

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Instituto de Derechos Humanos:

Bartolomé de las Casas



TESINA

***“LA JUSTICIA TRANSICIONAL DESDE EL USO EMANCIPATORIO
DEL DERECHO Y LOS DERECHOS”***

**Presentada para optar el grado de:
Máster oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos**

Alumna: Ana Cristina Portilla Benavide

Director: Carlos Lema Añón

**Getafe-Madrid
Septiembre de 2011.**

Universidad Carlos III de Madrid

**LA JUSTICIA TRANSICIONAL DESDE EL USO EMANCIPATORIO
DEL DERECHO Y LOS DERECHOS.**

Director Profesor Dr.: Carlos Lema Añón
Presentada por: Ana Cristina Portilla Benavides

Instituto de Derechos Humanos “Bartolome de las Casas”
Máster Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos

Madrid, 5 de septiembre de 2011.

INDICE

I. Introducción	4
II. El concepto dominante de la justicia transicional	7
1. Aproximación a la noción de justicia transicional	7
1.1. Jon Elster: la justicia transicional como un ejercicio de rendición de cuentas.....	10
1.2. Ruti Teitel: la justicia transicional como una concepción de justicia asociada con períodos de cambio político	20
2. Mecanismos característicos de la práctica hegemónica de la justicia transicional	32
2.1. Adopción del modelo de Estado democrático	33
2.2. Las comisiones de la verdad.....	35
2.3. Aplicación de justicia penal	39
2.4. Medidas de reparación.....	42
3. Las limitaciones de la práctica hegemónica de la justicia transicional	44
III. El Derecho Internacional Público como marco normativo de la justicia transicional	49
1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos frente a graves violaciones a los derechos humanos	53
1.1. El derecho a la justicia.....	56
1.2. El derecho a la verdad	66
1.3. El derecho a la reparación integral	72
2. Recapitulando	80
IV. El uso emancipatorio del derecho y los derechos a partir del discurso de Boaventura De Sousa Santos	83

1. Aproximación a la propuesta socio-jurídica de Boaventura de Sousa Santos sobre el uso emancipatorio del derecho y de los derechos	85
2. Recapitulando	93
V. Potencial emancipatorio del discurso de la justicia transicional desde su uso contra-hegemónico, a partir de la experiencia del Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado y de organizaciones defensoras de derechos humanos en Colombia.....	95
1. Uso del discurso de la justicia transicional desde su versión hegemónica y desde una versión emancipatoria	98
2. Potencial emancipatorio de los derechos de las víctimas	102
3. Estrategia jurídica del Movice y las organizaciones de derechos humanos como un uso contra-hegemónico del Derecho, con una pretensión emancipatoria.....	106
3.1. Contexto normativo en el que se discutió la ley de justicia y paz.....	109
3.2 Adopción del discurso de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, por parte de la Corte Constitucional colombiana, en la revisión constitucional de la Ley de Justicia y Paz.	114
3.3. Acatamiento al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por parte de la Corte Constitucional colombiana, reflejado en la Sentencia C-370 de 2006.....	116
3. Fortalecimiento organizativo, incidencia en políticas públicas y seguimiento al trámite legislativo de la ley de víctimas.	125
VI. Conclusiones	135
Bibliografía	140

I. Introducción

La justicia transicional ha venido siendo institucionalizada por el derecho internacional de los derechos humanos y por la jurisprudencia de Cortes Internacionales, como un instrumento jurídico y político, que ofrece una serie de principios y mecanismos por medio de los cuales un Estado puede intentar superar una situación de conflicto social, que es la consecuencia de graves violaciones a los derechos humanos, a través del tránsito hacia la democracia. El análisis de esta institucionalización permite concluir la existencia de un paradigma dominante o hegemónico reflejado en ciertas características presentes en la aplicación de la justicia transicional.

Podemos resaltar dos: la primera, es que el Derecho Público Internacional intenta implantar la teoría de que las transiciones de la guerra a la paz o de las dictaduras a las democracias deben respetar unos estándares mínimos de justicia, vinculados a los derechos de las víctimas de los crímenes atroces. Esto resulta conveniente para garantizar una justicia efectiva para las víctimas.

La segunda característica, tiene que ver con la exclusión y discriminación que sufren importantes sectores de la sociedad, especialmente las víctimas, como consecuencia de la tendencia a estructurar las transiciones desde construcciones verticales del proceso, es decir, se adoptan medidas de arriba hacia abajo, las cuáles privilegian la participación de grupos de poder, como sectores económicos, políticos, jurídicos o militares, entre otros, en los que se concentra la toma de las decisiones alrededor de la transición.

Esto puede entenderse bajo la lógica de que en la justicia transicional pueden traducirse luchas políticas, sociales, jurídicas, éticas y morales, que reproducen la exclusión social que padece la sociedad en conflicto. Así, las decisiones que resultan trascendentales para una

transición que de paso a una democracia efectiva y garantice los derechos de las víctimas, se toman desde arriba, dejando de lado las dinámicas más locales o las lógicas de construcción desde abajo.

En todo caso, el proceso de institucionalización de la justicia transicional ha evolucionado de manera simbiótica con el reconocimiento y desarrollo de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, conocidos todos como derechos de las víctimas. Esto es muy conveniente para garantizar una justicia efectiva para aquellas, y puede posibilitar el uso emancipatorio o contra-hegemónico de la justicia transicional, por parte de éstas en busca de la satisfacción plena de sus derechos.

Desde este punto de vista, en este trabajo se describirá y analizará la justicia transicional, desde una visión crítica a su versión hegemónica. Se intentará encontrar en la justicia transicional, como disciplina académica y como práctica, una capacidad emancipatoria, para esto usaremos como marco conceptual el planteamiento de Boaventura de Sousa Santos, según el cual, el derecho puede ser emancipatorio a través del uso no hegemónico de herramientas jurídicas hegemónicas. Así, se intentará encontrar en el discurso y en las prácticas de la justicia transicional, la posibilidad de construir un proceso transicional más incluyente, lo cuál puede implicar una participación estratégica, por parte de las víctimas, que comporte un uso contra-hegemónico del paradigma de la justicia transicional.

En un primer aparte analizaremos el estado actual del concepto dominante de la justicia transicional, con el objetivo de caracterizar la versión hegemónica de la misma como paso previo a rescatar los contenidos emancipatorios que existen en su discurso. En el segundo aparte presentaremos los desarrollos, alcances y obligaciones que plantea el derecho internacional público en la lucha por la vigencia de los derechos humanos y contra la impunidad de sus violaciones, esto con el propósito de entender al derecho internacional público como un marco normativo de la justicia transicional y de adentrarnos en ese potencial uso contra-hegemónico del derecho internacional de los derechos humanos en procesos de justicia transicional. En el tercer aparte, nos ocuparemos de estudiar la propuesta de uso emancipatorio del derecho y de los derechos humanos que propone

Boaventura de Sousa Santos, esto con el objetivo de establecer un marco teórico analítico que nos permita desarrollar nuestro cuarto aparte, en el cual intentaremos sostener la posibilidad de hacer un uso emancipatorio del discurso de la justicia transicional a través de estrategias contrahegemónicas de carácter político y jurídico empleadas por el Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE) y de las organizaciones de derechos humanos en Colombia. Desde ésta práctica crítica de la justicia transicional, se intentará encontrar en el discurso de esta última, la posibilidad de construir un proceso transicional incluyente, lo cuál implica una participación estratégica, por parte de las víctimas, a través de un uso contra hegemónico del paradigma de la justicia transicional.

II. El concepto dominante de la justicia transicional

1. Aproximación a la noción de justicia transicional

En los últimos años la justicia transicional ha cobrado relevancia en las discusiones en torno a los derechos humanos y la resolución de conflictos. El paradigma de la justicia transicional como teoría y como práctica, intenta ser un conjunto de principios y mecanismos que permitan que las sociedades en transición de la guerra a la paz o de un régimen autoritario a la democracia puedan hacer frente a un legado de violaciones masivas a los derechos humanos. Zalaquett advierte que vista como mecanismo para dicho fin, debe tener un enfoque amplio e integral que abarca la justicia penal, la justicia restaurativa, la justicia social y la justicia económica. Y que “se ha convertido en un campo especializado de la práctica política y de los derechos humanos (...) así como de la ética y del derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹. Por otra parte, se basa en la idea de que la política de justicia aplicada en la transición a la democracia debe contener medidas que buscan tanto determinar la responsabilidad jurídica por crímenes cometidos en el pasado, así como impedir la comisión de nuevas violaciones, teniendo en cuenta las diversas formas de victimización colectiva.

La justicia de transición también se funda en la creencia de que la exigencia de justicia no es un absoluto, sino que debe ser equilibrada con la necesidad de la paz, la democracia, el desarrollo económico y el imperio de la ley². Por otra parte, se reconoce que, en contextos

¹ ZALAQUETT, José, “Procesos de Transición a la Democracia y Políticas de Derechos Humanos en

² ELSTER, Jon. “Coming to terms with the past”. *European Journal of Sociology* No. 39. 1998. Pág. 15.

de transición, pueden existir limitaciones prácticas que tienen que ver con la capacidad de los gobiernos para adoptar medidas concretas en materia de justicia. Estas restricciones pueden responder a recursos humanos y materiales limitados, a un sistema judicial débil o corrupto, a una paz frágil que se reflejará en una transición democrática incipiente, a un gran número de autores o víctimas de crímenes, así como diversos obstáculos legales o constitucionales, como las leyes de amnistía. Sin embargo, se advierte que los mecanismos de justicia transicional no deben ocuparse de estas limitaciones como una excusa para la inacción³.

En las últimas décadas, hemos presenciado un proceso histórico de democratización caracterizado por la adopción de sistemas de gobierno democráticos, por parte de un número importante de países que estaban bajo regímenes autoritarios. Esto ha dado lugar al desarrollo de mecanismos judiciales que van mucho más allá de los procesos penales internos⁴ y a un crecimiento de la literatura especializada en la materia⁵. Así lo reconoce el informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre “*El Estado de Derecho y la*

³ FRIEEMAN, Mark y MAROTINE, Dorothee, ¿Qué es la justicia transicional?. International Center for Transitional Justice, noviembre de 2007. Pág. 3 y ss.

⁴ RAMÍREZ, Barat, Clara, *La Justicia en el tiempo. Una aproximación al concepto de justicia en los procesos de transición a la democracia*. Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Humanidades: Filosofía, Lenguas, Teoría de la literatura y Estudios Clásicos. Tesis Doctoral, septiembre de 2007.

⁵ Pueden resultar de particular interés los siguientes: ALMQVIST Jessica y ESPÓSITO Carlos (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*. Cuadernos y Debates. Nro. 199. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2009; BARAHONA de Brito, Alexandra Paloma, AGUILAR Fernández y Carmen GONZÁLEZ Enríquez (eds.), *Las políticas hacia el pasado: Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Ediciones Istmo, Madrid, 2002; CAPELLA Margalida y GINARD David (coordinadores), *Represión política, justicia y reparación: La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*. Plural, Palma, 2009; CHINCHÓN Álvarez Javier, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*. Ediciones Parthenon, Madrid, 2007; ELSTER Jon, *Rendición de cuentas: La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006; GIL Gil, Alicia. *La justicia de transición en España: De la amnistía a la memoria histórica*. Atelier, Barcelona, 2009; PÉREZ Triviño, José Luis, *Los juicios de Nüremberg. El Holocausto Nazi*. UOC Barcelona, 2007; TEITEL, Ruti, “*Transitional Justice Genealogy*”. Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Spring 2003, Cambridge, MA, pp. 69-94. Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003; UPRIMY Rodrigo, “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*. DeJuSticia. Bogotá, 2006; ZALAUQUETT José, “Procesos de Transición a la Democracia y Políticas de Derechos Humanos en América Latina”. *Presente y Futuro de los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1998.

justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”⁶. Muchos factores contribuyen a esta expansión de alternativas para resolver el tránsito a la democracia de sociedades con un pasado de violaciones a los derechos humanos, incluyendo el desarrollo de derecho internacional para proteger los derechos por parte de las Naciones Unidas, así como el trabajo de exigibilidad de diversas organizaciones no gubernamentales de defensa de derechos humanos y movimientos sociales que reclaman por la verdad, la justicia, la reparación y el otorgamiento de garantías de no repetición.

En todo caso, es necesario resaltar que la construcción de lo que hoy se conoce como el paradigma de la justicia transicional es el resultado de la comprensión de varios mecanismos puestos en práctica por Estados que pretendían superar una situación de conflicto social, en la que existían graves violaciones a los derechos humanos, a través del tránsito político y jurídico hacia la democracia. Así pues, al intentar establecer un marco de definición de esta disciplina es apropiado aceptar que en gran medida es el resultado de la experiencia y que la teoría política, filosófica y jurídica han venido poco a poco nutriéndola de contenido.

Desde esta perspectiva en adelante trataremos de ofrecer una noción de lo que se entiende por justicia transicional a partir de los análisis de Jon Elster y Ruti Teitel. Ambos autores hacen un estudio retrospectivo de los casos que consideran como ejemplos de implementación de justicia transicional. Para este estudio nos son pertinentes en la medida en que ambos intentan caracterizar a la justicia transicional desde su análisis empírico, y reflejan una práctica hegemónica de aplicación de ésta bajo la cuál podemos encontrar el estado actual del concepto dominante de la justicia transicional.

⁶ Secretario General de Naciones Unidas. Informe Anual. “*El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*”. S/2004/616.

1.1. Jon Elster: la justicia transicional como un ejercicio de rendición de cuentas

Elster ubica como primeros mecanismos de transición los que se llevaron a cabo en Atenas tras las sucesivas restauraciones de la democracia ateniense, en el 411 a.C. y luego en el 403 a.C.⁷. Para nuestros tiempos cobran trascendencia las experiencias de América Latina, Europa del Este, Sudáfrica, Ruanda, la antigua Yugoslavia, Timor del Este, Sierra Leona y la República Democrática del Congo, las cuáles se sucedieron en el tiempo y pareciera que fueron adoptando mecanismos de las experiencias anteriores y mejorando aquellos que consideraron insuficientes. Cabe señalar que el análisis de estos casos muestra que, aún bajo la existencia de similitudes generales a partir de las cuáles se ha ido dando consistencia a la noción de justicia transicional, cada uno implementó los mecanismos transicionales que se consideraron adecuados para responder al conflicto social particular al que se enfrentaban.

