al Estado de Derecho y plantea un debate que se ubica dentro de la cuestión normalidad vs excepción (Teitel, 2000).

El debate acerca de la naturaleza de la justicia transicional debe ser ubicado en los contextos en los cuales se produce. Existe la tendencia a concebir los mecanismos de justicia transicional como medios por los cuales se renuncia a hacer justicia y se opta por formas blandas de sanción o por formas de perdón y olvido. El marco actual de la justicia transicional impide que se desarrollen políticas de perdón y olvido, pues existe una serie de instrumentos internacionales que obligan a los Estados a averiguar la verdad y a sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Esto significa que cuando se habla de justicia para épocas de transición política no se hace referencia exclusiva a las políticas de perdón y olvido o a las comisiones de la verdad o a la justicia penal, pues todos ellos son mecanismos con los cuales los Estados se enfrentan a un pasado de abusos y violaciones y por tanto todos caen dentro del campo llamado “justicia transicional”.

Hoy en día se reconoce que los mecanismos de justicia transicional poseen una variedad muy amplia de tareas y de objetivos. De manera típica, los mecanismos de justicia transicional deben establecer un récord de los hechos producidos en el pasado con el fin de superar los actos de negación de la atrocidad, de la violencia y de los abusos; y con el propósito de obtener un reconocimiento público y oficial del sufrimiento de las víctimas. De acuerdo con Van der Merwe et al., los diversos mecanismos de justicia transicional deben alcanzar los siguientes objetivos:

- Restablecer la dignidad de las víctimas y promover su salud psicológica, dando terminación a la violencia y a las violaciones a los derechos humanos y previniéndolos en el futuro.
- Crear una memoria colectiva o historia común para un futuro que no esté determinado por el pasado de violencia.

- Establecer las bases para un orden político democrático que respete y que proteja los derechos humanos.
- Identificar a los arquitectos de la violencia pasada y excluir y establecer procesos de vergüenza para los autores de las violaciones.
- Legitimar y promover la estabilidad del nuevo régimen.
- Promover la reconciliación a través de las divisiones sociales.
- Educar a la población acerca del pasado y,
- Recomendar formas con las que evitar la repetición de futuras violaciones y atrocidades (Van der Merwe et al., 2009: 3).

Como se ve, se trata de un abanico muy amplio de objetivos, que puede conducir a la frustración en el desarrollo de los mecanismos de justicia transicional. Sin embargo, teniendo en cuenta que la mayor parte de los estudios se hacen con una perspectiva normativa, es normal encontrar en la literatura estas altas expectativas, así cómo es normal encontrar en la práctica un alto nivel de frustración.

Con el fin de evitar equívocos, a lo largo de este texto me refiero a la justicia en épocas de transición para designar el campo amplio de la impropriadamente denominada justicia transicional, reservando el término de justicia post-conflicto para referirnos al campo mucho más estrecho de la justicia que se aplica al final de un conflicto armado y el de justicia en tiempos de transición a la democracia para referirnos a casos en los que se da el tránsito de gobiernos autoritarios a gobiernos democráticos. Casos como los de España, Argentina, Chile y la Europa Oriental son ejemplos clásicos de justicia en tiempos de transición a la democracia; mientras que los casos de Núremberg, de Tokio, ex-Yugoslavia y Ruanda son casos típicos de justicia postconflicto. Sin embargo es preciso tener en cuenta que en algunos casos se dan situaciones de conflicto armado y de gobierno autoritario en los que se da el paso a la paz (normalmente negativa) y a la democracia, como en Guatemala y El Salvador (Ní Aoláin & Campbell, 2005), o casos de falsa transición, como en el proceso de negociación con los paramilitares en Colombia (Uprimny, 2006)<sup>4</sup>

A continuación me ocupo de analizar los diferentes mecanismos o modelos de justicia transicional. En la segunda parte me ocupo de analizar los principales debates que han ocupado la discusión en ese nuevo campo interdisciplinario que podemos denominar justicia en épocas de transición. Dado los límites de este trabajo no me ocupo de analizar en detalle las experiencias de justicia en épocas de transición, pero sí la utilizaré para ejemplificar los modelos y los conceptos que se estudian en las siguientes secciones.<sup>5</sup> En el futuro, conviene abrir un campo de estudios permanente de la teoría y de la práctica de la justicia en épocas de transición, con una revista permanente que recoja las experiencias y los análisis del mundo hispano y catalano-parlante y que permita consolidar el campo en los estudios académicos sobre las transiciones en Iberoamérica.

4. El caso colombiano es bastante complejo, pues para algunos es un caso de justicia postconflicto debido a la terminación del conflicto con las AUC. Sin embargo el conflicto con las FARC sigue vigente y nuevos actores, como las Águilas Negras, forman parte del conflicto armado. Asumiendo que ya no hay conflicto en Colombia, el gobierno ha desarrollado ciertas políticas postconflicto. Pero el hecho de que el conflicto persista y de que las AUC se hayan reincorporado al mismo como Águilas Negras, hace que sea mucho más prudente hablar de una falsa transición o de un falso postconflicto. De cualquier manera la administración de Álvaro Uribe considera que en Colombia no hay conflicto armado y que los grupos paramilitares ya desaparecieron. En contra de esta visión ver Valencia, 2007 y Valencia, 2009.

5. En todo caso, la colección dirigida por Kritz posee un impresionante estudio de casos. Ver Kritz, 1995.

El Estatuto de Roma de 1998, que creó la Corte Penal Internacional, establece por primera vez un tribunal verdaderamente internacional encargado del enjuiciamiento y sanción de aquellos individuos responsables de crímenes internacionales. Pese a que su creación se dio en 1998, la historia de la responsabilidad penal internacional de los individuos posee una larga tradición, pero podría afirmarse que sólo con el Tribunal Internacional Militar TMI con sede en Núremberg se estableció una verdadera responsabilidad penal internacional (Greppi, 1999; Futamura, 2006; Sands, 2003).

Hasta la creación del TMI en Núremberg, los Estados tenían una soberanía casi absoluta en sus territorios. El principio de no intervención en los asuntos internos de otros Estados se defendía con firmeza y los Estados sólo eran responsables internacionalmente por la violación de sus acuerdos internacionales. Típicamente el tribunal apto para esas disputas era la Corte Internacional de Justicia de La Haya, creada en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas ONU y que entró a funcionar desde 1946, reemplazando de ese modo a la Corte Permanente de Justicia Internacional, que fuera creada en 1921, dejando de funcionar en 1945. A nivel interamericano, en materia de violación de los derechos humanos, se encuentra la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se ocupa de juzgar a los Estados por violaciones a la Declaración Americana de Derechos Humanos.

La responsabilidad individual, por el contrario, era juzgada por los propios Estados, con frecuencia a través de la aplicación de la ley penal. Esto quiere decir que se establecía una clara separación entre el derecho penal y el derecho internacional. El primero se ocupaba de la aplicación de la ley penal para los individuos, y era por esencia nacional, en tanto el segundo se ocupaba de la responsabilidad internacional de los Estados (Greppi, 1999; Ratner, 2009).

El derecho penal internacional surge cómo el resultado de la necesidad de sancionar a los responsables de graves crímenes, que se consideran lesivos de toda la humanidad. Si bien hay una serie de medidas de tipo internacional dentro del derecho penal y procesal penal, como la extradición o el principio de jurisdicción universal, estas medidas apuntan al enjuiciamiento de individuos por parte de la justicia nacional de otros países, por lo que conviene denominarlo propiamente cómo derecho penal transnacional (Córdoba, 2001; Gil, 1999). El derecho penal internacional, por el contrario, se caracteriza por los siguientes elementos:

- Se juzga a los individuos por la comisión de graves crímenes de carácter internacional.

- El enjuiciamiento es hecho por una institución de carácter internacional, tal como la Corte Penal Internacional CPI o los Tribunales ad-hoc para la ex-Yugoslavia y Ruanda.
- Los crímenes que caen bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, el único tribunal de carácter permanente, son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, y los crímenes de guerra. El crimen de agresión fue objeto de muchos debates en la Asamblea de Plenipotenciarios de Roma en 1998, por lo que ante la ausencia de acuerdo se dispuso su inclusión luego de pasado un periodo de 7 años a partir de la entrada en vigor del estatuto. Esta fecha límite se cumplió en 2002, pero aún no se ha hecho la reforma del estatuto. El Grupo Especial de Trabajo sobre el Crimen de Agresión se reunió por última vez en mayo de 2008, por lo que el crimen de agresión continúa sin ser definido y, por tanto, fuera de la jurisdicción de la CPI.
- La CPI opera bajo el principio de complementariedad, por lo que sólo puede intervenir cuando los Estados no puedan o no quieran ejercer su propia jurisdicción.

Tradicionalmente las formas de justicia en épocas de transición se han referido exclusivamente a los casos en los cuales se hace uso de los sistemas de justicia penal para juzgar a las personas responsables de graves violaciones de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario. El sistema penal y el derecho penal son así investidos de la carga simbólica de hacer frente al pasado y de marcar el comienzo de la transición. El modelo de Núremberg es el epítome de este tipo de concepción, pues con él se simboliza el final de la guerra y el comienzo de la paz en Europa (Teitel, 2003).

Frente a los problemas que se han presentado para la investigación y enjuiciamiento de los perpetradores de graves crímenes, por los riesgos que representa para la estabilidad democrática o para la sostenibilidad de la paz, han surgido otros modelos de transición que apuntan al descubrimiento de la verdad como parte de un proceso de reconciliación, y cuyo modelo paradigmático son las Comisiones de la Verdad; o la reconstrucción democrática de la memoria, como parte de un proceso de reivindicación de quienes han sido víctimas de la violencia autoritaria. La justicia en épocas de transición asume diversas configuraciones y no se limita al campo restrictivo de la justicia penal.

En la literatura sobre la justicia transicional se discute el objetivo de la justicia penal de obtener una justicia retributiva y preventiva, por encima incluso de los objetivos de tener una democracia estable o una paz justa y duradera. Igualmente se discute respecto al hecho de si el objetivo de las comisiones de la verdad es la construcción de una memoria no judicial con el fin de obtener la reconciliación, el enjuiciamiento de los responsables; o si se trata simplemente de la construcción de una memoria simbólica que dé cuenta de algunos aspectos del pasado, pero no de los más importantes y sobre todo no de aquellos que puedan poner en riesgo la estabilidad del nuevo arreglo político entre las élites. Igualmente, existen dudas respecto de los procesos de memoria democrática, pues en algunos casos aparecen como sucedáneos de la justicia penal, precisamente para evitar que las élites que aún están en el poder deban responder por sus actos durante el periodo autoritario o durante el conflicto armado (Turner, 2008; Bell, 2008; Kritz, 1995).

Las élites en el poder toman una serie de decisiones en el momento de la transición. Tales decisiones determinan las decisiones futuras y a su vez están determinadas por el contexto histórico e institucional en el cual se dan. Para Huyse, dentro de los factores más importantes se encuentran el legado del pasado régimen, el contexto del derecho internacional, y el modo de transición y su impacto en el balance de poder entre el viejo y el nuevo orden (Huyse, 1995). Sobre todas estas cuestiones me ocupo en lo que resta de este trabajo.

El desarrollo de la justicia en épocas de transición puede ser dividida, para efectos analíticos en cuatro periodos diferentes, a saber:

- Prevalencia de políticas de perdón y olvido
- Prevalencia de políticas de justicia penal nacional y transnacional.
- Prevalencia de Comisiones de la Verdad con miras a un proceso de reconciliación.
- Prevalencia de justicia penal internacional y transnacional, sobre la base del ejercicio de la jurisdicción universal, con presencia de mecanismos de búsqueda no judicial de la verdad y de re-construcción democrática de la memoria.

Estas son meras categorías analíticas, lo que significa que en la mayor parte de los casos los modelos se encuentran mezclados. Por ello es preferible hablar de prevalencia y no de modelo puro, con el fin de dar cuenta de prácticas que pueden marcar la época, a pesar de que se den manifestaciones de los otros modelos.

El modelo de perdón y olvido se caracterizaba por una clara ausencia de la comunidad internacional en los asuntos internos de otros países, puesto que se suponía que los Estados eran soberanos absolutos dentro de sus territorios y, por tanto, cualquier crítica de otro Estado se consideraba intromisión indebida en los asuntos internos. Este periodo de perdón y olvido coincide con la hegemonía del modelo de Westfalia. Aunque hoy en día se dan políticas de perdón y olvido en algunos países, estas no pasan desapercibidas y son fuertemente criticadas por los organismos de derechos humanos (Lefranc, 2005).

El segundo modelo, dado por la prevalencia de la justicia penal, es una respuesta a los abusos cometidos con el pretexto de la soberanía absoluta de los Estados. Frente a los horrores de la Segunda Guerra Mundial, especialmente el genocidio en contra del pueblo judío, se crea el Tribunal Militar Internacional con sede en Núremberg, con el fin de juzgar a los más importantes criminales de guerra del régimen Nazi.<sup>6</sup> Se trata de un modelo basado en la retribución penal y en la idea de que la justicia penal internacional tendría un efecto preventivo importante. Esta experiencia generó uno de los primeros debates importantes en el campo de la justicia en épocas de transición, esto es, el debate acerca del balance entre la justicia y el respeto al Estado de Derecho y al principio de legalidad (*rule of law*). Los crímenes por los cuales fueron juzgados los criminales de guerra nazi no tenían una definición precisa en el derecho internacional y, debido a la legalidad de excepción establecida por Hitler, los actos cometidos no lo fueron en violación de la lega-

6. Si bien también hubo tribunales en las zonas ocupadas por Francia, Inglaterra, la Unión Soviética y los Estados Unidos, es poco lo que conocemos de ellos, con la excepción de los juicios adelantados por el gobierno de los Estados Unidos contra los abogados y jueces y contra los médicos del periodo nazi. Cfr. Muller, 1991.

lidad Nazi (Radbruch, 1962). La definición de los crímenes fue adoptada por los aliados en la Carta del TMI del 6 de octubre de 1945 (art. 6), con violación al principio de legalidad de los delitos y de las penas (Bassiouni, 1999). Además, se cometía una violación al principio del juez natural, pues se trataba de la creación de un tribunal ad-hoc, constituido con posterioridad a los hechos (Bassiouni, 2002; Bassiouni, 1999; Bassiouni, 1999a).

De acuerdo con Bassiouni, la tipificación de los delitos por la Carta del TMI presentaba problemas legales complejos. Se trataba de combinar los principios del derecho internacional con los principios básicos del derecho penal liberal, pues no se podía dar la impresión de que se estaba aplicando una justicia retroactiva o de que se trataba de una justicia de vencedores, al tiempo que se intentaba prevenir la comisión de actos similares en el futuro. Los aliados creyeron solucionar estos problemas tratando los crímenes de lesa humanidad como una extensión de la jurisdicción sobre los crímenes de guerra, por ello en la Carta se establecen dentro de la jurisdicción del tribunal los crímenes de guerra y el crimen de agresión, así como los crímenes de lesa humanidad que hubiesen sido cometidos dentro del marco de la guerra, esto es, con posterioridad a 1939 (Bassiouni, 1999). Pese a ello, lo cierto es que la creación del TMI y los posteriores juicios de las zonas ocupadas por las potencias aliadas vulneran diversos principios del derecho penal liberal, introduciendo de ese modo la discusión acerca de la relación entre la justicia y la legalidad en situaciones difíciles.

Con posterioridad a los juicios de Núremberg, la justicia internacional entró en un periodo de inactividad que sólo fue alterado con la creación de la Corte Penal Internacional en 1998. Pero en las zonas ocupadas y en países como Alemania e Israel hubo procesos nacionales en contra de los nazis, lo que hacía pensar que la justicia nacional iba a ser el modelo dominante del futuro. El fracaso de los enjuiciamientos en Argentina, Chile, Uruguay y Brasil mostró que las alternativas no estaban dentro de un marco exclusivamente penal y que era necesario buscar modelos alternativos que garantizaran justicia y democracia y justicia y paz (Arthur, 2009).

Un tercer modelo se caracteriza por la exclusión de la justicia penal y su reemplazo por la opción de mecanismos de construcción colectiva de la verdad. El caso paradigmático de este modelo es la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Suráfrica, en donde se creó una comisión de la verdad que tenía como función escuchar a los responsables de las graves violaciones y determinar, según el caso, si la persona merecía ser juzgada penalmente. En el caso surafricano se privilegió la verdad y la reconciliación por encima de la justicia penal, dando así lugar a un debate entre estos dos modelos de intervención en caso de transición. Sin embargo, las investigaciones recientes plantean serias dudas acerca del potencial reconciliador de la Comisión de la Verdad y, en su lugar, la critican por ser un factor generador de impunidad (Gibson, 2004).

Un cuarto modelo surge después de las críticas hechas al modelo de comisiones de la verdad y se caracteriza por el hecho de la existencia de un marco de derecho internacional que hace obligatorio el enjuiciamiento de los crímenes de derecho penal internacional, y que impide que los Estados desarrollen políticas de perdón y olvido. Por tanto, se hace una combinación entre justicia penal y construcción de la memoria a través de comisiones de la verdad y de la reconciliación. En algunos países, en particular en África, el

tema de la justicia penal es complementado con sistemas autóctonos de justicia o con mecanismos vernáculos de construcción de la memoria (Milton, 2007; Naidu, 2004; Bell, 2008).

Instrumentos internacionales como el estatuto de Roma de 1998, la Convención contra el Genocidio de 1948, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, y la Convención contra la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra de 1968, entre otros, contienen disposiciones que obligan a los Estados a sancionar a las personas responsables de la comisión de graves crímenes internacionales. A nivel de la jurisprudencia interamericana también se encuentran decisiones que declaran inválidas las leyes de amnistía que beneficien a los autores de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. En los casos *Barrios Altos vs Perú* (14 de marzo de 2001), *La Cantuta* (29 de noviembre de 2006) y *Anzualdo Castro vs Perú* (22 de septiembre de 2009), la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró que las leyes de amnistía violaban el artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos y que por tanto carecían de efectos jurídicos, lo que hace imposible que se lleven a cabo políticas de perdón y olvido, pues ellas por su naturaleza son inválidas.

El periodo actual se caracteriza por la mezcla de modelos. El caso colombiano es paradigmático al respecto: combinación de un modelo judicial nacional, con construcción de la memoria desde arriba y con amplios espacios de impunidad para los victimarios, todo ello sumado al ejercicio de la justicia estadounidense que hace posible la extradición y castigo en los Estados Unidos de los líderes de los grupos paramilitares bajo cargos de narcotráfico, pero afectando la búsqueda de la verdad y la sanción penal por los crímenes de lesa humanidad cometidos en Colombia. En todo caso los defectos del modelo colombiano, en donde no hay transición ni justicia, hacen que no pueda ser utilizado como una buena práctica a seguir. Otros modelos, como el de Timor y Sierra Leona, utilizan tribunales mixtos, pero los resultados en materia de sanción de los victimarios o en términos de reparación a las víctimas no son alentadores.

En este texto me propongo entonces analizar estos cuatro periodos, con cada uno de los modelos y debates, con el fin de dar cuenta de ese campo que se ha dado en llamar justicia transicional, y que en este trabajo llamaremos justicia en épocas de transición. Me ocuparé de analizar los modelos de justicia penal, de comisiones de la verdad y la cuestión de la memorialización. Igualmente, me ocuparé de los principales debates en el campo de la justicia en épocas de transición, a saber, los dilemas que se presentan entre la justicia frente a la paz; la justicia frente a la estabilidad democrática; y la justicia frente a la reconciliación.

Es preciso mencionar que la justicia penal es sólo uno de los mecanismos de justicia en épocas de transición. Teitel incluye dentro de la cuestión de la justicia a las reparaciones por la vía administrativa, a la construcción estatal de la memoria, a la aprobación de nuevas constituciones, etc (Teitel, 2000). Esto significa que es preciso tener cuidado en el uso del término justicia cuando se habla de la justicia en épocas de transición, pues al tiempo que puede referirse al trabajo de la judicatura en la tarea de administrar justicia, también puede referirse a modalidades no judiciales de lidiar con el pasado (Bassiouni, 2002).

Fletcher et al., en un estudio sobre las dinámicas de la justicia en épocas de transición, señalan que todos los mecanismos de este tipo de justicia, los juicios, las comisiones de la verdad, las reparaciones, las políticas de la memoria, y el cambio institucional, los análisis de seguridad para vetar a posibles candidatos/as a puestos públicos (vetting), así como los mecanismos alternativos, presentan cuestiones acerca de la verdad, la identidad nacional, la historia, los derechos humanos, las prácticas culturales, y el buen gobierno. Sin embargo, la literatura sobre el tema cada vez coincide más en el hecho de que no se trata simplemente de determinar si debe darse un juicio doméstico o un juicio internacional; o si debe tenerse una comisión de la verdad o un juicio penal; o si se debe optar por la justicia tradicional en vez de la justicia estatal; etc. (Fletcher, 2009). La pregunta más importante es, ¿cuál es el mecanismo más beneficioso para personas cuyas vidas han sido afectadas por la violencia o incluso destruidas por los autores de graves crímenes? En estos casos, como en todos aquellos que involucren cooperación internacional en materia de construcción de paz, la sensibilidad frente al contexto es importante, pues de lo contrario se pueden producir efectos no deseados que no solamente no conducen ni a la verdad ni a la reconciliación sino que pueden ser nuevos factores de violencia dejando a las víctimas doblemente afectadas, por el conflicto y por la ausencia de una justicia efectiva para ellas (Leonhardt, 2001; Leonhardt, 2008).

La justicia en épocas de transición es vista como una utopía realizable, pues permite a las sociedades movilizarse y actuar, pese a la existencia de los múltiples desafíos que enfrentan los Estados frágiles o en situaciones de fragilidad. De acuerdo con el informe de la ONU sobre el Estado de Derecho y la justicia en épocas de transición:

...la tarea de ayudar a sociedades desgarradas por la guerra a restablecer el Estado de Derecho y superar abusos pasados cometidos a gran escala, todo ello dentro de un contexto marcado por unas instituciones devastadas y unos recursos agotados, y con una seguridad debilitada y una población traumatizada y dividida, es difícil cuando no abrumadora. Para llevarla a cabo es preciso prestar atención a múltiples deficiencias, entre ellas las relativas a la falta de voluntad política para introducir reformas, de independencia institucional en la administración de justicia, de capacidad técnica en el país, de recursos materiales y financieros, de confianza de los ciudadanos en el gobierno, de respeto de los derechos humanos por los poderes públicos y, más en general, de paz y de seguridad (ONU, 2004).

Al final de este trabajo espero haber contribuido a una definición más clara del campo y de sus modelos y de haber dado cuenta de algunos de sus debates más importantes.

### 3. LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL COMO MECANISMO PARA LIDIAR CON EL PASADO

Los mecanismos de justicia en épocas de transición buscan mantener el orden y a la vez establecer una nueva legitimidad. A la vez que cuestionan la legalidad del régimen anterior, estos mecanismos pretenden establecer una continuidad con una legalidad anterior a los crímenes, pues sólo de esa manera puede garantizar la legitimidad de las medidas de transición. La justicia penal internacional surge como un mecanismo que devuelve legitimidad a las actuaciones estatales, pero eso lo hace a través de la imposición de una legalidad foránea. El reto consiste entonces en incorporar la legalidad internacional al derecho interno, y en hacerlo de una manera tal que garantice la continuidad del sistema legal (Leebaw, 2008; Bergsmo et al., 2007).

En julio de 1998, la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional aprobó su Estatuto, luego de una historia de casi cincuenta años por crear un tribunal de esta naturaleza. Una vez sumadas las 60 ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, la CPI entró en pleno funcionamiento en el año 2002, con jurisdicción sobre los crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad, quedando pendiente la definición de los elementos del crimen de agresión.<sup>7</sup>

La CPI es el resultado de un largo proceso de establecimiento de un tribunal penal internacional que de manera permanente se ocupará de sancionar a los individuos responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. La CPI se convierte así en el primer tribunal penal internacional de carácter permanente en juzgar a los individuos por crímenes internacionales. Su diferencia con los tribunales que le precedieron es que los de Núremberg y de Tokio eran ad-hoc y transnacionales, al punto que han sido con frecuencia denominados justicia de vencedores; en tanto los de Ruanda y la antigua Yugoslavia son ad-hoc, aunque sí son verdaderamente internacionales, al ser creaciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (Li, 2003; Bassiouni, 2002; Kitchaisaree, 2002).

La CPI no es el primer intento de crear un tribunal internacional que se encargue del enjuiciamiento de las personas responsables de crímenes con posterioridad a la guerra. En esta sección me quiero ocupar de dos aspectos: en primer lugar de la relevancia de la justicia penal para dar cuenta del pasado y, en segundo lugar, de las experiencias históricas de justicia penal internacional y transnacional, que van desde el intento de creación del tribunal de Leipzig hasta los tribunales internacionales ad-hoc creados por el

7. Sobre el crimen de agresión ver *Supra*, pp. 8.

Consejo de Seguridad de la ONU. La discusión acerca de la historia del derecho penal internacional nos permitirá dar cuenta de un aspecto importante, que es el de la importancia de la justicia penal internacional como mecanismo de presión para el enjuiciamiento a nivel nacional y cómo instrumento para alcanzar la paz.

El modelo derivado de la Corte Penal Internacional se construye sobre el modelo de Núremberg y trata de solucionar los problemas y las críticas surgidas en contra del mismo. En este marco se define a la justicia como la necesidad moral y legal de combatir la impunidad por graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Se afirma que la justicia penal es una condición necesaria para alcanzar o solidificar la paz, para alcanzar la reconciliación y para promover la democracia, de manera que se minimiza el riesgo de caos y de anarquía (Matwijkiw, en Bassiouni, 2002: 155).

Frente a una perspectiva de realismo político que plantea políticas de perdón y olvido para alcanzar la paz, este modelo plantea un marco dentro del cual este tipo de violaciones no se quedan sin sanción. En los últimos sesenta años se ha desarrollado un modelo que propone la sanción de éstas conductas y que no deja espacio para la impunidad. De acuerdo con Cherif Bassiouni, la *realpolitik* conduce a la impunidad porque los gobiernos negocian la responsabilidad a cambio de la solución inmediata de los problemas que presentan las transiciones, pero fracasan en producir una paz duradera y sostenible en el largo plazo y en alcanzar la estabilidad y la reconciliación. Los partidarios de la *realpolitik*, por el contrario, afirman que las posiciones *justicialistas* pecan de idealismo y hacen imposible alcanzar la paz en el corto o mediano plazo, pues las partes en un proceso de negociación de paz o de transición a la democracia carecen de incentivos para dejar las armas o para dejar el ejercicio de poder si saben que una vez en transición deberán ser llamados a responder por sus crímenes (Osiel, 2000).

Sin embargo, un modelo de elección racional es claramente inadecuado para analizar las condiciones en las cuales se da un proceso de paz, pues las transiciones responden a diferentes condiciones como son la pérdida de poder de las fuerzas armadas, la presión internacional, las crisis económicas, etc., que impiden que los actores en la negociación maximicen sus intereses. En último término, la existencia de una justicia penal fuerte después de la transición depende de las condiciones en las cuales se deja las armas o el poder; por ello es importante analizar el contexto dentro del cual se produce la transición, si ésta se hizo desde arriba o desde abajo, desde adentro o desde afuera, etc. El caso chileno muestra de qué manera la existencia de unas fuerzas armadas fuertes, dentro del marco de un proceso de transición desde arriba, es un obstáculo para que se hagan juicios penales a nivel nacional. A la vez, la imposibilidad de desarrollar juicios penales dentro del país justifican la existencia de enjuiciamientos transnacionales, por la vía del principio de jurisdicción universal, o por la vía de los tribunales penales internacionales (Arthur, 2009).