Teniendo en cuenta lo anterior es pertinente analizar el estudio retrospectivo que de la justicia transicional hace Elster, en el cual intenta describir distintos casos de justicia transicional⁸ y a partir de ahí propone un marco analítico por medio del cual pretende caracterizarla. Así entonces, Elster en su libro *“Rendición de cuentas: la justicia*

⁷ Para Elster la justicia transicional democrática tuvo sus primeras manifestaciones en dos episodios en la democracia ateniense, cuando ésta fue restaurada en dos oportunidades tras su derrocamiento a manos de la oligarquía. Sostiene que en ambos episodios, una vez restaurada la democracia, el gobierno asumió medidas retributivas propias de la justicia transicional, en contra de los oligarcas que se tomaron el poder con la intención de evitar que lo hicieran nuevamente. En la primera restauración de Atenas en 411 a.C., hubo al menos dos gobiernos de transición. El primero, que duró sólo ocho meses, fue implacable con los golpistas de la oligarquía. En el segundo, cuando ya la democracia pre-oligárquica estaba plenamente restablecida, se extremaron las medidas retributivas persiguiendo también a los “auxiliadores” del régimen golpista. Así mismo, se adoptaron medidas de restitución de bienes incautados por la oligarquía. El segundo golpe contra democracia ateniense en 403. a.C., se dio porque la nueva democracia no resolvió de fondo los problemas que permitieron a los oligarcas dar el golpe en 411 a.C. y porque la democracia restaurada cometió excesos que acarrearón su descrédito. En consecuencia, la segunda restauración de la democracia ateniense, se caracterizó por imponer medidas de carácter reconciliatorio, en pos de la retribución y de dejar atrás el pasado. Así, se adoptaron reformas institucionales a través de la reforma a la Constitución, con el objetivo de relegitimar la democracia y racionalizar el poder de los oligarcas. ELSTER, Jon, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*. Katz Editores, primera edición, Buenos Aires, 2006. Pág. 17 y ss.

⁸ En su libro Elster describe los procesos de justicia transicional que tuvieron lugar tras las sucesivas restauraciones de la democracia ateniense, en el 411 y luego en 403 a.C. Examina el caso de la restauración de la monarquía en Francia en 1814 y 1815 y analiza casos de transición democrática del siglo XX, dedicándose de manera particular a las tres transiciones alemanas: luego de la Primera Guerra Mundial, luego de la Segunda Guerra Mundial y tras la reunificación de 1990.

transicional en perspectiva histórica” se ocupa de describir y explicar las distintas maneras como las sociedades saldan sus cuentas frente a crímenes y daños del pasado⁹. Como veremos más adelante Elster considera que la justicia transicional se compone de juicios, purgas y reparaciones que tienen lugar luego de la transición de un régimen político a otro, sin importar si el régimen al que se transita es hacia la democracia¹⁰.

Así entonces, Elster empieza por caracterizar a la justicia transicional a partir de la adopción de medidas que procuran la justicia, la reforma de la instituciones estatales y la reparación de los daños, que aunque son medidas que configuran la práctica hegemónica de la justicia transicional no son aplicadas de manera idéntica en los procesos estudiados por el autor, sino, como él lo señala, han asumido diferentes formas en transiciones diferentes¹¹. Esta diferencia de forma en la aplicación de medidas transicionales puede ser explicada a partir de las motivaciones de los actores en cada contexto.

Desde esta perspectiva Elster analiza el rol de la justicia en los procesos transicionales y asume que “las concepciones normativas de la justicia que albergan los agentes de la justicia transicional pueden entrar en la explicación de las decisiones a las que llegan”¹² en esta materia. Partiendo de un estudio empírico, considera que lo más difícil de definir en la justicia transicional es el “rol” de la justicia, que analiza a partir de la motivación o el deseo de que se haga justicia y su relación con otros intereses presentes en el contexto. Concluye que la aplicación de justicia, en la justicia transicional, se ve fuertemente condicionada a la razón, la emoción y el interés de los líderes del régimen entrante, y que estos criterios se ven reflejados ya sea en teorías de la justicia igualitaristas, utilitaristas, basadas en derechos u otras que se pretendan aplicar.

También se ocupa de la justicia como institución, en la que distingue la existencia, en la justicia transicional, de lo que él denomina *justicia legal*, *justicia administrativa* y *justicia*

⁹ ELSTER, Jon, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*. Katz Editores, primera edición, Buenos Aires, 2006. Pág. 9.

¹⁰ Idem. Pág. 15.

¹¹ Idem. Pág. 99.

¹² Idem. Pág. 100.

política. Con esto intenta particularizar las medidas de justicia implementadas a partir de la razón que las sustentan. Por *justicia política* entiende aquellas medidas de justicia en las que el nuevo gobierno, de manera unilateral y sin posibilidad de apelación, señala a los criminales y decide qué ha de hacerse con ellos¹³. Este tipo de justicia se acompaña de la manipulación del aparato judicial, en la medida en que los jueces se designan teniendo en cuenta sus antecedentes políticos. También pueden ser reemplazados por no ajustar sus fallos a los lineamientos de *justicia política* establecidos, o simplemente, se ignoran sus decisiones absolutorias o que desestiman la acusación.

Además, la *justicia política* en su estado más radical puede tener una aparente legalidad a partir de la que se pretende legítimo un resultado que está previamente determinado por los líderes de la transición. Como ejemplo más evidente de este tipo de justicia Elster señala los procesos de Tokio, que tuvieron lugar al final de la segunda guerra mundial, en los que la frase de “justicia de vencedores” fue la que acompañó a los procesos judiciales. El autor advierte que este tipo de justicia puede incluso ni si quiera intentar un juicio orquestado en el que el único papel del tribunal sería decidir el grado de culpabilidad de los principales criminales de guerra, sino que, de entrada deciden que los líderes y agentes del régimen saliente deben ser ejecutados por venganza, como mensaje de punto final o por cualquier otra razón que encuentre conveniente el nuevo régimen. Este tipo de decisiones pueden verse en el proceso de Rusia de 1917 y en Rumania en 1989¹⁴.

Del otro lado del espectro está lo que Elster denomina como *justicia legal*. Otra forma de justicia, que encuentra en la justicia transicional, y que caracteriza bajo cuatro requisitos. Así, en primer lugar este tipo de justicia requiere que las leyes estén libres de ambigüedad, para que sea posible reducir el alcance de la interpretación judicial y privilegiar la voluntad del legislador; en segundo lugar, el poder judicial debe estar aislado de las otras ramas del gobierno y determinar una serie de mecanismos de designación de jueces y asignación de casos que permitan confiar en su imparcialidad; en tercer lugar, los jueces deben ser imparciales en su interpretación de la ley para evitar la excesiva indulgencia o severidad en

¹³ Idem. Pág. 104 y ss.

¹⁴ Idem. Pág. 106.

los fallos; por último, señala que la *justicia legal* en su versión pura se acoge rigurosamente a las reglas del debido proceso.

Concluye que, en los casos de justicia transicional observados, los requisitos de la justicia legal son sistemáticamente violados y que el grado de cercanía de la justicia aplicada en los procesos transicionales con la *justicia legal* descrita, puede depender del grado de respeto que la sociedad tenga hacia la observancia de la ley en “épocas normales”; así cuanto más observancia a las leyes se haya tenido es menor la frecuencia de violaciones a los requisitos antes mencionados. En todo caso, advierte que las transiciones políticas son asimiladas por las sociedades como un momento de circunstancias excepcionales, en el cuál las violaciones de uno o más criterios de la justicia legal pueden ser inevitables, incluso deseables, comprensibles y quizá perdonables¹⁵.

Por otra parte, la tercera forma de justicia como institución de la que habla Elster es la *justicia administrativa*. Ésta hace referencia a los procesos de purgas al interior de las instituciones públicas que se llevan a cabo en los procesos transicionales. Advierte que este mecanismo de justicia se ve influenciado por el tipo de justicia que se implemente en la transición. Así entonces, establece que en presencia de la *justicia legal*, la *justicia administrativa* contemplará postulados propios de este tipo de justicia como los recursos de apelación y respeto al debido proceso. Mientras que bajo la *justicia política* se llevan a cabo grandes purgas esencialmente justificadas bajo motivaciones políticas.

Hasta el momento hemos señalado como para Elster dentro de la justicia transicional el rol de la justicia se ve determinado, de manera importante, por la clase de motivación que tienen los líderes de la transición, así entonces, se puede ver caracterizada por el deseo de que se haga justicia y sus complejas relaciones con otras motivaciones que puedan animar a los actores en el contexto. Desde este análisis, el autor señala que desde el punto de vista de la justicia como institución, dentro de la justicia transicional puede optarse por poner en marcha una política pública que desarrolle postulados de *justicia legal* o de *justicia política*, con los cuales se adelanten juicios de carácter penal o administrativo.

¹⁵ Idem. Pág. 107 y ss.

Ahora paso a ocuparme de otro nivel de caracterización de la justicia transicional que hace Elster a partir de aquellas medidas que toman los agentes de la transición -entiéndase líderes políticos, Estados o entidades supranacionales como los tribunales internacionales de justicia- frente a los criminales y las víctimas. Para el autor, estas decisiones fundamentales que los líderes entrantes deben tomar, son de carácter legislativo, administrativo y judicial, y están profundamente atravesadas por el cuestionamiento sobre si el nuevo régimen ha de ocuparse o no de los crímenes del pasado. Partiendo de esta suposición, analiza seis tipos de *decisiones políticas sustantivas* que, como veremos más adelante, se refiere en ellas a medidas que resolvieron cuestiones como a quienes juzgar, sancionar y compensar y cómo juzgarlos, sancionarlos y compensarlos.

En primer lugar, el autor señala que un cuestionamiento sustancial, al que se enfrentan en la justicia transicional, es el de decidir qué constituye un crimen y a quién se considera criminal. De los casos observados concluye que los principales cargos que se determinan como crímenes son: los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y la traición -que se enmarca en las acciones que permitan prestarle colaboración a una potencia extranjera o cualquier intento de derrocar el gobierno legítimo del país por medios ilegales. A su vez, frente a la definición de quiénes son criminales, el autor encontró que los responsables de los crímenes mencionados anteriormente pueden clasificarse dentro de cuatro categorías de criminales, a saber: a) los que dieron ordenes de que se cometieran los actos criminales; b) los que ejecutaron las ordenes; c) los eslabones intermedios en la cadena de mando entre quienes dan las ordenes y quienes las ejecutan; d) quienes facilitan conscientemente la ejecución del crimen.

Una vez esta primera cuestión haya sido resuelta, es necesario definir el segundo cuestionamiento sustancial que plantea Elster, y que tiene que ver con qué hacer con los criminales. Esta cuestión tiene un primer escenario en el ámbito judicial, es decir que una respuesta bastante común dentro de los procesos transicionales frente a los criminales es recurrir a sanciones que surgen de procesos judiciales, dentro de las cuales la gama de castigos incluye la ejecución, el exilio, trabajos forzados, reclusión, sentencia de prisión en

suspense, pérdida de derechos civiles y políticos, pérdida póstuma de la “condición de víctima”, confiscaciones y multas.

Otro escenario que identifica Elster para dar respuesta a la necesidad de ocuparse de los criminales nos lleva a la tercera de las *decisiones políticas sustanciales* de las que nos habla, en la que advierte que incluso cuando no se somete a juicio a los funcionarios públicos, incluidos los militares, el nuevo régimen aún puede decidir sancionarlos. Aquí hace referencia a los casos de despidos de funcionarios por motivos políticos, cuyo objetivo puede ser castigar a los funcionarios por los daños causados en el pasado, o para evitar que causen daños en el futuro. Esta decisión comporta la cuarta cuestión caracterizada por el autor, en la que una vez que se ha tomado la decisión de sancionar “políticamente” a los funcionarios públicos, se deciden las medidas concretas que se les aplica, las que principalmente son: el cese permanente de la función pública y las purgas administrativas.

Por otro lado, en cuanto a quién es objeto de reparación y cómo reparar, Elster señala que en la justicia transicional, para compensar a las víctimas, es necesario decidir qué formas de daño determinan la condición de víctima¹⁶. Dentro de los casos analizados encontró que los daños pueden clasificarse principalmente en daños *materiales*, que se asimilan a la pérdida de bienes; daños *personales*, que hacen referencia a las violaciones a los derechos humanos como tal; y daños *intangibles*, en los que se tiene en cuenta la pérdida de oportunidades.

Partiendo de esta gama de afectaciones y con el fin de determinar el universo de víctimas a las que se debe compensar, dentro de los criterios de reparación se ocupan de definir a qué parientes de las víctimas “primarias” incluir entre las víctimas “secundarias”, así como también resulta objeto de la discusión decidir el punto de partida en el tiempo, es decir ¿hasta dónde es necesario remontarse? en cuanto a la modalidad de reparación de las víctimas el autor afirma que varía en gran medida. Así por ejemplo señala que dentro de las medidas de reparación por violaciones a la propiedad se encuentra que la confiscación de tierras puede compensarse con la restitución de esas mismas tierras, por adjudicación de tierras comparables en cantidad y calidad, o por cualquiera de estos procedimientos

¹⁶ Idem. Pág. 152 y ss.

limitados por un máximo respecto de la propiedad asignada¹⁷. A las víctimas de otros crímenes que no sean la violación al derecho de propiedad, se les ha ofrecido compensaciones de pago único o pensiones. Señala que la compensación también puede asumir formas más simbólicas, principalmente la anulación de veredictos pronunciados contra opositores del régimen. En todo caso, del análisis que hace de los casos en estudio parece evidente que en su mayoría las compensaciones que se han otorgado en los procesos de justicia transicional objeto de su estudio, responden a una lógica de conveniencia de los agentes de la transición, con lo cual se hace manifiesta la subordinación del derecho a la política y de esta última con los intereses de los actores de la transición. Además, la práctica hegemónica de reparación que encontramos en los análisis de Elster muestran que se implementó una reparación en clave de justicia ordinaria que responde a la versión del derecho romano en la que se busca la *restitutio in integrum*, que parece insuficiente para responder satisfactoriamente a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.

Para terminar con esta caracterización a partir de las decisiones que toman los agentes de la transición, Elster advierte que la justicia transicional casi invariablemente involucra *decisiones de procedimiento* que inevitablemente se les imponen a las nuevas autoridades, enfatizando que “la justicia transicional se caracteriza no solo por su carácter dramático y traumático, sino así mismo por las numerosas derivaciones del debido proceso”¹⁸. Señala que éstas son decisiones que se apartan de la “justicia legal pura” de la que se hizo referencia anteriormente, es decir, que involucran medidas que no son esencialmente respetuosas de las reglas del debido proceso, y que fundamentalmente son las siguientes: a) reclusiones ilegales; b) culpabilidad colectiva; c) presunción de culpabilidad (antes que de inocencia e inversión de la prueba); d) selección sesgada de jurados y jueces, falta de procedimientos contradictorios, falta de mecanismos de apelación, tribunales especiales -ya sean tribunales militares ya existentes-, permitiéndose decidir si un caso debe ser juzgado por un tribunal civil, o si un tribunal militar se ocupará de él. También se opta por la creación de tribunales especiales por escepticismo respecto del Poder Judicial existente, y en parte para acelerar los procesos; e) negociación de penas, en la que se contempla la

¹⁷ Idem. Pág. 154.

¹⁸ Idem. Pág. 142.

posibilidad de acuerdos extrajudiciales; f) legislación retroactiva, la cual ha suscitado discusiones respecto de su legitimidad porque comporta el desconocimiento del principio del Derecho de *nulla poena sine lege*; y por último, g) extensión, derogación o reducción de los plazos de prescripción, y justicia demorada o acelerada.