Lo cierto es que ha habido un desarrollo importante en el derecho penal internacional que impide la impunidad para los autores de crímenes internacionales. La existencia de este marco normativo y la existencia de una Corte con jurisdicción sobre esos crímenes hacen que los procesos de negociación se vean limitados en sus alternativas. Dicho de otro modo, las políticas de

perdón y olvido no encuentran sustento en el derecho internacional, y por ello su adopción siempre corre el riesgo de la nulidad debido a la violación del derecho internacional.<sup>8</sup>

La pregunta fundamental a la que se intenta dar respuesta con la justicia penal es si ésta puede romper con el pasado y, a la vez, si posee la capacidad para establecer un nuevo orden para el imperio de la ley. Dado que la justicia nacional se enfrenta con el problema de la continuidad y el cambio, la expectativa de la justicia internacional y el marco de derechos y de sanciones establecidos en el derecho internacional sirven para dotar de continuidad y de legitimidad a los enjuiciamientos nacionales. Sobre este punto me ocupo a continuación.

### 3.1. ¿PUEDE LA JUSTICIA PENAL DAR CUENTA DEL PASADO?

La pregunta fundamental que se plantea con respecto a la justicia penal en su capacidad de dar cuenta del pasado, es precisamente aquella que planteara el juez Robert H. Jackson en su presentación ante el Tribunal de Núremberg. Para Jackson era un hecho fundamental que los crímenes cometidos fueran sancionados por un tribunal penal, pues la humanidad no se podría dar el lujo de ignorarlos ya que en su sanción estaba en juego precisamente la supervivencia de la humanidad misma. Por ello consideraba importante que se sancionara no sólo a los criminales menos importantes sino sobre todo a los planificadores y organizadores de la guerra, a quienes con sus órdenes fueron responsables de estos crímenes (Jackson, 1947; Hockett, 1990).

Sin embargo la pregunta no tiene una respuesta tan clara como lo plantea Jackson. En los casos de transición de gobiernos autoritarios, los gobiernos democráticos se han visto enfrentados a la exigencia de sanción de los excesos de la dictadura frente a los riesgos que para la estabilidad democrática ello trae. El derecho penal puede traer algún tipo de justicia para las víctimas, pero esa justicia depende de la existencia de la democracia que, de manera paradójica, precisamente es puesta en peligro por la existencia de los juicios penales. Frente a las posiciones sancionatorias –que algunos califican de idealistas– surgen las posiciones pragmáticas o realistas.

Dentro del campo de las posiciones pragmáticas encontramos quienes sostienen la no punibilidad por razones políticas, señalando que el juicio penal puede ser un obstáculo a la transición o a la sostenibilidad de la paz y de la democracia. Dentro de este campo también encontramos autores que, amparado en un argumentación normativa, sostienen que el derecho penal no supera el pasado y que precisamente el pasado se supera con una política de perdón y olvido (Jakobs, 1994).

Desde una perspectiva exclusiva de derecho penal se asume que la pena tiene dos funciones, una preventiva y otra retributiva. Existe un cierto consenso

8. Sobre este punto es importante notar que algunas normas del derecho penal internacional son normas de *jus cogens*, por lo que son de obligatorio cumplimiento para los Estados. Igual, la práctica muestra que pasado un periodo de impunidad los Estados vuelven al pasado y declaran la nulidad de las leyes de perdón y olvido (Bassiouni, 2002). Sobre la jurisprudencia interamericana con respecto a la nulidad de las leyes de amnistía ver Supra, pp. 11.

acerca del hecho de que la pena no puede ser mera retribución o castigo pues eso implicaría confundirla con la moral, por lo que se afirma la necesidad de que la sanción penal cumpla una función preventiva. Sin embargo, aquí radica el problema para algunos autores, pues consideran que en algunos casos es innecesario acudir al derecho penal y a la justicia penal, ya que una vez superado el régimen autoritario no hay nada que prevenir y, por tanto, no es necesario ni legítimo aplicar una pena con fines meramente retributivos.

Frente a la idea de imponer sanciones penales, se lanzan críticas considerando que se trata de afirmaciones moralistas que no reconocen la necesidad de que haya paz, incluso por encima de la sanción de los responsables. De acuerdo con este tipo de críticas, la pretensión de sancionar a los responsables conduce a una paz inestable y desconoce la existencia de las relaciones de poder dentro de los países, lo que impide que se de una política de sanciones penales. Sin embargo, al mismo tiempo es necesario tener en cuenta que la pena tiene un efecto preventivo y educativo, y se busca con ella que la ciudadanía y las elites en el poder no solo no cometan delitos en el futuro sino que encuentren en el hecho de la sanción un factor educativo que les enseñe la importancia del respeto a los derechos que se buscan proteger con la sanción penal. Como afirma Akhavan, la no sanción de las atrocidades cometidas contra la población civil –refiriéndose al caso de Yugoslavia– envía un mensaje negativo a los potenciales agresores, indicándoles que tales crímenes pueden ser cometidos con impunidad y por tanto termina brindando estímulo y razones a los perpetradores para que acudan a la violencia masiva, pues aprenden que la violencia es un mecanismo eficiente para alcanzar el poder y que la justicia no hace ni puede hacer nada para detenerlos (Akhavan, 1998).

No obstante, la prevención supone la existencia de causas determinadas e identificables del comportamiento criminal que se quiere eliminar con la sanción penal. Además, supone que el comportamiento sancionado no es normal ni generalizado, pues no tendría sentido que el sistema penal se ocupara de sancionar comportamientos que la sociedad no percibe como negativos, o comportamientos que son tan comunes que desbordan la capacidad de acción del sistema. Tal es el caso de los juicios en Alemania y en Japón. En el primer caso se resalta el hecho de que los actos por los que fueron juzgados algunos de los abogados y jueces del régimen nazi eran legales conforme a la legalidad alemana. De la misma manera, y éste es el caso del cual se ocupa Gunther Jakobs, el enjuiciamiento de los guardias apostados en el muro de Berlín y con órdenes de disparar a quienes lo intentaran cruzar plantea precisamente el problema de la sanción a personas que defendían una legalidad violenta que ya no existe y que no tiene posibilidad de resurgir en el futuro. En el caso de Japón, una investigación reciente muestra que la población japonesa no ha percibido ningún efecto reconciliador en los juicios realizados por el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente con sede en Tokio, pues lo consideraba justicia de vencedores (Minear, 1971; Futamura, 2006; Futamura, 2008).

En otros casos, como el de la antigua Yugoslavia o el de Ruanda, los eventos son el resultado de situaciones excepcionales que precisamente muestran la necesidad de una sanción que demuestre la vigencia de la ley penal, sin embargo, al lado de la sanción penal se precisa de medidas que se ocupen de las causas del conflicto y de la construcción de la paz, pero ello es una tarea que corresponde más a la cooperación internacional que al sistema de justicia penal.

Para Jakobs, la pena se justifica si es posible realizar la imputación del acto a un sujeto como suyo y no como el resultado de hechos que él o ella no pudieron controlar y, por tanto, también debe ser necesaria para restablecer la vigencia de la norma. En su análisis de los juicios de Núremberg, Jakobs concluye señalando que lo que estaba en juego era un juicio al propio Estado Nazi y a su legalidad y esto precisamente conduce a la suspensión del principio constitucional de prohibición de la no retroactividad. En su análisis de los crímenes cometidos por los guardias de la frontera en el muro de Berlín, Jakobs afirma que los hechos no son imputables como ilegales –la norma era válida dentro de la República Democrática Alemana; no hay necesidad de pena, pues el régimen ya desapareció; y por ello sugiere que la mejor forma de superar el pasado es a través de una política de perdón y de olvido. En cuanto a las víctimas entiende su deseo de venganza, pero afirma que el Estado no ejerce venganza y no reacciona solamente contra el daño causado a ellas. “El Estado reacciona más bien contra el daño a la generalidad, al quebrantamiento del derecho, y ello, por cierto, libre de la emoción con al cual la víctima se dirige como víctima, a su opresor” (Jakobs, 1994: 154).

Uno de los problemas fundamentales que enfrenta la justicia penal es el relacionado con el respeto al principio de legalidad. Dado que en estos casos el Estado y la propia judicatura son responsables de las violaciones cometidas por el régimen pasado, el nuevo régimen se ve en la difícil posición de legitimar su legalidad –que desea que sea permanente y estable– a través de una legalidad de transición, que es inestable y sobre todo que está marcada por la política de la transición. En los debates Radbruch-Hart-Fuller, lo que está en discusión es la idea de continuidad del nuevo régimen y la discontinuidad con el pasado, pues no de otra manera se concibe que se juzguen a los funcionarios del régimen derrotado por actos que eran legales bajo la legalidad anterior. Tanto Fuller como Radbruch sostienen que la legalidad pasada no era válida y por tanto no era existente, por lo que los actos de los nazis eran arbitrarios y no amparados por norma alguna; en tanto para Hart, la norma positiva es válida y por ello mismo es vinculante, lo que impide el enjuiciamiento de quienes sólo se limitaban al cumplimiento de una legalidad violenta.

Dado estos dilemas que pone la justicia nacional, no es casual que se acuda a la justicia internacional y al derecho internacional para dotar de legitimidad a las actuaciones del nuevo régimen. La respuesta de Radbruch al dilema del principio de legalidad apunta a la existencia de un derecho supralegal, que naturalistas como Fuller remiten a los derechos naturales del ser humano. Este derecho supralegal en Radbruch no se encuentra en una idea abstracta del derecho natural sino en el marco legal establecido por el derecho internacional, o por lo menos en proceso de establecimiento al momento en que Radbruch escribía. Así, el derecho internacional se convierte en una fuente de legitimidad y de continuidad en los juicios realizados durante las épocas de transición (Radbruch, 1962).

Los juicios penales realizados por las cortes internacionales o por las cortes nacionales pero dentro de un marco de derecho penal internacional, se caracterizan por ser vistos como juicios que buscan superar la arbitrariedad política del pasado. Se trata de juicios que buscan precisamente señalar el imperio de la ley y, por ello, el fin de la política. La ley es vista de esta manera como antipolítica, ello a pesar de que se trata de juicios que tienen un alto contenido político, aunque en este caso lo que buscan es el establecimiento de una *rule of law* de tipo liberal. El nuevo imperio de la ley sirve para esta-

blecer una ruptura con el pasado y para condenarlo como contrario al imperio de la ley y al Estado de Derecho liberal (Osiel, 2000; Teitel, 2000).

En todo caso, es necesario señalar que la construcción de la paz y la sanción a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario no deben ser vistas como actividades contradictorias, pues si bien la sanción penal puede afectar un compromiso de estabilización de corto plazo, sí cumple una función importante en la construcción de la legitimidad estatal en el largo plazo (Anten, 2009; Anten, 2009a). Las concesiones a corto plazo pueden afectar la efectividad del derecho penal internacional y enviar el mensaje errado de que este tipo de conductas graves no serán sancionadas.

Como señala Human Rights Watch en un informe en el que analiza el uso de la justicia penal en la transición de varios países, el derecho internacional ha evolucionado en los últimos años a un punto en el que tanto la paz como la justicia son los objetivos a alcanzar, es decir, que la justicia no puede ser más la sacrificada en los procesos de transición a la democracia o a la paz. En todo caso los acuerdos de paz se hacen dentro de un marco de derecho penal internacional que impide que la cuestión de la justicia penal caiga en el olvido. La justicia puede ser vista como penosa e incluso inconveniente, pero en todo caso como una alternativa mejor que la impunidad (Human Rights Watch, 2009).

Frente a las críticas formuladas a la transitoriedad de la *rule of law* propia de los momentos de transición, quienes proponen la sanción de los responsables encuentran que su legitimidad radica en la continuidad establecida por el derecho penal internacional. Sin embargo, el análisis resulta falaz, pues de la existencia de condiciones normativas para realizar los juicios, concluyen que políticamente es prudente hacerlo. En otras palabras, una es la discusión acerca de la validez de los juicios penales, una discusión ya superada en el derecho penal internacional; y otra es la discusión acerca de su necesidad o posibilidad política, dadas las condiciones de la transición y la fortaleza relativa de los actores de la misma (Osiel, 2000).

### 3.2. ANTECEDENTES DE JUSTICIA PENAL TRANSNACIONAL E INTERNACIONAL

La apelación a la justicia penal como forma de lidiar con el pasado no se da sobre la base de argumentos relacionados con la finalidad preventiva de la aplicación de la sanción, sino de manera extraordinaria sobre la base de los posibles efectos, no probados, de la no aplicación de la sanción. Esto es, en los argumentos que se dan a favor de la justicia penal el peso de la argumentación recae sobre los riesgos que el nuevo régimen correría en el evento de no sancionarse a los líderes del régimen pasado o a los perpetradores de graves crímenes. De acuerdo con Teitel, los juicios penales ofrecen la oportunidad de expresar la condena a los hechos cometidos por el régimen pasado y la legitimación del nuevo régimen, lo que se considera necesario para la consolidación de la paz y de la democracia. En estos periodos la ley tiene menos un carácter fundacional que un carácter transicional, pues el mensaje político que envía no sólo está en contradicción con su vocación antipolítica sino también con su intención de establecer un régimen estable y permanente (Teitel, 2000: 30).

El modelo sobre el cual se construye la justicia penal en épocas de transición es el de Núremberg y lo que desde entonces se viene denominando derecho penal internacional. La justicia penal internacional surge como una respuesta a la inacción de los Estados en la sanción de las personas responsables por la comisión de graves crímenes internacionales. Como se señalaba anteriormente, el hito fundamental que abre el camino para una justicia penal internacional es el Tribunal Militar Internacional con sede en Núremberg. Sin embargo con anterioridad hay algunos intentos de justicia internacional y, aunque con el fin de combatir a la piratería, en el derecho penal se contempla el principio de jurisdicción universal que permite el enjuiciamiento de personas responsables de ciertos crímenes graves con independencia de la nacionalidad de la víctima y del victimario.<sup>9</sup>

Una vez terminada la Primera Guerra Mundial, los aliados buscaron el enjuiciamiento de las personas responsables de la guerra, en particular del Kaiser Guillermo II. El artículo 227 del Tratado de Versalles (1919) disponía la creación de un tribunal internacional para el enjuiciamiento del Kaiser. Sin embargo, éste recibió asilo en Holanda y no fue posible su enjuiciamiento.<sup>10</sup> Frente a ello, los aliados optaron por el juicio de los principales criminales de guerra por parte de la Corte Suprema de Justicia de Prusia con sede en Leipzig, pero los juicios fueron demorados, no se juzgó a todos los responsables y del escaso número de aquellos que sí lo fueron (sólo 12), seis fueron declarados inocentes. Pese al fracaso que representó este juicio durante la I Guerra Mundial, lo cierto es que se constituyó en un antecedente que posteriormente fue tenido en cuenta en el desarrollo del derecho penal internacional, pues no solo sirvió de modelo de aquello que no debía hacerse, sino que también mostró la importancia de que el enjuiciamiento se hiciera sobre la base de atribución de responsabilidades individuales y no colectivas. El Tribunal de Núremberg retomará esta idea de la responsabilidad individual y de la sanción por el crimen de agresión.<sup>11</sup>

Durante el transcurso de la II Guerra Mundial y cuando ya era evidente que los países aliados iban a ganar la guerra contra Alemania, Italia y Japón, se desarrollaron reuniones en la ciudad de Londres como consecuencia de las cuales se aprobó la Carta de Londres del 8 de agosto de 1945 por medio de la cual se estableció el Tribunal de Núremberg. Se trata del primer tribunal transnacional, junto con el de Tokio, se ocupó del enjuiciamiento de los criminales más importantes de la II Guerra Mundial. Existe consenso respecto al hecho de que se trataba de un tribunal que estableció una justicia de vencedores y que en el proceso de alcanzar la sanción de los responsables de muchos de los crímenes cometidos durante la guerra vulneró algunos principios del Estado de Derecho, como son el principio de legalidad de los delitos y de las penas y el principio del juez natural, que prohíbe la creación de tribunales penales ad-hoc (Li, 2003; Bassiouni, 2002; Bassiouni, 1999).

9. El caso español es diferente, pues en el enjuiciamientos de las dictaduras chilenas y argentinas se presentaron casos en los cuales las víctimas eran españolas. Sin embargo, recientemente las cortes españolas aprobaron una ley que prácticamente deja sin efectos el principio de jurisdicción universal, lo cual ha generado críticas de diferentes sectores que forman parte de la comunidad defensora de los derechos humanos.

10. Esta experiencia llevaría luego a la reforma del régimen normativo del asilo, de modo que no fuera posible esgrimir este derecho en los casos de crímenes internacionales (Bassiouni, 1999).

11. Una crítica de este cambio se encuentra en Carl Schmitt. (Schmitt, 2002 y Schmitt, 2006). Sobre la historia de la responsabilidad penal individual en el derecho internacional, ver Greppi, 1999.

Igualmente, el juicio de Núremberg ha sido criticado por la forma en que eran escogidos los jueces y los propios procesados, lo que produjo una politización indebida de la justicia. Se abusaba de la discrecionalidad judicial y el proceso estaba cargado de irregularidades. Tanto el Tribunal de Tokio, como el de Núremberg y los juicios de las zonas ocupadas pasaron por alto los crímenes cometidos por los aliados e, incluso, con el fin de contar con un aliado en la guerra fría que ya hacía su aparición, se abstuvo de llevar a juicio a los italianos responsables de graves crímenes y de la participación italiana en la guerra. Sin embargo, el Tribunal de Núremberg sí sentó un precedente en la sanción de los individuos responsables de graves crímenes, y por ello en la sentencia del 1 de octubre de 1946 señaló que “los individuos pueden ser sancionados por las violaciones del derecho internacional. Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres (sic), no por entidades abstractas, y sólo sancionando a los individuos que cometen tales crímenes pueden ser reforzadas las previsiones del derecho internacional”.

En 24 de octubre 1945 entró en funcionamiento la Organización de las Naciones Unidas ONU. El 9 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la ONU aprobó la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, uno de los primeros instrumentos aprobados por este organismo internacional. En la Convención de 1948 se proponía la creación de un tribunal penal internacional para el enjuiciamiento del delito de genocidio (Benavides, 2003). Con posterioridad, en el seno de la ONU se propondría la creación de un código de crímenes contra la humanidad que tipificara como delitos al genocidio, a los crímenes de lesa humanidad y a los crímenes de guerra. Se incluía el crimen de agresión, pero su definición ha sido siempre fuente de discusiones, al punto que incluso no se cuenta actualmente con una definición del mismo, y por tanto está fuera de la jurisdicción de la CPI. Durante casi cincuenta años hubo diversos intentos por la creación de un tribunal penal internacional, pero siempre hubo una serie de obstáculos que lo impedían. Por ello Bassiouni afirmaba que la principal víctima de la Guerra Fría fue la justicia, pues crímenes como los cometidos en Vietnam o en Camboya, para mencionar solo dos, permanecen impunes, y sólo en el caso de Camboya se ha creado recientemente un tribunal mixto con pocas probabilidades de éxito (Bassiouni, 1999; Bassiouni, 1992; ICTJ, 2009).

El Tribunal Internacional de Núremberg tenía como objetivo principal la sanción y la retribución, y significa el triunfo de la imposición de una idea de la justicia por encima de la visión vengativa de Henry Morgenthau, que quería reducir al pueblo alemán a una mera condición agrícola. Con las funciones de retribución, se querían alcanzar los objetivos de educación del pueblo alemán y la construcción de un Estado democrático y respetuoso del imperio de la ley. Pero al lado de ello, el gobierno de los Estados Unidos promovió juicios locales y un proceso de limpieza de las instituciones estatales conocido como desnazificación, al cual se negaron a tomar parte personas seriamente comprometidas con el régimen anterior como Carl Schmitt y Martin Heidegger. Sin embargo, pese al fracaso tanto de los juicios de las zonas ocupadas como de los procesos posteriormente iniciados por el nuevo Estado alemán, lo cierto es que el objetivo final de paz y de democracia dentro de un Estado respetuoso de la ley y de los derechos fue alcanzado, lo que ha llevado a David Cohen a señalar los efectos paradójicos de la justicia en épocas de transición y a resaltar la importancia de determinar claramente qué se entiende por justicia así como los objetivos de corto y de largo plazo de la transición (Cohen, 2008).

El uso de la justicia penal en los casos de graves violaciones pareció entrar en un punto muerto después de 1946. La opción por los tribunales internacionales y casos como el argentino y el chileno mostraban la dificultad de la realización de juicios nacionales en los casos en los que los victimarios, en esos casos las Fuerzas Armadas, conservaban cuotas de poder tan importantes como para evitar que las nuevas élites gobernantes quisieran comprometer la paz o la estabilidad democrática a cambio de la justicia. Al mismo tiempo, el marco normativo que imponía la obligación de enjuiciamiento no estaba suficientemente desarrollado o no se daban los consensos internacionales necesarios para considerarlas normas de obligatorio cumplimiento.

Sin embargo esta situación cambió como consecuencia de los graves crímenes cometidos en el territorio de la antigua Yugoslavia y en Ruanda. La Comisión creada por el Consejo de Seguridad de la ONU para investigar los hechos acaecidos en la antigua Yugoslavia, pese a los múltiples obstáculos que encontró, entregó un informe en 1994 en donde documentaba la magnitud del genocidio. Debido a las presiones internacionales para que el caso no alcanzara una dimensión internacional, la comisión fue cesada en sus funciones a partir del 30 de abril de 1994. Previamente se había creado el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, mediante la Resolución 827 de 1993 del Consejo de Seguridad y con jurisdicción para investigar crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y el crimen de genocidio cometidos en el territorio de la antigua Yugoslavia desde el 1º de enero de 1991, sin importar el bando que lo hubiera cometido (Bassiouni, 1999a).

Dada la magnitud de los crímenes y la baja capacidad de actuación de la fiscalía y del tribunal, su efectividad ha sido limitada y no se percibe que dentro de Serbia y Croacia se vean estos enjuiciamientos como legítimos. En un análisis de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, Paul Tavernier sostiene que con “la necesidad de garantizar el mantenimiento de la paz se podría favorecer, tal como se ha hecho resaltar en muchas ocasiones, la impunidad de algunos altos cargos y obstaculizar la eficacia de los tribunales. De hecho, para llegar a un acuerdo de paz, la comunidad internacional debe negociar con las mismas personas que han asumido responsabilidades más amplias y que han sido objeto de una acusación formal ante el Tribunal (es característico el caso Karadzic y el de Mladic, a quienes no se ha podido arrestar, a pesar de haber sido descartados de la escena política oficial tras los acuerdos de Dayton)” (Tavernier, 1997). Es importante destacar que Karadzic fue arrestado en Serbia el 21 de julio de 2008 y en este momento enfrenta cargos por genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. En todo caso, tanto el arresto de Karadzic como el de Milosevic, quien murió en prisión sin alcanzar a ser juzgado, sólo fueron posible gracias al cambio de gobierno en Serbia y a la necesidad de legitimidad internacional que el nuevo presidente tenía (Milanovic, 2009).

Mediante la Resolución 935 de 1994 el Consejo de Seguridad de la ONU creó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, con el fin de investigar y sancionar a los responsables de los graves crímenes cometidos en los enfrentamientos entre los Hutus y los Tutsis en el año 1993 en Ruanda. Pese a la importancia y a la magnitud de los crímenes cometidos, la Comisión de Investigación de los hechos solo tuvo un periodo de cuatro meses de existencia y, lo que es peor, la Fiscalía del Tribunal es la misma Fiscalía del Tribunal para la antigua Yugoslavia, por lo que la capacidad de investigación y de enjuiciamiento del tribunal se ve seriamente afectada. Son varias las críticas

que se han formulado al Tribunal para Ruanda. Estas críticas no sólo se dirigen a su ineficiencia, pocas sentencias en todo su tiempo de trabajo; sino a su insensibilidad en temas como la violencia de género en medio del conflicto armado. A pesar de todos los elogios a la doctrina sentada en el caso Akayesu, una investigación del 2005 muestra la falta de voluntad de la fiscalía en llevar a cabo investigaciones por violencia sexual y de género. En el juicio a Butare, los jueces permitieron preguntas ofensivas de la defensa así como ataques de su parte. En uno de los largos interrogatorios que los jueces permitieron, el abogado defensor cuestionó a la testigo preguntándole si se había bañado y puso en duda la existencia de la violación pues, según el abogado defensor, la víctima tenía mal olor. Frente a este comentario los jueces estallaron en risas, sin que luego recibieran llamado alguno de atención o al menos se disculparan con la víctima (Nowrejee, 2005).

Luego de un periodo de casi treinta años sin nuevas propuestas para la creación de un tribunal penal internacional de carácter permanente, en el año 1990 resurgen los esfuerzos para codificar los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Estos nuevos esfuerzos se construyen sobre el trabajo de codificación realizado en 1954 –suspendido por la Guerra Fría– y es así que en 1991 y 1996 se avanza en el trabajo de codificación. En 1995 se creó un Comité Preparatorio para el establecimiento de una Corte Penal Internacional, el cual presentó un proyecto final para discusión de la reunión de plenipotenciarios en Roma. El 17 de julio se aprueba el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, un tribunal internacional de carácter permanente, con jurisdicción sobre los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, y el crimen de agresión. La trascendencia de la CPI es expresada por Bassiouni de la siguiente manera:

La impunidad no puede seguir siendo la recompensa de aquellos que cometen los más atroces crímenes internacionales y violaciones contra los derechos humanos. Además de los tantos criminales que nunca han sido procesados por los tribunales ad-hoc establecidos después de ciertos conflictos internacionales, un número mayor de criminales en conflictos internos han evadido a la justicia. El tamaño del daño humano que se ha producido desde la segunda guerra mundial por los conflictos de carácter no internacional –puramente conflictos internos y victimización por regímenes tiránicos– excede enormemente la suma de muertes en las dos guerras mundiales. Sin embargo, la abrumadora mayoría de perpetradores se ha beneficiado de la impunidad.

Aunque un sistema de justicia internacional puede que no detenga conflictos futuros, sí reivindicará a las víctimas de crímenes internacionales y nos recordará a nosotros y a las futuras generaciones del sufrimiento de las víctimas y los errores de los perpetradores [...]. Por eso es que aquellos que pueden, deben hablar. Porque a través de la crítica a los procesos jurídicos y políticos defectuosos que se han desarrollado en el pasado, se sirve la justicia como ésta debe ser en el futuro (Bassiouni, 1999: 102).

Al mismo tiempo que se desarrollaba el proceso de creación de un tribunal internacional de carácter permanente, a nivel nacional se daban intentos de llevar a cabo justicia penal durante la transición a la democracia o a la paz. Pero en países como Argentina y Chile la justicia penal tuvo que ser abandonada por temor a afectar la estabilidad democrática o la paz, por lo que la realización de algunos juicios nacionales ha sido el resultado de la presión internacional o del hecho de que en otros países, particularmente en España, se han iniciado juicios que obligan a esos países a hacer frente al pasado mediante juicios penales. En este momento se llevan a cabo en España

once investigaciones sobre la base del principio de jurisdicción universal. Estas investigaciones buscan determinar la responsabilidad de personas como los generales Efraín Ríos Montt y Carlos Mejía Vitores por actos de genocidio y crímenes de lesa humanidad en Guatemala (1999); como Alberto González, ex-fiscal General de los Estados Unidos, y otros funcionarios de la administración Bush, por su responsabilidad en la creación del cuerpo legal que permitió las violaciones cometidas en Guantánamo (2009); contra Jiang Zemin y los miembros del partido comunista chino Luo Gan, Jia Qinglin y Wu Guanzheng, por su responsabilidad en la persecución y genocidio en contra de los miembros del grupo religioso Falun Gong (2003); entre otros (Amnistía Internacional, 2010). En el caso de Argentina, abierto en 1996, se ha logrado la sanción de Adolfo Scilingo, mediante sentencia del 19 de abril de 2005, confirmada por el Tribunal Supremo el 1º de Octubre de 2007.

Al lado de los Tribunales para Ruanda y para la antigua Yugoslavia, la ONU ha creado otros tribunales mixtos en Camboya, Sierra Leona, Timor Leste y Kosovo, con el fin de investigar y de juzgar los crímenes cometidos en los conflictos de esos países.

En Camboya, el régimen dirigido por Pol Pot fue responsable del asesinato de aproximadamente 1,7 millones de personas, es decir una quinta parte de la población del país, de 1975 a 1979. En el año 1979, cuando el régimen de Pol Pot fue derrocado y obligado a huir a las selvas camboyanas, el gobierno creó un tribunal especial encargado de juzgar en ausencia Pol Pot y a Ieng Sary, los cabecillas del Kmher Rojo. El tribunal los condenó a muerte, pero se trató de un juicio que se hizo con violación del debido proceso y cuya sentencia no fue jamás ejecutada. Además, la población camboyana no veía con confianza el desarrollo de estos juicios, pues partía de la base de una visión de la justicia camboyana como corrupta (Form, 2009). Con posterioridad a estos juicios, que fueron severamente criticados por la comunidad internacional, hubo otros intentos de adoptar medidas transicionales en Camboya, pero dada la debilidad del gobierno y el hecho de que aún se encontraba peleando una guerra contra las guerrillas de Pol Pot, estos intentos fueron condenados al fracaso (Mohan, 2009; Form, 2009).

Como consecuencia de los acuerdos de paz de París en 1991, la guerra entre los Kmher y el gobierno llegó a su fin. Sin embargo, no se hicieron esfuerzos para llevar a juicio a los responsables de los graves crímenes cometidos durante la guerra y durante el régimen de la República Democrática de Kampuchea. La muerte de Pol Pot el 15 de abril de 1998 provocó la desertión de muchos miembros del grupo y la rendición de muchos de ellos a las autoridades camboyanas. El fin de la guerra y la muerte de Pol Pot crearon las condiciones necesarias para que fuera posible el enjuiciamiento de las personas responsables de graves crímenes.

El proceso de creación de la Sala Extraordinaria en las Cortes de Camboya ECCC (por su nombre en inglés) estuvo cargado de complicaciones. En un principio el gobierno camboyano deseaba tener un tribunal internacional similar a los creados para la antigua Yugoslavia y para Ruanda. Pero esta fórmula no fue finalmente implementada. Dado el debilitamiento del sistema de justicia y la desconfianza existente a un juicio llevado a cabo exclusivamente por las cortes camboyanas, se optó por un tribunal híbrido, en el cual una parte de los jueces serían camboyanos y otra parte serían jueces inter-

nacionales. Finalmente esta propuesta se aceptó y se llegó a un acuerdo entre la ONU y el gobierno de Camboya para tener un tribunal en el que una parte de los jueces, los investigadores y el personal en general serían internacionales, con una mayoría camboyana y con un poder mayor de decisión para los jueces camboyanos. La ONU financiaría a la ECCC con 43 millones de dólares y el gobierno de Camboya con 13 millones.

En el año 2000 varios miembros de los Khmer Rojos se entregaron a las autoridades y comenzó un largo camino para su enjuiciamiento. Uno de ellos fue Kang Keck Iev, conocido como Duch, y quien fuera jefe del campo de prisioneros S21, un campo por el que pasaron más de 14 mil personas, en el que fueron torturadas y asesinadas. Se afirma que sólo 7 personas lograron salir con vida del campo y que incluso muchos de los guardias que eran reemplazados terminaban como prisioneros y luego víctimas de sus antiguos compañeros. Duch había pasado más de 8 años en prisión preventiva cuando fue finalmente llevado a juicio en febrero de 2009. El juicio a Duch puso a prueba la legitimidad de la ECCC frente a los ojos de los camboyanos y camboyanas. En efecto, Duch alegó que sus derechos a un proceso justo y rápido habían sido violados con su detención preventiva de más de ocho años. La ECCC se desentendió del reclamo y afirmó que las violaciones a los derechos de Duch con anterioridad a su juicio no eran de competencia de este tribunal.

La ECCC ha sido criticada no solamente por la contradicción que implica validar detenciones como las de Duch, con violación de su obligación de garantizar un juicio justo e imparcial, sino también por su ineficiencia en la tarea de administrar justicia y promover el Estado de Derecho. Hasta el momento sólo una persona, Duch, ha sido llamada a juicio, y cuatro personas más se encuentran esperando ser llamadas a juicio. Esto hace que el efecto de esta forma de justicia en épocas de transición sea muy limitado. Igualmente, la confianza de la población es bastante limitada, pues a las acusaciones de ineficiencia, de desconocimiento del derecho internacional, y de incompetencia, se suman las de corrupción, pues se afirma que, dentro de prácticas del clientelismo más burdo, a algunos funcionarios se les exige dinero para ser nombrados y luego deben entregar parte de su salario para conservar su empleo (Mohan, 2009; Form, 2009).

El tribunal mixto de Camboya tiene un antecedente en el Tribunal que la ONU en colaboración con el gobierno de Sierra Leona creó para la investigación y enjuiciamiento de los crímenes cometidos durante la guerra en ese país. Debido a que es una mezcla de justicia internacional y de justicia doméstica, se tenía la esperanza de que se convirtiera en el modelo que reemplazaría los tribunales penales internacionales ad-hoc (Wierda, 2002; Sheriff, 2005).

Las cortes híbridas han sido objeto de críticas por la disonancia que crean entre la cultura local y las exigencias del derecho penal internacional (Mohan, 2009). Sin embargo, la entrada en vigor de la Corte Penal Internacional en el año 2002 hizo innecesario que la ONU ideara nuevos mecanismos para el enjuiciamiento de esos crímenes, pues ahora es tarea de la CPI ocuparse de los nuevos casos. Hasta el momento, la CPI tiene bajo su conocimiento los casos de la República Democrática del Congo, de la República Africana Central, de Uganda, y de Darfur en Sudan. En el caso de Uganda, en contra de Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo y Dominic Ongwen, la Sala II de Cuestiones Preliminares (Pre Trial Chamber) ha dispuesto la captura de cinco líderes del grupo armado Lord's Resistance Army LRA. En el caso

de la República Democrática del Congo, la fiscalía de la CPI lleva adelante investigaciones en contra de Thomas Lubanga Dyilo (en etapa de juicio), Bosco Ntaganda (aun sin capturar) y Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui (en etapa preliminar y bajo custodia de la CPI).

En el caso de Darfur, Sudan se investiga a cuatro personas: Ahmad Muhammad Harun y Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman; Omar Hassan Al Bashir; y Bahar Idriss Abu Garda. Ninguno de los procesados esta bajo custodia, pese al hecho de que éste último se presentó ante la Sala de Cuestiones Preliminares en mayo de 2009.

En el caso de la República Centroafricana se investiga a Jean Pierre Bemba Gombo y actualmente se encuentra en la Sala de Cuestiones Preliminares. Finalmente, en noviembre de 2009 la presidencia de la CPI asignó el conocimiento del caso de Kenya a la Sala de Cuestiones Preliminares, y aun está pendiente de decisión la solicitud de la Fiscalía para asumir este caso y dar inicio a la investigación correspondiente ([www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int) última visita 5 de marzo de 2009).

Después de 24 años de dominio indonesio, en Agosto de 1999 el 78% de la población votó por la independencia. Como retaliación, el ejército de Indonesia, ayudado por algunas milicias de Timor L'Este, lanzó un ataque que produjo la destrucción de cerca del 80% de la infraestructura del país, asesinando casi 2000 personas y desplazando casi 500 mil (Mendez, 2009: 67). Como consecuencia de los ataques indonesios a Timor Leste en el año 1999, la ONU decidió intervenir y en el informe de la Comisión Internacional de Investigación entregado el 31 de enero de 2000 se concluyó que el ejército indonesio y las milicias indonesias eran responsables de graves violaciones a los derechos humanos a través de actos de intimidación, asesinatos, masacres, humillaciones y terror, destrucción de la propiedad, violencia contra las mujeres y desplazamiento forzado de la población civil. Pese a la gravedad de los hechos y al hecho que la ONU ejercía soberanía sobre este país y debido a la oposición del gobierno de Indonesia, no fue posible la creación de un tribunal internacional para Timor Leste, aunque sí la creación de un panel mixto en la Corte de Timor con jurisdicción y competencia exclusiva sobre los crímenes de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en el año 1999.

El gobierno indonesio no ha prestado ninguna colaboración con las autoridades de Timor para la investigación y enjuiciamiento de estos crímenes. Una vez Timor adquirió su soberanía como Estado independiente, la cooperación internacional se ha concentrado en el fortalecimiento del Estado a través de la conformación de un cuerpo de policía y la creación de un sistema de justicia penal. Sin embargo los juicios se han concentrado sobre casos insignificantes, lo que ha dejado en evidencia las limitaciones de la ONU y de su misión en Timor para traer justicia a las víctimas del conflicto. En mayo 2005 la ONU decidió cancelar las investigaciones por graves crímenes debido a la falta de cooperación y apoyo internacional ([www.crimesofwar.org](http://www.crimesofwar.org), última visita 10 de diciembre de 2009; Mendez, 2009).

### 3.3. LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL COMO BASE PARA LOS ENJUICIAMIENTOS NACIONALES

El fracaso de los enjuiciamientos nacionales motivó que se apelara a la justicia internacional, no sólo porque prestaba la garantía de neutralidad y la continuidad necesaria para una *rule of law* de tipo liberal, sino porque después de 1946 –del juicio de Núremberg– el derecho penal internacional se convirtió en el lenguaje en el cual se analizaban tanto las transiciones a la democracia como las transiciones a la paz. Sin embargo, conviene distinguir entre los juicios llevados a cabo nacionalmente y los juicios llevados a cabo en otros países como consecuencia de la aplicación del principio de jurisdicción universal.

El enjuiciamiento de los graves crímenes cometidos durante el conflicto, incluyendo los crímenes contra la propia población, y la posibilidad de que el enjuiciamiento asignara las responsabilidades de cada individuo en la comisión estos actos fue el legado que dejó el juicio de Núremberg. Este legado se traduce en la transposición entre el discurso del derecho y de la justicia penal con el discurso estratégico asociado al ejercicio del poder, de manera que lo que en el pasado se consideraba legítimos actos de ejercicio de la soberanía de los estados fue criminalizado y sus autores fueron sancionados. Al mismo tiempo, el desarrollo de la justicia penal internacional condujo a que los derechos de los procesados tuvieran protección no solo a nivel nacional sino también a nivel de los tribunales internacionales, y así no se considerara a la justicia penal internacional como justicia de vencedores (Fichtelberg, 2009). La adopción de este legado es reciente y sobre todo derivado de la creación de la CPI, como tribunal permanente de carácter internacional.

Las transiciones a la democracia se debatían entre los enjuiciamientos de vencedores, como en el caso de Portugal, o la adopción de una política de perdón, con el fin de garantizar la estabilidad democrática, como en el caso de España y el denominado *Pacto del Olvido* (Davis, 2005). Pese a estos antecedentes, una vez la dictadura argentina cedió el poder al gobierno democráticamente elegido de Raúl Alfonsín, se inició un proceso de enjuiciamiento de los miembros de la Junta Militar y de los militares responsables de graves violaciones a los derechos humanos, especialmente por los delitos de tortura, desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales. Debido a la extensión de los posibles enjuiciamientos y al poder relativo que aún conservaban las fuerzas armadas, no fue posible llevar a término los juicios contra la dictadura pues inicialmente el presidente Raúl Alfonsín presentó al Congreso la Ley de Obediencia Debida, que exoneraba de responsabilidad a los rangos inferiores sobre la base equivocada de que obedecían ordenes ilegales y no podían hacer nada para evitarlas; y cuando el enjuiciamiento se habría dirigido a los superiores que dieron las órdenes, el Congreso argentino, por iniciativa del gobierno de Carlos Saúl Menem, aprobó la ley de punto final que impedía el enjuiciamiento en Argentina de los responsables por los crímenes cometidos durante la dictadura (Barahona et al., 2002).

Debido a este tipo de obstáculos para los enjuiciamientos penales, han surgido modelos limitados de responsabilidad y modelos de amnistía a los perpetradores. El modelo de responsabilidad limitada asume que no es posible sancionar a los responsables con las penas normales que se aplican para los

casos de imperio normal de la ley. Por ello se acepta la existencia de juicios en los cuales la finalidad no es imponer una pena justa por los actos cometidos, sino que se trata de un modelo en el que el proceso mismo tiene el valor simbólico de presentar públicamente la verdad y es el proceso mismo, el hecho de hacer públicas las acciones de los perpetradores, el que asume la connotación de sanción.

Así se dio en los juicios en la zona alemana ocupada por los Estados Unidos, en el proceso de Tokio, y en el caso de Grecia con posterioridad al fin de la dictadura. En este último caso, la posición del gobierno era que los juicios ya habían hecho el trabajo de la justicia y por tanto la imposición de sanciones penales iría en contra del sentido de responsabilidad que se imponía en esa situación. El juicio sirve así como el ritual que simboliza el paso al imperio de la ley, y por ello la sanción se hacía innecesaria y sólo politizaría la justicia y pondría en peligro el manejo que del pasado hacen los juicios penales (Teitel, 2000: 47).

Sin embargo, las víctimas de las dictaduras y de las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario no lo ven de la misma manera. Desde este punto de vista, la ausencia de sanción penal representa una intolerable impunidad que no sólo no las dignifica como víctimas, sino que vulnera el derecho internacional que obliga a la sanción real de estos actos. Acudiendo a un viejo principio del derecho penal, el principio de jurisdicción universal, se presentaron casos, sobre todo en Europa, con el fin de combatir la impunidad existente en América Latina y poder así llevar a juicio y aplicar las sanciones a los perpetradores de estos crímenes.

El principio de jurisdicción universal permite que los Estados ejerzan jurisdicción cuando se han cometido actos en violación del derecho internacional. Pero históricamente, el principio de jurisdicción universal se ha convertido en un mecanismo de cooperación entre los Estados, pues se permite el enjuiciamiento con independencia de la nacionalidad de la víctima o del victimario. Como lo señalan Paust et al. (2000), la jurisdicción universal se caracteriza precisamente por ser universal, por lo que cualquier limitación a su naturaleza afectaría tal naturaleza. El ejercicio de la jurisdicción universal autoriza a los Estados a dar cumplimiento a sus obligaciones mediante el ejercicio de la jurisdicción, esto es juzgando a la persona acusada, o entregándola en extradición para su enjuiciamiento, esto es, haciendo uso del principio *aut daedere aut judicare* –o lo entrega o lo juzga– que también rige los casos de extradición (Paust et al., 2000: 157).

La jurisdicción universal se entiende cómo jurisdicción que los Estados ejercen para hacer efectivos el derecho internacional, es decir, que a través de este principio se actúa en nombre de la comunidad internacional y su deseo –plasmado en diversos tratados– de que no haya impunidad en casos tan graves como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. La universalidad de la jurisdicción es extraña al concepto de soberanía nacional y al concepto de juez natural, esto es el juez que por ley doméstica tiene jurisdicción y competencia para conocer del caso. La jurisdicción universal se justifica porque no existe otro Estado ejerciendo la jurisdicción; ningún Estado la puede ejercer sobre la base de las doctrinas tradicionales de asignación de competencia; y porque existe un interés especial de la comunidad internacional para que se aplique la ley (Bassiouni, 2002).

Sin embargo, un punto de discusión con respecto a la jurisdicción universal tiene que ver con la posibilidad de que se inicien enjuiciamientos incluso en aquellos casos en los cuales el perpetrador se encuentra fuera del país en el cual se pretende ejercer el principio de jurisdicción universal. Tradicionalmente los casos que se presentaban de ejercicio de la jurisdicción universal tenían que ver con el enjuiciamiento de personas que se encontraban en el país que pretendía ejercerla. En la práctica judicial del mundo anglosajón era éste el caso y, por ello, no se observaba discusión alguna con respecto a la supuesta violación de la soberanía de un Estado por el ejercicio de la jurisdicción universal y por peticiones de extradición al país de origen del victimario, en donde se encontraba protegido por una ley de amnistía, tal y como ocurrió en Argentina y Chile.

Sin embargo, sí existía un antecedente en el caso de Adolf Eichmann, pues este había sido secuestrado en Argentina con el fin de ser juzgado por las cortes de Israel por hechos cometidos en Alemania y en el este de Europa. La Corte Suprema de Israel validó el secuestro, por considerar que el derecho de Israel a juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos por Eichmann primaba sobre el derecho de Argentina a no ver su soberanía limitada. En este caso la jurisdicción universal sirvió de base para intervenir en los asuntos de otro Estado e incluso para violar su soberanía.

Otro caso de ejercicio de la jurisdicción universal por parte de Israel se presentó en el año 1985. John Denjanjuk, nacional de Ucrania, fue miembro de las SS durante la Segunda Guerra Mundial y una vez terminada ésta se radicó en los Estados Unidos, adquiriendo la ciudadanía de ese país. En 1981 la Corte del Distrito de Ohio revocó la orden de naturalización y dispuso su deportación. El Estado de Israel presentó una solicitud de extradición, pues en ese país se le investigaba por su pertenencia a las SS y su trabajo como guardia del campo de concentración de Treblinka. Citando el caso *The Paquete Banana de 1900*, la Corte que se ocupó de decidir la extradición de Denjanjuk consideró que el principio de jurisdicción universal se basa en el hecho de que algunos crímenes son condenados universalmente pues sus autores son enemigos de toda la humanidad. Por ello cualquier nación que tenga bajo su custodia a los perpetradores de estos actos puede sancionarlos de acuerdo con la ley aplicable a tales ofensas. Se trata de una excepción al principio por el cual la legalidad de un acto sólo puede ser determinada por la ley del país en el cual el acto fue cometido. Con base en este principio, el gobierno de los Estados Unidos concedió la extradición hacia Israel, en donde fue finalmente juzgado y condenado a muerte (*Demjanjuk v Petrovsky*, 776 F2d 571-76, 581-83 (6th Circ. 1985)). Sin embargo, en 1993 la Corte Suprema de Israel encontró que la sentencia había errado sobre la identidad del autor de los crímenes imputados, por lo que éste fue liberado y devuelto a los Estados Unidos, en donde recuperó su ciudadanía. En 2002 la perdió nuevamente por haber mentado sobre su pasado, y en 2008 el gobierno alemán solicitó su extradición, la cual se hizo efectiva en mayo de 2009. El juicio se desarrolla actualmente en Alemania.

El principio de jurisdicción universal es recogido nuevamente por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en la decisión sobre su jurisdicción del caso Tadic (Appeals Chamber 2 Oct. 1995). Para sustentar su decisión, la CPI sostuvo que los delitos por los que se investigaba a Dusko Tadic no afectaban los intereses de un solo Estado, sino los de toda la huma-

nidad como un todo. Por tanto, las fronteras estatales no pueden ser consideradas como un obstáculo al cumplimiento de la obligación de proteger a la humanidad, y por ello los tribunales internacionales tienen prioridad sobre los nacionales, principio que quedó igualmente plasmado en el Estatuto de Roma de 1998. En consecuencia, es claro que la práctica internacional y la doctrina internacional autorizan en el ejercicio del principio de jurisdicción universal. Esto es, puede ser ejercido por cualquier Corte, nacional o internacional, con independencia de la nacionalidad de la víctima o del victimario, pues el interés protegido –la humanidad– está por encima de los intereses estatales (Paust et al., 2000).

El derecho español permite el ejercicio de la jurisdicción universal. Desde 1996, cuando se iniciaron los procesos contra la Junta Militar argentina y contra Augusto Pinochet, la Audiencia Nacional ha conocido de 14 casos en los que se ha ejercido la jurisdicción universal. En uno de ellos, el caso de Guatemala, se reconoció explícitamente por parte del Tribunal Constitucional en decisión del 26 de septiembre de 2005 que la jurisdicción se podía ejercer con independencia de la nacionalidad de los victimarios o de las víctimas, revocando de ese modo la decisión de la Fiscalía que buscaba que el caso fuera rechazado sobre la base de la nacionalidad de las víctimas. Sin embargo, en el año 2009 el Parlamento español aprobó una reforma que recortaba de manera significativa el principio de jurisdicción universal tal y como se venía ejerciendo en España y en contravía de la práctica y la doctrina internacionales. En el artículo 23:4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial LOPJ se establecía el principio de la siguiente manera:

“**Artículo 23.4.** Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces, tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores, los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España, y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

Tal y como se define en la LOPJ se trata de una jurisdicción pura, que se ejerce con independencia de la nacionalidad de la víctima o del acusado. Sobre la base del principio de jurisdicción universal, el juez Baltasar Garzón inició los juicios contra miembros de la dictadura argentina y contra Augusto Pinochet, dictador de Chile entre 1973 y 1988. El ejercicio de la jurisdicción universal en España tuvo visibilidad internacional en octubre de 1998, cuando por orden de Garzón, el ex dictador Augusto Pinochet fue capturado por Scotland Yard y puesto bajo arresto domiciliario en Inglaterra. Luego de un largo proceso, lleno de altibajos y de obstáculos, el gobierno de Tony Blair decidió negar la extradición a España y en su lugar, aduciendo razones humanitarias, autorizó el traslado de Pinochet a Chile.

El caso Pinochet, tal y como es llevado por Garzón en España y como fue decidido por la Cámara de los Loes en Inglaterra, es importante porque los hechos no fueron cometidos en el territorio de ninguno de los países y por ello la vulneración de las leyes españolas e inglesas se dio únicamente con-

forme al principio de jurisdicción universal (Kittichaisaree, 2001). El caso Pinochet ha dado visibilidad internacional a las víctimas de la dictadura, ha mostrado el carácter represivo de las mismas y, sobre todo, ha obligado a Chile y a la Argentina a ejercer su jurisdicción para la investigación de los crímenes cometidos durante la dictadura, revocando de ese modo una historia de más de diez años de ausencia de persecución penal y acabando con la impunidad en muchos casos (Gil, 2009).

Según la reforma de 2009 sólo podrá perseguirse a los presuntos responsables:

- Si estos se encontraran físicamente en España; o,
- Si las víctimas fueran españolas o si existiera algún “vínculo de conexión relevante con España” (sin explicar en qué consiste dicho vínculo);
- Y en todo caso, siempre y cuando en “otro país competente” o ante un tribunal internacional “no se haya iniciado un procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva de los hechos”. No se dice cómo se evaluará si un país es competente, y no dice quién y cómo debe acreditarse la no existencia de tal investigación y tampoco qué se entiende por “persecución efectiva”. En este último caso se sostiene que favorece que se abran juicios en otros países con el fin de evadir la acción de la justicia española (www.amnistiainternacional.es Última visita 6 de marzo de 2010).

En los últimos años se han hecho críticas el ejercicio de la jurisdicción universal, por considerar que afecta las relaciones entre los Estados y que en muchos casos constituye un abuso del poder jurisdiccional e, incluso, una nueva forma de colonialismo. En un artículo publicado en 2010, Diane Morrison y Justus Reid Weiner presentan un argumento en contra de la jurisdicción universal, especialmente en contra de Israel, por considerarla una forma de antisemitismo y de ejercicio de una guerra legal en contra del Estado de Israel. Morrison y Reid recogen muchos de los argumentos que esgrimió Chile para evitar el juicio de Pinochet en España y en Inglaterra. Muestran cómo la reciente reforma a la jurisdicción universal hecha en España forma parte de una tendencia en Europa que busca limitar la jurisdicción universal a ciertos casos y sobre todo a casos en los cuales el procesado se encuentre en el país que busca ejercer la jurisdicción universal. Estos autores valoran positivamente esta reforma, pues consideran que así se limitan los abusos ocurridos en el pasado. Frente a este tipo de críticas es preciso tener en cuenta que son las propias víctimas las que piden el ejercicio de la jurisdicción en España y ello debido a la imposibilidad de que se haga justicia en sus países, por lo que el argumento de colonialismo de la ley penal española pierde sentido. Igualmente, si bien la justicia universal es complementaria, es preciso tener en cuenta que en muchos de estos países se abren procesos que sólo buscan hacer una burla a la justicia, con lo que, de aceptar los argumentos de Morrison y Reid, las víctimas quedarían desamparadas tanto a nivel doméstico como internacional.

En el caso chileno la transición a la democracia finalmente se logró luego de que se iniciaran varios juicios en contra de Pinochet por parte del juez Juan Guzmán y que se eliminaran las disposiciones de la constitución que hacían

de Chile una democracia incompleta.<sup>12</sup> Finalmente Pinochet perdió su carácter de Senador vitalicio y el presidente de Chile recuperó el pleno control sobre las fuerzas armadas de ese país (Davis, 2003). En España recientemente Baltasar Garzón ha iniciado un proceso con el fin de sancionar a familiares de Pinochet por lavado de dinero, mostrando de ese modo la importancia de hacer que los bienes ilegalmente adquirido por los dictadores y por los responsables de crímenes internacionales sean devueltos al Estado y a sus legítimos propietarios. Un juicio similar fue iniciado en Chile. En el caso español aún falta un largo camino para romper con el pacto del olvido, como lo muestra la persecución que desde diversos sectores se ha hecho en contra de las decisiones del juez Garzón.

---

12. La transición chilena a la democracia se caracterizó por un arreglo institucional que impedía todo juicio por los crímenes de la dictadura. Pinochet conservaba el poder sobre las Fuerzas Armadas e incluso algunas sillas en el Senado. Él mismo poseía una curul como senador vitalicio. Los juicios en España y en Chile fueron minando su posición, hasta que finalmente perdió la inmunidad parlamentaria. El Congreso chileno pudo aprobar la reforma constitucional que hacía de Chile un gobierno democrático y que sometía al poder militar al poder civil. Si bien muchos de los aspectos relacionados con la memoria y con el enjuiciamiento de los responsables de violaciones a los derechos humanos no han sido resuelto del todo, lo cierto es que la democracia chilena es una democracia estable, cuya transición puede decirse que se ha consolidado. En todo caso, de ello no se sigue que sea una democracia perfecta o que no se den problemas de desigualdades que afectan a otros países. Pero en este caso es preciso distinguir entre la fortaleza de la transición y la calidad de la democracia. Ver Huneeus y Maldonado, 2003; Nogueira, 2008; Rodríguez, 2009; Siavelis, 2009; Collins, 2010; Bakiner, 2009).

## 4. COMISIONES DE LA VERDAD COMO MECANISMOS DE JUSTICIA EN ÉPOCAS DE TRANSICIÓN

# 4

La justicia penal es un mecanismo de justicia transicional que presenta diversos problemas en contextos en los cuales los perpetradores no pueden ser llevados ante la justicia para que respondan por sus crímenes. Igualmente, la justicia penal tiene un carácter vindicativo que en muchos contextos no contribuye a la reconciliación entre los grupos en lucha. Además la forma de construcción de la verdad judicial esta llena de defectos y depende más de la habilidad para manejar los procedimientos que de una búsqueda auténtica de la verdad acerca del pasado. Los juicios penales a nivel nacional han sido muy limitados y han obligado a las víctimas a acudir a otras jurisdicciones, con resultados desiguales. La justicia penal internacional es muy reciente aún y, de todas maneras, tribunales como el de Ruanda y el de la antigua Yugoslavia presentan los mismos problemas de construcción judicial de la verdad que los tribunales nacionales.