Por otra parte, el autor encuentra que la política es una variable muy importante que caracteriza a la justicia transicional en la medida en que incide en ella por medio de la “justicia política pura” y a través de la interferencia política con la “justicia legal”¹⁹. Desde esta perspectiva, considera que los partidos políticos desempeñan un papel trascendental en el diseño de los mecanismos de justicia transicional, ya sea como un fin en sí mismo o como un medio para alcanzar otros objetivos. Entonces, la influencia de los partidos políticos puede ser decisiva, pero también verse limitada por otros actores políticos, así a veces tienen un papel más protagónico los miembros del Poder Ejecutivo, o éstos pueden verse presionados por una potencia ocupante como sucedió en Italia y Alemania a finales de la segunda guerra mundial. También, pueden estar limitados por la presencia continuada del antiguo régimen, que conserva el control sobre las fuerzas militares y de seguridad, como paso en Argentina y Uruguay donde los legisladores intentaron apartarse de las limitaciones sobre la justicia transicional, que eran parte de los acuerdos negociados en la transición, pero debieron retroceder en su intento ante la belicosidad de los militares.

Por otra parte, Elster señala que el proceso de transición suele ser propicio para que surjan algunos partidos políticos, que generalmente resultan de la decisión, de los antiguos miembros de la resistencia o disidentes, de formar partidos políticos con la intención de implementar aquellos ideales por los que habían luchado. Entre otros, un ejemplo de esto es el Consejo Nacional Africano. Otros partidos resurgen del pasado predemocrático, a menudo estos partidos tradicionales se ven beneficiados o perjudicados por el comportamiento de sus dirigentes durante el periodo autocrático. Si bien los fines últimos de todos estos partidos pueden ser distintos, el objetivo inmediato de ellos es ganar las elecciones, y según los contextos los partidos políticos se decantan por propuestas de justicia transicional más severas o más indulgentes que les permitan captar votantes adeptos

¹⁹ Idem. Pág. 285 y ss.

a una u otra salida para afrontar el pasado violento. Pero, para Elster quizá el principal aspecto de la política que caracteriza a la justicia transicional ha sido la promulgación de leyes de lustración, que se han usado de manera conveniente, en particular para evitar medidas de lustración más severas de futuros gobiernos, es decir, que dichas leyes de lustración generalmente se dictan con la intención de anticiparse a la implementación de políticas vengativas²⁰.

Para terminar, el autor enfatiza que así como las emociones de los actores de la transición caracterizan a la justicia transicional, también lo hacen las ideologías políticas, de los partidos políticos, que juegan de manera determinante en el momento de la transición. Entonces, a partir de su estudio de casos, señala que distintos grupos y partidos han adoptado a la justicia transicional como un medio para implementar o consolidar un proyecto ideológico de más largo alcance. Este propósito alberga desde ideologías conservadoras, que tienen sus miras en el pasado, en las que sus demandas de justicia transicional están basadas en el deseo de restaurar, más o menos intacto, el estado preexistente al régimen autocrático. Así como también se encuentran políticas que responden a motivos sediciosos o revolucionarios, vinculados estrechamente con una voluntad de transformar la sociedad, de trascender del viejo orden antes que restaurarlo, de generar un nuevo conjunto de líderes políticos y económicos, “nuevos hombres” y una “nueva sociedad”. En todo caso, concluye que sin importar si la tendencia política es conservadora o de orden progresista, en los procesos de transición estudiados la práctica hegemónica encontrada muestra que los partidos políticos han estado por lo general de acuerdo en la implementación de medidas de justicia transicional que se resumen en juicios, purgas y reparaciones, atravesadas por el propósito de generar cambios en el régimen político autocrático.

A manera de conclusión, cabe señalar que el análisis en perspectiva histórica que hace Elster, de una serie de casos en los que considera hubo procesos transicionales que emplearon medidas de justicia transicional, no debe entenderse como una propuesta de funcionamiento de la justicia transicional, sino de cómo ha funcionado ésta de manera

²⁰ Idem. 299 y ss.

hegemónica en la práctica. Desde esta perspectiva entonces hemos señalado como para Elster la justicia transicional se ve caracterizada de manera determinante por el rol que asuma la justicia dentro del proceso de transición, y ésta a su vez se condiciona por la clase de motivación que tengan los líderes de la transición, así entonces, la justicia transicional en su práctica hegemónica se ha visto caracterizada por la búsqueda de medidas de implementación de justicia y sus complejas relaciones con otras motivaciones que puedan animar a los actores en el contexto. Desde este análisis, el autor señala que desde el punto de vista de la justicia como institución, dentro de la justicia transicional puede optarse por poner en marcha una política pública que desarrolle postulados de *justicia legal* o de *justicia política*, con los cuales se adelanten juicios de carácter penal o administrativo.

A partir de este tipo de planteamientos se nos ha hecho evidente la clara tensión entre la justicia y la paz que parece darse en los debates internos de la justicia transicional, y que ha terminado resolviéndose de distinta manera dependiendo del contexto al que se enfrentaron. Así entonces, el tipo de justicia aplicado de manera hegemónica es el resultado de las condiciones que permitieron la paz (negociación política, derrota militar o derrocamiento del régimen) y puede ser una condicionante de la democracia en la medida en que permita o no la reparación integral individual y/o colectiva de las víctimas. De estas afirmaciones podemos concluir que para Elster, en los casos de transiciones estudiados, existe una clara subordinación del derecho a la política, lo que los hace profundamente susceptibles de ser manipulados bajo presupuestos de conveniencia de los agentes de la transición.

Estos presupuestos de conveniencia de los que nos habla Elster también han afectado las medidas de compensación que hicieron parte de la justicia transicional, lo cual ha permitido legalizar y legitimar situaciones de facto. Esto se concluye del hecho de que en el análisis de casos de Elster se muestra que la confiscación de la propiedad privada y especialmente lo relacionado con la propiedad de la tierra es la discusión más importante en términos de reparación, porque se asimila como el nódulo en el cuál se encuentra el desequilibrio de poder causado por el régimen autocrático, lo cuál ha sido resuelto a partir de presupuestos de conveniencia, es decir, a partir del condicionamiento de las medidas de justicia

transicional a factores políticos, que a su vez han estado sujetos a los intereses particulares de poderosos sectores de la sociedad.

Bajo este paradigma de reparación descrita anteriormente, y que nos deja ver Elster como una constante de la práctica hegemónica de la justicia transicional, las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos han sido tratadas como beneficiarias de políticas fundamentalmente de compensación formuladas desde sectores influyentes de la sociedad, con lo cuál es difícil pensar que no se reproduzcan e incluso acentúen factores de discriminación presentes en una sociedad, bajo los cuales se impide que las víctimas actúen como actores políticos determinantes en la transición.

Para los objetivos de este estudio resulta muy importante señalar que bajo los parámetros descritos por Elster la práctica hegemónica de la justicia transicional muestra una tendencia a estructurar las transiciones desde construcciones verticales del proceso, privilegiando la adopción de políticas de arriba hacia abajo, a consecuencia de lo cual se hizo posible la participación esencialmente de grupos de poder, ubicados en los sectores políticos, económicos, jurídicos o militares, en los que se concentró la toma de las decisiones alrededor de la transición.

1.2. Ruti Teitel: la justicia transicional como una concepción de justicia asociada con períodos de cambio político

Para Ruti Teitel la justicia transicional moderna se sitúa en el desarrollo interno de una historia intelectual que propone ideas de justicia durante los acontecimientos políticos ocurridos en el siglo XX. Bajo este supuesto la autora, en su artículo titulado *genealogía de la justicia transicional*²¹, presenta un análisis de la evolución histórica de ésta. Así entonces, propone tres fases de desarrollo de la justicia transicional en los que intenta demostrar que, a través del paso del tiempo, se observa una relación más cercana entre el tipo de justicia que se persigue y las restricciones políticas relevantes propias de cada

²¹ TEITEL, Ruti, “Genealogía de la justicia transicional”. Centro de Derechos Humanos, facultad de Derecho, Universidad de Chile (Trad.).

contexto. Sostiene que “estas fases reflejan, en última instancia, el vínculo de la genealogía con una tendencia intelectual más amplia hacia un creciente pragmatismo y politización del derecho”²².

Como veremos más adelante, la primera fase de la justicia transicional se caracteriza por el contexto político de la posguerra de 1945, bajo el cual la justicia transicional es entendida como extraordinaria e internacional, con base en lo cual se adelantan los juicios como los de Núremberg. La segunda fase está determinada por lo que Teitel considera la “tercera ola” de transiciones, que ocurren en el último cuarto del siglo XX y que presentan unos factores comunes asociados al colapso y desintegración de la Unión Soviética. En esta fase la justicia transicional se asocia con la de la reconstrucción nacional, con la comprensión de un estado de derecho ligado a una comunidad política particular a partir de sus condiciones locales. La tercera fase calificada por la autora como una fase de estabilización de la justicia transicional, en donde se convierte en un paradigma del estado de derecho, que intenta normalizar un discurso de justicia humanitaria que sienta las bases para establecer como normal un derecho de la violencia.

Paso ahora a ocuparme de cada una de las fases a partir de las cuáles Teitel caracteriza la práctica hegemónica de la justicia transicional. Para lograr este fin la autora recurre al método genealógico, a partir del cual sitúa a la justicia transicional en un contexto de transformación política con la intención de entender la relación dinámica, que a lo largo del tiempo, se dio entre la justicia y la política. Señala que, si bien entiende que la justicia transicional es contingente a las condiciones y cultura locales, se pueden observar dimensiones comunes asociadas con la particularidad de cada periodo de cambio político, a partir de los cuáles la justicia transicional se ha ido configurando como una respuesta crítica limitada.

Desde esta perspectiva, la primera fase de la justicia transicional, que la autora la autora califica como la *justicia transicional de posguerra*, se ubica en el siglo XX, tras finalizar la primera guerra mundial, durante el periodo entre ambas guerras y abarca el modelo de

²² Idem. Pág. 2.

justicia posterior a la Segunda Guerra Mundial, cuyo objetivo fundamental en términos de justicia era delinear la guerra injusta y demarcar los parámetros de un castigo justificable impuesto por la comunidad internacional²³.

Esta fase estuvo caracterizada por la adopción de medidas de justicia frente a Alemania por su agresión, pero es una fase que adquiere diferentes matices debido a la fuerza de los acontecimientos políticos entre una y otra guerra. Así, el modelo por el que se optó para el periodo post Primera Guerra Mundial fue el de justicia transicional punitiva, en el que se dejó en manos de Alemania la administración de justicia. Por otra parte, Alemania fue objeto de duras sanciones económicas impuestas por la comunidad internacional, que debió asumir la sociedad alemana en su conjunto. Según la autora, visto con retrospectiva histórica, estas dos medidas transicionales provocaron una propuesta crítica a la hora de plantear la justicia transicional que se implementaría en el período post Segunda Guerra Mundial.

Entonces, parecía bastante claro que los juicios nacionales del modelo descrito anteriormente no sirvieron para evitar la futura matanza ocurrida en la Segunda Guerra Mundial. Por lo cual, la justicia transicional del período posterior a ella comenzó por reemplazar la justicia nacional por la justicia internacional, cuyo objetivo principal era el de declarar la responsabilidad criminal del liderazgo del Reich a nivel internacional. Además, quizá como una respuesta crítica a las sanciones colectivas impuestas a Alemania a partir del fin de la Primera Guerra Mundial, las cuales fueron entendidas como muy onerosas y con graves consecuencias indiscriminadas para la sociedad alemana, hicieron surgir interrogantes normativos importantes que provocaron que la justicia transicional tuviera un enfoque más liberal de enjuiciamiento con base en responsabilidades individuales, lo que significó la implementación del Derecho Penal Internacional y su aplicación al individuo. Cabe advertir que la autora señala que la aplicación de la justicia internacional conllevó irregularidades legales que tensaron el estado de derecho, especialmente dado su declarado objetivo liberalizador, dado que a través de cambios en el Derecho de la Guerra y sus principios de responsabilidad criminal, el sistema legal internacional permitió hacer

²³ Idem. Pág. 4.

responsable a los altos mandos del Reich por los crímenes de agresión y políticas represivas, dejando de manifiesto que los procesamientos de Nüremberg estuvieron básicamente orientados a justificar y legitimar la intervención de los aliados en la guerra, intentando que por medio de la justicia transicional se distinguiese entre intervenciones militares justificadas e injustificadas²⁴. Al parecer, la política de justicia que prevaleció en esta fase se sustentó en la legitimidad de castigar los abusos a los derechos humanos.

Por último, Teitel estima que esta fase de la justicia transicional sentó las bases para considerar que su contenido normativo podría venir del Derechos de los Conflictos Armados; y es un legado importante y evidente en el desarrollo del Derechos Internacional, que ha venido incorporando aspectos jurídicos surgidos en los juicios internacionales como los reflejados en la Convención contra el Genocidio y la Declaración de los Derechos del Hombre. Finalmente, la autora considera que *“en la fase de la posguerra, la exportación de distintas formas de justicia transicional ocurrió a través del trasplante legal de convenios, tratados, convenciones y constitucionalismo. El período de la posguerra fue también el apogeo de la creencia en el derecho y el desarrollo y, dicho más generalmente, de la creencia en el derecho como instrumento de modernización del Estado”*²⁵.

La segunda fase de la justicia transicional según Teitel está condicionada por el contexto político del acontecer de la posguerra fría, en el que el colapso de la Unión Soviética significó el final del enfrentamiento ideológico que tuvo lugar durante el siglo XX, entre los bloques occidental-capitalista, liderado por Estados Unidos, y oriental-comunista, liderado por la Unión Soviética, lo que al parecer provocó la concomitante proliferación de procesos de democratización política, que comenzó con la caída de regímenes autoritarios en el Cono Sur de Suramérica a comienzos de los 80, extendiéndose a Europa del Este y Centroamérica. Para la autora *“mientras estos acontecimientos regionales son generalmente representados como mutuamente independientes, una perspectiva*

²⁴ Idem. Pág. 5.

²⁵ Idem. Pág. 6 y ss.

genealógica ilumina la conexión entre estas transiciones políticas e ilustra cuántos conflictos locales fueron apoyados por el bipolarismo soviético y estadounidense”²⁶.

A diferencia de la última etapa de la primera fase, en ésta la justicia transicional adquirió una dimensión más nacional a consecuencia de las tensiones internas existentes entre los gobiernos democráticos nacientes y las fuerzas militares que no parecían estar dispuestos a ser sometidos a juicios al estilo del tribunal de Nüremberg. Así que estas tensiones se zanjaron bajo el acuerdo de someter a los responsables de las violaciones a procesos penales por parte del Estado-nación, esto bajo el argumento de la necesidad de legitimar el nuevo régimen y avanzar en la reconstrucción de la nación.