La verdad es entonces uno de los principales objetivos tanto de los tribunales penales, como de los mecanismos no judiciales de construcción de la verdad, como lo son las comisiones de la verdad. Las víctimas tienen un derecho a la verdad, que es reconocido en el derecho internacional (Méndez, 2003). Como consecuencia de ese derecho, los Estados tienen la obligación de hacer todo lo necesario para averiguar la verdad de los hechos, los responsables y el paradero de las víctimas, y la obligación correlativa de no olvidar, esto es, garantizar la no repetición de los actos a través del recuerdo de lo sucedido y de sus víctimas. El derecho a la verdad se convierte en condición necesaria para el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la reparación y a la justicia. Igualmente, no es posible garantizar la reconciliación si no se construye de manera democrática la verdad de lo acontecido, pues, como lo señalara una de las víctimas de la toma del Palacio de Justicia en Colombia, para perdonar es necesario saber a quién se perdona y exactamente qué es lo que se le perdona (Hayner, 2002; Comisión, 2009). Las comisiones de la verdad son el espacio por excelencia en el que se ha hecho la construcción colectiva de la verdad y su caso paradigmático es el de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Suráfrica. Sin embargo, la comisión surafricana no ha sido la primera comisión de la verdad, pues se han establecido otras con resultados variados (Hayner, 1994).

La comisión de la verdad es un mecanismo de investigación que se crea para que en los países en los cuales se han cometido graves violaciones a los derechos humanos o al derecho humanitario se haga una construcción colectiva y crítica del pasado, para así superar las profundas crisis generadas por la violencia y evitar la repetición de estos hechos en el futuro. El origen de las comisiones de la verdad es variado. En muchos casos responde a la falta de capacidad del poder judicial para hacer frente a los hechos del pasado; en otros es un paso previo para documentar los hechos para el poder judicial; o se le

considera un mecanismo que precisamente busca evitar que el poder judicial intervenga; o el resultado del trabajo de las organizaciones de derechos humanos que buscan que se investiguen los hechos de violencia (Hayner, 2002).

De cualquier manera, no existe un modelo único de comisiones de la verdad ni una metodología única. En algunos casos los comisionados se entrevistan con las víctimas y luego a partir de su relato construyen un relato colectivo, ya sea haciendo mención a todos los hechos de violencia, como en el informe *Nunca Más* de Argentina, o seleccionando algunos casos que los comisionados consideran significativos y representativos de la violencia ocurrida, como en el caso colombiano. Algunas comisiones reciben la información y pasan esa documentación a la judicatura para que inicie las investigaciones correspondientes, en otros casos la finalidad de la Comisión es precisamente evitar señalar culpables y limitarse a dar cuenta de la existencia de los hechos de violencia y de los nombres de sus víctimas, pero cuidando de no hacer ninguna alusión al régimen anterior, tal y como fue el caso de la comisión Rettig de Chile. En suma, las comisiones de la verdad tienen diferentes características, y son dependientes en su búsqueda de la verdad del contexto en el cual se producen.

Priscilla Hayner realizó un estudio de las comisiones de la verdad con el fin de estudiar su estructura y metodologías de trabajo, así como sus orígenes. La primera comisión creada y financiada por las Naciones Unidas es la Comisión de la Verdad de El Salvador, que fue el resultado del acuerdo de paz entre el gobierno y el Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional FMLN y tuvo un plazo de ocho meses para recibir testimonios y documentar las violaciones a los derechos humanos cometidos en ese país. El informe final determina la responsabilidad de las Fuerzas Armadas en la mayor parte de las violaciones, mostrando las fallas de los partidos políticos y el sistema judicial, así como aconsejando las reformas necesarias.

De acuerdo con Hayner, las comisiones de la verdad juegan un papel crítico en los países que tratan de dar cuenta de su pasado de violaciones y han tenido en algunos casos un efecto catártico en la sociedad (Hayner, 1994; Hayner, 2002). Sin embargo, en otros casos las Comisiones no son patrocinadas por organismos internacionales, sino que son creadas por el Estado en el cual se han cometido las violaciones, muchas veces con el fin de tener una construcción de la verdad favorable a sus intereses, en otras ocasiones con el fin de determinar precisamente las causas de los hechos violentos, como en el caso colombiano y la comisión creada en 1962.

Los elementos que caracterizan a una comisión de la verdad son los siguientes:

- La comisión se ocupa de estudiar el pasado.
- No se ocupa de estudiar un evento en particular, sino que intenta tener una imagen lo más completa posible de ciertos abusos a los derechos humanos o de violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en un periodo de tiempo determinado.<sup>13</sup>

13. Recientemente se creó en Colombia una "comisión de la verdad" para los hechos del palacio de justicia. Lo curioso es que fue una comisión creada por la Corte Suprema Justicia que utilizó como fuente principal los centenares de testimonios que desde 1985 ha recogido la justicia penal. La Comisión publicó su informe el 17 de diciembre de 2009 y aun resta por ver las reacciones al mismo. Por informaciones de prensa se sabe que Jaime Castro, ministro de Gobierno de Belisario Betancur, publicará un libro con su versión de la toma y con un prólogo de Betancur, quien se ha negado a hablar públicamente de la responsabilidad que le cabe en la toma y la contra-toma.

- Las comisiones de la verdad se caracterizan por su carácter transitorio y transicional. Cesan de existir una vez hacen entrega de su informe final.
- Usualmente poseen algún tipo de autoridad para la recolección de los testimonios y de los datos que documentan el pasado, pero no tienen poderes judiciales para ir más allá de la determinación de la verdad, aunque en el caso sudafricano la comisión sí tenía el poder de decidir acerca de aquellos casos en los cuales no cabía el ejercicio de la acción penal.

Como lo señalaba atrás, las comisiones de la verdad son instrumentos transitorios y transicionales, esto significa que su informe no se limita a documentar el pasado, sino que se convierte en un elemento simbólico del rompimiento con el mismo, con el fin de promover la reconciliación a través de una construcción colectiva y democrática de la verdad, o para dotar de legitimidad al nuevo régimen, diferenciándolo con el régimen pasado. No existe un modelo único de comisión de la verdad, pues todos los casos que se han presentado responden al contexto en el que se produjeron y a las necesidades de verdad y de reconciliación que las produjeron, a la vez que están limitadas por las posibilidades de averiguación de la verdad, lo que viene determinado por el poder que aun conserven los perpetradores y su capacidad para ocultar o falsear el pasado.

Una de las cuestiones más importantes que deben enfrentar las comisiones tiene que ver con su tarea principal. Si bien tiene un poder para investigar la comisión de abusos a los derechos humanos, lo cierto es que las víctimas conocen a la perfección qué pasó, por lo que un simple relato de los hechos es poco relevante. Para las víctimas el papel más importante de la comisión es la averiguación de los responsables, ya sea porque se determinan a través del proceso de investigación o, como en el caso de Sudafrica, porque vienen precedidas de una confesión; así como la determinación del paradero de las víctimas de desaparición forzada. En muchos casos lo que buscan las víctimas es una explicación de las razones por las que los actos criminales fueron cometidos; a través de la comisión intentan entender porque ellas o sus familias han sido víctimas de los abusos, sin que de ello se siga que deban o quieran perdonar a los perpetradores, pues no existe una relación necesaria entre perdón, reconciliación y verdad (Popkin & Roht-Arriaza, 1995).

Las razones por las cuales se establece una comisión de la verdad varían de caso en caso. En todo caso, la razón más común es la de ser un instrumento de investigación de los hechos y así establecer un registro más o menos preciso de lo que ocurrió en el pasado, para así tener una versión más ajustada de la historia y evitar que los gobiernos la reescriban olvidando el sufrimiento de las víctimas, o justificando la violencia a partir de un relato distorsionado que presenta a los perpetradores como víctimas. El aprendizaje del pasado permite a las sociedades evitar la violencia, gracias a la eliminación de los mitos acerca del grupo al cual se enfrentan o a la revelación de los sufrimientos de todas las personas. Como lo señala Paul van Zyl:

Las comisiones brindan a las víctimas una voz en el discurso público y sus testimonios pueden contribuir a refutar las mentiras oficiales y los mitos relativos a las violaciones de los derechos humanos (...) Darle una voz oficial a las víctimas también puede ayudar a reducir sus sentimientos de indignación e ira. Aunque es importante no exagerar con respecto a los beneficios psicológicos del poder expresarse, y resulta inexacto afirmar

que el testimonio sobre los abusos es siempre catártico, el hecho de reconocer oficialmente el sufrimiento de las víctimas mejorará las posibilidades de enfrentar los agravios históricos de manera constructiva” (Van Zyl, 2008:19).

Por ello, en muchos casos las comisiones de la verdad realmente no encuentran la verdad ni la investigan sobre unos hechos determinados. Estas verdades son del conocimiento público, las víctimas saben qué pasó, ignorando quizás quién ha sido el victimario. Para ellas, de lo que se trata es de reconocer su sufrimiento y de aceptar oficialmente que lo sucedido pasó. De este modo las víctimas recuperan su dignidad a través de un reconocimiento oficial de su sufrimiento. En el caso de las víctimas de desaparición forzada, como en el Cono Sur, esto significa para sus familias que se reconoce oficialmente qué han sido víctimas de un crimen de lesa humanidad y que su desaparición no puede ser atribuida al abandono del país sin hacérselo saber a sus familiares o a su ingreso clandestino a un grupo armado. Este es el caso de la médica paraguaya Gladys Mellinger de Sannemann que fue secuestrada en 1976 en Argentina y estuvo detenida/desaparecida por un año en Asunción. Una vez liberada fue expulsada a Venezuela en donde ella vivió una vida “normal”, pero siempre con la incapacidad de explicar que lo que le sucedió fue real, pues al estar viva y presente con dificultad podía reclamar haber estado desaparecida, entre otras razones por la poca visibilidad que durante mucho tiempo tuvo la dictadura de Alfredo Stroessner. La apertura de los archivos de la Operación Cóndor en Asunción permitió a esta persona acceder a los registros de su detención y así poder obtener un reconocimiento oficial de su sufrimiento (Meilinger, 1994).

Como quiera que se suelen crear las comisiones una vez se ha dado un cambio político, ya sea una democratización gradual o una rápida apertura democrática, juegan un papel importante en el proceso de transición a la paz o a la democracia, pues contribuyen a la afirmación de los derechos humanos y al respeto y fortalecimiento del Estado de Derecho. Pero no en todos los casos las comisiones de la verdad son creadas para estos objetivos. También puede hacerse, como en el caso de Chad o de Uganda, de comisiones creadas para destapar los crímenes del régimen anterior y así ocultar los propios crímenes, o para responder a las presiones de las ONGs de derechos humanos, pero sin una verdadera intención de hacer un reconocimiento de la verdad y de hacer las transformaciones necesarias para que los hechos denunciados no se repitan (Hayner, 2008).

Las comisiones de la verdad son organismos con poder limitado, no sólo en materia de investigación de los hechos sino de transformación de la realidad. No está probado que los informes de las comisiones de la verdad tengan un efecto preventivo. Sin embargo, el hecho del reconocimiento de la verdad sí tiene un efecto dignificante para las víctimas y contribuye a la visibilidad de su sufrimiento. Las comisiones por sí solas no producen la transición, pero sí son parte de una amplia gama de instrumentos con que cuentan los Estados y la sociedad civil para dar paso de un imperio iliberal de la ley (*iliberal rule of law*) a un imperio liberal de la ley (*liberal rule of law*).

Pese a sus limitaciones, las comisiones son espacios privilegiados en los cuales las personas denuncian a personas e instituciones. Contribuye a la reconstrucción de la memoria, pero a la vez, al momento de analizar las causas de los abusos y de las violaciones, puede hacer recomendaciones para que los hechos no se repitan. En esta medida, las comisiones son instrumen-

tos adecuados de transformación, al servir de puente para que ciertas instituciones del Estado sean reformadas y para que ciertas personas no puedan formar parte del gobierno o de las instituciones del Estado, como la judicatura o las fuerzas armadas (Hayner, 1994).

Las comisiones de la verdad, al igual que otros mecanismos de justicia en épocas de transición, son instrumentos que pueden contribuir a la paz a través de un relato de los hechos, pero también pueden ser un obstáculo para los acuerdos iniciales de paz, pues a las partes en la negociación puede no interesarles que la verdad sea conocida y es precisamente ese ocultamiento parte de la negociación. Sobre este punto no existe ninguna fórmula pre-establecida y depende del contexto si la comisión puede ser creada como parte de las negociaciones, o si lo puede ser en la etapa post-conflicto, cuando la democracia sea mucho más estable y la verdad pueda ser aceptada.

Las comisiones de la verdad están en una posición privilegiada para contribuir a la reforma institucional del Estado, por las siguientes razones:

- Gracias al proceso de investigación de los hechos, pueden determinar cuáles son las instituciones que pueden ser eliminadas o reformadas.
- Con base en su conocimiento de la situación, la comisión puede presentar propuestas que aseguren la reforma de las instituciones del Estado de modo que contribuyan a la promoción y respeto de los derechos humanos.
- Los relatos de las víctimas permitirán identificar a los autores de graves violaciones de los derechos humanos, y si bien las comisiones carecen de jurisdicción, sí pueden recomendar la remoción de las personas responsables de los abusos de los derechos humanos. Igualmente sus registros servirían de archivos para que las instituciones hagan las investigaciones de seguridad que impidan que los autores de estas violaciones se encuentren en posiciones de poder desde las cuales puedan repetir sus abusos o atormentar y perseguir a las víctimas.

Las comisiones de la verdad, al dirigir la atención hacia el papel que han jugado determinadas instituciones, como la judicatura, los medios de comunicación, las fuerzas armadas, etc., sirven de catalizador de “un debate público sobre la función que esas instituciones desempeñaron en el pasado y las medidas que deben tomarse en el futuro para aumentar su efectividad y su capacidad para promover y proteger los derechos humanos” (Van Zyl, 2008:26). En todo caso, el riesgo que se corre con las comisiones de la verdad es que sean vistas como sustitutos de la justicia penal y sean utilizadas como un instrumento para ocultar la verdad y para garantizar la impunidad de los perpetradores, por ello la sensibilidad frente al contexto y al balance de fuerzas en el país es de suma importancia para garantizar su éxito (Dimitrijevic, 2006; Popkin y Roht-Arriaza, 1995).

A continuación me ocupo de analizar las comisiones de la verdad de Argentina, Chile, Suráfrica, El Salvador y Colombia con el fin de mostrar las diferentes formas de búsqueda de la verdad y los efectos que las comisiones han tenido sobre el conflicto.

#### 4.1. EL INFORME “NUNCA MÁS” COMO SUCEDÁNEO DE LA AUSENCIA DE JUSTICIA PENAL EN ARGENTINA

En el año 1983, como consecuencia del mal manejo de la economía, de la presión internacional de las organizaciones internacionales de derechos humanos, de la movilización social interna, simbolizada por las Madres y –ahora– Abuelas de Plaza de Mayo, y la derrota del ejército argentino en la guerra de Las Malvinas, los militares argentinos se vieron forzados a devolver el poder a los civiles. La dictadura argentina permaneció en el poder de 1976 a 1983, y en ese periodo se cometieron innumerables violaciones a los derechos humanos, entre ellas más de 30000 personas víctimas de desaparición forzada (Jelin, 1994).

Una vez asumió el poder Raúl Alfonsín, elegido democráticamente luego de la caída de la dictadura militar, se inició un proceso de recuperación de la verdad. El recuerdo y la búsqueda de la verdad era un imperativo ético que el nuevo gobierno debía tener en cuenta. Por tal razón uno de sus primeros actos fue la creación de la Comisión Nacional para la Investigación sobre la Desaparición de Personas CONADEP, presidida por el escritor Ernesto Sábato, y encargada de investigar las violaciones de derechos humanos cometidas durante el periodo de mando militar.

La CONADEP estuvo integrada por diez personas de reconocido prestigio en Argentina y que fueron escogidas por su consistente defensa de los derechos humanos. Las organizaciones de derechos humanos entregaron sus archivos a la CONADEP, pero ésta también desarrolló visitas a los centros de detención, a los cementerios clandestinos y a las instalaciones policiales. Se recogieron los testimonios de las víctimas, e incluso, en embajadas y consulados argentinos fuera del país, se recogieron los testimonios de las personas que debieron abandonar el país en exilio. El informe final, titulado *Nunca Más*, documentó los casos de nueve mil personas desaparecidas y fue ampliamente leído en Argentina por parte de la ciudadanía y también en el exterior.

Pese al hecho de que los defensores de la transición argentina consideran que el caso argentino es el esfuerzo más exitoso en América Latina y quizás del mundo para determinar la responsabilidad de los perpetradores de las graves violaciones de los derechos humanos en Argentina, lo cierto es que más de 25 años después el balance de juicios y de condenas por violaciones de los derechos humanos en Argentina es bastante pobre (Hayner, 1994; Osiel, 2000; Bassiouni 2002). Los juicios que se habían iniciado en contra de los líderes de la dictadura fueron suspendidos por las presiones de las fuerzas armadas y por el temor a nuevos levantamientos. El gobierno de Alfonsín se vio forzado a limitar los juicios a los superiores y el Congreso aprobó la ley de obediencia debida. Bajo el gobierno de Menem se aprobó la ley de punto final que impidió el enjuiciamiento de los militares responsables de las graves violaciones de los derechos humanos. Incluso muchos responsables de graves violaciones fueron ascendidos en sus rangos militares, como fue el caso del capitán Alfredo Astiz, responsable de la desaparición de militantes de derechos humanos, y quien es juzgado por sus crímenes en Argentina, dentro de la causa contra la ESMA, gracias a que en 2003 el Congreso de la República anuló las leyes de obediencia debida y de punto final, y que la Corte Suprema de Argentina encontrara ajustada a la constitución argentina (Leebaw, 2008; Gil, 2009).

La CONADEP concluyó su informe, presentando las siguientes recomendaciones:

- Continuación de las investigaciones por la vía judicial, los documentos aportados por la comisión servirían de base para el desarrollo de las investigaciones judiciales. Sin embargo las dos leyes mencionadas impidieron los enjuiciamientos en contra de los dirigentes de la dictadura argentina.
- La entrega de asistencia económica, becas de estudio y trabajo a los familiares de las personas desaparecidas.
- Aprobación de leyes que tipificaran como delitos la desaparición forzada de personas y los crímenes de lesa humanidad.
- La enseñanza obligatoria de los derechos humanos en los centros educativos estatales y militares.
- Apoyo a las labores de las organizaciones de derechos humanos en sus labores de denuncia y protección.
- Eliminación de la legislación represiva que sirvió de base legal a la dictadura.

#### 4.2. COMISIÓN DE LA VERDAD DE CHILE: BÚSQUEDA LIMITADA DE LA VERDAD

El 11 de septiembre de 1973 Augusto Pinochet derrocó al primer gobierno socialista democráticamente elegido en América Latina. Durante los primeros días de la dictadura se cometieron graves violaciones de los derechos humanos, como la Caravana de la Muerte (Verdugo, 2000). Igualmente, como desarrollo de la doctrina de la seguridad nacional, los gobiernos de las dictaduras del Cono Sur desarrollaron la Operación Cóndor, un operativo dirigido al secuestro y desaparición de personas y a la colaboración entre los organismos de la represión política. Como consecuencia de las disputas por el poder entre los diferentes comandantes de las fuerzas armadas chilenas, en 1980 se aprobó una nueva constitución que no sólo otorgaba amnistía para los crímenes de la dictadura, sino que obligaba al gobierno de Augusto Pinochet a llamar a un referendo para determinar si el pueblo chileno quería seguir con la dictadura o quería la democracia (Ensalaco, 2000).

Pese a las presiones que la dictadura ejerció en contra de los activistas de derechos humanos y quienes apoyaban el no a la continuidad de Pinochet, lo cierto es que los y las votantes decidieron a favor de la democracia y Pinochet entregó el poder a Patricio Alwyn, primer presidente elegido democráticamente después de la dictadura. Es necesario tener en cuenta que Pinochet dejó el poder en una situación de fortaleza y que por ello conservó muchos espacios de control, como el mando sobre las Fuerzas Armadas y la posibilidad de convertirse en senador vitalicio (Siavelis, 2009; Rodríguez, 2009).

Sin embargo, una de las promesas del gobierno de Alwyn fue la creación de una Comisión Nacional de Verdad y de Reconciliación, lo que hizo en 1990, mediante el decreto 355 del 25 de abril. Esta comisión tenía la misión de contribuir al esclarecimiento global de la verdad sobre las más graves violaciones a los derechos humanos cometidas en los años pasados, todo ello con el fin de contribuir a la reconciliación entre los chilenos/as. La comisión era presidida por Francisco Rettig y por ello es conocida también como la co-

misión Rettig y estaba conformada por miembros de los partidos políticos chilenos, e incluso por dos funcionarios del gobierno de Pinochet (Popkin & Roht-Arriaza, 1995). De acuerdo con el decreto que la creó, la comisión debía desarrollar las siguientes tareas:

- Establecer un cuadro, lo mas completo posible, sobre los graves hechos de violación a los derechos humanos sus antecedentes y circunstancias.
- Reunir información que permita individualizar a sus víctimas y establecer su suerte o paradero.
- Recomendar las medidas de reparación y reivindicación que estimara convenientes.
- Recomendar las medidas legales y administrativas que a su juicio deberían adoptarse para impedir o prevenir la comisión de nuevos atropellos graves de los derechos humanos.

La comisión tenía un plazo de nueve meses para investigar los hechos con resultado muerte o desaparición ocurridos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, esto es, el periodo de la dictadura militar. La Comisión desarrolló un trabajo intenso tanto en Chile como en el exterior, recibió documentos y testimonios. Sin embargo, la colaboración de las fuerzas armadas fue mínima, pues los documentos solicitados para determinar el paradero de los detenidos/desaparecidos no fueron entregados, arguyendo que fueron destruidos, y la mayor parte de los miembros de las fuerzas armadas cuyos testimonios se solicitaron, simplemente no quisieron atender el llamado de la comisión, que carecía del poder para obligarlos a comparecer.

El informe final tuvo tres partes: la primera parte se ocupaba de la relación de los hechos que constituían violaciones de los derechos humanos; la segunda parte se ocupaba de hacer recomendaciones para reparar el daño causado a las víctimas; la tercera parte se ocupaba de la identificación de las víctimas, que son 2279 personas sobre las cuales la Comisión llegó a la conclusión de que murieron o desaparecieron durante la dictadura. La Comisión presentó las siguientes recomendaciones:

- Reparación pública de la dignidad de las víctimas, con medidas de bienestar social, pensión única de reparación, atención en salud, educación, vivienda, etc.
- La Comisión recomendó la declaración legal de muerte de las personas detenidas/desaparecidas.
- La adecuación del ordenamiento jurídico nacional al derecho internacional de los derechos humanos, así como la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos.
- Reforma de las Fuerzas Armadas y del poder judicial.

#### 4.3. LA COMISIÓN DE LA VERDAD DE EL SALVADOR: BÚSQUEDA INTERNACIONAL DE LA VERDAD

Esta Comisión fue creada por la ONU como parte del proceso de paz entre la guerrilla y el gobierno salvadoreño. Trabajó durante seis meses y dos meses más en la elaboración del informe final. Estaba conformada por el ex-presidente colombiano Belisario Betancur, por un miembro del Congreso venezo-

lano, y por Thomas Buergenthal, ex-presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Juez del Tribunal Internacional de Justicia.

De acuerdo con el Acuerdo de Paz de Chapultepec de 1991, titulado “Superación de la Impunidad”, el mandato de la comisión es la investigación de los graves hechos de violencia ocurridos desde 1980. Para el cumplimiento de su mandato la Comisión debía tener en cuenta:

- La trascendencia de los hechos investigados y su repercusión, así como la conmoción social que causaron.
- La necesidad de crear confianza en los cambios positivos que el proceso de paz impulsa y estimular el tránsito hacia la reconciliación nacional.

La comisión tenía la función de luchar contra la impunidad y de elaborar recomendaciones para evitar que este tipo de hechos se produjera de nuevo. En su lucha contra la impunidad, y teniendo en cuenta que los casos se seleccionaban por parte de la Comisión, ésta respondió al mandato del acuerdo de Chapultepec mediante la investigación de actos cometidos por el ejército nacional que no hubieran sido sancionados.

La Comisión presentó una serie de recomendaciones a las partes del conflicto y para tener en cuenta en la tarea de la reconstrucción del Estado en la etapa postconflicto. La comisión recomendó reformar la legislación penal y el poder judicial; depurar las Fuerzas Armadas, la Policía y la administración pública; inhabilitar políticamente por diez años a quienes fueran responsables de violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario; investigar y terminar con los grupos armados ilegales, también conocidos como escuadrones de la muerte. La Comisión también recomendó que el gobierno salvadoreño reparara a las víctimas de la violencia y a sus familiares directos; así como la entrega de tierras, el equipamiento agropecuario, becas de estudio, etc (Hayner, 1994; Hayner, 2002).

Sin embargo, muchas de las recomendaciones de la comisión fueron pasadas por alto y no fueron atendidas por los sucesivos gobiernos. Sin embargo, el FMLN logró convertirse en una fuerza política importante en el país, al punto de lograr que su candidato fuera elegido presidente de El Salvador en las elecciones pasadas.

#### 4.4. LA COMISIÓN DE LA VERDAD Y LA RECONCILIACIÓN DE SURÁFRICA

Debido a la creciente presión internacional y a la imposibilidad del régimen del Apartheid para reformarse, el gobierno del presidente De Klerk se vió obligado a la liberalización del régimen y a la liberación del símbolo de la resistencia en Suráfrica, Nelson Mandela. Las negociaciones no fueron fáciles, y duraron casi cuatro años, en especial por las exigencias de los movimientos sociales de tener juicios como los de Núremberg, de tener un Estado unitario con una economía mixta; así como la liberación de todos los presos políticos. Por su parte, los partidarios de De Klerk proponían un régimen federal bajo su control; una economía liberal; y una política de perdón y olvido de los crímenes cometidos bajo el régimen del Apartheid. Dado el equilibrio

de fuerzas, ninguna de las dos opciones era viable. De acuerdo con un comentarista del proceso, lo que se dio finalmente fue una combinación de un modelo económico manejado con los blancos, con un control político de la población negra, que representa el 85% de la población surafricana (Elster, 2006).

En el marco de las negociaciones, se incluyó en 1993 en el proyecto de constitución una cláusula final que establecía las bases para la creación de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación. En esta norma se hablaba de la necesidad de otorgar amnistía para todas las personas responsables de crímenes realizados con motivos políticos y en el curso de los conflictos del pasado. Desde la misma constitución se apelaba al concepto de *ubuntu*, esto es, un concepto que habla de la esencia del ser humano como elemento de unión común entre los pueblos sudafricanos.

Como consecuencia de las elecciones ganadas por Mandela, la cuestión de la amnistía otorgada por las víctimas del apartheid adquiere otra connotación. En 1995 se aprobó la *Promotion of National Unity and Reconciliation Act* que regulaba a la Comisión de la Verdad. El juicio al apartheid quedó en entredicho con la creación de la Comisión de la Verdad, pues los graves crímenes cometidos durante el régimen eran susceptibles de amnistía a cambio de la verdad y de la explicación completa de las atrocidades cometidas. Si bien la comisión fue criticada por equiparar a las víctimas y a los victimarios, también tenía el deber de poner en contexto todos estos crímenes. La Comisión debía servir de espacio para la rehabilitación y reparación de las víctimas y debía hacer las recomendaciones necesarias para que estos hechos no se repitieran. La comisión contaba con dos instrumentos para atraer a la gente a tomar parte en el proceso liderado por la comisión: a los perpetradores se les ofrecía la esperanza de la amnistía a cambio de su testimonio; para atraer a las víctimas, contaba con los mecanismos de reparación, además del hecho mismo del re-conocimiento de la verdad.