Para Teitel, la falta de juicios internacionales que determinó esta fase de la justicia transicional no significó un desconocimiento del legado argumentativo que en materia de derechos dejó la primera fase, sino que el Derecho Internacional se convirtió en una fuente alternativa de estado de derecho, que guió los juicios nacionales que se adelantaron en estas sociedades en transición. En sus palabras *“el profundo y permanente significado del modelo de Nüremberg radica en que mediante la definición del estado de derecho en términos universalizadores, éste se ha convertido en el patrón estándar en el cual se enmarcan todos los debates posteriores sobre justicia transicional”²⁷.*

Ahora bien, para la autora apartarse de los juicios internacionales reflejó una comprensión distinta de la justicia transicional, así en esta fase primaron interrogantes y discusiones en torno a la complejidad de las condiciones políticas y el reto que ellas imponían frente a la estabilización del nuevo régimen democrático, así como las circunstancias diversas que rodeaban la iniciativa de la reconstrucción de la nación. En consecuencia, la justicia transicional, en su segunda fase, se mostró dispuesta a considerar relevantes unos valores de justicia distintos de los de un estado de derecho ideal, lo cual se reflejó en cómo resolvió la tensión que se dio entre castigo y amnistía, dejando entender que reconocía la existencia de dilemas inherentes a los períodos de cambio político, con lo cual, para la autora, los

²⁶ Idem. Pág. 7.

²⁷ Idem. Pág. 8.

principios del pragmatismo guiaron la política de justicia y el sentido de adherencia al estado de derecho. Por lo tanto, como correspondencia lógica de esta política, la jurisprudencia transicional se sometió a una concepción de justicia imparcial e imperfecta, en la que bajo circunstancias políticas extraordinarias lo justo y equitativo dependía de la condición transicional en sí. Lo que en consecuencia permitió que esta fase de la justicia transicional ofrezca múltiples concepciones de justicia.

Al permitir que las reflexiones de la justicia transicional se sitúen en las realidades políticas y en el contexto político de la transición -que de suyo incluyen las características del régimen saliente, así como contingencias de tipo político, jurídico y social-, para la autora, generó que la posibilidad de administrar justicia y la capacidad de ésta para contribuir al estado de derecho transicional, dependiera de la magnitud de las violaciones, de sus sistematicidad y del grado de connivencia del cual fuera responsable el aparato del Estado. Además, señala que la aplicación del derecho penal a nivel interno, a menudo generó dilemas propios del estado de derecho, incluyendo la retroactividad de la ley, la alteración y manipulación indebida de leyes existentes, un alto grado de selectividad en el sometimiento a proceso y un poder judicial sin suficiente autonomía. Así entonces, para la autora, debido a todas estas irregularidades y a los profundos dilemas que éstas provocaban sobre el estado de derecho transicional, llevaron a que muchos países, entre los que destaca a Sudáfrica, renunciaran a procesos penales en favor de métodos alternativos para el esclarecimiento de la verdad y el establecimiento de responsabilidades en los hechos²⁸.

Para Teitel la justicia transicional que se caracteriza en esta fase posguerra fría, va más allá de la justicia retributiva que se aplicó en su primera fase, ya que los retos que se impusieron superar tuvieron en cuenta la insuficiencia en la que caía una sociedad que solamente persiga responsabilizar al régimen anterior, por lo tanto, prestaron atención a condiciones políticas más complejas de la reconstrucción de la nación y, en consecuencia, incluyeron en la justicia transicional interrogantes acerca de cómo sanar las heridas de una sociedad y de qué manera incorporar valores como la paz y la reconciliación en el estado de derecho naciente.

²⁸ Idem. Pág. 9 y ss.

Desde esta perspectiva, Teitel considera que esta segunda fase de la justicia transicional significó concesiones cruciales sobre el estado de derecho, en la medida en que en la primera fase se asumió un derecho extensivo y universalizador frente a violaciones de derechos humanos, en cambio acá la justicia transicional respondió a una perspectiva contextual y por tanto limitada y provisional, que no permitió una perspectiva global de la dimensión de las consecuencias del conflicto bipolar que la guerra fría dejó en las sociedades en transición, con lo cual, para la autora, se desperdició una posibilidad de “*generar una globalización de la política en la cual los factores nacionales e internacionales contribuyan interdependientemente al cambio político*”²⁹.

Por otra parte, la autora señala que en esta segunda fase de la justicia transicional aparecieron estrategias alternativas a la justicia, que según anota, se evidencia en el surgimiento de un tipo de derecho con características híbridas y un giro hacia respuestas del derecho y la sociedad. Así, encontramos que la justicia transicional de esta fase, está caracterizada por una concepción más comunitaria, en la que su objetivo principal fue la preservación de la paz, y que generó una política de justicia de preservación.

Surge entonces, lo que la autora reconoce como *modelo restaurativo*, en el que el propósito principal de la justicia transicional fue construir una historia alternativa de los abusos del poder. De lo que ella cree emergió una dicotomía entre la verdad y la justicia, así señala que “*el paradigma de la fase II mayoritariamente evitó enjuiciamientos para, en cambio, concentrarse en un nuevo mecanismo institucional: las comisiones de la verdad*”³⁰. Señala que con este modelo fue posible mostrar una perspectiva histórica más amplia, de la que ofrece un modelo de juicios para casos aislados, pero que una mirada genealógica deja entender que el objetivo primordial de las comisiones de la verdad no era la verdad, sino la paz, y que la gama de objetivos que justificaron su creación buscaban afanosamente la función de la disuasión, semejante a la que se persigue con la justicia criminal, así los

²⁹ Idem. Pág. 10.

³⁰ Idem. Pág. 11. Define a las *comisiones de la verdad* como un organismo oficial, habitualmente creado por un gobierno nacional para investigar, documentar y divulgar públicamente abusos a los derechos humanos en un país durante un periodo de tiempo específico.

mandatos de las comisiones a menudo incluyeron la obligación de formular recomendaciones para prevenir la ocurrencia de las violaciones a los derechos humanos.

Además, para la autora, tales comisiones hicieron que la justicia transicional posibilitará un mecanismo de diálogo entre las víctimas y sus victimarios, bajo un enfoque que perseguía la reconstrucción de la identidad política – que se asocia con el recuerdo, el duelo y la recuperación-, a través de los conceptos locales de legitimidad que sustentaron los estados de derecho nacientes. Este mecanismo alternativo de la justicia transicional alimentó el dilema de esta segunda fase, en torno a si las víctimas tienen derecho a saber la verdad y si el Estado tiene el deber de investigar para revelar dicha verdad. Teitel señala que estas discusiones estuvieron enfocadas a partir del debate de la vigencia de los derechos humanos y dentro de este marco, la dinámica central de “*verdad versus justicia*” puso de manifiesto que existían conflictos entre justicia, historia y memoria. Sin embargo, rescata que esta fase de la justicia transicional permitió la creación de un registro histórico, a partir del cual se dejó abierta la posibilidad de adelantar causas judiciales en el futuro.

En todo caso, la autora insiste en que en esta fase de la justicia transicional se caracterizó por implementar estrategias alternativas, animadas bajo el objetivo de la reconciliación nacional, dando origen a teorías del perdón y la reconciliación que restaron importancia al derecho y encontraron su sustento en la ética, la medicina y la teología. Desde este discurso, a diferencia de la primera fase que veía a las amnistías como una excepción, en ésta la justicia transicional optó por incluir en la ley tanto la clemencia como la gracia, intentando generalizar una política de amnistía en la que se canjeó justicia por paz. Desde este discurso ético-religioso los objetivos de los planes de acción y políticas transicionales se enfocaban en mantener la paz, con el evidente propósito de estabilizar la situación política interna, y desatendió a la democracia como objetivo real. Al respecto, Teitel señala que “*este tipo de políticas de reconciliación, puede perfectamente acarrear consecuencias negativas en el largo plazo. Por ejemplo, la incitación a llegar a acuerdos sobre los reclamos por actos del pasado puede tener ramificaciones conservadoras. Tal enfoque*

puede socavar reformas políticas más amplias y en general puede que no ayude a echar las bases para el desarrollo de la democracia”³¹.

Por último, Teitel considera que esta fase fue clave para instaurar una metáfora persistente en la que a la justicia transicional se le atribuye la intención de permanecer en el tiempo y tornarse omnipresente en la política, dando paso a la pregunta acerca de si existe un mínimo de la justicia transicional más allá del cual la indagación histórica, psicológica o religiosa debiese ser caracterizada como búsqueda de justicia. La autora concluye que esta característica presente en la segunda fase de la justicia transicional, se refleja en la aparición y persistencia de tres condiciones que crearon escenarios de lucha contra la impunidad de las violaciones del pasado.

Como primera condición, la autora advierte que la perspectiva genealógica sobre el tema le indica que *“el interés en la búsqueda de la justicia no declina con el paso del tiempo”³²*, sino que, tal vez se hace necesario esperar a que el régimen cambie y permita juzgar a quienes estando en el Estado fueron responsables de los crímenes. Señala como ejemplo más relevante el *caso Pinochet*. Así entonces, encuentra que *“la justicia transicional implica un tratamiento no lineal de la dimensión temporal. (...) que se refleja en acciones legales que frecuentemente adoptan la forma de demandas y litigios postergados, para extender la esfera de acción de la justicia transicional hacia la litigación caso a caso”³³*. Como respuesta a esta condición del contexto político del momento, Naciones Unidas adoptó la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad*.

Como segunda condición encontramos lo que ella denomina como un efecto de las *narrativas en disputa* que se generan en los momentos de la transición. Con esto aclara que la relación entre justicia transicional, verdad e historia es complicada en la medida en que la primera intenta reconcebir el significado social de conflictos pasados, y en este propósito

³¹ Idem. Pág. 17.

³² Idem. Pág. 19.

³³ Idem. Pág. 19.

las narrativas históricas son objeto de confrontación, así las transiciones siempre tienen la capacidad de crear contra-historias, y de que permanezca en el tiempo el reclamo por otras verdades que han sido rezagadas. Desde este análisis, Teitel considera que la segunda fase de la justicia transicional muestra una tendencia clara en la que la construcción de la narrativa histórica fue esencial para elaborar una identidad política del Estado. Sin embargo, no resultó claro establecer, desde un punto de vista normativo, quién debería escribir la historia de la transición, así la tarea de reconstruir una historia alternativa involucró a múltiples actores, como historiadores, abogados, víctimas y periodistas. En consecuencia, la autora señala que la justicia transicional de esta fase mostró un proceso en el que el Estado no desempeñó un rol principal.

Teitel insiste en que la segunda fase de la justicia transicional contó con numerosas opciones alternativas, quizá como consecuencia de las dos condiciones presentadas anteriormente, y que éstas fueron la motivación que gestó la tercera condición, que tiene que ver con la aparición de nuevos actores políticos y de una tendencia hacia la privatización de la justicia transicional. Dicha tendencia estuvo asumida desde la sociedad civil como ente abstracto, así como por individuos a través del litigio caso a caso. Esta situación provocó discusiones en torno a en qué medida era cierta la existencia de principios normativos que dirigieran la toma de decisiones de la transición, que en palabras de la autora *“planteó un profundo problema normativo en la interacción de justicia transicional, globalización y soberanía, es decir: si acaso y hasta qué punto la reacción frente a un agravio debería permanecer bajo el control del estado donde la acción lesiva ocurrió”*³⁴ Para ilustrar la cuestión vuelve al caso *Pinochet*, como un ejemplo de que las acciones de justicia transicional fueron tomadas cada vez con mayor independencia frente a las autoridades estatales, y generaron situaciones de incertidumbre respecto de acuerdos transicionales previos, con lo que además, se demostró la expansión de la justicia transicional a través del tiempo y una respuesta frente al contexto de globalización en curso.

³⁴ Idem. Pág. 21.

Ahora paso a ocuparme de lo que la autora concibe como la tercera fase de la justicia transicional, en la que plantea como postulado básico que la justicia transicional ha tomado un carácter permanente, lo que califica como *justicia transicional en todo momento*. Porque considera que “*lo que era históricamente visto como un fenómeno legal asociado a condiciones de post-conflicto extraordinarias, ahora parece ser cada vez más un reflejo de tiempos normales. La guerra en tiempos de paz, la fragmentación política, Estados débiles, guerras pequeñas y el conflicto permanente, todas son características políticas contemporáneas (...) que han estimulado el intento de lograr una normalización de la justicia transicional. (...) En su condición de una teoría asociada al cambio político permanente, la justicia transicional se relaciona con una politización más alta del derecho y también con un cierto grado de concesiones en los estándares del estado de derecho*”³⁵.

Entiende que el símbolo más evidente de esta normalización es la adopción, por parte de la comunidad internacional, del Estatuto de Roma por el cuál se crea la Corte Penal Internacional -como un modelo afianzado en el legado del tribunal de Nüremberg-, constituyéndose en un tribunal internacional permanente, cuya pretensión es someter a la justicia internacional a autores de crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad. Lo cual le resulta evidentemente importante para la teoría de las transiciones, porque este modelo legal pone en evidencia una capacidad implícita de deslegitimación de un régimen, que puede prestarse para apoyar e incluso incitar una transición.

La autora señala que esta normalización, que caracteriza a la noción de justicia transicional actual, esencialmente es el fruto de la intención de dotar de mayor importancia al Derecho Internacional Humanitario, debido a que en el contexto político contemporáneo se ha usado este derecho para establecer un estado de derecho que no sólo determine la conducción de la guerra, sino, que se ha extendido a aspectos más amplios que incluyen planteamientos que intentan justificar su posible iniciación. Este uso del Derecho de la Guerra, ha hecho evidente la existencia de fallas de los Estados y ha servido para ejercer presión en torno al cumplimiento de los derechos humanos, con lo cual ha resultado fácil desdibujar los límites que impiden pasar de un discurso de justicia transicional normalizada hacia la justificación

³⁵ Idem. Pág. 22.

de políticas contra del terrorismo. Así entonces, la autora advierte que *“la expansión del discurso de la justicia transicional para incluir el problema del terrorismo se torna problemática por lo inadecuado de las analogías entre terrorismo y guerra o crisis política”*. Y concluye que *“los dilemas de la justicia transicional en sus fases contemporáneas ponen de relieve temas que calzan en general con los esfuerzos para establecer el estado de derecho en un mundo en proceso de globalización. Estos incluyen cómo moldear reformas legales y proyectos de justicia a la luz de una creciente interdependencia global, y hasta qué punto acomodar las estructuras locales a las fuerzas externas a la sociedad local”*³⁶.

A manera de conclusión, tenemos que Teitel nos presenta un análisis con base en una reflexión genealógica, a partir de la cual caracteriza la práctica hegemónica de la justicia transicional, desde un enfoque en el que destaca la relación entre las condiciones jurídicas y políticas que determinan los periodos de transformación política. Así entonces, nos ofrece una mirada panorámica a partir de la cuál considerar a la justicia transicional como un paradigma cíclico que ha respondido a las diferentes dinámicas del contexto político a través del tiempo.