La Comisión de la Verdad partía de un presupuesto que era el de considerar que el conocimiento del pasado conduce a la aceptación, la tolerancia, y la reconciliación en el futuro; así como en el hecho de que el conocimiento del pasado y de la “verdad” de alguna manera convencerá a la gente de poner el pasado detrás de ellas y moverse hacia un futuro mucho más democrático. Sin embargo, como lo señala James Gibson en un análisis de la comisión surafricana, hay poca evidencia de que la verdad conduzca a la reconciliación, o dicho de otra manera, la evaluación que se hace de las comisiones de la verdad se hace sobre la base de los deseos de quienes participan en su establecimiento, y no sobre la base de investigaciones empíricas que demuestren si el conocimiento de la verdad del pasado conduce efectivamente a la reconciliación entre las personas. En su estudio Gibson encontró resultados que no son sorprendentes para los conocedores de esta comisión de la verdad, pero que sí van en contravía de la visión oficial y el conocimiento generalizado de la comisión. Entre la población blanca, la verdad ha conducido a la reconciliación, y aquellos que están más reconciliados están más dispuestos a aceptar la verdad, lo que quiere decir que la verdad no es condición de la reconciliación, sino que están mutuamente relacionadas. Pero entre la población negra, es decir la gran mayoría de la población surafricana, la verdad no ha conducido a la reconciliación, y la reconciliación no ha conducido a la verdad, es decir en este caso no se prueba la afirmación de que la verdad es un factor causal en la producción de la reconciliación en Suráfrica (Gibson, 2004: 215).

#### 4.5. COLOMBIA: COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN SIN VERDAD NI RECONCILIACIÓN

La existencia de comisiones de la verdad no es nueva en Colombia, aunque en estricto sentido su función no ha sido la determinación de la verdad para dignificar a las víctimas, sino la averiguación de las causas de la violencia con el fin de hacer las transformaciones institucionales necesarias para evitar que los hechos violentos ocurran nuevamente en el futuro. Así, como resultado de las negociaciones de paz en Sitges y Benidorm en 1958, los líderes de los partidos conservador y liberal de Colombia llegaron a un acuerdo por el cual los dos partidos compartirían el poder y ejercerían la presidencia de manera alternativa, dando fin de esa manera a un conflicto armado que produjo más de doscientas mil muertes y que recibió el nombre de La Violencia, gracias al cual ninguno de los actores del conflicto asumía responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario producidas durante el mismo. Una vez alcanzada la paz negativa, se acordó crear una Comisión especial encargada de investigar las causas -que no los responsables- de La Violencia, la cual estuvo bajo la dirección de Otto Morales Benítez. Esta Comisión produjo evidencias suficientes para juzgar a los responsables del conflicto, pero, dado que esa no era su función, se limitó a hacer un relato de los hechos y de las posibles causas sin llevar ante los jueces a los responsables de esos crímenes (Guzmán et al., 2005).

Posteriormente se han creado comisiones para averiguar hechos determinados, pero su finalidad no ha sido promover un proceso de transición o convertirse en sucedáneos de la justicia penal. Sin embargo, en el año 2002, poco después de que Álvaro Uribe Vélez asumiera la presidencia, Carlos Castaño, entonces líder de las Autodefensas Unidas de Colombia AUC anunció las intenciones de su grupo para dar comienzo a un proceso de conversaciones que apuntaran a la desmovilización de estos grupos en Colombia. Desde noviembre de 2004, más de 3000 miembros de la AUC se desmovilizaron y se incorporaron en un proceso que se suponía iba a conducir a su incorporación exitosa a la vida civil y que serviría de modelo para los procesos de paz con las guerrillas de las FARC y del ELN.

Como resultado del proceso de negociación entre las AUC y el gobierno nacional, se habló de una política de perdón y olvido para los grupos paramilitares, pues estos entendían que su labor antisubversiva debía ser premiada por el Estado colombiano, a través de políticas de amnistías e indultos. Sin embargo, el marco de derecho penal internacional que mencionamos antes, limitaba la libertad del Estado colombiano y obligaba a que se establecieran un mínimo de sanciones para los perpetradores de los graves crímenes cometidos dentro del conflicto colombiano. Resultado de todo ello es la expedición de la ley 975 de 2005, también conocida como Ley de Justicia y Paz, que estableció una suerte de justicia retributiva, mediante la cual los miembros de la AUC que confesaran todos sus crímenes se verían beneficiados con un régimen de penas que permitiría la imposición de penas de prisión no superiores a ocho años. Al mismo tiempo, con el fin de garantizar el derecho a la verdad de las víctimas, la Ley de Justicia y Paz estableció la creación de una Comisión Nacional de Reparación y de Reconciliación CNRR con un mandato para analizar las causas de la violencia y apoyar las medidas que permitieran a las autoridades conocer la verdad y facilitar la reconciliación nacional. La Comisión tiene un término de ocho años para desarrollar su trabajo, al

cabo del cual deberá publicar un informe sobre el conflicto colombiano y sus causas. La Ley de Justicia y Paz también creó una comisión para establecer las causas históricas del conflicto. La CNRR estableció como momento inicial de sus investigaciones el año 1966, esto es el año en el que fueron creadas las FARC. Esta decisión ha sido criticada porque no tiene en cuenta los hechos anteriores a 1966, entre ellos la participación de los partidos liberal y conservador y de sus líderes en los actos de la violencia en los años 1950s, que para muchos están dentro de las causas de la violencia actual.

Una vez el proceso de desmovilización comenzó, los miembros de la AUC no mostraron ni arrepentimiento ni un compromiso real por la paz. En las versiones ante las autoridades de justicia y paz falsearon la verdad y en algunos casos, como el asesinato de un líder indígena, justificaron sus acciones por las supuestas relaciones de las víctimas con las guerrillas. Las víctimas no recibieron información sobre el paradero de sus familiares, uno de los líderes de las AUC sostenía tener Alzheimer y por tanto manifestaba que no recordaba el paradero de ninguna de sus víctimas. Amnistía Internacional y Human Rights Watch afirman que el proceso de desmovilización no ha reducido la violencia en el país y en su lugar ha puesto a las víctimas en una situación mucho más precaria y han sido amenazadas por demandar que se hiciera justicia.

La situación de Colombia es muy compleja, pues, por una parte, supone problemas de democratización en un contexto de gobernabilidad frágil y, por la otra, cuestiones de justicia post-conflicto en medio del conflicto. En este momento la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación es un organismo que goza de poca credibilidad en el país, las organizaciones de víctimas ven con reticencia el proceso de desmovilización de los grupos paramilitares, y la verdad que sería aportada por los jefes paramilitares se ha visto en entredicho por la extradición de los principales jefes paramilitares en momentos en los cuales, en sus confesiones ante los jueces de justicia y paz, estaban revelando los nexos existentes entre la clase política y los grupos paramilitares.

Las investigaciones desarrolladas por parte de Claudia López y León Valencia, de la Corporación Arco Iris, han mostrado la relación entre la clase política colombiana y los grupos paramilitares y han servido de base para la investigación y enjuiciamiento de varios miembros del Congreso que forman parte de la coalición de gobierno (Valencia, 2007). Recientemente han publicado una nueva investigación en la que muestran no solo el fortalecimiento de la guerrilla, a pesar de la política de seguridad del gobierno Uribe, sino el fracaso del proceso de negociación con los grupos paramilitares, pues al cabo de siete años de negociaciones, las víctimas no han sido reparadas, no hay verdad, no hay reconciliación y, lo que es peor, muchos de los miembros de los grupos paramilitares simplemente no se desmovilizaron o se re-movilizaron y hoy en día el problema del paramilitarismo sigue tan vivo como hace cinco años (Valencia, 2009).

#### 4.6. LOS PROBLEMAS DE LAS COMISIONES DE LA VERDAD EN SU LABOR DE CONSTRUCCIÓN COLECTIVA DE LA VERDAD

En su estudio sobre quince comisiones de la verdad, Priscilla Hayner identifica una serie de problemas y de limitaciones que se derivan del uso de

comisiones de la verdad. En primer lugar muestra que se dan una serie de limitaciones políticas que impiden que las comisiones de la verdad desarrollen plenamente su trabajo. Las comisiones son creadas en contextos en los cuales las partes que estuvieron en conflicto o el gobierno autoritario que se retira y el nuevo gobierno deben negociar una serie de concesiones a fin de tener una paz o una democracia estables.

Una de las principales consecuencias del contexto marcadamente político y politizado en el que deben trabajar las comisiones de la verdad es la cuestión misma de la verdad. Son pocos los casos en los cuales las comisiones de la verdad tienen acceso a toda la información y, por tanto, es limitada la posibilidad de hacer un relato verídico de lo que pasó. En los casos de comisiones como la de Suráfrica, la verdad es el resultado de las confesiones de los victimarios y de los relatos de las víctimas, pero no en todos los casos los victimarios lo contaron todo y no todas las víctimas tuvieron la posibilidad o la fuerza emocional necesaria para enfrentarse a sus victimario en la comisión. Sin embargo, el modelo de verdad que surge de este tipo de comisión es uno mucho más colectivo y democrático, en donde por fin el relato de las víctimas es reconocido.

Otro tipo de comisiones como las de Chile y las de Colombia, poseen un valor relativo en la construcción de la verdad. La Comisión Rettig tenía un mandato muy limitado que le impedía realizar atribuciones de responsabilidad. A este respecto la verdad sobre los victimarios o sobre los causantes de los crímenes permaneció oculta en esta comisión. Además, la comisión tenía el mandato de investigar todos los actos de tortura que resultaran en la muerte de la víctima, por lo que los miles de chilenos y chilenas que fueron víctimas de tortura durante la dictadura, pero que contaron con la suerte de no ser desaparecidos/as o asesinados/as no tuvieron acceso a la justicia y su historia fue invisibilizada por la comisión.

El caso de la comisión colombiana es particularmente interesante. El material de la CNRR son los relatos de las víctimas y la propia investigación de la comisión. Sin embargo el tiempo de comienzo del conflicto, 1966, la conformación de la CNRR, el carácter sesgado de muchas de las confesiones hacen que la búsqueda de la verdad en Colombia y el acceso de las víctimas a un relato más o menos verídico sobre los hechos del pasado sean bastante precarios. Hasta el momento la comisión ha publicado algunos estudios de caso, pero los resultados en términos de reconciliación o reparación son bastante inciertos. Además, la comisión ha escogido casos que pueden ser considerados fáciles, pues ha habido reconocimiento internacional de los hechos e incluso sanciones al Estado, como en el caso de Trujillo, aunque los responsables permanecen sin pena ([www.cnrr.org.co](http://www.cnrr.org.co), última visita 21 de diciembre de 2009).

El hecho de tener un término limitado para desarrollar sus investigaciones, usualmente doce meses, hace que las comisiones de la verdad deban limitar su campo de acción. En casos como los de Argentina y Chile la metodología escogida fue la de recibir los testimonios de las víctimas y desarrollar visitas a algunos centros reconocidos de reclusión. El informe final recoge los relatos de las víctimas y los hechos sucedidos tal cual ellas lo contaron. Esto hace más difícil la determinación de responsabilidades, pero es un hecho que fácilmente se pasa por alto, teniendo en cuenta que no son organismos judiciales. La selección de casos específicos permite que el trabajo de la

comisión se realice con mayor profundidad, pero también se corre el riesgo de establecer jerarquías entre las víctimas o de privilegiar algunas zonas de violencia sobre otras. En todo caso, periodos muy amplios de trabajo de la comisión hacen olvidar su carácter transicional y hacen que el impacto de reconocimiento de su trabajo se vaya perdiendo paulatinamente.

De cualquier manera, como se anotaba, las comisiones no son organismos judiciales. Hayner considera que en el trabajo de las comisiones se dan problemas de respeto del debido proceso y de la necesidad de conocer la verdad. Dado que la información recogida por la comisión no tiene el carácter de prueba, realizar acusaciones puede afectar el derecho a un debido proceso de la persona acusada. Teniendo en cuenta que la comisión es un instrumento de transición hacia una *rule of law* liberal, sería contradictorio que violara los principios del Estado de Derecho en su tarea de contribuir a establecerlo. Este dilema ha sido solucionado de dos maneras: por una parte, como en el caso argentino, la comisión recoge información que luego deberá ser analizada por la judicatura dentro de un proceso penal en el cual la persona imputada pueda ejercer sus derechos. Por otra, como en el caso surafricano, la comisión es un espacio en el cual el victimario relata libremente los hechos sucedidos y su participación en los mismos, todo ello a cambio de la posibilidad de amnistías para sus crímenes. En este caso se da un reconocimiento público de la responsabilidad, pero se evita la sanción penal. En la mayor parte de los casos las comisiones se limitan a relatar los hechos, a contar la historia de las víctimas, sin señalar responsables, pues en muchos casos ni siquiera se puede conocer quiénes son los autores de las graves violaciones de los derechos humanos. En los casos en los que los victimarios son suficientemente conocidos y es importante nombrarlos para impedir que formen parte del nuevo gobierno, así se ha hecho. El caso de El Salvador es significativo, pues atrajo la atención internacional al señalar a casi cuarenta personas, entre ellas el ministro de defensa y el presidente de la Corte Suprema, como responsables de las violaciones y, por tanto, recomendaba que fueran apartados de cargos de poder desde los cuales pudieran cometer crímenes similares (Hayner, 1994; Hayner, 2004; Hayner, 2008).

La comisión recientemente creada para investigar los hechos del Palacio de Justicia, en el cual un comando del M-19 tomó el Palacio de Justicia y el Ejército realizó una contratoma sangrienta con más de cien muertos y varias personas desaparecidas y ejecutadas extrajudicialmente –entre ellas dos magistrados-, ha mostrado el sesgo ideológico de sus integrantes y presentó un informe en el que repite muchos de las afirmaciones del gobierno nacional con respecto a los nexos entre el Cartel de Medellín y el M-19 y que no se corresponde con las investigaciones académicas sobre el tema. Sin embargo, la comisión sí debió reconocer el hecho de los desaparecidos y así se vio obligada a dejar constancia en el informe final (Comisión, 2009; [www.verdadpalacio.org.co](http://www.verdadpalacio.org.co)).

Una cuestión interesante, de la que no suelen ocuparse las comisiones de la verdad, es el de la responsabilidad de los actores internacionales en la financiación y el apoyo a los bandos en contiendas o a gobiernos dictatoriales. En el caso de Chile, por ejemplo, en donde estaba clara la responsabilidad del gobierno de los Estados Unidos en la financiación y apoyo al golpe de Estado y a la violencia que le siguió, la comisión de la verdad no se ocupó de analizar el papel del gobierno de este país, pese al hecho de que crímenes como

el asesinato de Orlando Letelier habrían podido ser evitados si los Estados Unidos hubieran decidido intervenir señalando la inconveniencia política de tales actos (Dinges, 2004).

Dado el contexto de continua negociación política y el carácter limitado de las comisiones de la verdad, son organismos que se crean sin mayor participación del público. En la mayor parte de los países han sido el resultado de creación presidencial, como en Argentina y Chile; de creación internacional, como en El Salvador; pero en otros ha sido el resultado de un debate público en el Congreso de la República, como en el caso de Suráfrica. En el caso colombiano, si bien no se trata propiamente de una comisión de la verdad, sí se creó mediante la Ley de Justicia y Paz. Pero es preciso tener en cuenta que no fue un debate propiamente público y neutral, pues un alto porcentaje de la coalición de gobierno que votó la ley estaban comprometidos en relaciones con grupos paramilitares, en lo que ha recibido el nombre de parapolítica, y por tanto tenían interés en obtener políticas de perdón y olvido o, por lo menos, políticas de *mano suave* con los crímenes cometidos por estos actores armados. (Valencia et al., 2007).

Las comisiones son tradicionalmente creadas por los gobiernos nacionales y con poco apoyo técnico y económico nacional. No obstante, las comisiones creadas con respaldo internacional presentan una serie de ventajas en materia de legitimidad y de capacidad política de maniobra que las comisiones meramente nacionales no poseen. Las ventajas de las comisiones patrocinadas por Naciones Unidas o por la cooperación internacional, son las siguientes:

- Las comisiones son vistas como agentes neutrales en un entorno altamente politizado.
- La legitimidad que da el hecho de ser una creación internacional, permite desarrollar mecanismos de presión para lograr la colaboración de los gobiernos.
- Acceso a recursos que nacionalmente podrían no estar disponibles, como son los recursos financieros; mayores medidas de seguridad; e incluso informaciones provenientes de gobiernos de otros países.
- Mayor visibilidad internacional, lo que hace que las recomendaciones hechas por la comisión tengan más probabilidades de ser implementadas, gracias al apoyo y a la cooperación internacional.
- Se incrementa la capacidad de los comisionados para resistir las presiones para que no realicen su trabajo. Esto permite que una vez presentado el informe final puedan abandonar el país e incluso ejercer presión desde el exterior para su divulgación y la implementación de sus recomendaciones.
- La perspectiva de afuera, permite mayor objetividad y mayor consideración al punto de vista de las víctimas, sin que puedan ser acusados/as de partidismo o de realizar el informe con base en consideraciones ideológicas.

Sin embargo, en algunos casos la complejidad de los países puede ser un obstáculo para el trabajo de miembros de una comisión internacional, pero este es un aspecto que es fácilmente solucionable con asesoría continua de expertos/as locales y de continuos análisis del contexto. Igualmente se critica que el hecho de que los comisionados dejen el país una vez presentado su informe, lo que puede afectar la habilidad del gobierno para jugar un papel importante en la defensa y protección de los derechos humanos. Pese a

ello, es importante tener en cuenta que las comisiones de la verdad no tienen funciones diferentes a las de investigación y de reconocimiento de la verdad. Su labor es meramente transicional. La cooperación internacional puede ser de gran ayuda en el fortalecimiento de las capacidades de los Estados para administrar justicia y para prestar servicios públicos a su población, pero ello forma parte de la labor de reconstrucción postconflicto o del trabajo de construcción de la paz. En todo caso, conviene no perder de vista que las comisiones de la verdad son simplemente uno de los instrumentos con que cuentan los Estados en su proceso de transición a la democracia o de transición a la paz.

Como lo señala Hayner en la conclusión de su estudio sobre quince comisiones de la verdad, el establecimiento de una comisión de la verdad es uno de los pasos que un país debe tomar para avanzar en su camino hacia la reconciliación y hacia el respeto de los derechos humanos. La comisión es una más entre las medidas de transición. Cambios institucionales, trabajo en una cultura de paz y en educación para la paz son elementos adicionales que deben ser tenidos en cuenta. Dado el marco de derecho penal internacional, la verdad durante las transiciones ya no puede ir acompañada de impunidad, esto es, el derecho penal y la verdad van hoy en día de la mano como parte de un proceso de justicia en épocas de transición. “Pero establecer oficialmente la verdad acerca del pasado puede ser de importancia crítica para que una sociedad salde cuentas con un periodo de abusos masivos. Las comisiones de la verdad pueden, al final, jugar un papel poderoso en sacar a la luz la discusión sobre los derechos humanos. En muchos conflictos, la demanda de dar fin a la impunidad, de reconocer el sufrimiento de las víctimas, y de escribir una historia justa de un pasado tormentoso exige que la verdad global sea justamente establecida” (Hayner, 1994: 655).

## 5. EL PAPEL DE LA MEMORIA EN LA RECONSTRUCCIÓN SOCIAL Y EN LA JUSTICIA EN ÉPOCAS DE TRANSICIÓN

# 5

### 5.1. ¿QUÉ ES LA MEMORIA Y LA MEMORIALIZACIÓN?

La justicia penal, tanto nacional como internacional, y las comisiones de la verdad tienen como propósito la averiguación de la verdad de las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como, en el caso de la justicia penal, la sanción de los responsables. A través de las comisiones de la verdad se hace un proceso de reconstrucción de la verdad y un proceso de construcción colectiva de la memoria del pasado. Sin embargo, la memoria puede también ser construida o reconstruida a través de comisiones no oficiales de la verdad y de mecanismos como los memoriales y las producciones artísticas (Bickford, 1999; Bickford, 2007).

La memoria como tal se convierte en un aspecto significativo de la construcción de la paz y de la comprensión del conflicto.<sup>14</sup> La memoria permite que los grupos compartan un sentido de pertenencia común y por tanto les permite tener una identidad colectiva a través del recuerdo y del olvido. Dado que la memoria está conectada a la cuestión de la identidad y de la historia de un grupo, es con frecuencia objeto de revisión y de disputas. La memoria puede ser perpetuada a través de procesos como la memorialización y a través de la construcción de monumentos nacionales y de celebraciones conmemorativas que permiten a las sociedades divididas re-escribir su historia y sus narraciones del pasado; también pueden servir para que las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos comiencen su proceso de reparación simbólica y se de comienzo a los procesos de reconciliación, a través del reconocimiento de grupos tradicionalmente oprimidos y olvidados (Naidu, 2006).

La memorialización toma varias formas y es un concepto que sirve para recoger diversas maneras de recordar y de conmemorar. La memoria no puede ser suprimida, por más que muchos gobiernos intenten reescribir la historia, surge de una forma o de otra. Lo que buscan los proyectos de memorialización es que la memoria surja de una forma positiva, esto es, que permita no sólo recordar a las víctimas, sino evitar que los hechos del pasado se repitan en el futuro. La memorialización es así un proceso que satisface el deseo de ser reconocidos y de que su memoria sea honrada; que dignifica a aquellas personas que han sido víctimas de graves abusos a sus derechos y se convierte en una forma de reexaminar el pasado. En este proceso, el pasado puede ser reinterpretado para dar respuesta a una serie de necesidades

14. En este texto no quiero ocuparme de la discusión acerca de la memoria histórica y acerca del aparente carácter tautológico de hablar de la historicidad de la memoria. Considero que Paloma Aguilar da buena cuenta de los argumentos en contra de hablar de una memoria que sea histórica. Ver Paloma Aguilar. *Memoria y Olvido de la Guerra Civil Española*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

políticas y sociales. La memorialización es así concebida como un espacio de disputas de significados y de disputas acerca del significado de la memoria en el que se ofrece la posibilidad de ayudar a la formación de una nueva nación, una nueva comunidad o una nueva identidad étnica. De acuerdo con Mneimneh, el recordar el pasado es por necesidad transformador de ese pasado que se recuerda, subjetivamente se destacan unos aspectos sobre otros, puede incluso ser percibido como una confiscación de la historia. Por ello es tan importante que en el proceso de recuerdo del pasado, se de la mayor transparencia y participación posible, para así contribuir a una construcción colectiva y democrática de la memoria (Bickford, 1999; Naidu, 2006).

La memorialización también puede tener un lado oscuro, pues también puede ser usada por los vencedores con el propósito de reescribir la historia y borrar de ella a los vencidos o, como anotábamos para el caso de las comisiones de la verdad, también puede ser utilizada para mostrar un lado de la historia en el que los vencidos sean vistos como los victimarios y las violaciones de derechos humanos como actos de legítima defensa. La memorialización representa de ese modo un nexo complejo entre la política, el trauma, la memoria colectiva y el arte público (Weinstein citado por Barsalou y Baxter, 2007: 4).

La construcción de monumentos que recuerden a las víctimas suelen ser el producto de recomendaciones de las comisiones de la verdad, como en Chile y El Salvador, pero también pueden ser el producto de procesos que se dan dentro de países que se sienten maduros para enfrentar un pasado que no sólo es doloroso sino que aún puede ser fuente divisiones, como es el caso de España, en general, y de Cataluña, en particular. Medidas como la celebración de días particulares, construcción espacios públicos para el recuerdo de las víctimas, asignación de nuevos nombres a las calles o recuperación de los nombres que tenían en el periodo preautoritario, todas ellas tienden a construir una nueva memoria, una en la cual las víctimas de los crímenes del pasado sean incluidas.

La construcción de la memoria es patrocinada con frecuencia por el Estado, pero al igual que existen procesos alternativos de verdad, como en el caso de las comisiones no oficiales de la verdad, existen también proyectos alternativos de construcción de la memoria, en los cuales se busca hacer visible el papel de instituciones estatales en la comisión de actos vulneratorios de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (Bickford, 2007). Tanto el Estado como la sociedad civil reconocen el poder reivindicativo y simbólico de los memoriales, pero es poco lo que se conoce a nivel empírico del efecto reconciliador de la construcción de la memoria. Se corre el riesgo de que los memoriales sean vistos como reparaciones meramente simbólicas con el fin de desviar la atención de los aspectos materiales de la reparación.

En el trabajo de investigación que el Centro para el Estudio de la Violencia y la Reconciliación de Suráfrica lleva a cabo se muestra las diferencias entre la justicia transicional y la construcción de los memoriales. Esta diferencia se percibe en la medida en que la justicia se entiende como justicia penal para un periodo de transición y con la finalidad principal de sancionar a los responsables de la comisión de graves violaciones al derecho penal internacional. El discurso de esta forma de justicia se entiende como muy legalista y concentrada en la retribución y la prevención a través de la justicia penal.

La tendencia es construir mecanismos que se ocupen de lidiar con el pasado, establecer los hechos a través de investigaciones penales y, en general, realizar una construcción procesual de la verdad. La memoria, en todo caso, aparece como un subproducto y no como la finalidad principal de los procesos de justicia penal.

Por el contrario, la construcción de memoriales es vista como un proceso mucho más detallado y expresamente dirigido a la perpetuación de la memoria con el fin de facilitar procesos de recuerdo y de reconocimiento de las víctimas. Así, la memorialización no es concebida como un sustituto de las reparaciones materiales ni una forma de reparación simplemente simbólica. Por el contrario la memorialización tiene una variedad de propósitos que apuntan a la construcción de una cultura de paz y a ocuparse de aspectos como la dignidad, las relaciones humanas y la identidad colectiva. De ese modo la construcción colectiva de la memoria contribuye al desarrollo humano y a la regeneración de capital humano que es con frecuencia destruido durante los periodos de conflicto y de opresión.

En muchos casos los memoriales son manipulados políticamente, por lo que es preciso que las iniciativas de construcción de memoriales sean el producto de un proceso colectivo y democrático, pues de lo contrario, en vez de ser un mecanismo de justicia en épocas de transición, a través de la re-dignificación de las víctimas y de su historia, puede ser convertido en un nuevo mecanismo de ocultamiento y de opresión y, por tanto, un instrumento de ejercicio de violencia simbólica. Igualmente, la cuestión del momento y de la secuencia es de crucial importancia, pues pueden contribuir a alienar ciertos grupos en lugar de acercarlos. De la misma manera, los memoriales deben ser continuamente resignificados, pues con el paso del tiempo pueden perder su valor y aparecer como figuras vacías para las nuevas generaciones.

Algunas formas de memorialización son las siguientes:

- Lugares construidos: museos y bibliotecas conmemorativas; monumentos; muros con los nombres de las víctimas; memoriales virtuales en la web.
- Lugares encontrados: tumbas; lugares en los cuales se cometieron asesinatos masivos o genocidios; antiguos campos de concentración o de tortura.
- Actividades: aniversarios de golpes, de batallas, u otras acciones relacionadas con el conflicto; exposiciones temporales; dar nuevos o antiguos nombres a calles, edificios o infraestructuras; paradas o tours; marchas y vigiliias; disculpas públicas.

## 5.2. PROCESOS DE MEMORIALIZACIÓN

En un estudio sobre los procesos de memorialización, Barsalou y Baxter muestran que se tratan de procesos que se dan antes, durante y después del conflicto. Depende de la sociedad en la cual emerge y la etapa del conflicto en la que se da. Es un proceso bastante politizado que refleja la voluntad de aquellos que están el poder, esto cuando se trata de memorializaciones promovidas desde el Estado, pero, como se vio atrás también hay una serie de

iniciativas alternativas que en algunos casos buscan combatir la construcción de una memoria hegemónica, por oposición a una memoria colectiva (Barsalou y Baxter, 2007).

Si bien el trabajo de la cooperación internacional es importante, en la construcción de mecanismos de memoria hay que tener en cuenta que se trata de procesos constituidos localmente, pues consiste en el reconocimiento de espacios como lugares de la memoria, algo que sólo la gente local puede hacer, por lo que el papel de la comunidad internacional debe ser el de prestar asistencia técnica y, si es el caso, apoyar a las partes para que inicien procesos de diálogo acerca de la construcción colectiva de la memoria. El proceso por el cual se determina que un espacio o un lugar son parte de la memoria colectiva de una sociedad es mucho más importante que el lugar material mismo, pues se trata de acordar colectivamente que un espacio es parte de la historia de un grupo con el cual los sujetos se identifican. Los proyectos de construcción de memoriales permiten promover una revisión crítica del pasado y promover un proceso de aprendizaje y de pensamiento crítico acerca de la propia historia y cultura. De este modo se promueve la continua resignificación de los espacios y las personas de manera que adquieran relevancia actual.