Desde esta perspectiva, no podemos afirmar que la práctica hegemónica de la justicia transicional ha permitido una evolución en su desarrollo teórico, sino que más bien ha respondido de una manera crítica, pero limitada a las medidas que se han tomado en procesos transicionales pasados. Esto se refleja en las tres fases que nos presenta Teitel, así en la primera se evidencia que un duradero predominio del modelo de la posguerra, con el que se pretendió universalizar un estado de derecho basado en el Derecho Internacional, y que sentó las bases normativas de la justicia transicional. Como una respuesta crítica a esta fase, en la segunda se optó por enfoques más locales y alternativos asociados con la reconstrucción de la nación, que condujo a una especie de privatización e hibridización del derecho, y en la que la globalización empieza a notarse con fuerza. Por último, y como una asociación entre el discurso de los derechos humanos, el derecho humanitario y la globalización, se ha incubado un escenario político que ha dado paso a la idea de la

³⁶ Idem. Pág. 25 y ss.

normalización de la justicia transicional que se presenta como tercera fase, y que se entiende a partir de la actual expansión y predominio del derecho humanitario hacia contextos normales en tiempos de paz.

Para el objeto de nuestro estudio, y como una conclusión de la caracterización de la práctica hegemónica de la justicia transicional que hace Jon Elster a partir de un acercamiento filosófico a la comprensión de la justicia transicional como fenómeno político, y de Ruti Teitel que desde un enfoque jurídico caracteriza la dinámica hegemónica de la justicia transicional y la política, se puede decir que la justicia transicional no debe entenderse como una disciplina que determina una única forma para aplicarse como paradigma que permita lograr la transición a la democracia, sino, que es conveniente asimilarlo como un marco general que debe ajustarse a la situación que pretende superar cada país. Sin embargo, es posible hablar de un paradigma dominante o hegemónico, que se encuentra reflejado en ciertas características que se han empezado a consolidar en la aplicación del paradigma de la justicia transicional.

Desde esta perspectiva, en el siguiente aparte presentaremos los mecanismos, puestos en práctica por los Estados como medidas de justicia transicional, que han permitido su caracterización y la construcción de lo que hoy se conoce como el paradigma de la justicia transicional. Así pues, al intentar establecer un marco de definición de esta disciplina es apropiado aceptar que en gran medida es el resultado de la experiencia puesta en marcha a partir de dichos mecanismo, y que la teoría política, filosófica y jurídica han venido poco a poco nutriéndola de contenido.

2. Mecanismos característicos de la práctica hegemónica de la justicia transicional

Aunque, autores como Elster consideran que se han dado transiciones hacia regímenes más democráticos desde hace siglos, el término justicia transicional sólo empezó a ser usado en las últimas tres décadas. Desde entonces, se ha dado un proceso de desarrollo institucional, académico y de formulación de políticas públicas que centran su atención en cuál debería

ser la forma como deben enfrentarse las atrocidades ocurridas en el pasado y dar paso a un régimen democrático. Dicho desarrollo ha consolidado un enfoque dominante de la justicia transicional, que orienta su estructuración práctica en los diferentes países que pretenden transformar sus regímenes. Se trata de un enfoque centrado en estándares jurídicos y puesto en marcha principalmente desde lo nacional hacia lo local.

Desde este enfoque, la justicia transicional pretende ser un paradigma que le permita a un Estado superar una situación de conflicto social, que es la consecuencia de graves violaciones a los derechos humanos, a través del tránsito político y jurídico hacia la democracia. Para efectos de este estudio, primero señalaremos las medidas que, dentro del marco de la teoría y la práctica hegemónica de la justicia transicional, han venido siendo implementados para alcanzar dichos propósitos. Como primera medida está la adopción del modelo de estado democrático, como régimen político capaz de enfrentar las consecuencias de las graves violaciones a los derechos humanos; por otra parte tenemos la constitución de Comisiones de la Verdad, cuyo mandato primordial es el esclarecimiento histórico de los hechos; otra medida es la aplicación de la justicia penal, con el propósito de calificar la responsabilidad penal de los actores involucrados en las violaciones; y por último, están los programas de reparación, que buscan satisfacer a las víctimas a través del reconocimiento material y/o simbólico de su condición de víctima.

2.1. Adopción del modelo de Estado democrático

Las revoluciones estadounidense y francesa dieron origen ideológico a la democracia liberal, que parece ser considerada como la forma de gobierno con mayor legitimidad en el contexto político actual. Aunque a partir de estas revoluciones empezó un proceso de adopción de esta figura por parte de numerosos Estados, para este estudio se hace relevante el llamado “proceso de democratización”, que tiene lugar tras el fin de la segunda guerra mundial y que se hace evidente desde finales de setenta y mediados de los ochenta cuando en España, Portugal, Grecia, América Latina, y luego en los 90 en África, Europa Central y del Este, entre otros, se constituyen regímenes democráticos a partir de otros que no lo eran. Huntington propone que este momento de democratización en este periodo de tiempo se

denomine como “la tercera ola” de la democratización, a la cuál le atribuye la particularidad de contar con la presencia de factores que priorizaban el desarrollo económico, insistían en la decadencia de las ideologías autoritarias y presionaban política y socialmente a los diversos marcos nacionales, para que se constituyan en regímenes de democracia liberal³⁷.

Este tránsito hacia la democracia trae consigo importantes reformas a las instituciones públicas, con las que se crearon mecanismos e instituciones necesarios para poner en marcha un sistema de gobierno de tipo democrático, al tiempo que se intentaba dismantelar las estructuras que existían en el periodo anterior. Ramírez advierte que “precisamente porque se elabora a partir de estructuras políticas existentes, el proceso de reforma institucional es especialmente sensible a cuestiones como la naturaleza del régimen anterior y la forma en la que el cambio político ha tenido lugar y, sobre todo, al equilibrio de poderes resultante entre los diversos grupos políticos”³⁸.

Ramírez caracteriza esta medida transicional como “un cambio que tiene una importancia fundamental ya que de él depende la instauración de las reglas del nuevo juego político. Empezando con la redacción y aprobación de una nueva Constitución o la reinstauración de una anterior que ha sido abolida, la reforma institucional pasa, en líneas generales, por el establecimiento de un sistema de decisión de corte democrático en el que se garantice la separación de poderes, la reestructuración del edificio parlamentario, la garantía de la existencia de partidos libres y competitivos y la puesta en marcha de unas elecciones democráticas. En la mayoría de los casos, incluye también la revisión del sistema legal y la garantía de independencia del poder judicial, así como la reestructuración y revisión del funcionamiento de las fuerzas de seguridad del estado (policía, ejército y servicios de inteligencia). (...) También implica fomentar dentro del funcionamiento de las estructuras

³⁷ HUNTINGTON, Samuel, *La Tercera Ola. La Democratización a Finales del Siglo XX*. Paidós, Barcelona, 1994. Pág. 35 – 45.

³⁸ Supra, nota 4. Pág. 75 y ss.

estatales, la puesta en marcha de programas de educación en valores democráticos y derechos humanos”³⁹.

Así entonces, la democratización de las estructuras estatales ha estado presente en las diferentes experiencias transicionales, y es dentro de este marco donde se dan las bases argumentativas que desarrollan los mecanismos de justicia transicional que veremos más adelante. Sin embargo, es necesario advertir que los procesos de tránsito a la democracia no siempre han venido acompañados de la implementación de medidas de justicia transicional, como es el caso de la España posfranquista. Esto se atribuye a que su implementación es una decisión política, a la que según Elster se enfrentan las nuevas democracias, en el sentido en el que deben decidir si van o no a promover medidas de justicia transicional⁴⁰ o si asumen alternativas pragmáticas asentadas en el olvido del pasado violento.

En todo caso, se advierte que es en el seno de la discusión sobre la democratización desde donde el debate académico ha nutrido de contenido las reflexiones sobre la justicia transicional, y que los mecanismos transicionales que trataremos a continuación, se entienden como complementarios a la reforma a las instituciones públicas y/o facilitadores de la consolidación de la democracia.

2.2. Las comisiones de la verdad

Un mecanismo usualmente usado en el desarrollo de los procesos transicionales son las llamadas “*comisiones de la verdad*”, cuyo mandato primordial es el esclarecimiento histórico de los hechos, a través de la investigación de las violaciones de derechos humanos ocurridas en el periodo de autoritarismo o represión. Tienen la obligación de entregar un informe final que refleje sus investigaciones y que formule recomendaciones sobre lo que consideren pertinente y necesario hacer para recomponer los derechos violados y prevenir

³⁹ Supra, nota 4. Pág. 75 y ss.

⁴⁰ ELSTER, Jon, “Preference formation in Transitional Justice” *Preferences in Time*. Russel Sage Conference, New York, 2002.

la ocurrencia futura de una violencia similar. Así entonces, una comisión de verdad es un organismo habitualmente creado por un gobierno nacional para investigar, documentar y divulgar públicamente abusos a los derechos humanos en un país durante un período de tiempo específico. Lo atrayente de este modelo es su capacidad para ofrecer una perspectiva histórica más amplia, en lugar de meros juicios para casos aislados⁴¹.

Encontramos comisiones de diverso origen, algunas creadas por orden del poder ejecutivo, como las de Argentina⁴², Chile⁴³ y Perú⁴⁴; otras por mandato del poder legislativo como las de Alemania⁴⁵, Sudáfrica⁴⁶ y Uruguay⁴⁷; también han surgido por la iniciativa de Naciones Unidas, como las de Guatemala⁴⁸ y el Salvador⁴⁹; y por último, las adelantadas por Organizaciones no Gubernamentales o fundaciones de carácter religioso, como las de Brasil, Paraguay y Colombia. Todas han sido concebidas con la intención de averiguar y establecer de manera pública la trascendencia y el origen de las violaciones cometidas. Cumplen una función social importante en la medida en que, como menciona Clara

⁴¹ Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Comisiones de la verdad*. Nueva York y Ginebra, 2006; Amnistía Internacional. *Verdad, justicia y reparación. Creación de una comisión de la verdad efectiva*. Editorial de Amnistía Internacional (EDAI) España, junio de 2007; Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), *El legado de la verdad: Impacto de la Justicia Transicional en la construcción de la democracia en América Latina*. Serie Enfrentando el Pasado. Bogotá, 2007.

⁴² Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas –CONADEP–, *Nunca más*. Consultado en noviembre de 2010 en: <http://www.nuncamas.org/investig/articulo/nuncamas/nmas0001.htm>

⁴³ Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. *Informe Rettig*. Consultado en noviembre de 2010 en: <http://www.fundacionpdh.org/lesahumanidad/informes/informe-rettig.htm>

⁴⁴ Comisión de la Verdad y Reconciliación. *Informe Final de la CVR*. Consultado en noviembre de 2010 en : <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>

⁴⁵ Amnistía Internacional. *Comisión de Investigación en el Bundestag alemán para Tratamiento del Pasado y las Consecuencias de la Dictadura del SED en Alemania, 1992. Verdad justicia y reparación. Creación de una comisión de la verdad efectiva*. Editorial de Amnistía Internacional (Edai), España. Junio de 2007.

⁴⁶ Amnistía Internacional. Sudáfrica Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 1995. *Verdad justicia y reparación. Creación de una comisión de la verdad efectiva*. Traducción De Editorial Amnistía Internacional (Edai), España. Junio de 2007.

⁴⁷ Informe final de la Comisión para la Paz. Consultado en noviembre de 2010 en: www.presidencia.gub.uy/noticias/archivo/2003/.../Informe_final.do.

⁴⁸ Amnistía Internacional. *Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones a los Derechos Humanos y los Hechos de Violencia que han Causado Sufrimientos a la Población Guatemalteca, 1997. Verdad justicia y reparación. Creación de una comisión de la verdad efectiva*. Editorial de Amnistía Internacional (Edai), España. Junio de 2007.

⁴⁹ Amnistía Internacional. *Comisión de la verdad, 1992. Verdad justicia y reparación. Creación de una comisión de la verdad efectiva*. Traducción De Editorial Amnistía Internacional (Edai), España. Junio de 2007

Ramírez, buscan “el reconocimiento público de las injusticias pasadas”⁵⁰, con lo cual, aunque sus investigaciones no tienen necesariamente consecuencias en instancias judiciales, se contribuye a la dignificación de las víctimas, a la asignación de responsabilidades, a la creación de un imaginario social que repudie los hechos ocurridos y a la prevención de hechos similares en el futuro. Desde esta perspectiva de resultados, también se le atribuye una carga moral a sus conclusiones, al punto que su creación llega a considerarse como una medida que ayuda a la transformación del orden moral, que debe acompañar a los procesos transicionales⁵¹.

Su origen más relevante se ubica en la *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas* (CONADEP) de Argentina, creada por el presidente Raúl Alfonsín el 15 de diciembre de 1983 con el objetivo primordial de indagar a cerca de la suerte de los desaparecidos, así como de investigar otras graves violaciones a los derechos humanos llevadas a cabo por la dictadura militar en el periodo comprendido entre los años de 1976 y 1983. Su trabajo final, plasmado en el libro *Nunca Más*, entregado a Alfonsín el 20 de septiembre de 1984, concluyó que los derechos humanos fueron violados en forma orgánica, estatal y sistemática por la represión de las Fuerzas Armadas, con lo cual se abrió las puertas para el juicio a las Juntas de la dictadura militar.

Hasta el momento se han constituido varias comisiones de la verdad alrededor del mundo, pero quizá la que más interés ha despertado es la *Comisión de la Verdad y la Reconciliación* de Sudáfrica, establecida en 1995 por el presidente Nelson Mandela y presidida por el Arzobispo Desmond Tutu. La Comisión tenía como mandato investigar las graves violaciones de derechos humanos, se fundamentó en la “Ley para la Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación” sancionada en 1995 y, en consecuencia, actuó bajo la noción de la justicia restaurativa. Además, contó con la facultad de otorgar amnistía a los victimarios que rindieran testimonio ante ella. Entregó su informe final en 1998 en el cuál se determinó la existencia de 22.000 víctimas.

⁵⁰ Supra, nota 4. Pág. 102.

⁵¹ BORAINÉ, Alex, “Truth and Reconciliation in South Africa: The Wield Way” *Truth v. Justice. The Morality of Truth Commissions*. Robertg, R. y T. Dennis Eds. Princenton University Press. Pág. 142.

Cabe señalar que estas comisiones se han ido consolidando como un mecanismo de la justicia transicional, a tal nivel que el Sistema de Naciones Unidas las reconoce como un instrumento de los Estados para superar un pasado de violaciones a los derechos humanos y como un instrumento que permite abonar el camino hacia la verdad de lo ocurrido⁵². Asimismo, aunque no se ha determina un modelo ideal de funciones, mandato y desarrollo de las comisiones de la verdad, si se pueden identificar unas características comunes en ellas, que según Priscilla Hayner se pueden agrupar en cuatro aspectos: a) que se centran en el pasado; b) que investigan un patrón de abusos a lo largo de un periodo, en lugar de hechos concretos, c) que son organismos temporales de entre seis meses y dos años de duración y terminan su periodo de trabajo con la presentación de un informe; Y d) que cuentan con el aval y autorización del poder oficial del Estado y, en ocasiones cuando se trata de conflictos armados, también cuentan con el aval de las otras partes del conflicto, entre ellas las oposiciones armadas⁵³.

Por último, Carlos Beristáin asegura que “las comisiones son el inicio de procesos a más largo plazo, no sólo de la verdad que se investiga sino de cómo esa verdad se asume” y le atribuyen al mecanismo de las comisiones de la verdad entre otros, los siguientes aportes: en primer lugar, haber contribuido a cambiar las narrativas sobre el pasado, teniendo en cuenta que la verdad sigue siendo una discusión después del trabajo de una comisión, pero que también deja verdades que no son cuestionables, con lo cual se logra disminuir las reacciones negativas, de descalificación y revisionismo. Un segundo aporte sería el de convertirse en una plataforma pública para las víctimas, en la que se habilita un espacio de afirmación de las organizaciones de derechos humanos y de víctimas. Un último aporte es el de ser un catalizador en el debate público sobre el pasado, lo cual depende de la respuesta social e institucional y de la capacidad de articulación con otros sectores sociales⁵⁴.

⁵² ONU, OACNUDH. *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: comisiones de la verdad*. Nueva York, 2006. HR/PUB/06/1.

⁵³ HAYNER, Priscilla, *Verdades innombrables*. CUELLAR, Jesús (Trad.). Fondo de cultura económica, México, 2008. Página 41.

⁵⁴ BERISTAÍN, Carlos, Las comisiones de la verdad en América Latina: Una valoración de su impacto. *El Legado de la Verdad: impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América latina. Serie Enfrentando el Pasado*. No. 3. Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). Bogotá,

2.3. Aplicación de justicia penal

Dentro de las prácticas de la justicia transicional, la aplicación de la Justicia Penal genera debate e inestabilidad en el proceso de transición, pese a esto se ha entendido que es la manera más reconocida y aceptada de castigar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos. Esto quizá porque uno de los primeros retos a los que se enfrenta los procesos transicionales es al interrogante de qué hacer con los actores involucrados en los crímenes. En todo caso, como lo señala Kai Ambos “ La clase de transición y el rol de la (antigua) elite en el proceso afectan la clase de justicia de transición y su éxito, dado que las posibilidades de la justicia de transición aumentan a medida que disminuye la influencia de la (antigua) elite”⁵⁵.

Así, y aunque los diferentes procesos transicionales la hayan considerado adecuada para calificar responsabilidades individuales y provocar rectificación, en los primeros momentos de la transición la justicia penal no ha sido completamente administrada, entonces, en un número importante de casos, como alternativa a la necesidad de dar una salida a la situación de los involucrados en las violaciones, se optó por la concesión de indultos, excarcelaciones y amnistías (especialmente los procesos de América Latina). El desarrollo posterior de los acontecimientos políticos y jurídicos ha posibilitado la búsqueda de la aplicación plena de la justicia penal, tal es el caso de Argentina, en el que las leyes de amnistía fueron declaradas inconstitucionales y, en consecuencia, ha sido posible el enjuiciamiento de varios de los responsables⁵⁶.

En todo caso la aplicación de la justicia penal no deja de ser controversial para los procesos de transición, y se considera que su uso puede ser reemplazado por medidas de justicia

2008. Pág. 62 y ss.

⁵⁵ AMBOS, Kai, *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición. Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Konrad Adenauer Stiftung E.V., Uruguay, 2009. Pág. 27.

⁵⁶ ACUÑA, Carlos, “Transitional Justice in Argentina and Chile: A never ending story?”. Jon Elster (ed.) *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*. Cambridge University Press, Cambridge & New York, 2006. Págs. 206-238.

diferentes o a través de una comprensión amplia del significado de la justicia. Así lo señala Kai Ambos cuando retrata las diferentes posiciones que pueden encontrarse en relación a este punto diciendo que “la justicia en la justicia de transición supone mucho más que justicia penal retributiva se asume, de hecho, que la justicia penal no puede ser completamente administrada y abarca a la justicia restaurativa en cuanto apunta a restaurar o incluso reconstruir la comunidad (en el sentido de justicia “creativa”). En última instancia, la justicia de transición es una justicia de excepción que aspira a cambiar la situación de conflicto o post-conflicto de ‘un peor a un mejor estado’”, concluye que “en efecto, el abstenerse de una persecución penal y/o del castigo es a veces una condición necesaria para facilitar la paz y la reconciliación”⁵⁷.

Bajo esta línea de pensamiento, se contempla que la aplicación de la justicia penal en los procesos de transición plantea dificultades de tipo moral, político y jurídico. Así, en el orden jurídico, los cuestionamientos que se le hacen a la aplicación de la justicia penal en procesos transicionales, van desde no atender plenamente las garantías procesales que hacen parte de los principios del Estado de Derecho de un sistema democrático, como el principio de legalidad, de retroactividad de las leyes, de presunción de inocencia, entre otros⁵⁸, hasta la existencia o no de la obligación de investigar y castigar a los responsables dentro del marco del Derecho Internacional, y la pertinencia en el tratamiento de estas situaciones por parte de la justicia nacional o internacional son discusiones que siguen abiertas. Sin embargo, la justicia penal no pierde aún su vigencia como una medida transicional, esto parece perfilarse con la existencia de tribunales internacionales *ad hoc*, y reafirmarse, con la creación de la Corte Penal Internacional (CPI)⁵⁹, que además cuenta con facultades para intervenir en procesos transicionales, en busca de la atribución de

⁵⁷ AMBOS, Kai, *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición. Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Konrad Adenauer Stiftung E.V. Uruguay 2009. Pág. 28 y ss.

⁵⁸ TEITEL, Ruti, *Transitional Justice*. Oxford University Press. New York. 2000.

⁵⁹ Amnistía Internacional. *Corte Penal Internacional: 16 principios fundamentales para una corte justa, imparcial y eficaz*. Editorial de Amnistía Internacional (EDAI), España 1998; PIGRAU Solé, Antoni. *El nacimiento de la Corte Penal Internacional*. Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònoms i Locals. Barcelona, 2002; CABEZUDO, Rodríguez, Nicolás, *La Corte Penal Internacional*. Dykinson, Madrid, 2002; LIROLA, Delgado, María Isabel, *La corte Penal Internacional: justicia “versus” impunidad*. Ariel. Barcelona, 2001; AMBOS, Kai, *El estatuto de Roma: de la Corte Penal Internacional*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá, 1999; AMBOS, Kai, *La nueva justicia penal supranacional: Desarrollos post- Roma*. Tirant Lo Blanch. 2002.

responsabilidad penal por los crímenes que cobija el Estatuto de Roma. El Caso de Uganda, donde la CPI ha emitido órdenes de detención contra líderes del ERS (ejército de resistencia, que opera en el norte de Uganda), demuestra dicha posibilidad⁶⁰. En todo caso, el Estatuto de Roma es un instrumento flexible que permite al Fiscal y a la Corte tomar en consideración las situaciones de transición, para que amnistías u otras exenciones de responsabilidad sean entendidas como legítimas dentro de los procesos de paz nacionales, aunque sacrifiquen las medidas de justicia⁶¹.

Desde una perspectiva política, la aplicación de la justicia penal en los procesos transicionales representa una tensión entre la paz y la justicia, frente a la cuál diversos gobiernos han optado por mecanismo de perdón, como las amnistías e indultos, alegando su conveniencia para el proceso de reconciliación y para la estabilidad del nuevo régimen dentro de un escenario de paz. Esto no ha pasado desapercibido por las críticas, especialmente, de las organizaciones de defensa de los derechos humanos quienes han sostenido que privilegiar la paz sobre la justicia ha contribuido a propiciar una “cultura de impunidad”⁶². Aportando a esta discusión, Nino defiende la necesidad de evaluar cada contexto político y social antes de optar por juicios penales en situaciones transicionales, por el temor a que éstos pongan en riesgo la estabilidad del nuevo gobierno democrático, teniendo en cuenta la posibilidad real de que los procesados conserven aún poder político y económico, con el cual se amenace la permanencia del nuevo régimen⁶³.

Como advertíamos antes, desde un punto de vista moral, en los procesos transicionales se revela una tensión entre la verdad y la justicia. Por una parte, hay quienes consideran que la justicia penal representa un valor moral que procura la superación de un pasado violento y

⁶⁰ ESCUDERO, Ezequiel, *Uganda: La encrucijada de la Corte Penal Internacional*. Centro Argentino de Estudios Internacionales. En www.caei.com.ar.

⁶¹ Esto se advierte en la considerable discreción que puede asumir el fiscal durante la investigación preliminar y también en la autonomía judicial que tiene la CPI. Explícitamente, se puede ver en tres disposiciones del Estatuto de la CPI: el artículo 17 sobre la complementariedad, el artículo 16 sobre la intervención del Consejo de Seguridad y el artículo 53 (1) (c) y (2) (c) sobre el interés de justicia.

⁶² OPTOW, Susan, Reconciliación en Tiempos de Impunidad. Desafíos para la Justicia Distributiva. *Social Justice Research*. Págs. 149-170. Pág. 162.

⁶³ NINO, Carlos Santiago, “The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into The Case of Argentina”. *The Yale Law Journal*. 1991. Pág. 12 y ss.

reconstruye el tejido social, devolviendo confianza a los ciudadanos en las instituciones públicas⁶⁴. En contraste, encontramos posiciones más conciliadoras y pragmáticas que, teniendo en cuenta que la aplicación de la justicia penal representa diversos inconvenientes, consideran que la verdad, buscada a través de la justicia penal y necesaria para enfrentar las consecuencias de la violencia, puede alcanzarse poniendo en funcionamiento mecanismos alternativos a los juicios penales, como son las Comisiones de la Verdad. De todas maneras, dentro de esta tendencia se advierte sobre la necesidad de analizar cada situación transicional a la hora de valorar la pertinencia de asumir una u otra medida para lograr establecer la verdad y la responsabilidad en los hechos violentos⁶⁵.

2.4. Medidas de reparación

Las reparaciones son esenciales para cualquier iniciativa de justicia transicional. Esto se debe, en parte, a que, de todas las dimensiones de la justicia transicional, son las reparaciones las que más directa y explícitamente se centran en la situación de las víctimas, pues buscan ofrecer algún resarcimiento por los derechos violados, los daños sufridos y los perjuicios soportados.

Desde esa perspectiva, otro mecanismo que caracteriza a la justicia transicional son las medidas de reparación que se adoptan en los procesos de transición, que se han implementado a través de los denominados *programas de reparaciones*, los que en términos generales han tenido el objetivo de adoptar medidas correctivas de carácter material o simbólico y de asignación individual o colectiva, dirigidas a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos. Los programas de reparaciones en los contextos transicionales se consideran una medida de carácter más político que jurídico, que refleja la existencia de una obligación del Estado de ocuparse de la situación de las víctimas en los

⁶⁴ CIURLIZZA, Javier, “Las Paradojas de la Judicialización de Crímenes contra los Derechos Humanos”. *El Legado de la Verdad: impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América latina. Serie Enfrentando el Pasado*. No. 3. International Center for Transition Justice. Bogotá, 2008. Pág. 94 y ss.

⁶⁵ ZALAQUETT, José, “Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations”. *Hasting Law Journal*. 1992.

momentos de la transición y del reconocimiento público de su sufrimiento y de sus derechos, lo cual se constituye en el pilar fundamental de los programas de reparación a través de los que se intenta reflejar un compromiso de Estado en la rectificación de lo ocurrido.

Pablo de Greiff asegura que uno de los mayores retos a los que se enfrentan los programas de reparación es al de definir los objetivos y metas que persiguen, esto en consideración a que es una constante casi universal esperar muchos más resultados de los que a corto plazo son capaces de proporcionar estos programas, pero enfatiza que finalmente, los principales objetivos de los programas de reparación son el reconocimiento a las víctimas y el fortalecimiento de la confianza de los ciudadanos en sus instituciones. Señala que dicho reconocimiento de las víctimas debe dimensionarse desde una perspectiva más amplia que el de su condición de tal, en cuanto un reconocimiento que le devuelve su estatus como ciudadano, es decir, como titular de iguales derechos que el resto de la sociedad⁶⁶.

Siguiendo con los retos a los que se han enfrentado los programas de reparación podemos mencionar los de carácter legal, que tienen que ver con la capacidad del Estado para garantizar una debida apropiación presupuestal que le permita alcanzar sus metas de reparación material. Por otra parte, también es necesario que su marco legal determine el tipo de medidas de reparación, quiénes son víctimas y cuáles serán los beneficiarios, los delitos por los cuales se reconocerá la reparación, la cuantificación de daño y las variables económicas, físicas y emocionales que se tendrá en cuenta para su cuantificación. Y por último, se enfrentan a articular una estrategia que medie y proporcione entre las medidas de carácter material indudablemente necesarias y las medidas simbólicas que, además de dignificar a las víctimas, buscan la no repetición del pasado violento. No menos importante resulta el reto de los programas de reparación de establecer un equilibrio apropiado entre las formas de reparación individuales y las colectivas, así como el grado de participación

⁶⁶ DE GREIFF, Pablo, “Elementos de un Programa de Reparaciones”. *Justicia, Verdad y Reparaciones en Medio del Conflicto*. Legis. Bogotá. 2005. Pág. 11.

que debe tener la comunidad en general y las víctimas en particular en la formulación y puesta en marcha de las líneas estratégicas de los programas de reparación⁶⁷.

3. Las limitaciones de la práctica hegemónica de la justicia transicional

Como lo decíamos antes, la justicia transicional se viene construyendo a partir de la experiencia de diversas sociedades que han tenido la necesidad de enfrentarse a un pasado reciente de graves violaciones a los derechos humanos. Entonces, es importante tener en cuenta que lo que ahora entendemos como justicia transicional es el fruto de una práctica que se ha configurado a partir de cada experiencia particular. Así, encontramos que la mayoría de los procesos de democratización han empleado mecanismos como las comisiones de la verdad, la justicia penal, la reforma a las instituciones públicas y los programas de reparación, como estrategias para la legitimidad y legitimación del nuevo régimen. A su vez, estas medidas vienen siendo entendidas como prácticas hegemónicas que delimitan y caracterizan la dimensión práctica y académica de lo que hoy conocemos como justicia transicional. Estos cuatro mecanismos característicos se entienden complementarios, pero no en todos los casos de transición se han usado juntos. Si bien la reforma institucional es uno de los que se mantiene en todos los casos, sin duda porque resulta esencial para transformar el sistema político represivo en un sistema democrático, los otros tres se relacionan con la obligación del Estado de asumir su responsabilidad en cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que tiene frente a las víctimas, sus familiares y la sociedad en sí misma, por el daño sufrido a causa de las políticas de represión o autoritarismo, y se enfocan en proponer alternativas para obtener verdad, justicia y rectificación.