Teniendo en cuenta que una de las tareas de los tribunales y de las comisiones de la verdad es la recolección de documentos sobre el pasado, con el fin de establecer la verdad histórica del conflicto o de la represión, estos documentos deben estar disponibles para quienes realizan proyectos de memorialización, pues así pueden ser parte de una cultura de paz y de un curriculum de educación para la paz. Pese a que son construidos con la finalidad de producir reconstrucción social y ayudar a la reconciliación, es claro que son procesos de largo plazo y en continuo cambio, por lo que su medición es difícil aunque necesaria.

Las funciones de la memorialización son las siguientes:

- Construir la verdad o documentar específicas violaciones de los derechos humanos.
- Crear un lugar específico para que la familia de las víctimas y en general todo el mundo pueda llorar a las víctimas de la violencia o de la represión.
- Ofrecer reparaciones simbólicas para honrar a las víctimas de la violencia y restablecer su reputación.
- Servir de símbolo del compromiso de una comunidad con ciertos valores, tales como la democracia y los derechos humanos.
- Promover la reconciliación al reconstruir la identidad nacional y servir de medio de reparación de las relaciones dañadas entre los grupos.
- Promover el compromiso cívico y programas de educación que se ocupen de establecer un diálogo en la comunidad acerca del pasado y así promover las discusiones entre el grupo con miras a una paz duradera.
- Establecer un nuevo curriculum con el fin de que las nuevas generaciones tengan un conocimiento más preciso del pasado y en el que la dignificación de las víctimas y el reconocimiento de su sufrimiento sea parte del mismo.
- Facilitar la conservación de lugares o periodos en un país en el cual hay diversos colectivos cada uno con su propia historia.

Una de las finalidades de la memorialización es el logro de la reconciliación entre grupos que se odiaban mutuamente o que estaban enfrentados. Sin embargo, la literatura sobre el tema señala las dificultades de la reconciliación, especialmente a través de mecanismos transicionales o de justicia en transición. La reconciliación entre ciertos grupos puede obtenerse a través de medidas de justicia y de averiguación de la verdad. Sin embargo, no está plenamente probado que la justicia penal o las comisiones de la verdad sean factores determinantes en el logro de la reconciliación. El término mismo de reconciliación es puesto en entredicho, pues apunta en muchos casos a presentar como reconciliación y reparación políticas que son de perdón y olvido.

Otras personas y organizaciones prefieren hablar de reconstrucción social y de reclamación en vez de reconciliación. Sin embargo, desde el *United States Institute for Peace* USIP se propone tener en cuenta los siguientes elementos para hablar de reconciliación:

- Es un proceso en múltiples niveles que involucra responsabilidad a nivel nacional pero que también requiere coordinación y enfoques holísticos que promuevan la reconstrucción social en diversos niveles de la sociedad.
- La finalidad de la reconciliación es ser capaces de manejar y de transformar positivamente los conflictos, antes que eliminarlos.
- Es un proceso de larga duración que requiere ser capaz de manejar las expectativas. Hay un límite entre lo que se puede hacer y lo que se quiere hacer.
- La reconciliación tiene un lado pragmático que se puede alcanzar en conjunto con la promoción de la democracia, del Estado de Derecho y del imperio de la ley, y de la justicia.
- La clave para alcanzar la reconciliación es la creación de nuevas identidades nacionales y en algunos casos nuevos mitos que guíen a la nación. La memorialización es un componente fundamental por su poder para configurar las identidades, los mitos, y las memorias.

Son diversos los tipos de memoriales. Hay diversos tipos de memoriales para diversos tipos de conflicto. Así, en los casos de genocidio, la memorialización suele girar alrededor de los restos humanos. La exhibición de los restos humanos de un genocidio, como en el caso de Ruanda y de Camboya, se convierten en formas de educar a la población acerca de los hechos ocurridos en el pasado. Dejar los restos de las víctimas en el lugar en donde sus cuerpos fueron encontrados da la idea de su indefensión y la magnitud de lo ocurrido. En el caso del Museo del Holocausto de Washington, el incontable número de zapatos de las víctimas que se exhiben en el museo nos permite tener una visión del genocidio, a través de la relación entre los restos y las personas.

En los casos de desapariciones forzadas, el cuerpo de las víctimas está precisamente ausente, y es a esa ausencia hacia la cual se dirige el memorial. En este caso, los memoriales tienen la función de hacer presente al desaparecido/a a través de la escritura de su nombre en paredes destinadas para tal efecto, o a través de la exhibición de las fotografías en un espacio destinado para que las víctimas lloren a sus familiares. También se construyen espacios virtuales en los que se colocan los datos de las personas desaparecidas y de ese modo virtual se les recupera para la realidad. En algunos casos, en donde el nuevo régimen tiene la suficiente fuerza y legitimidad para hacer-

lo, se recuperan antiguos centros de tortura y campos de concentración con el fin de hacer evidente el lugar en donde los hechos ocurrieron y además señalar de manera directa a los responsables de los crímenes. Es el caso de la Escuela de Mecánica de la Armada de Argentina, popularmente conocida como la ESMA, en donde se ha creado un museo de derechos humanos que recuerda que en ese lugar se cometieron muchos de los crímenes de la dictadura argentina.

En sociedades que sufren fuertes divisiones étnicas, con frecuencia suele haber un modelo hegemónico de construcción de la memoria. Estas historias oficiales suelen celebrar los hechos de uno solo de los grupos y presentar al otro bando como victimarios y al propio bando como mártires y víctimas de la violencia de otro grupo étnico. La función de los memoriales en estos casos es la de recuperar la memoria y de construir una memoria más democrática y que de cuenta de la posibilidad de coexistencia de los dos grupos. Esto lo hace a través de la eliminación de los mitos violentos de fundación de la nación y de la recuperación/construcción de otros mitos que inviten a la armonía. En los casos en los que ha habido violencia étnica de un grupo contra otro, como en Ruanda o en Suráfrica, se suele conmemorar a uno sólo de los grupos, dejando de lado las víctimas del otro bando, que también fueron víctimas de la violencia étnica. En Ruanda, por ejemplo, se ha construido un memorial en Kigali recordando a los/las Tutsis víctimas del genocidio cometido por los Hutus, pero se olvida a las víctimas Hutus de los ataques de su propio grupo y se pasa por alto a los más de doscientos mil Hutus que fueron víctimas de la represión Tutsi que siguió al genocidio. Las diferencias de formas de abordar la memoria tiene que ver con la forma en que terminó el conflicto, la fortaleza de la democracia, si el memorial es local o nacional, etc.

Los proyectos nacionales de memorialización suelen reflejar las aspiraciones de las comunidades antes que las realidades de los países que están en proceso de transición. Si bien los memoriales no se ocupan de satisfacer las necesidades materiales de las víctimas de la violencia, si permite consolidar nuevas formas de imaginar a la nación. En todo caso, conviene no exagerar la función que cumplen en ese proceso, pues de nada sirve que un grupo forme parte de la nación o de la comunidad imaginada en los discursos o en los mitos acerca de la nación, si en la práctica se desarrollan nuevas formas de exclusión material. El caso de Suráfrica es interesante a este respecto, pues si bien es cierto que la población negra controla el poder político; el poder económico y el capital social asociado al mismo sigue estando en poder de los blancos.

Los memoriales buscan realizar una reconstrucción simbólica del pasado, y en esa medida se ocupan de subsanar la violencia cultural y contribuir a la construcción de una cultura de paz. A través de la documentación del pasado, los memoriales contribuyen a imaginar un nuevo futuro. Es por ello que su construcción toma tanto tiempo. El papel de los memoriales en la construcción de una nueva sociedad es crucial, pero su función transicional es bastante limitada en el corto plazo, aunque en el largo plazo adquiera una connotación diferente. Teniendo en cuenta que los memoriales presentan simbólicamente aquella comunidad que se quiere imaginar, es natural que su construcción este plena de debates y de emociones.

Los memoriales hacen evidente la persistencia de las divisiones de la gente y representan un reto para su capacidad de imaginar qué les une y qué les divide, y su capacidad para superar esas diferencias. Es llamativo que en

Bosnia se haya construido una estatua a Bruce Lee. Los promotores de la construcción de la estatua mostraban precisamente que en una sociedad tan dividida como Bosnia, lo único que une a las diversas comunidades es la unidad precaria y foránea que brinda la figura de un antiguo actor de películas de karate de serie B.

No ocurre lo mismo con los memoriales producto de genocidios o de desapariciones forzadas, pues en esto no se trata de simbolizar la unidad de la nación, sino el dolor de las víctimas, cuya unidad como víctimas del conflicto o de la represión no suele estar sujeta a debate, así en algunos casos particulares se discute el papel de víctima de algunas personas.

### 5.3. ¿CÓMO SE CONECTAN LOS MEMORIALES CON OTRAS INICIATIVAS DE JUSTICIA EN ÉPOCAS DE TRANSICIÓN?

Esta es una pregunta fundamental, pues los memoriales, sobre todo los que son construidos después de conflictos étnicos, son vistos más como elementos fundacionales que como elementos transicionales. Sin embargo la contribución de los memoriales a la transición, aunque lejana y sujeta a debates, es importante.

Como señalaba atrás, los memoriales suelen ser construidos después del paso de un cierto tiempo. Los memoriales buscan precisamente construir una memoria del conflicto o de la represión o servir de base para la re-imaginación de la nación. Dado que no son el resultado inmediato de la transición, suelen ser construidos una vez otros mecanismos de justicia en épocas de transición han tenido lugar, tomando en muchas ocasiones los hallazgos de estos mecanismos como sus fuentes para reflexionar sobre el pasado y para la construcción de la memoria. Como lo señalan Barsalou y Baxter (2007:9), la memorialización al nivel nacional sigue idealmente los procesos de verdad de las comisiones de la verdad y de asignación de responsabilidad de los procesos penales y están ligados a iniciativas educativas para que la población escolar se involucre en un diálogo acerca del pasado.

Estos procesos que son de educación para la paz y que buscan una nueva forma de enseñar la historia del país, son esenciales para extender el impacto de los procesos penales y de las comisiones de la verdad. El alcance de los relatos que se hacen dentro del proceso penal es bastante limitado y no suelen llegar al público y en los casos en los que lo hacen llegan de manera distorsionada. En cuanto al relato de las comisiones de la verdad, en la mayoría de los casos los informes son ampliamente leídos y el público tiene un amplio conocimiento de los hechos. Sin embargo, el impacto de los informes de las comisiones de la verdad no va más allá del público y de la generación de su momento de aparición. Informes como el de *Nunca Más* de la CONADEP fueron ampliamente conocidos en su época, pero hoy son casi desconocidos por las nuevas generaciones. Los memoriales y la educación para la paz tienen la función de continuamente actualizar esos relatos y de hacer que las nuevas generaciones entiendan el sufrimiento del pasado.

Sin embargo, la construcción de memoriales como parte del proceso de transición y de construcción de una cultura de paz suelen ser medidas que se toman de manera residual, pues no suelen concentrar la atención de los me-

canismos de justicia en épocas de transición, ya que éstos están más preocupados por la verdad y por la responsabilidad penal. Hoy en día el significado de los memoriales no ha sido articulado por las comisiones de la verdad. No es claro cuándo, cómo, por parte de quién, y en general cómo hacer posible que el impacto de la verdad sea perpetuado a través de la memorialización y de la construcción democrática de la memoria.

De acuerdo con Louis Bickford, hay dos paradigmas en juego con respecto a la memorialización. Por una parte está el paradigma de la justicia transicional que se ocupa de las responsabilidades legales del Estado y de su obligación internacional de promover el Estado de Derecho y el imperio de la ley. Este paradigma exige del Estado cumplir con cuatro condiciones, que exigen ser documentadas:

- Que se cuente la verdad acerca de lo que sucedió en el pasado, lo que exige recoger los relatos de las víctimas y de los victimarios;
- Que se juzgue a los responsables de graves crímenes internacionales, lo cual exige que se aporten las pruebas necesarias;
- Que se repare a las víctimas, lo que supone la correcta identificación de las víctimas en tanto son las beneficiarias de las reparaciones.
- Que se den garantías de no-repetición a través de las necesarias transformaciones institucionales. Las reformas institucionales exigen que se hagan procesos de control de antecedentes (vetting), lo que supone basarse en los archivos de la policía, de las fuerzas militares y, general, de la administración pública.

El paradigma de la memoria busca promover una cultura de la democratización mediante la creación de una cultura del *nunca más*. Este paradigma se funda en el constante recuerdo de los acontecimientos y en otros métodos de educación para la paz, por lo que la evidencia procesal y la documentación recogida por las comisiones de la verdad es esencial para su trabajo. Las historias orales y los testimonios de las víctimas pueden tener un impacto en la construcción que de la memoria hacen museos y memoriales.

Una cuestión que es central para que los memoriales cumplan su función de contribuir a una transición exitosa es que sean vistos como legítimos por parte de la población, pues si se perciben como interesados y parciales su contribución a la construcción de la memoria es mínima o puede ser vista como la justicia de los vencedores; la construcción de los memoriales debe ser el resultado de un amplio proceso de consultas y de participación con las víctimas, pues es esa participación la que finalmente permitirá a las víctimas apropiarse de los memoriales y considerarlos como un relato de su historia; los memoriales y la justicia en época de transición no son mecanismos que se puedan realizar en el vacío, deben ir acompañados de otros mecanismos de construcción de paz y de construcción de una cultura democrática y de paz (Brett, 2007). Igualmente, sin transformaciones materiales, estos procesos simbólicos tienen poco sentido y pueden fácilmente ser percibidos como formas de evadir la realización de la justicia o la dignificación de las víctimas.

La idea del proceso de participación de las víctimas es fundamental. Los memoriales que tienen un efecto más positivo en los procesos de transición son aquellos que promueven acciones dinámicas de un compromiso cívico con la democracia. No basta con simplemente poner una lista con los nombres

de las víctimas, sino que es indispensable proporcionar educación acerca del pasado, pues de lo contrario puede quedarse congelada en el pasado o ser ignorada por las nuevas generaciones. La importancia de la educación está no sólo en enseñar acerca del pasado, sino en tener en cuenta que el objetivo de la construcción de la memoria es tener una sociedad justa, democrática y libre de conflictos violentos (Booth, 1999; Booth, 2001). Los monumentos y los memoriales en general son símbolos de reconciliación entre comunidades que están divididas por el conflicto violento. Se trata de que las comunidades enfrenten los hechos del pasado y a través de las memorializaciones acepten las responsabilidades por lo que ocurrió y a través de ello pueden comenzar un proceso de transformación de la identidad colectiva y de construcción de nuevos valores para lidiar con el conflicto (Kgalema, 1999).

Para concluir este apartado es importante tener en cuenta los siguientes elementos:

- La memorialización es un proceso que está políticamente cargado y que puede sacar lo peor de una comunidad, pero también tiene el potencial de sacar lo mejor de ella.
- Los memoriales deben ser iniciativas locales o nacionales, los que son promovidos desde fuera de las comunidades están condenados al fracaso.
- La importancia de la comunidad no puede ser desconocida, pues sólo ella sabe cuáles sitios son importantes para la construcción de su memoria. El hecho de que son lugares de significado hace que los extraños a la comunidad con frecuencia no perciban su importancia definitoria en la identidad de una comunidad.
- Los memoriales deben ser dinámicos, pues los memoriales que no están ligados a procesos de educación para la paz y de construcción de una cultura de paz pierden su significado al poco tiempo.

## 6. ¿CÓMO SE MIDE EL IMPACTO DE LA JUSTICIA EN ÉPOCAS DE TRANSICIÓN?

Los mecanismos de justicia en épocas de transición se ocupan de determinar la verdad y de sancionar a los responsables de graves crímenes con el fin de alcanzar la paz y la reconciliación en una sociedad determinada. Al igual que la construcción de la paz, es difícil medir el impacto de los mecanismos de justicia en transición en la producción o sostenibilidad de la paz. Atrás se veía los resultados del estudio de Gibson sobre la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Suráfrica con respecto al proceso de reconciliación que se quería en ese país. Igualmente se veía la dificultad de determinar qué se entiende por reconciliación y cómo algunos autores consideran más apropiado hablar de reconstrucción social antes que de reconciliación (Gibson, 2004).

Como lo señala Hazan, la justicia en épocas de transición se ha convertido en un campo de conocimiento importante, con economía, prácticas, instituciones, especialistas, estudiosos, publicaciones y debates propios. Desde el año 2000 comenzó a ser enseñado en los Estados Unidos y en otras universidades del mundo. Los debates respecto a la utilidad y necesidad de una justicia en épocas de transición van desde la crítica radical que la confunde con mera justicia penal y con justicia de vencedores; hasta aquellas personas que consideran que la justicia en épocas de transición no se limita a la justicia penal nacional o internacional y no se limita sobre todo a la discusión meramente ideológica (Hazan, 2006). Sin embargo, existe coincidencia en la literatura acerca de la necesidad de medir los efectos de estos mecanismos en cuanto a su objetivo declarado, esto es, la prevención de nuevos actos de violencia, y la reconciliación entre los bandos en disputa (Thoms, 2008; Vora & Vora, 2004).

Los objetivos de la justicia de transición van desde el restablecimiento psicológico de las víctimas hasta la reconciliación nacional, y esto lo busca alcanzar a través de mecanismos de justicia penal, comisiones de la verdad, memoriales (que incluyen leyes de purificación, políticas de la memoria, y pedidos de perdón públicos), y políticas de reparaciones a las víctimas. Cada país responde a su pasado de manera diferente y por tanto las políticas desarrolladas varían, así como su efectividad.

Con el fin de evaluar los efectos de la justicia en épocas de transición, es necesario tener en cuenta el marco temporal y las condiciones en las cuales se crea. Así durante la fase de conflicto armado, la efectividad de la justicia se ve reducida y sus efectos simbólicos son mínimos. En esta etapa es mucho más probable que los únicos modelos de justicia en épocas de transición que encontremos sean los tribunales penales internacionales, pues éstos cuentan con la posibilidad de ejercer presión desde afuera para la regularización de la guerra y para la terminación del conflicto (Human Rights Watch, 2009).

Una vez terminado el conflicto, es necesario determinar el poder relativo de los actores para así saber las posibilidades de la justicia. En casos en los que los victimarios tienen altas cuotas de poder las posibilidades de comisiones de la verdad o de justicia penal efectiva son bastante bajas. En el mediano plazo, entre 15 y 20 años, las redes de poder de los victimarios se han debilitado y es mucho más probable que en algunos casos se puedan abrir procesos penales. Sin embargo, la justicia tardía es con frecuencia percibida como ilegítima y con posibilidades de causar nuevos conflictos, por lo que es mucho más probable que se acudan a los memoriales y a algunos casos paradigmáticos de justicia penal. En el largo plazo, las posibilidades de revisión del pasado y de reconciliación son mucho más altas, pero la probabilidad de los juicios penales es también mucho más baja, tal y como lo muestra el caso de los juicios a la Alemania Nazi, que hoy en día son escasos pese al hecho de que existe una clara consciencia de los crímenes cometidos (Hazan, 2006).

Hazan muestra diez indicadores que permiten determinar si la justicia en épocas de transición ha sido eficaz en la realización de sus objetivos declarados, esto es, contribuir a la reconciliación nacional, a la estabilidad regional y a la seguridad internacional. Los indicadores son los siguientes:

- La eficacia de la justicia penal de los tribunales penales internacionales e híbridos:
- El impacto de los juicios mediáticos
- La disuasión
- La producción de la verdad
- El carácter público y transparente de los juicios y de la comisión de la verdad.
- Las recomendaciones realizadas y las transformaciones institucionales que se han hecho para darle cumplimiento.
- El impacto terapéutico
- El arrepentimiento
- Las reparaciones
- El proceso de construcción de la memoria.

Como todos los indicadores que existen para determinar la fragilidad de los Estados, los indicadores para medir la efectividad de la justicia en épocas de transición presenta también varios problemas. En primer lugar, la presencia de factores subjetivos como la disuasión o el arrepentimiento hacen que la determinación de la justicia se haga depender de factores con poca probabilidad de ser medidos. En el caso del arrepentimiento dependemos de la existencia de declaraciones en tal sentido por parte de los perpetradores, pero como lo muestra el caso sudafricano, tales declaraciones no son necesariamente sinceras, pues son uno de los requisitos para obtener la impunidad deseada.

La efectividad de los tribunales internacionales es bastante limitada, como se mostró atrás, y su valor termina siendo más simbólico que real. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda TPIR es un ejemplo de valor simbólico frente a eficacia real. En un marco de escasas sanciones, el legado del TPIR no es su jurisprudencia o el castigo a los responsables, sino la existencia de un relato alternativo del conflicto, con mención a la responsabilidad de Francia y de Bélgica, y el reconocimiento de la existencia de un genocidio por parte del pueblo Hutu en contra del pueblo Tutsi. No ha ocurrido lo mismo con los tribunales nacionales en Ruanda, que sí han sido percibidos

como juicios de vencedores y han contribuido muy poco al establecimiento del Estado de Derecho y del imperio de la ley. Dentro de este marco también se da la discusión entre justicia y paz, de la cual nos ocuparemos más adelante.

Los juicios penales tienen la finalidad de encontrar la verdad y sancionar a los responsables por graves crímenes, de manera que esos hechos no se repitan en el futuro. Juicios como el Núremberg o los juicios a las dictaduras tienen una función didáctica que buscan no sólo hacer un relato de lo que sucedió, sino destacar la vigencia de un orden internacional que se impone sobre la barbarie que se quiere establecer en el orden interno. De ese modo los juicios penales ofrecen el espectáculo de la justicia, pero no un espectáculo en el sentido de un derecho penal meramente simbólico, sino un espectáculo que contribuye a la reconstrucción de una ética ciudadana. Por ello es importante determinar cuál es el público destinatario de la justicia penal y los riesgos que se corren con los juicios que sirven de tribuna para nuevos relatos del pasado. Así, el Tribunal para la Antigua Yugoslavia TPIY buscaba calmar la conciencia de occidente durante el conflicto con el fin de mostrar que se estaba haciendo “algo”. Pero a la vez, una vez terminado el conflicto el mensaje iba dirigido a las élites de la antigua Yugoslavia para que se desafilieran de un discurso racista y para que rompieran sus relaciones con el gobierno de Milosevic, quien fue finalmente entregado al TPIY. Pero el juicio se estaba convirtiendo en la tribuna de los perpetradores, como el juicio a Karadzic muestra con sus ataques a la jurisdicción del tribunal y su intento de presentarse como víctima de las potencias internacionales.

En cuanto a la verdad, su eficacia depende de la concepción que de la verdad se tenga. Para Alex Borraine hay tres tipos de verdad: la fáctica, la personal, y la dialógica. Esta última es la que la sociedad hace suya, y se establece en un proceso público y transparente de construcción colectiva. La verdad fáctica depende de la capacidad que tienen las comisiones y la justicia penal de determinar qué sucedió. En todo caso, no existe una única verdad fáctica, por lo que es importante que los procedimientos de producción de la verdad sean transparentes y permitan la crítica de todas las partes. Las formas de producción de la verdad determinan la validez de la verdad dialógica y su posibilidad. La verdad dialógica supone un debate al pasado de la propia comunidad y a la forma en que lo ha venido abordando. Las comisiones de la verdad son espacios en los que estos fundamentos se ponen en cuestión y por tanto la efectividad de su relato depende de la aceptación que la comisión tenga entre la comunidad, por lo que a mayor aceptación, mayores probabilidades de que la comunidad acepte esa verdad como propia (Borraine, 2001).

## 7. LOS DEBATES DE LA JUSTICIA EN ÉPOCAS DE TRANSICIÓN

# 7

La justicia en épocas de transición se enfrenta a una serie de retos que determinan sus posibilidades de éxito. Al momento de realizarse la transición a la democracia, las preocupaciones de las élites giran respecto a la mejor forma de consolidar la democracia y por ello la posibilidad de juicios al pasado y de comisiones que muestren la verdad de lo sucedido puede tornarse en algo problemático. Igualmente, la justicia penal internacional puede enfrentar problemas en el establecimiento del imperio de la ley, al verse en el dilema de tener que elegir entre un sentido moral de justicia y un sentido liberal del imperio de la ley. El caso de Núremberg es emblemático, pues refleja los dilemas que trae ese enfrentamiento entre la justicia en sentido moral y el imperio de la ley.

Como consecuencia del final de un conflicto armado se toman una serie de medidas que apuntan a construir la paz. Los combatientes entregan o sacan las armas del conflicto (decomission); se inician procesos de reparación de las víctimas y se da comienzo a una serie de mecanismos de justicia transicional, en algunos casos como consecuencia de un marco de derecho penal internacional que fuerza a los Estados a la sanción de los responsables de crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, y el crimen de agresión. En esta sección me ocupo de mostrar esos debates y los dilemas que aun afectan la existencia de una justicia en épocas de transición.

### 7.1. JUSTICIA VS. LEGALIDAD: EL CASO DE NÚREMBERG

Como lo señalaba anteriormente, el Tribunal Militar Internacional para Núremberg se constituye en el primer tribunal penal multinacional. No fue un Tribunal creado por la ONU y en su configuración debió enfrentar la vulneración del principio de legalidad frente a la necesidad de hacer justicia. Dados los crímenes cometidos por los Nazis, los aliados consideraban en un principio que la mejor fórmula era la simple ejecución sumaria de los responsables. En esto estaban de acuerdo Churchill y Roosevelt, pero Stalin y su canciller Molotov no tenían la misma visión de las cosas. La política de los británicos durante la última parte de la guerra era la ejecución de las personas capturadas –con un periodo de 6 horas para identificación-. Se actuaba sobre la base de que la opinión pública apoyaría una política tal y que, en caso de crearse un tribunal, Hitler lo utilizaría como una tribuna para el nacionalismo alemán (Overy, 2003). Con la muerte Roosevelt y el ascenso de Harry Truman a la presidencia de los Estados Unidos las cosas cambiaron. Pese al hecho de que Truman no era una figura considerada con mucha importancia en el gobierno de Roosevelt –al punto que no era informado ni

de la creación del Tribunal ni de la creación de Naciones Unidas-, una vez en el poder asumió una posición de liderazgo que permitió la creación de un Tribunal Militar Internacional que se ocupara del enjuiciamiento de los principales criminales de guerra de la Segunda Guerra Mundial y de la propia ONU en 1945. La Carta de Londres del 8 de agosto de 1945 permitió la creación de este tribunal.

Se trata de la creación de tribunales que no existían al momento de cometerse los hechos y que fueron creados con la finalidad de juzgar unos hechos específicos. Igualmente, los delitos que caían bajo la jurisdicción del tribunal fueron creados con violación del principio de legalidad de los delitos y de las penas. De esta manera se creaba una justicia ad-hoc y con crímenes definidos con vulneración del principio de legalidad de los delitos y de las penas. Como es conocido la finalidad del principio de legalidad es determinar con claridad los espacios de libertad de las personas y hacer una clara distinción entre la moral y el derecho. El principio de legalidad de los delitos y de las penas permite que el Estado señale aquellos comportamientos que considere lesivos para los intereses de la sociedad o para sus propios intereses (Gil, 1999).