Desde una perspectiva académica la justicia transicional a través de sus mecanismos característicos propone, en términos generales, adelantar investigaciones sobre los crímenes, identificar a los responsables, tomar medidas contra ellos, conceder reparación a las víctimas, prevenir futuras violaciones de los derechos humanos, reconstruir el tejido

⁶⁷ MAGARELL, Lisa, *Las reparaciones en la teoría y la práctica*. International Center for Transitional Justice. En www.ictj.org

social, proteger y fortalecer la paz y la democracia y promover la reconciliación entre los individuos a nivel nacional. Sin embargo, la práctica hegemónica de los mismos no revela estos propósitos como resultados, De Greiff afirma que *“no hay ningún país en el mundo que haya pasado por una transición a la democracia, o por lo menos una transición de salida del autoritarismo, que pueda sostener que ha logrado una justicia completa, en el sentido de haber penalizado a todas y cada una de las personas que violaron derechos humanos, de haber establecido por completo el destino de cada una de las víctimas, de haber reparado a sus familiares en proporción exacta al sufrimiento que padecieron, o que haya logrado reformas institucionales de gran alcance, de nuevo a corto plazo”*⁶⁸. Esto no resulta sorprendente, ya que los procesos transicionales suceden bajo un contexto político difícil, en el cuál los mecanismos de la justicia transicional se enfrentan a diversos dilemas, como lo vimos antes, de los cuales el más inquietante quizá sea el de que aquellos que son responsables de las violaciones a los derechos humanos, formaron parte o sostuvieron al régimen represivo y siguen siendo parte de las fuerzas armadas o conserven aún poder político y económico tras la transición, con lo cual, de manera cierta, la permanencia del nuevo régimen parece verse amenazada, a consecuencia de la aplicación de los mecanismos de la justicia transicional hasta el cumplimiento del deber ser de sus objetivos.

No resulta menos importante señalar que la práctica de la justicia transicional desde el paradigma hegemónico que hemos intentado describir, no ha solucionado el problema de exclusión y discriminación que sufren importantes sectores de la sociedad, especialmente las víctimas. Esto puede verse como una consecuencia de la tendencia a estructurar las transiciones desde construcciones verticales del proceso, esto es, se ha adoptado políticas de arriba hacia abajo, privilegiando la participación de grupos de poder, que pueden estar ubicados en espacios diferentes, pues en algunos países pueden estar en los grupos económicos y en otros en los sectores políticos, jurídicos o militares, en los que se concentran la toma de las decisiones alrededor de la transición. Esto puede entenderse bajo la lógica de que en la justicia transicional, también se traducen luchas políticas, sociales, jurídicas, éticas y morales, que reproducen la exclusión social que padece la sociedad en

⁶⁸ DE GREIFF, Pablo, Elementos de un Programa de Reparaciones. *Justicia, Verdad y Reparaciones en Medio del Conflicto*. Legis. Bogotá. 2005. Pág. 10.

conflicto. De esta forma, muchas de las decisiones que resultan trascendentales para una transición a una verdadera democracia y para la satisfacción de los derechos de las víctimas, se toman desde arriba, dejando de lado las dinámicas más locales o las lógicas de construcción desde abajo.

Esto puede deberse a que existe la tendencia a que los procesos de transición a la democracia estén principalmente bajo la responsabilidad y conducción del gobierno, lo que, al parecer, ha implicado una separación entre los intereses de la política tradicional o hegemónica y las expectativas, necesidades y propuestas, de la sociedad en general, y especialmente, de las víctimas. Así, las experiencias de aplicación hegemónica de la justicia transicional, que hemos visto hasta el momento, muestran un déficit en la participación de las víctimas en el proceso transicional, lo que quizá pueda llevarnos a afirmar que es una de las principales causas asociadas al fracaso de algunos de ellos.

Por último, el paradigma hegemónico de la justicia transicional considera a las víctimas fundamentalmente desde su condición de actor procesal o simple beneficiario de los resultados de los mecanismos de verdad, justicia o rectificación que la caracterizan, pero no son consideradas como plenos ciudadanos y ciudadanas capaces de ser actores políticos importantes en el proceso de la transición. Con esto, se reproduce e incluso acentúa los patrones de discriminación y exclusión presentes en la sociedad. Esto puede ser especialmente problemático para las víctimas que enfrentan condiciones particulares de vulnerabilidad y exclusión social, como las mujeres, pues si el proceso no toma en consideración sus experiencias y necesidades concretas, lejos de ser una oportunidad para la satisfacción de sus derechos, puede contribuir a generar nuevas formas de discriminación y violencia en su contra. Las políticas transicionales creadas e impuestas desde arriba pueden entonces llegar a tener un impacto negativo en la vida de las víctimas y hacer imposible que la sociedad alcance el objetivo de construir una democracia real y efectiva, más aún, teniendo en cuenta que la práctica hegemónica de los procesos de transición a la democracia, que se han descrito anteriormente, muestran una tendencia a la implementación de la democracia moderna liberal, como modelo político para el Estado en

transición, lo cual no ha resultado suficiente para generar procesos de democratización social.

En todo caso, y bajo el reconocimiento de las limitantes que señalamos anteriormente, consideramos que el proceso de institucionalización de la justicia transicional ha venido de la mano del reconocimiento de su relación estrecha con los derechos humanos y su pretensión de provocar cambios sociales, bajo la premisa de que la realización efectiva de los derechos humanos solo es posible en un régimen verdaderamente democrático. Así, desde el Derecho Internacional Público se han ido fortaleciendo y construyendo los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y las garantías de no repetición, reconocidos todos como derechos de las víctimas. Esto es muy conveniente para garantizar una justicia efectiva para aquellas y se viene concretando como una característica de la justicia transicional que permite generar un discurso emancipatorio o contra-hegemónico de la misma, por parte de las víctimas en busca de la satisfacción plena de sus derechos, cuya pretensión, además, contribuye a consolidar una democracia efectiva.

Bajo este argumento, en adelante paso a ocuparme de analizar el componente de juridificación de la justicia transicional que ha ido consolidándose a partir de instrumentos jurídicos propios del Derecho Internacional Público, por medio de los cuales podemos hablar de un discurso de derechos que parecen estar convirtiéndose en estándares prevalentes a la hora de poner en práctica medidas de justicia transicional. Veremos como en los últimos años se ha dado un desarrollo importante de instrumentos internacionales que otorgan un papel fundamental a los derechos de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos.

Tendremos como objeto guía de estudio al conjunto de principios básicos contra la impunidad por violaciones a los derechos humanos, desarrollado por Louis Joinet y actualizado por Diane Orentlicher, y los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados por la Asamblea General de la ONU en 2005. También,

resaltaremos como en el ámbito de los tribunales internacionales de justicia, especialmente, en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, se ha adoptado estos instrumentos internacional que se reflejan en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, lo cual ha jugado un papel muy importante en el reconocimiento de los derechos de las víctimas y en la determinación de su alcance y contenido. Todo esto como paso previo al examen de una propuesta de uso emancipatorio del derecho, para después extrapolarlo a un uso emancipatorio y contra-hegemónico del derecho de la justicia transicional, identificado éste con el marco normativo que el derecho internacional público ha ido dándole a esta última.

III. El Derecho Internacional Público como marco normativo de la justicia transicional.

Como lo señalamos en el segundo aparte de este trabajo, Teitel advierte que la primera fase de la justicia transicional, es decir, aquella que se desenvuelve en el contexto político de la posguerra de 1945, se caracterizó como extraordinaria e internacional, con base en lo cual se adelantaron, entre otros, los juicios de Nüremberg⁶⁹, a partir de los cuales se sedimentaron las bases del desarrollo posterior del derecho internacional público y se han venido incorporando aspectos jurídicos, surgidos en dichos juicios internacionales, como los reflejados en la *Convención contra el Genocidio* y la *Declaración de los Derechos del Hombre*⁷⁰, así como también, esta etapa de la justicia transicional aportó al desarrollo de la dimensión de los derechos individuales, que se ve manifiesto en los movimientos constitucionalistas de la posguerra.

Así entonces, paso a ocuparme de lo que significó, para el avance de la formulación de las normas del derecho internacional público, los juicios de Nüremberg –como un proceso de

⁶⁹ Cabe señalar que en la ciudad alemana de Nüremberg entre 1945 y 1946, se adelantaron varios juicios de los cuales el que mayor atención captó fue el dirigido por el Tribunal Militar Internacional en contra de los principales dirigentes supervivientes del gobierno nazi que fueron capturados, cuyo sustento jurídico fue la *Carta de Londres o Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional*, firmado en 1945 entre Francia, Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Soviética, por medio del cual se estableció que dicho tribunal sería competente para conocer de los crímenes de guerra, contra la humanidad y contra la paz, así como también estableció los principios y procedimientos por los cuales se rigieron los Juicios de Nüremberg. Otros doce procesos posteriores fueron conducidos por el Tribunal Militar de los Estados Unidos, entre los cuales se encuentran los llamados Juicio de los doctores y Juicio de los jueces. Ver: PÉREZ Triviño, José Luis. *Los juicios de Nüremberg. El Holocausto Nazi*. UOC Barcelona, 2007. Pág. 84 – 92.

⁷⁰ Un análisis del proceso de codificación y la labor de la Comisión de Derecho Internacional aparece en BASSIOUNI, Cherif, *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. Nouvelles Etudes Penales No. 11*. Ed. 1993.

justicia transicional- y su legado a la vigencia de los derechos humanos⁷¹. Desde un principio la decisión, de las naciones aliadas vencedoras⁷² de la Segunda Guerra Mundial, de constituir un Tribunal con el mandato de juzgar a los responsables del Holocausto Nazi fue duramente cuestionada por la falta de legitimidad de dicho Tribunal, al no contar con precedentes que le permitieran sustentar los juicios bajo el principio de legalidad⁷³, propio del Derecho, que se expresa bajo las premisas del principio de *nulla crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Sin embargo, esta dificultad se zanjó, en su momento, bajo el argumento de que las únicas normas de las que se puede predicar como intrínsecamente obligatorias son las normas de una moral crítica o ideal, y que principios, como los que consagran el derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad, hacen parte de esa moral, frente a la cual dejar impune su violación, bajo el argumento del principio moral que prescribe la necesidad de atenerse al derecho vigente, no es un argumento suficiente para dejar de castigar crímenes de tan alta ofensa para la humanidad, En este sentido se pronunció François de Menthon, Procurador General por Francia para el juicio de Nüremberg⁷⁴.

⁷¹ Para este propósito he tomado como referencia documentos de Naciones Unidas, declaraciones y convenciones internacionales que configuran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional actual.

⁷² Conocidos como *los Aliados de la Segunda Guerra Mundial* y que principalmente fueron liderados por Estados Unidos, Gran Bretaña y la Unión Soviética.

⁷³ El principio de legalidad en materia de crímenes y de delitos - *nullum crimen sine lege* - es universalmente reconocido por los tratados de derechos humanos. Es un principio fundamental del derecho penal general y del derecho penal internacional así como parte de los principios generales del derecho y una norma imperativa del Derecho Internacional. Este principio significa que los actos calificados por la ley como infracciones penales, deben ser definidos de una manera estricta y sin equívocos ni ambigüedad. El principio significa, también, que la ley penal, nacional o internacional, no puede ser aplicada retroactivamente. De igual forma, el principio tiene como corolario, el principio de interpretación restrictiva de la ley penal y el de la prohibición de la analogía. Así, las definiciones legales vagas, imprecisas o que permitan criminalizar actos legítimos y/o lícitos en el sentido del Derecho Internacional, son contrarios al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a las "condiciones generales estipuladas por el Derecho Internacional ". Ver: Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7 de la Convención europea de Derechos Humanos; artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; artículos 22 y artículo 22 (2) del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Caso Castillo Petrucci y otros c. Perú, párrafos 119, 120 y 121; Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 25 de mayo de 1993, *Caso Kokkinakis c. Grecia*, en Serie A, N° 260-A, página 22, párrafo 52; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1983- 1984, página 85, párrafo 7.

⁷⁴ DOBKINE, Michel, Crimes et humanité – extraits des actes du procès de Nüremberg – 18 de octubre 1945/ 1er. Octubre 1946. Ediciones Romillat, Paris 1992, págs. 49-50. También recoge esta posición el Informe Final de la Comisión de Expertos para la Investigación de las graves transgresiones de los Convenios de Ginebra y otras violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, documento de las Naciones Unidas S/1994/674, de 27 de mayo de 1994, párrafo 73.

Desde esta perspectiva los juicios avanzaron y en sus dictámenes fueron reconociendo derechos, determinando crímenes y estableciendo procedimientos que sirvieron como pretexto para ir constituyendo lo que hoy se conoce como *justicia internacional*. De este modo, se formularon conceptos sobre delitos como los crímenes contra la humanidad, evocados en la *Convención de La Haya* de 1907. Se avanzó en la tipificación de delitos de guerra, genocidio, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, con el objetivo de que estos delitos no queden en la impunidad. También resultó modificado el enfoque tradicional de las reglas del derecho internacional que se centraban en las relaciones entre Estados, pero no en los derechos y deberes de las personas. Desde entonces, los delitos cometidos por individuos de una nación a lo largo y ancho de varios países podrían ser juzgados internacionalmente por el conjunto de los países afectados, como ocurrió precisamente en la formación del Tribunal de Nüremberg⁷⁵.

Así entonces, a partir de la tipificación de los crímenes y abusos formulada por los tribunales de Nüremberg, y que se convirtieron en los fundamentos de su constitución a partir de lo que denominaron los Principios de Nüremberg⁷⁶, se consolidó un avance jurídico que sería aprovechado posteriormente por las Naciones Unidas para el desarrollo de una jurisprudencia específica internacional en materia de guerra de agresión, crímenes de guerra y crímenes en contra de la humanidad, la cual se ve reflejada en la Convención contra el Genocidio de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos de 1977 por las que se regula el derecho de la guerra o derecho internacional humanitario.

Pero quizá el mayor legado de los desarrollos de los tribunales de Nüremberg es el soporte de argumentación moral que fue provocando que, tras años de discusiones políticas en el

⁷⁵ LLANOS, Mansilla, Hugo, “El principio de jurisdicción universal en el Derecho Internacional”. *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2001. Págs. 333 – 365.

⁷⁶ CASSESE, Antonio, Presidente del Tribunal Especial para el Líbano. *Afirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg*. Disponible en http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf. Consulta realizada el 1 de junio de 2011.

seno de las Naciones Unidas, se lograra la constitución del Estatuto de Roma⁷⁷ por el cuál se crea la Corte Penal Internacional con sede en la ciudad de la Haya en Holanda⁷⁸. Dicho estatuto entró en vigor en julio de 2001 y constituye un logro para la vigencia de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad de las violaciones a los mismos.

Desde esta perspectiva, es decir, entendiendo que si bien el derecho internacional público, y en particular el derecho internacional de los derechos humanos se ha visto reforzado por todos los aportes que se hicieron a través del desarrollo de los Tribunales de Nüremberg - los cuales se ven reflejados hoy en un derecho penal internacional más robusto-, esto parece ser aún insuficiente para evitar que en el mundo se sigan cometiendo violaciones masivas a los derechos humanos, y para que tengamos que seguir siendo testigos inertes de las atrocidades que las potencias mundiales comenten bajo el discurso de la guerra contra el terrorismo, que hoy parecen no poder ser controladas bajo los principios del derecho internacional de los derechos humanos. Por eso aún hoy resulta tan vigente e importante reafirmar que los derechos humanos son límites del Estado y de sus servidores en procura de que el Derecho no sea convertido en un instrumento terrible de represión y violencia.