Algunos autores han querido mostrar que los juicios de Núremberg se sostienen frente a un examen de su legalidad. Sin embargo, una posición de esta naturaleza pasa por alto la inexistencia de legislación en Alemania que sancionara los actos de los Nazis y, sobre todo, el hecho perturbador de que los actos cometidos por los Nazis eran precisamente conforme a la legalidad vigente en Alemania de 1933 a 1945. Desde el punto de vista de Dahm y de Glasser, la legalidad establecida por Núremberg no viola el derecho penal internacional sino que se trata de una normatividad diferente –la del derecho penal internacional– que no se guía por la norma escrita sino por la norma consuetudinaria, por lo que, en su opinión, no hay ninguna vulneración de este principio. Para estos autores, basta con que el acto imputado sea contrario al derecho, sin que sea necesario que esté tipificado como delito. Sin embargo, olvidan que precisamente lo que caracteriza la legalidad penal en un Estado liberal de derecho es la determinación amplia de la libertad y la necesidad de que las limitaciones a la misma estén claramente especificadas en la ley.

Otros autores como Lange reconocen que el principio de legalidad fue vulnerado con el Tribunal de Núremberg, pero justifican esta vulneración sobre la base de que los actos juzgados en Núremberg no sólo son contrarios a la moral sino que son merecedores de castigo por parte de la comunidad internacional, de modo que la impunidad de la conducta resulta más insoportable que la vulneración del principio de legalidad, y plantean como regla general que en todo caso el principio de legalidad debe ceder a consideraciones de utilidad como la necesidad de hacer justicia o, por lo menos, de tener el espectáculo de la justicia punitiva (Córdoba, 2000).

Frente a esta situación se produce en Alemania y en los Estados Unidos un debate acerca de la legalidad de los juicios de Núremberg y acerca de la validez de las condenas impuestas al pasado. En Alemania, inicialmente se afirma que la culpa del desquiciamiento del orden legal se debe a los positivistas, esto es, a aquellos que sostenían la primacía de la ley y concebían la validez como existencia. Sin embargo, lo que precisamente caracterizó a la Alemania Nazi era la existencia de una legalidad ambigua, con prohibiciones poco claras y con un papel muy limitado para el Parlamento. Una vez

terminada la guerra, el jurista alemán Gustav Radbruch analiza la legalidad del periodo nazi, y se pregunta acerca de la obligatoriedad de estas normas y de la posibilidad de sancionar a quienes simplemente cumplían la legalidad vigente. Radbruch acude a la normatividad internacional como fuente de validez, y así evita la discusión entre derecho natural y derecho positivo que revivió con posterioridad a la guerra. Con Radbruch se introdujo la idea de que es posible hablar de un injusto legal, esto es, que la formalidad en la aprobación de las leyes no garantiza su justicia, y no impide que algunas de ellas sean contrarias al derecho, así no sea el derecho interno. Radbruch es bastante crítico del positivismo, y considera que la concepción positivista de que *la ley es la ley* ha desarmado a los juristas frente a leyes que son arbitrarias y delictivas. Así, para Radbruch, el derecho aspira a la realización de la justicia y de la seguridad jurídica, y por ello un derecho que viola principios fundamentales no puede ser siquiera considerado derecho y por tanto no tiene carácter vinculante. En esta medida, quien alega el cumplimiento de un derecho injusto, carece de justificación y por tanto es responsable de los actos cometidos (Radbruch, 1962).

Como consecuencia de los juicios de Núremberg y de los juicios en las zonas ocupadas, Hart se ocupa de estudiar la tesis de Radbruch respecto a la supra-legalidad del derecho válido. Para Radbruch existe un deber de fidelidad al derecho en la mayor parte de las ocasiones, pero ello se debe porque en la mayor parte, el derecho legal, diríamos el derecho nacional, es respetuoso del derecho suprallegal, contenido en los tratados de derechos humanos y en el derecho internacional de los derechos humanos. El filósofo del derecho H.L.A. Hart se pregunta si el positivismo puede ser considerado la causa de los hechos del nazismo, particularmente en lo que se refiere a la labor de los jueces, y por tanto si existe un deber de fidelidad general al derecho.

En los años 1950s se dio un debate entre Hart, un filósofo del derecho convencido de la necesidad de la separación entre derecho y moral y, por tanto, de la imposibilidad de juzgar la validez de las leyes y de los sistemas legales con referencia a un supuesto orden superior de orden moral; y Fuller, un filósofo del derecho convencido de la necesidad de fundar el derecho en la moral y, por tanto, de la imposibilidad de hablar de la validez del derecho o de los sistemas legales sin referencia a un orden normativo fundado en una moral universal. El debate muestra que en momentos de transición, nuestras concepciones normales de la moralidad y de la legalidad deben ser dejadas de lado, pues surgen problemas que no pueden ser resueltos con la exclusiva referencia a un marco legal.

Hart analiza el caso de una mujer que bajo el régimen nazi había denunciado a su marido por haber criticado a Hitler, todo ello con la finalidad de deshacerse de él. El marido fue juzgado y habría sido condenado a muerte, pero las circunstancias de la guerra hacían imposible deshacerse de posibles soldados, por lo que fue enviado a combatir al frente ruso, en donde sobrevivió. Una vez terminada la guerra, el marido denunció a su mujer, quien fue condenada por privar ilegalmente a una persona de su libertad. La Corte aplicó una ley de 1871 y consideró que la legalidad que amparaba el acto de la mujer era inválida, pues era contraria al sentido de justicia de cualquier ser humano.

Hart se basa en la concepción del derecho positivo y considera que la legitimidad del derecho se funda en el mismo derecho y no en mecanismos

extra-normativos como la moral. Para este autor es necesario que se reconozca la validez del orden normativo anterior, incluso en aquellos casos de extrema inmoralidad. La posición de Hart es importante, pues destaca que el establecimiento del imperio de la ley sólo puede hacerse a través del reconocimiento de la continuidad del imperio de la ley y no a través del establecimiento de una ruptura.

En su respuesta Lon Fuller, desde una perspectiva fundada en el derecho natural, responde al argumento de Hart acerca de la fidelidad al derecho. Fuller resalta la necesidad de referirse a la moralidad del sistema legal y de la ley para poder hablar de la existencia de un buen orden. Para Fuller el problema del positivismo no es si nos permite determinar si hay o no injusticia en la ley y, por tanto, falta de vinculación. Para Fuller, así como para Radbruch, el problema que enfrenta la justicia en épocas de transición no es simplemente si ser fieles al nuevo o al viejo derecho y si es castigable o no la fidelidad al viejo derecho. Para ellos se trata de cómo construir un nuevo orden legal y, sobre todo, cómo construir un buen orden legal. Para Fuller, el respeto al imperio de la ley implica la ruptura con el viejo orden, pues se trata de un orden inmoral que carece de obligatoriedad para las personas. De acuerdo con este autor, en el dilema al que se enfrentaban los jueces alemanes, se trataba de restaurar tanto el principio del imperio de la ley como el del imperio de la justicia, por lo que en los casos extremos debía hablarse de la primacía de la validez moral del derecho sobre lo que podríamos denominar su validez legal. Para Fuller la continuidad que requiere el nuevo régimen, para que no sea percibido como un régimen de rompimiento y por tanto como simplemente transicional, está garantizada con su conexión a la legalidad del pasado preexistente al régimen autoritario. En el caso colombiano, por ejemplo, una vez terminada la dictadura de 1953-1957 se afirmó la validez de la Constitución de 1886, en una clara referencia a la continuidad con una legalidad pre-autoritaria. En España, por el contrario, se hizo una ruptura con el periodo dictatorial pero, debido a la memoria de la Guerra Civil, también lo hizo con el periodo republicano, a pesar de que muchas medidas contenidas en la Constitución de 1978 sean muy similares a la Constitución de la II República.

La cuestión que estos debates plantean apunta a destacar cómo hacer que la justicia de transición que busca crear el imperio de la ley sea a la vez respetuosa de la ley (Fuller, 1958). Por ello, es importante considerar la dimensión de justicia internacional del nuevo orden, que Radbruch y Fuller presentan como derecho natural, pero que hoy en día se enmarca dentro de los límites que establece el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

## 7.2. JUSTICIA VS. ESTABILIDAD DEMOCRÁTICA

Como se indicaba atrás, los primeros modelos de justicia penal fueron los modelos nacionales de enjuiciamiento de los responsables de las dictaduras. En algunos países, como Argentina, que se enfrentaban a un pasado autoritario, con el fin de garantizar que los abusos cometidos por la dictadura no se cometieran de nuevo, se iniciaron diversos juicios penales a la cúpula de la dictadura y a algunos responsables de graves violaciones de los derechos humanos. Como consecuencia del poder relativo que aún conservaban las

Fuerzas Armadas, los juicios debieron ser cancelados y en su lugar se instauró una política de perdón que sólo recientemente ha venido a ser superada, dentro de un marco de nuevas relaciones de poder entre la sociedad, el Estado y las fuerzas armadas. Sin embargo, así como la década de los cincuenta y sesenta estuvo marcada por la discusión entre la cuestión de la legalidad frente a la justicia; la década de los ochenta y noventa ha estado marcada por la tensión entre la justicia y la estabilidad democrática. Esto es, la pregunta que se plantea es, si frente a la necesidad de hacer un tránsito a la democracia que sea más o menos estable, es mucho más prudente dejar de lado la justicia y optar por una política de perdón y olvido que garantice la consolidación de la democracia, incluso al precio de desconocer los derechos de las víctimas.

Las transiciones a la democracia se realizan de diversas maneras y todas ellas responden a diversos factores, que son en últimas los que determinan la naturaleza de los mecanismos de justicia que se puedan aplicar. Las transiciones pueden darse desde arriba o desde abajo, esto es, ser el producto de un acuerdo entre las élites, como ocurrió en los casos de Venezuela y Colombia en 1958 y de España; o ser el resultado de las presiones de las organizaciones sociales, como fue el caso de la transición en Argentina, que fue el resultado de muchos factores, pero en donde la sociedad civil jugó un papel fundamental. Las transiciones también pueden ser el resultado de presiones internas o de presiones internacionales. En el primer caso vemos como en Argentina y en Perú el cambio de régimen se dio por presiones desde adentro; en el caso de Europa Oriental, la transición fue el resultado de presiones internacionales, como la desaparición de la Unión Soviética y el colapso de todo el régimen soviético.

Estos factores, junto con la relativa fuerza o debilidad de las antiguas élites, permiten determinar la posibilidad de la justicia frente a la transición democrática. En el caso de Argentina, las fuerzas armadas estaban debilitadas pero no tanto como para permitir juicios penales en su contra; en el caso de Chile, con una transición desde arriba, producto de presiones internacionales, pero con unas fuerzas armadas fuertes, la posibilidad de hacer juicios penales ha sido limitada y fue esa situación la que llevó a los activistas por los derechos de las víctimas a llevar sus casos antes los jueces españoles, valiéndose del principio de jurisdicción universal.

Juan Méndez muestra cómo en el marco actual del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados han perdido libertad para desarrollar políticas de perdón y olvido (Méndez, 1997). El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, las Convenciones de Ginebra de 1949, la Convención contra el Genocidio, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, entre otros instrumentos, imponen a los Estados la obligación de sancionar a los responsables de graves crímenes, y en caso de no hacerlo corren el riesgo de que la Corte Penal Internacional CPI de curso a su jurisdicción que es complementaria, esto es, sólo actúa cuando los Estados no pueden o no quieren hacer justicia.

El marco actual del derecho penal internacional obliga a los Estados a dar cumplimiento a las siguientes obligaciones:

- Investigar, juzgar y sancionar a los responsables, lo que significa la garantía del derecho a la justicia.

- Informar a las víctimas, a las familias, y a la sociedad todo lo que pueda establecerse sobre los abusos investigados, esto es, garantizar el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad.
- Ofrecer a las víctimas las reparaciones que correspondan.
- Separar de los cuerpos de policía y de justicia, y en general de la administración pública, a todos los responsables de graves violaciones de los derechos humanos o del derecho humanitario, que es el derecho a instituciones nuevas, reorganizadas y responsables.

Cómo lo muestra Méndez, después de criticar las concepciones erradas de la oposición aparente entre justicia y democracia y entre justicia y paz, las propuestas de justicia penal y el marco de derecho penal internacional que impone el enjuiciamiento y sanción de los responsables de graves violaciones, hace imposible la aprobación de amnistías y las políticas de perdón y olvido. Por el contrario, existe cada vez más conciencia en la comunidad internacional acerca de la importancia que para la paz y la democracia tienen la sanción de los responsables. Al contrario, de lo que se sostiene en países como Colombia, nunca hay demasiada memoria ni demasiada justicia penal, en tanto se haga con la finalidad de sancionar a los responsables, encontrar la verdad y prevenir la comisión de nuevos crímenes, y no como un simple mecanismo de venganza pública (Mendez, 1997; Mendez, 2003).

### 7.3. JUSTICIA VS. RECONCILIACIÓN

Cómo se mostraba atrás, la justicia en épocas de transición enfrenta retos que no se limitan al establecimiento del Estado de Derecho y del imperio de la ley. Uno de los aspectos más importantes es la cuestión de la reconciliación, esto es, cómo construir una cultura de paz y de mutuo reconocimiento entre actores que antes estaban enfrentados. En el caso del tránsito de un gobierno autoritario a la democracia, la democracia misma suele ser el mecanismo de transición cómo lo son los mecanismos de solicitud de perdón públicos, como ocurrió en Alemania después del periodo Nazi y como ha ocurrido en la Europa oriental.

Pero una sociedad construye su futuro de paz y de estabilidad democrática a través de la forma en la que trata con su pasado. Como lo indicábamos antes, la construcción del imperio de la ley no se puede hacer con violación de la misma. En muchos casos vemos que se da una tensión entre la justicia y la reconciliación (Sarkin, 2001). Igualmente, los objetivos de las políticas de justicia en épocas de transición tienen que ver con la prevención de la ocurrencia de hechos similares en el futuro y con la finalidad de reparar el daño causado a los individuos y a la sociedad. Pero la necesidad de las víctimas de encontrar reparación y la curación de sus heridas se ve con frecuencia enfrentada a un contexto político en el cual el nuevo gobierno tiene poco poder político, poca voluntad política, o ha heredado un Estado frágil que es incapaz de cumplir con sus funciones de seguridad y de justicia. En muchas ocasiones los objetivos de fortalecer las capacidades del Estado se presentan como si estuvieran en conflicto con los objetivos de dotar de legitimidad a ese Estado. Algunos partidarios de las políticas de perdón y olvido sugieren que en ocasiones demasiada verdad y demasiada reparación pueden poner en peligro los objetivos de fortalecer al Estado, olvidando que la fragilidad estatal se predica tanto del eje de eficacia como del eje de legitimidad.

Al enfrentar las demandas urgentes que supone la transición, con frecuencia se teme que la reconciliación nacional sea un objetivo inalcanzable. En un sentido meramente político, la reconciliación se reduce al intercambio de garantías entre los enemigos. Supone que los antiguos combatientes no se enfrentarán entre sí. Si bien es una parte necesaria para alcanzar la paz, una reconciliación simplemente política aliena a la ciudadanía y pasa por alto conflictos que son oscurecidos por la atención exclusiva al elemento político de la confrontación. Al finalizar la época de La Violencia en Colombia, los actores se concentraron exclusivamente en el diseño institucional y en la reconciliación entre las élites de los partidos políticos, con frecuencia se habla de los pactos de Sitges y de Benidorm como fundantes de la paz, pero se olvidaron las grandes desigualdades del campo colombiano, de la exclusión social en las sociedades y de otros factores que llevaron a las personas a enfrentarse. En Colombia la violencia no fue simplemente una guerra de partidos y la ceguera de las élites para ver el conflicto social subyacente impidió su transformación y por tanto la construcción de una paz justa en la década del sesenta del siglo pasado.

En un análisis de los juicios penales, tanto nacionales como internacionales, en Ruanda, Jeremy Sarkin muestra las limitaciones que para efectos de alcanzar la reconciliación tiene la justicia penal. Luego de mostrar los problemas que la creación de un tribunal internacional tiene para Ruanda, así como el hecho de que las Cortes Gacaca –que se ocupan de los enjuiciamientos nacionales– son percibidas como justicia de los vencedores –una acusación que difícilmente es rechazable dado el número de Hutus sometidos a juicios–, Sarkin se ocupa de analizar la tensión existente entre la justicia y la reconciliación. Para Sarkin la meta de la reconciliación puede ser alcanzada a través de una comisión de la verdad y de la reconciliación. La comisión de la verdad proporcionaría un relato del pasado que ayudaría al reconocimiento de los horrores cometidos y de ese modo el país estaría en condición de establecer el Estado de Derecho y el imperio de la ley y una cultura de paz y de respeto a los derechos humanos. Como lo señala Sarkin, enfrentar el pasado es un requisito previo para alcanzar la reconciliación nacional y para la reconstrucción de la vida política y económica de la nación, así como para el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos (Sarkin, 2001: 172).

La impunidad, entendida como la falta de justicia y no solo la ausencia de justicia penal, se constituye en un problema para la recuperación de la dignidad de las víctimas y para la reconstrucción del tejido social en países abatidos por el conflicto armado. Patrice McSherry y Raul Molina analizan la impunidad ocurrida en Guatemala durante el conflicto que vivió ese país. Estos autores proponen analizar la impunidad desde el punto de vista estructural, desde el punto de vista estratégico, y desde el punto de vista psicológico. La primera se da cuando se movilizan las instituciones y las estructuras oficiales para establecer la impunidad de un sector de la población; la segunda cuando se utilizan los procedimientos penales para evitar las investigaciones penales; y la tercera, se da cuando se manipula el miedo, la desconfianza y se aísla a las personas, de modo que sus esperanzas por el cambio social, la igualdad y la justicia se ven afectadas. El objetivo de la impunidad psicológica es desarmar cualquier tipo de resistencia y silenciar a quienes se oponen a los abusos cometidos dentro de un régimen de terror. Si bien se separan por razones analíticas, los tres tipos de impunidad se dan de manera simultánea. Como por ejemplo cuando el ejército atacaba a la po-

blación, sabiendo que gozaba de inmunidad penal y, por tanto, se aterrizaba a la población para que no se opusiera a los planes y acciones de la dictadura (McSherry & Molina, 1992).

Con el final de la violencia directa, como consecuencia de un acuerdo de paz o de un proceso de transición a la democracia, no cesan de presentarse los problemas causados con la impunidad. Surge la cuestión de cómo enfrentar un pasado pleno de impunidad y cómo eliminarla y construir estructuras fundadas en la justicia. Como se señalaba antes, en muchos casos el precio que se paga por la paz o la democracia es el de la justicia. Sin embargo, la persistencia de la injusticia, esto es de la impunidad estructural y estratégica, hace que las víctimas sean obligadas a olvidar el pasado y a continuar cargando con sus costos económicos y materiales. En Colombia este tipo de impunidad ha sido forzada desde la Comisión Nacional de Reparación y de Reconciliación, y un defensor de la paz pragmática que crítica lo que él denomina la conciencia humanitaria –esto es la exigencia de justicia, verdad y reparación– ha hecho incluso llamados para que las víctimas se sacrifiquen por la paz (Orozco, 2005).

La tensión aparente entre justicia y reconciliación se resuelve hoy en día con fortalecimiento de la justicia, pues se entiende que la persistencia de la impunidad tiene efectos negativos en la paz y la democracia en el corto plazo, por lo que en el mediano y largo plazo las sociedades se ven obligadas a enfrentarse a su pasado y a dar cuenta de la impunidad estructural y estratégica. Mientras tanto la impunidad postconflicto puede ser la fuente de nuevas violencias y tener efectos destructivos sobre los individuos, sus familias y sus comunidades. El caso colombiano es de nuevo ejemplar en este punto, pues una vez terminada la época denominada como La Violencia, con más de 200 mil muertos en un periodo de 10 años (1948-1958), se creó una comisión de investigación de las causas que no llevó a la sanción de los responsables. Se desarrollaron algunas transformaciones institucionales que apuntaban a beneficiar a los dos partidos políticos mayoritarios, excluyendo a otros partidos, y en general se cerraba el sistema político a los grupos minoritarios. Este tipo de impunidad estructural dio lugar a la creación de guerrillas de izquierda y a que las guerrillas liberales continuaran con su lucha para eventualmente unirse con las guerrillas liberales y crear las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC en 1966. La violencia actual encuentra sus raíces en la persistencia de la impunidad a lo largo de los años y, dado el papel limitado de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, amenaza con subsistir.

La reconciliación sin justicia puede ser simplemente una fórmula vacía. Algunos definen a la reconciliación como purificación, absolución, limpieza, o expiación y reconocen que puede servir como un ritual con poder transformativo. Pero si este ritual se realiza sin justicia, esto es sin la eliminación de la impunidad, entonces es un ritual vacío que no trae verdadera reconciliación. Como lo afirma Susan Opatow, “la reconciliación requiere no solamente unir a la gente para que lidien con el pasado a través de la justicia retributiva y restauradora, sino también requiere reconstruir las instituciones sociales de maneras que sean distributivamente y procesalmente justas y genuinamente incluyentes” (Opatow, 2002: 211).

La reconciliación no es una tarea del corto o mediano plazo. Después de la guerra o del gobierno autoritario las víctimas quieren que se haga justicia,

y con frecuencia quieren decir justicia penal retributiva. Sin embargo, la justicia como un mecanismo de transición a la paz o a la democracia debe reconocer que se trata de un proceso de largo plazo, que supone el reconocimiento de las víctimas y la búsqueda de la verdad, así como algún tipo de justicia para los perpetradores. Las políticas de perdón y olvido son imposibles dentro del marco de derecho penal internacional actual, pero también sanciones muy leves pueden echar por la borda las esperanzas de construir una sociedad más justa y democrática.

Como se ha visto en este texto, no existen formulas únicas para hacer frente a un pasado de violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. La justicia en épocas de transición busca establecer el Estado de Derecho y el imperio de la ley con el fin de hacer el tránsito a un Estado democrático de derecho. Sin embargo, las formulas transicionales presentan al Estado frente al reto de establecer la continuidad a través de la transitoriedad. Los debates al respecto abundan, pero el debate iniciado por Gustav Radbruch y continuado por los filósofos anglosajones H.L.A. Hart y Lon L. Fuller muestran las dificultades de enfrentar una legalidad violenta y querer establecer la continuidad de la fidelidad al derecho en el viejo y en el nuevo régimen. Una vez finalizado el conflicto o hecha la transición a la democracia, los Estados deben hacer frente a la cuestión de cómo garantizar la justicia, la verdad, la paz, la estabilidad democrática, la reparación a las víctimas, y la reconciliación.

Todos estos grandes objetivos no son necesariamente compatibles entre sí. Pues entre la justicia y la legalidad se dan tensiones que sólo han sido resueltas con el establecimiento de una justicia penal internacional y con el fortalecimiento del principio de jurisdicción universal. Las tensiones entre la paz y la democracia con la justicia han sido resueltas en el corto plazo con medidas de impunidad, pero las diversas experiencias han mostrado que la impunidad solo consigue impedir la reconciliación y por tanto a largo plazo se reanudan los juicios, en muchos casos como consecuencia de presiones internacionales, como es el caso de Argentina y Chile con la presión ejercida por los juicios en contra de las dictaduras que se llevan adelante en España. El modelo escogido por cada país en el corto, mediano y largo plazo es el resultado del juego de fuerzas existente en cada momento. En Chile era impensable un juicio a Pinochet a comienzos de los años 1990s, pero diez años después, un Pinochet debilitado y una ciudadanía más consciente que lo que se libró no fue una guerra interna sino que fueron actos de represión que constituyeron graves violaciones a los derechos humanos, hicieron posible que el juez Juan Guzmán llevara a cabo los juicios en contra del ex-dictador y que Chile finalmente completara su transición.<sup>15</sup>

Las políticas de perdón y olvido y los modelos de justicia penal con sanción de todas las personas responsables se constituyen en los dos extremos del continuo de la justicia de transición. Bajo un modelo de soberanía absoluta de los Estados y de no intervención en los asuntos internos de cada Estado, los gobiernos podían negociar la paz sin verse limitados por exigencias de justicia y reparación. Incluso, como lo hiciera Pinochet, podían aprobar leyes de amnistía para sus crímenes y así garantizar que no serían persegui-

---

15. Ver Supra pp. 28.

dos, todo ello a cambio de la entrega del poder. El otro modelo, que se funda en una concepción de la justicia como venganza, responde al modelo de una justicia de vencedores y su potencial para el logro de la reconciliación es mínimo. El juicio de Núremberg y los juicios de las zonas ocupadas son casos en los cuales se construye un Estado colapsado e inicialmente se pretende el enjuiciamiento de todas las personas responsables de crímenes, pero la reacción de la ciudadanía y la dificultad de la tarea hacían imposible que este modelo de justicia penal radical tuviera éxito.

En el medio se ubican las políticas de reparación de las víctimas a cambio de la impunidad para los autores de graves violaciones de los derechos humanos. El marco actual de derecho penal internacional impide que se desarrollen políticas de esta naturaleza, pues los Estados están obligados a garantizar la justicia, la verdad y la reparación a las víctimas. Es importante tener en cuenta que el marco normativo existente al momento de las transiciones española, argentina, chilena y sudafricana ya no es el mismo y, por tanto, las limitaciones a lo que los Estados pueden hacer durante la transición son mayores. En otras palabras, la justicia en épocas de transición no admite la ausencia de justicia retributiva.

El derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario ofrecen un marco en el cual es posible otorgar amnistías por algunos delitos, como la participación en grupos armados, pero en todo caso no es posible otorgar amnistías por la comisión de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra. Esto implica, que en el nuevo modelo de justicia en épocas de transición se entiende, finalmente, que la justicia es un elemento fundamental para alcanzar la paz y para que una sociedad democrática sea estable.

Como lo vimos, los mecanismos de justicia en épocas de transición van desde la justicia penal, ya sea nacional o internacional, hasta las comisiones de la verdad y los memoriales o políticas de la memoria. Estos mecanismos pueden ser combinados, pues apuntan a la construcción de una paz justa y duradera. En todo caso, una de las lecciones que dejan las experiencias de los diferentes países tanto en justicia penal y en comisiones de la verdad, es que la consecución de la reconciliación es el resultado de un proceso de larga duración, del cual estos mecanismos de justicia son solo una parte.

La justicia en épocas de transición aparece en muchos casos como un obstáculo a lo que parece ser el objetivo principal de los actores, esto es, alcanzar la paz o la democracia. En la práctica los procesos de negociación se dificultan porque las partes buscan perpetuar la impunidad de sus acciones, con las consecuencias que ello trae para la impunidad psicológica y para el éxito de la reconciliación. Los diferentes procesos de paz muestran que las sociedades no pueden vivir sin alguna forma de justicia, y que las políticas de perdón y olvido son solo formulas transitorias en tanto se dan las condiciones para los enjuiciamientos. El caso de Argentina muestra cómo en el largo plazo los imperativos de la justicia se imponen. El caso uruguayo es interesante en la medida en que la ciudadanía ratificó la amnistía para los militares, pero a la vez ha elegido dos gobiernos de izquierda, el más reciente un antiguo militante del grupo guerrillero Tupamaro. Las transiciones fundadas en acuerdos de no investigación eventualmente llegan a su fin, como ha ocurrido con el pacto del olvido en España, en donde en los últimos años se

han desarrollado políticas de la memoria e incluso se intentó, sin suerte hasta ahora, el inicio de procesos penales a los responsables de los abusos cometidos por la dictadura.

La justicia en épocas de transición se ha consolidado como un campo de estudio y de prácticas en el que se analizan las formas en las que las sociedades enfrentan los dilemas entre paz, estabilidad democrática y justicia y reconciliación. Es un campo multidisciplinar que involucra a la filosofía, a la historia, al derecho, a la ética, a la ciencia política, a los estudios de paz, entre otros.

En los estudios de los mecanismos de la justicia en épocas de transición hay una continua referencia a las experiencias de otros países. Sin embargo, cada contexto es diferente y por tanto cada sociedad enfrenta de diversas maneras los conflictos a los que se ve enfrentada. La adopción de modelos de manera acrítica puede ser perjudicial para la población y para todo el proceso de construcción de la democracia y de la paz. Eduardo González del International Center for Transitional Justice ICTJ propone tener en cuenta los siguientes principios:

- Las estrategias integrales tienden a ser más sostenibles que las estrategias aisladas. La conjunción de diferentes mecanismos genera complementariedades y círculos virtuosos. El establecimiento de medidas parciales y aisladas puede ser perjudicial o por lo menos puede pasar desapercibida.
- La secuencia de las medidas de justicia es clave para su sostenibilidad en el largo plazo. Una política de justicia en épocas de transición puede diseñar medidas consecutivas en vez de implementarlas de manera paralela. En el caso de los memoriales se ha visto que suelen venir después de las comisiones de la verdad y de la justicia penal, pues en muchos casos la documentación que aportan proviene de esos mecanismos.
- Es necesario descartar la ilusión del punto final. En algunos casos los juicios generan tensiones que llevan a las élites políticas a superarlas mediante leyes de punto final. En todo caso, estas medidas no son duraderas y en el largo plazo las sociedades se ven obligadas a enfrentar sus pasados mediante alguno de los mecanismos de justicia.
- La consulta social legítima y fortalece las estrategias de justicia. El diseño de mecanismos de justicia en épocas de transición es incompatible con la imposición de medidas unilaterales. La consulta con la sociedad civil no sólo enriquece las propuestas sino que contribuye a su estabilidad y duración.
- La consulta debe ser genuina y sustantiva. La consulta supone la participación de la sociedad civil, esto es, un diálogo constante y transparente. En un Estado de Derecho no es concebible que la ciudadanía sea preguntada acerca de la impunidad a los autores de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario, pues el marco de derecho penal internacional hace que una pregunta tal sea inválida. Las medidas adoptadas, especialmente las que supongan algún tipo de perdón, deben estar fundadas en un debate amplio y participativo.
- El rescate de la verdad, la búsqueda de la justicia, la garantía de las reparaciones y las reformas institucionales profundas son puntos centrales para el logro de una paz duradera.

La reconciliación es un concepto difícil de asir. Sin embargo todos los mecanismos de justicia en épocas de transición apuntan a la consecución de la reconciliación nacional. Al lado de la reconciliación política debe incorporarse una idea de la reconciliación nacional y local. La reconciliación entendida como reconstrucción social es vista como un Estado social, una recreación de la confianza entre la ciudadanía y el Estado, un nuevo acuerdo no sólo entre las élites sino entre todos los actores sociales con el fin de superar el conflicto y los factores que dieron lugar al mismo. Sin embargo, la reconciliación no supone el perdón y el olvido, como ya lo hemos señalado, supone el reconocimiento de la culpa y la garantía de no repetición, así como la sanción a los responsables y la reparación de las víctimas.

# BIBLIOGRAFÍA

## 1. LIBROS Y ARTÍCULOS

- Anten, Louise (2009a). “Fragile States: State Building is not Enough”. En J. D Zwaan, E. Bakker & S. Van der Meer (eds). *Challenges in a Changing World*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2009a.  
En <http://www.clingendael.nl/staff/publications.html?id=404>
- ——— (2009b). “Strengthening Governance in Post-conflict Fragile States”. Issue Paper. Netherlands Institute of International Relations.
- Aoláin Ní, Fionnuala & Campbell, Colm (2005). “The Paradox of Transition in Conflicted Democracies”. *Human Rights Quarterly* 27. Págs. 172-213.
- Arthur, Paige (2009). “How transitions reshaped human Rights: a conceptual history of transitional justice”. *Human Rights Quarterly* 31. Págs. 321-367.
- Bakiner, Onur (2010). “From Denial to Reluctant Dialogue: The Chilean Military’s confrontation with Human Rights (1990-2006)”. *The International Journal of Transitional Justice* Vol. 4. Págs. 47-66.
- Barahona de Brito, Alexandra (et al) (2002). Eds. *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*. Madrid: Ediciones Istmo.
- Barsalau Judy & Baxter Victoria (2007). “The urge to remember. The role of memorials in Social Reconstruction and Transitional Justice”. United States Institute for Peace. *Stabilization and Reconstruction Series* No. 5.
- Bassiouni, M. Cherif (1992). *Crimes against humanity in international law*. Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers.
- ——— (1999a). “Policy Perspective favoring the establishment of the International Criminal Court”. *Journal of International Affairs* 52:2. Págs. 795-810.
- ——— (1999b). “De Versailles a Ruanda en 75 años: la necesidad de establecer una corte penal internacional permanente”. *Revista de Derecho Público* No. 10.
- ——— (2002). *Post-conflict Justice*. Ardsley, New York: Transnational Publishers, Inc.

- Bell, Christine (2009). “Transitional Justice, Interdisciplinarity and the estate of the *Field* or *Non Field*”. *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, Págs. 5-27.
- Bergsmo, Morten et al (2007). *Importing Core International Crimes into National Criminal Law*. Oslo: International Peace Research Institute.
- Bickford, Louis (1999). “The Archival Imperative: Human Rights and Historical Memory in Latin America’s Southern Cone”. *Human Rights Quarterly*, Vol. 21 No. 4. Págs. 1097-1122.
- ——— (2007). “Unofficial Truth Projects”. *Human Rights Quarterly* 29. Págs. 994-1035.
- Booth, W. James (1999). “Communities of Memory: On Identity, Memory and Debt”. *American Political Science Review* Vol. 93 No. 2.
- ——— (2001). “The Unforgotten: Memories of Justice”. *American Political Science Review* Vol. 95 No. 4.
- Boraine, Alex (2001). *A country unmasked: Inside South Africa’s Truth and Reconciliation Commission*. Oxford: Oxford University Press.
- Brannigan, Augustine (2009). “Humanitarianism and Realism in International Humanitarian Law”. *Review Essay*. *Canadian Journal of Sociology* 34:1.
- Brett, Sebastian (et al) (2007). *Memorialization and Democracy: State Policy and Civic Action*. Santiago: FLACSO.
- Chapman, Audrey R. (2009). “Truth Finding in the Transitional Justice Process”. En Hugo van der Merwe, Baxter Victoria & Chapman Audrey R. *Assesing the impact of transitional justice. Challenges for empirical research*. Washington: United States Institute for Peace.
- Cohen, David (2009). “Transitional Justice in Divided Germany after 1945”. En <http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/Papers/cohen-trans-justice-germany.pdf> [Última visita 15 de diciembre de 2009].
- Collins, Cath (2010). “Human Rights Trials in Chile during and after the *Pinocvhet Years*”. *The International Journal of Transitional Justice* Vol. 4. Págs. 67-86.
- *Comisión de la Verdad Palacio de Justicia (2009). Informe Final de la Comisión de la Verdad sobre los Hechos del Palacio de Justicia. Bogotá, 17 de Diciembre de 2009.*
- Davis, Madeleine (2003). Ed. *The Pinochet Case: origins, progress and implications*. London: Institute of Latin American Studies.
- ——— (2005). “Is Spain Recovering its Memory? Breaking the Pacto del Olvido”. *Human Rights Quarterly* Vol. 27: 3. Págs. 858-880.

- Dickinson, Laura A (2003). "The Promise of Hybrid Courts". *The American Journal of International Law* Vol. 97 No. 2 (Abril). Págs. 295-310.
- Dimitrijevic, Nenad (2006). "Justice beyond blame. Moral justification of (the idea of) a truth comisión". *Journal of Conflict Resolution* vol. 50 No. 3 (June). Págs. 368-382.
- Dinges, John (2004). *The Condor Years: how Pinochet and his allies brought terrorismo to three continents*. New York: New Press.
- Elster, Jon, (2006) Ed. *Retribution and reparation in the transition to democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ensalaco, Mark (2000). *Chile under Pinochet: recovering the truth*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Fichtelberg, Aaron (2009). "Fair Trials and International Courts: a Critical Evaluation of the Nuremberg Legacy". *Criminal Justice Ethics* Vol. 28:1 (May). Págs. 5-24.
- Fletcher, Laurel E. & Weinstein Harvey M. with Rowen Jamie (2009). "Context, Timing, and the Dynamics of Transitional Justice: A Historical Perspective". *Human Rights Quarterly*, 31. Págs. 163-220.
- Form, Wolfgang (2009). "Justice 30 Years Later" *The Cambodian Special Tribunal for the Punishment of Crimes against Humanity by the Khmer Rouge*. *Nationalities Papers*, Vol. 37, No. 6, (November).
- Fuller, Lon L (1958). "Positivism and Fidelity to Law. A reply to Professor Hart". *Harvard Law Review* Vol. 71 No. 4 (Feb). Págs. 630-672.
- Futamura, Madoka (2006). "Individual and Collective Guilt: Post-war Japan and the Tokyo War Crimes Tribunal". *European Review* vol. 14:4. Págs. 471-483.
- ——— (2008). *War Crimes and Transitional Justice. The Tokyo Trial and the Nuremberg Legacy*. London: Routledge.
- Gibson, James L (2004). "Does truth lead to reconciliation? Testing the causal assumptions of the South African truth and reconciliation process. *American Journal of Political Science*, vol. 48 No. 2 (Apr). Págs. 201-217.
- Gil Gil, Alicia (1999). *Derecho Penal Internacional*. Madrid: Tecnós.
- ——— (2005). "La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
- González, Matilde (2009). "Local Histories: A Methodology for Understanding. Community Perspectives on Transitional Justice". En Hugo van der Merwe, Baxter Victoria & Chapman Audrey R. *Assesing the impact of transitional justice. Challenges for empirical research*. Washington: United States Institute for Peace.

- Greppi, Edoardo (1999). “The evolution of international criminal responsibility under international law”. *International Review of the Red Cross*. No. 835. Págs. 531-553.
- Guzmán, Germán et al (2005). *La Violencia en Colombia*. Bogotá: Taurus.
- Hart, H.L.A. (1958). “Positivism and the Separation of Law and Morals”. *Harvard Law Review* Vol. 71 No. 4 (Feb). Págs. 593-629.
- Hayner, Priscilla B. (1994). “Fifteen Truth Commissions – 1974 to 1994: A comparative study”. *Human Rights Quarterly* 16. Págs. 597-655.
- ——— (2002). *Facing the Challenger of truth commissions*. New York: Routledge.
- Hazan, Pierre (2006). “Medir el impacto de las políticas de castigo y de perdón: a favor de una evaluación de la justicia de transición”. En *Revista Internacional de la Cruz Roja* Nro. 861 (Marzo).
- Hockett, Jeffrey D. (1990). “Justice Robert H. Jackson, the Supreme Court, and the Nuremberg Trial”. *The Supreme Court Review*, vol. 1990. Págs. 257-299.
- Human Rights Watch (2009). *Selling Justice Short. Why accountability matters for peace*. New York.
- Huneus Carlos & Maldonado Luis (2003). “Demócratas y Nostálgicos del Antiguo Régimen. Los apoyos a la democracia en Chile”. *REIS* 103. Págs. 9-49.
- Huysse, Luc (1995). “Justice after Transition: On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past Author(s)”. *Law & Social Inquiry*, Vol. 20, No. 1, Págs. 51-78.
- International Institute of Transitional Justice ICTJ (2008). “Cambodian Diaspora Communities in Transitional Justice”. *ICTJ Briefing Paper*, March 2008.
- International Center for Transitional Justice ICTJ (2009). *Cambodia. Submission to the Universal Periodic Review of the UN Human Rights Council Sixth Session: 30 November – 11 December, 2009*. April 14.
- International Military Tribunal at Nuremberg (1947). “Judgment and sentences. October 1st 1946”. *American Journal of International Law* Vol. 41 No. 1.
- Jackson Robert H. (2009). “Opening Statement for the prosecution”. En <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/jackson.html> [Última visita 1 de diciembre de 2009].
- Jakobs, Gunther (1994). “¿Superación del pasado mediante el Derecho Penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del derecho penal tras una fractura del régimen político”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 47, Fasc/Mes 2, Págs. 137-158.

- Jelin, Elizabeth (1994). "The Politics of Memory: the Human Rights Movements and the Construction of Democracy in Argentina". *Latin American Perspectives* vol. 21 No. 2.
- Kgalema, Lazarus (1999). "Symbols of Hope. Monuments as Symbols of Remembrance and Peace in the Process of Reconciliation". *Arts and Peace*.
- Kittichaisaree, Kriangsak (2002). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Kritz, Neil J. (1995). *Transitional Justice: How emerging democracies reckon with former regimes*. Washington: USIP.
- ——— (2009). "Policy Implications of Empirical Research on Transitional Justice". En Hugo van der Merwe, Baxter Victoria & Chapman Audrey R. *Assesing the impact of transitional justice. Challenges for empirical research*. Washington: United States Institute for Peace.
- Lavedra, Gil Ricardo (2009). "Los Tribunales de Derechos Humanos en Latinoamérica: Justicia Global y Democracia". Project on Human Rights, Global Justice and Democracy. Working Paper No. 7.
- Leebaw, Anne (2008). "The irreconcilable goals of transitional justice". *Human Rights Quarterly* 30:1. Págs. 95-118.
- Lefranc, Sandrine (2005). *Políticas del Perdón*. Bogotá: Editorial Norma.
- Leonhardt, Manuela (2000). "The Challenge of Linking Aid and Peacebuilding". *International Alert*.
- Leonhardt, Manuela (2008). *Peace and Conflict Assesment. A methodological framework for the conflict and peace oriented alignment of development programmes*. GTZ.
- Leonhardt, Manuela & Gaigals, Cynthia (2001). "Conflict Sensitive Approaches to Development". *International Alert*.
- Li, Peter, (ed) (2003). *Japanese war crimes: the search for justice*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- Liu Institute for Global Issues and Gulu District NGO Forum (2006). "The Justice and Reconciliation Project: Field Notes". *JRP Field Notes* No. 2, September.
- McSherry, Patrice J. & Mejía, Molina Raul (1992). "Confronting the question of justice in Guatemala". *Social Justice* 19:3 (Fall 1992).
- Méndez Juan & Mariezcurrena Javier (2003). "Uspeackable truths". *Human Rights Quarterly* 25 (2003). Págs. 237-256.
- Mendez Kermani, Parinaz (2009). "The New Wave of Hybrid Tribunals: a sphisticated approach to enforcing international humanitarian law or an idealistic solution with empty promises?" *Criminal Law Forum* 20. Págs. 53-95.

- Méndez, Juan (1997). “Accountability for Past Abuses”. *Human Rights Quarterly*, vol. 19 No. 2 (May 1997). Págs. 255-282.
- Milanovic, Marko (2009). “The arrest and impending trial of Radovan Karadzic”. *International and Comparative Law Quarterly* No. 58:1. Págs. 212-219.
- Milton, Cynthia E. (2007). “Espacios Públicos para la Discusión sobre el Pasado Reciente de Perú”. *Revista Antípoda* No. 8. Diciembre 2007. Págs. 143-168.
- Minear, Richard H. (1971). *Victor’s Justice: the Tokyo war crimes trial*. Princeton: Princeton University Press, 1971.
- Mohan, Mahdev (2009). “Schisms in Humanitarianism – The Khmer Rouge Tribunal’s First Hearing”. *Asian Journal of Comparative Law* Vol. 4:1. Págs. 1-29.
- Morrison, Diane & Weiner Reid, Justus (2010). “Curbing the manipulation of Universal Jurisdiction”. Jerusalem Center for Public Affairs.
- Muller, Ingo (1991). *Hitler’s Justice: the courts of the Third Reich*. Cambridge: MIT Press.
- Naidu, Ereshnee (2006). “The ties that bind: strengthening the links between memorialisation and transicional justice”. TJP Research Brief. Centre for the Study of Violence and Reconciliation. (August).
- Nevins, Joseph (2009). “Embedded Empire: Structural Violence and the Pursuit of Justice in East Timor”. *Annals of the Association of American Geographers* 99:5. Págs. 914-921.
- Nogueira, Humberto (2008). “La Evolución Político-Constitucional de Chile 1976-2005”. *Estudios Constitucionales* Año 6 No. 2 . Págs. 325-370.
- Nowrojee, Binaifer (2005). “Your justice is too slow. Will the ICRT fail Rwanda’s Rape Victims?”. United Nations Research Institute for Social Development. Occasional Paper No. 10 (Nov).
- Opatow, Susan (2002). “Psychology of Impunity and Injustice: Implications for Social Reconciliation”. En M. Cherif Bassiouni. *Post-conflict Justice*. Ardsley, New York: Transnational Publishers, Inc.
- Organización de las Naciones Unidas (2004). *The rule of law and transitional justice in conflict and postconflict societies*. Report of the Secretary General. S/2004/616.
- Osiel, Mark (2000). “Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity”. *Human Rights Quarterly* 22. Págs. 118-147.
- Overy, Richard (2003). “The Nuremberg trials: International Law in the making”. En Philippe Sands, ed. *From Nuremberg to The Hague. The Future of International Criminal Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Paulson, Stanley L. (1994). “Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the Positivist Theses”. *Law and Philosophy* Vol. 13 No. 3 Special Issue on Lon Fuller (August 1994). Págs. 313-359.
- Paust, Jordan J. (et al) (2000). *International Criminal Law. Cases and Materials*. Durham: Carolina Academic Press.
- Payam, Akhavan (1998). “Justice in The Hague, Peace in the Former Yugoslavia?”. *Human Rights Quarterly*, Vol. 20 No. 4. Págs. 739-816.
- Payne, Leigh A. (2009). “Confessional Performances. A Methodological Approach to Studying Perpetrators’ Testimonies”. En Hugo van der Merwe, Baxter Victoria & Chapman Audrey R. *Assesing the impact of transitional justice. Challenges for empirical research*. Washington: United States Institute for Peace.
- Popkin, Margaret & Roht-Arriaza, Naomi (1995). “Investigatory Commissions in Latin America”. *Law and Social Inquiry* vol. 20 No. 1 (Winter). Págs. 79-116.
- Posner, Eric & Vermuele, Adrian (2004). “Transitional Justice as Ordinary Justice”. *Harvard Law Review* 117. Págs. 761-825.
- Radbruch, Gustav (1962). *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Ratner, Steven R. (2009). *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: beyond the Nuremberg Legacy*. Oxford: Oxford University Press.
- Rodríguez Ruíz, Leticia M. (2009). “La calidad de la democracia en Chile. ¿Caso Modelo?”. LASA, Rio de Janeiro.
- Romero, Mauricio (ed) (2008). *Verdad, memoria y reconstrucción. Estudios de caso y análisis comparado*. Bogotá: ICTJ.
- Sannemann de Meilinger, Gladis (1994). *Paraguay y la “Operación Cóndor” en los “Archivos del Terror”*. Asunción: 1994.
- Sarkin, Jeremy (2001). “The tensions between justice and reconciliation in Rwanda: Politics, Human Rights, Due Process and the Role of the Gacaca Courts in Dealing with the Genocide”. *Journal of African Law* 45, 2. Págs. 143-172.
- Schmitt, Carl (2002). *El Nomos de la Tierra en el derecho de gentes del “Ius publicum europeu”*. Granada: Comares.
- ——— (2006). *El crimen de guerra de agresión en el derecho internacional y el principio “nullum crimen nulla poena sine lege”*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Sheriff Mohamed & Bobson-Kamara, Elvira M.J. (2005). *TRC Report. A Senior Secondary School Version*. Sierra Leone: TRWG.

- Siavelis, Peter M. (2009). “Enclaves de la Transición y Democracia” *Revista de Ciencia Política* 29:1. 3-21.
- Siegel, Lewis, Richard (1998). “Transitional Justice: A decade of debate and experience”. *Human Rights Quarterly* 20:2. Págs. 431-454.
- Stensrud, Ellen Emilie (2009). “New Dilemmas in Transitional Justice: Lessons from the Mixed Courts in Sierra Leone and Cambodia”. *Journal of Peace Studies* 46:5. Págs. 5-15.
- Tavernier, Paul (1997). “La experiencia de los Tribunales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Nro. 144. Págs. 645-653.
- Teitel, Ruti G. (2000). *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- ——— (2003). “Transitional Justice Genealogy”. *Harvard Human Rights Law Journal* 16. Págs. 69-94.
- Thoms, Oskar N.T. (et al) (2008). *The effects of transitional justice mechanisms. A summary of empirical research finding and implications for analysts and practitioners*. Ottawa: Centre for International Policy Studies.
- Totani, Yuma (2008). *The Tokyo war crimes tribunal: the pursuit of justice in the wake of World War II*. Cambridge: Harvard University Press.
- Triviño Córdoba, Jaime (2001). *Derecho Penal Internacional. Estudio de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de los crímenes de guerra con referencia al nuevo código penal colombiano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez,.
- Turner, Catherine (2008). “Delivering Lasting Peace, Democracy and Human Rights in Times of Transition: the Role of International Law”. *The International Journal of Transitional Justice* Vol. 2. Págs. 126-151.
- Uprimny, Rodrigo (2006). *Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- Valencia, León (et al) (2007). *Parapolítica. La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. Bogotá: Corporación Nuevo Arco Iris 2007.
- Valencia, León (ed) (2009). *¿2009: Declive de la Seguridad Democrática?* Bogotá: Corporación Nuevo Arco Iris.
- Van der Merwe, Hugo, Baxter Victoria & Chapman Audrey R. (2009). *Assesing the impact of transitional justice. Challenges for empirical research*. Washington: United States Institute for Peace.

- Vanegas Benavides, Farid Samir (2003). “The elimination of political groups under international law and the constitution of political claims”. Florida Journal of International Law.
- Verdugo, Patricia (2000). *Pruebas a la vista: la caravana de la muerte*. Santiago de Chile: Editorial Sudamericana.
- Vora Jay A. & Vora Erika (2004). “The effectiveness of South Africa’s Truth and Reconciliation Commission: Perceptions of Xhosa, Afrikaner, and English South Africans”. Journal of Black Studies vol. 34 No. 3 (January). Págs. 301-322.
- Wierda, Marieke (et al) (2002). “Exploring the relationship between the Special Court and the Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone”. New York: ICTJ.
- Zyl Van, Paul (2008). “Promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto”. Mauricio Romero, ed. *Verdad, memoria y reconstrucción. Estudios de caso y análisis comparado*. Bogotá: ICTJ.

## 2. PÁGINAS WEBS CON INFORMACIÓN SOBRE JUSTICIA EN ÉPOCAS DE TRANSICIÓN

- Council on Foreign Relations  
[www.cfr.org](http://www.cfr.org)
- Crimes of War Project  
[www.crimesofwar.org](http://www.crimesofwar.org)
- Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación Colombia  
[www.cnrr.org.co](http://www.cnrr.org.co)
- University of Oxford Centre for Socio - Legal Studies  
[www.csls.ox.ac.uk/otjr.php?show=workingpapers](http://www.csls.ox.ac.uk/otjr.php?show=workingpapers)
- The Centre for the Study of Violence and Reconciliation  
[www.csvr.org.za](http://www.csvr.org.za)
- Global Policy Forum  
[www.globalpolicy.org](http://www.globalpolicy.org)
- The National Security Archive The George Washington University  
[www.gwu.edu/~nsarchiv/guatemala/](http://www.gwu.edu/~nsarchiv/guatemala/)
- Commission of Experts on the Former Yugoslavia Final Report  
[www.his.com/~twarrick/commxyu1.htm](http://www.his.com/~twarrick/commxyu1.htm)
- International Centre for Transitional Justice  
[www.ictj.org/en/index.html](http://www.ictj.org/en/index.html)
- La Silla Vacía, Noticias, historias, debate, blogs y multimedia sobre el poder en Colombia  
[www.lasillavacia.com](http://www.lasillavacia.com)

- Breaking the Failed – State Cicle Rand  
[www.rand.org/pubs/occasional\\_papers/OP204/](http://www.rand.org/pubs/occasional_papers/OP204/)
- Research Group on Transitional Justice  
[www.transitionaljustice.be/](http://www.transitionaljustice.be/)
- Truth Dig Drilling Beneath The Headlines - Chalmers Johnson on Our Managed Democracy Book Review  
[www.truthdig.com/arts\\_culture/item/20080515\\_chalmers\\_johnson\\_on\\_our\\_managed\\_democracy/](http://www.truthdig.com/arts_culture/item/20080515_chalmers_johnson_on_our_managed_democracy/)
- United Nations International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia  
[www.un.org/icty/](http://www.un.org/icty/)
- University of Wisconsin Transitional Justice Data Base Project  
<http://sites.google.com/site/transitionaljusticedatabase/>
- Verdad Abierta, Paramilitares y conflicto armado en Colombia  
[www.verdadabierta.com](http://www.verdadabierta.com)
- “Que cese el fuego” Comisión de la Verdad y Justicia Colombia  
[www.verdadpalacio.org.co/](http://www.verdadpalacio.org.co/)
- Pambazuka News Pan African Voices for Freedom and Justice  
<http://pambazuka.org/en/category/comment/49421>.
- [www.trcofliberia.org/memorials/video-galleries/pubilc-hearings/diaspora/united-states/](http://www.trcofliberia.org/memorials/video-galleries/pubilc-hearings/diaspora/united-states/)
- International Criminal Court  
[www.icc-cpi.int/](http://www.icc-cpi.int/)
- International Criminal Tribunal for Rwanda  
<http://69.94.11.53/>
- Peace Research Institute Oslo  
[www.prio.no/FICJC/Forum-activities/International-Criminal-Justice-and-the-Military](http://www.prio.no/FICJC/Forum-activities/International-Criminal-Justice-and-the-Military)
- Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica  
[www.memoriahistorica.org/](http://www.memoriahistorica.org/)
- Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law  
[www.rwi.lu.se/index.shtml](http://www.rwi.lu.se/index.shtml)
- Enforced Disappearances Information Exchange Center  
[www.ediec.org/news/archive/](http://www.ediec.org/news/archive/)
- Grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación Colombia  
[www.memoriahistorica-cnrr.org.co/](http://www.memoriahistorica-cnrr.org.co/)
- Website Torturing Democracy  
[www.torturingdemocracy.org/](http://www.torturingdemocracy.org/)

- The Justice and Reconciliation Project  
[www.justiceandreconciliation.com/](http://www.justiceandreconciliation.com/)
- University of Oxford Centre for Socio - Legal Studies  
[www.csls.ox.ac.uk/otjr.php?show=workingpapers](http://www.csls.ox.ac.uk/otjr.php?show=workingpapers)
- East West Center Collaboration – Expertise – Leadership  
[www.eastwestcenter.org/](http://www.eastwestcenter.org/)
- University of Ulster Transitional Justice Institute Peace Agreement Database  
[www.transitionaljustice.ulster.ac.uk/peace\\_agreements\\_database.html](http://www.transitionaljustice.ulster.ac.uk/peace_agreements_database.html)
- Transitional Justice Institute (University of Ulster) Research Paper Series  
[http://papers.ssrn.com/sol3/JELJOUR\\_Results.cfm?form\\_name=journalbrowse&journal\\_id=1356856](http://papers.ssrn.com/sol3/JELJOUR_Results.cfm?form_name=journalbrowse&journal_id=1356856)
- War Crimes Studies Center University of California Berkeley  
<http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/>
- Governance and Social Development Resource Center  
[www.gsdr.org/go/topic-guides/justice/transitional-justice-part-1-](http://www.gsdr.org/go/topic-guides/justice/transitional-justice-part-1-)
- United States Institute of Peace  
[www.usip.org/library/truth.html](http://www.usip.org/library/truth.html)
- Columbia University New York  
[www.columbia.edu/~cgs81/burundisurvey/](http://www.columbia.edu/~cgs81/burundisurvey/)
- Re-Thinking International Criminal Justice in Africa  
<http://rethinkingjustice.blogspot.com/2009/08/transitional-justice-key-documents.html>

**INTERNATIONAL  
CATALAN  
INSTITUTE**

**FOR PEACE**

GRAN VIA DE LES CORTS CATALANES 658, BAIXOS  
08010 BARCELONA (SPAIN)  
T. +34 93 554 42 70 | F. +34 93 554 42 80  
ICIP@GENCAT.CAT | WWW.ICIP.CAT