Bajo esta lógica, dentro de los procesos de justicia transicional, el derecho internacional público, y con un énfasis particular el derecho internacional de los derechos humanos, es también un límite que debe respetarse. Si bien es cierto que la justicia transicional no está regulada de manera específica por instrumentos internacionales, y en esta medida no existen obligaciones expresas sobre cómo un Estado debe afrontar su pasado violento con miras a un tránsito a la democracia, sí existen instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y de derecho internacional humanitario que contienen obligaciones importantes para los Estados por medio de las cuales se determina el comportamiento que

⁷⁷ Estatuto de Roma. Disponible en <http://www.un.org/spanish/law/icc/> consulta realizada el 1 de junio de 2011.

⁷⁸ Ésta es la primera institución judicial internacional con carácter permanente, que cuenta con un mandato que le permite juzgar a los individuos acusados de cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Esta corte es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, por lo cual sólo podrá actuar cuando las cortes nacionales no puedan o no quieran hacerlo. Se espera que la Corte Penal Internacional logre ser uno de los mecanismos más importantes que tenga el mundo para prevenir o reducir drásticamente las muertes y la devastación que causan los conflictos armados.

éstos deben seguir frente a crímenes que se consideran contra la humanidad y cuyo objetivo es combatir la impunidad de dichas violaciones.

Así entonces, entendiendo que el derecho internacional público ha ido generando un marco normativo que viene siendo tenido en cuenta a la hora de dotar de contenido a la justicia transicional, en adelante nos ocuparemos de analizar los desarrollos, alcances y obligaciones que plantea esta normativa internacional en la lucha por la vigencia de los derechos humanos y contra la impunidad de sus violaciones. Esto con el propósito de sustentar nuestro argumento acerca de que dentro del discurso de los derechos humanos existen contenidos emancipatorios que permiten sostener argumentos y propuestas críticas de uso contra-hegemónico dentro de la práctica de la justicia transicional, lo cual será rescatado en el último capítulo de este trabajo.

1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos frente a graves violaciones a los derechos humanos

Como hemos venido señalando a lo largo de este trabajo, en la justicia transicional encontramos una tensión entre la paz y la justicia, que se ve claramente reflejada en la discusión acerca de la rendición de cuentas por las atrocidades del pasado o, en otras palabras, en cómo se debe afrontar las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura o con ocasión del conflicto interno que se pretende superar. Del análisis que hace Elster y Teitel, presentado en la primera parte de esta tesina, se puede concluir que existe un cierto consenso alrededor de la idea de que no existen respuestas correctas, únicas y universales que resuelvan, de una vez y para siempre, esta cuestión. Así entonces, los procesos transicionales en América Latina, en Sudáfrica, en la ex Yugoslavia, en Sierra Leona, en Europa del Este, en Irlanda del Norte o en Timor Oriental, dejan ver la puesta en marcha de prácticas de justicia transicional que se entienden como experiencias importantes en las que se han implementado modelos distintos e, incluso, opuestos, sin que

de ellos surja una fórmula única aplicable a los distintos contextos en los cuales se producen procesos de transición⁷⁹.

Sin embargo, durante las últimas dos décadas, el desarrollo del derecho internacional público, que se ha dado a partir de una serie de consensos internacionales, permite considerar que la justicia transicional ha venido siendo nutrida de unos parámetros mínimos que no puede dejar de observar. En adelante, nos ocuparemos de analizar esos consensos que encontramos reflejados en informes y declaraciones de órganos de los distintos sistemas de protección de derechos humanos, así como en los tratados internacionales, en la doctrina y en la jurisprudencia que desde hace algunos años integran el *corpus iuris* del derecho internacional público.

Así entonces, tenemos que el derecho internacional público se muestra hoy con un notorio avance en materia de protección y garantía de los derechos humanos, con lo cual se puede decir que se han establecido unas pautas que debe tener en cuenta la justicia transicional, en la medida en que representan una alternativa para resolver tensiones entre la paz y la justicia, que antes estaban exclusivamente sometidas a la política o a la violencia.

Desde esta perspectiva, encontramos que esas medidas de protección y garantía de los derechos humanos se manifiestan a partir de aspectos del derecho internacional de los derechos humanos como, en primer lugar, el establecimiento de unas obligaciones a cargo de los Estados que tienen que ver con la defensa y garantía de los derechos humanos; en segundo lugar, el reconocimiento de la existencia de la responsabilidad penal individual en casos de violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario; en tercer lugar, el desarrollo de mecanismos internacionales que supervisan el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en relación al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; y en cuarto lugar, en la creación de mecanismos de protección de los derechos humanos dentro de los sistemas de

⁷⁹ ORENTLICHER, Diane, "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *Yale Law Journal*, No. 100, 1991. Págs. 2537-2615. También OROZCO, ABAD Iván, *Sobre los límites de la conciencia humanitaria: Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Editorial Temis/Universidad de los Andes, Bogotá, 2005.

derecho nacionales, que se han incorporado en cumplimiento de los estándares internacionales o bajo el argumento de la aplicación del principio de jurisdicción internacional.

De estos cuatro aspectos mencionados anteriormente se desprenden una serie de obligaciones de los Estados respecto de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos, que analizaremos a partir de la tipificación empleada por Naciones Unidas, en diferentes informes que concluyeron en la sistematización de tales obligaciones en dos conjuntos de principios: “*El conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*”⁸⁰ y los “*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*”⁸¹. A partir de estos principios no se crea ninguna obligación de derecho internacional, sino que simplemente se hacen explícitas, las obligaciones ya existentes en el derecho internacional en una serie de instrumentos internacionales, sistematizándolas y condensándolas en dos coherentes conjuntos de principios que deben ser tenidos en cuenta por los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones frente a graves violaciones a los derechos humanos.

Así entonces, a partir de dichos principios se reconoce que los Estados tienen cuatro obligaciones inderogables frente a violaciones de derechos humanos, que han venido constituyéndose en lo que hoy se conoce como derechos de las víctimas y que la

⁸⁰ JOINET, Louis, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*. Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 49° período de sesiones, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II. 1997. Versión final: *Principios internacionales sobre la lucha contra la impunidad*. Aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Resolución sobre impunidad, número 2005/81 (Por medio de la cual toma nota del Conjunto actualizado de Principios como directrices que ayuden a los Estados a desarrollar medidas eficaces para luchar contra la impunidad, reconoce la aplicación regional y nacional de los Principios y adopta otras disposiciones al respecto), Doc. ONU E/CN.4/RES/2005/81.

⁸¹ Aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Resolución sobre impunidad, número 2005/81 (Por medio de la cual toma nota del Conjunto actualizado de Principios como directrices que ayuden a los Estados a desarrollar medidas eficaces para luchar contra la impunidad, reconoce la aplicación regional y nacional de los Principios y adopta otras disposiciones al respecto), Doc. ONU E/CN.4/RES/2005/81.

jurisprudencia internacional, en particular la del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, viene considerando como obligaciones aplicables en procesos de transición.

Los principios nos hablan de una primera obligación que tiene que ver con la satisfacción del derecho a la justicia; de una segunda, que establece el derecho a la verdad; de las anteriores, entienden como consecuencia que existe la obligación de reparación de las víctimas; y por último, señalan que es necesario reconocer como una obligación, la adopción de garantías de no repetición de los hechos, a través de reformas institucionales o de otras medidas que procuren que las violaciones no vuelvan ocurrir.

Dichos principios son un referente a partir del cual podemos abordar esta temática porque representan un consenso de la comunidad internacional respecto de cómo los Estados deben afrontar un pasado violento frente a las víctimas; además, estos principios han sido tenidos en cuenta por los sistemas de justicia internos⁸², así como por los sistemas de protección regionales⁸³, para afrontar discusiones jurídicas y políticas respecto de procesos transicionales, con lo cual se reafirma la tendencia a considerarlos como un referente de contenido mínimo dentro de la justicia transicional. Desde esta perspectiva, en adelante nos ocuparemos de presentar el contenido y alcance de las obligaciones de los Estados en relación con los derechos a la justicia, la verdad y la reparación de las víctimas de violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

1.1. El derecho a la justicia

El derecho internacional de los derechos humanos advierte sobre la obligación de los Estados de investigar, juzgar y condenar a penas adecuadas a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, con miras a satisfacer el derecho a la justicia. Así por

⁸² Sentencia C-370 de 2006, por la cual la Corte Constitucional colombiana declaró la inconstitucionalidad y la constitucionalidad condicionada de la Ley 975 de 2003 o *ley de justicia y paz*, porque afectaba desproporcionadamente los derechos de las víctimas.

⁸³ El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos los ha tenido en cuenta tanto en el trabajo de la Corte Interamericana, como por la Comisión Interamericana. Ver: OEA. *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia*. Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.120.

ejemplo, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, esta obligación surge de los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de Derechos Humanos y de los artículos 1-1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De igual forma, la obligación de investigar y juzgar a quienes cometan graves infracciones del derecho internacional humanitario se encuentra establecida en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el primer Protocolo Adicional a los mismos⁸⁴.

Así entonces, la obligación de los Estados de procurar justicia para los casos de violaciones a los derechos humanos se ha visto reflejada en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en las que se señala que éstos son responsables por la prevención, investigación y sanción de hechos atentatorios de los derechos humanos y, además, también lo son de procurar mecanismo idóneos que impidan que tales hechos gocen de impunidad, para lo cual alientan a la persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables⁸⁵. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Europea de Derechos Humanos, que ha señalado que la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos se traduce en la negación del derecho a un recurso efectivo, recalando que "la noción de 'recurso efectivo' implica, además del pago de una indemnización cuando ello es apropiado, investigaciones profundas y efectivas destinadas a la identificación y castigo de los responsables y conlleva el acceso efectivo del quejoso a un procedimiento de investigación"⁸⁶.

De lo anterior, podemos comprender que la obligación internacional de los Estados que sostiene al derecho a la justicia en casos de violaciones a los derechos humanos tienen un contenido que nos habla, por una parte, del deber del Estado de investigar eficazmente todos los hechos relacionados con las violaciones; esto debe venir acompañado de mecanismos que garanticen un recurso judicial efectivo que le permita a la víctima tener

⁸⁴ Convenio I, artículo 49; Convenio II, artículo 50; Convenio III, artículo 129; Convenio IV, artículo 146; Protocolo I, artículo 85.

⁸⁵ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de julio 29 de 1988. Serie C No. 4. párrs. 166 y 167; Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de noviembre 8 de 2000. Serie C No. 70. párr. 211.

⁸⁶ Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia (preliminares) de 18 de diciembre de 1996, *Caso Aksoy c. Turquía*, citado en Conseil de l'Europe, *Vade-mecum de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 2^o edición, pág. 134.

acceso a la justicia; así como de imponer sanciones a quienes hayan cometido graves violaciones de los derechos humanos.

En cuanto al **deber de los Estados de investigar eficazmente** todos los hechos relacionados con las violaciones la Corte IDH ha enfatizado que los Estados tienen la obligación de investigar seria, exhaustiva, imparcial y prontamente las violaciones a los derechos humanos y de derecho internacional humanitario que se hayan llevado a cabo dentro de su jurisdicción, con la firme intención de identificar a los responsables e imponerles sanciones adecuadas⁸⁷. Además, la Corte IDH advierte que, adelantar la investigación por parte del Estado es una obligación de medio, lo cual no implica que se requiera un resultado satisfactorio para su cumplimiento, pero que para su satisfacción dicha obligación debe ser asumida por el Estado con toda seriedad y no como un trámite formal condenado a fracasar en su intento de alcanzar justicia.

Desde este planteamiento, la Corte IDH dota de mayor contenido a esta obligación de investigar cuando señala que ésta “debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”⁸⁸. Así las cosas se puede llegar a la conclusión de que la responsabilidad internacional del Estado se ve comprometida cuando las autoridades competentes no ponen todos los medios a su alcance para investigar y sancionar a los responsables de vulneraciones a los derechos humanos⁸⁹.

⁸⁷ Supra, nota 85. Párr.174.

⁸⁸ Supra, nota 85. Párr. 177. Esta postura de la Corte IDH puede encontrarse, entre otras, también en: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides*. Reparaciones. Sentencia de diciembre 3 de 2001. Serie C No. 88. Párr. 69; Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza*. Reparaciones. Sentencia de febrero 27 de 2002. Serie C No. 92. Párr. 100; Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de noviembre 25 de 2003. Serie C No. 101. Párr. 273.

⁸⁹ Corte IDH. *Caso Caballero Delgado*. Sentencia de diciembre 8 de 1995. Serie C No. 22. Párr. 56.

También resulta pertinente señalar que la Corte IDH relaciona la obligación de los Estados de investigar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario con la satisfacción del derecho de las víctimas a la verdad, así lo establece cuando insiste en que la efectividad de las investigaciones adelantadas debe permitir establecer la identidad de los victimarios, así como determinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos violentos que afectaron a una o varias personas, que en el caso de tratarse de desaparición forzada, esta obligación incluye el deber de señalar el destino de las personas desaparecidas y, en la medida de las posibilidades, la ubicación de fosas comunes⁹⁰.

Por otra parte, como lo señalábamos antes, la obligación de los Estados de procurar justicia para los casos de violaciones a los derechos humanos, trae consigo **la obligación de facilitar mecanismos que garanticen un recurso judicial efectivo por medio de los cuales se permita a la víctima tener acceso a la justicia**. Así lo ha señalado la Corte IDH cuando manifiesta que existe una relación inescindible entre el deber de los Estados de garantizar y proteger los derechos humanos y la protección judicial efectiva de los mismos⁹¹. Resulta tan importante para proteger y garantizar los derechos humanos el garantizar unos recursos judiciales pertinentes que permitan denunciar las violaciones y solicitar una reparación adecuada que, incluso, se considera como un derecho, el derecho de acceso a la justicia, el cual en palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, constituye uno de los pilares de un régimen verdaderamente democrático⁹².

Además, el derecho de acceso a la justicia, como uno de los componentes que hacen efectivo el derecho a la justicia, se ve reforzado por lo establecido en los *principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas*

⁹⁰ Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de noviembre 25 de 2003. Serie C No. 101. Párr. 273 y 274.

⁹¹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Sentencia de agosto 31 de 2001. Serie C No. 79. Párr.112.

⁹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.120. 2004. Párr. 41 y 42.

internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, los cuales determinan que el derecho de las víctimas a contar con recursos judiciales efectivos implica las siguientes obligaciones por parte del Estado: “a) *Dar a conocer, por conducto de mecanismos públicos y privados, información sobre todos los recursos disponibles contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario*; b) *Adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas, según proceda, y protegerlas de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo que afecte a los intereses de las víctimas*; c) *Facilitar asistencia apropiada a las víctimas que tratan de acceder a la justicia*; d) *Utilizar todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos por violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o por violaciones graves del derecho internacional humanitario*”⁹³.

Por otra parte, el derecho a la justicia también exige **el deber de imponer a los responsables penas adecuadas y proporcionadas a la gravedad de la conducta**. Esta obligación se establece en el principio 18 del conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad de Joinet, de conformidad con el cual los Estados deben adoptar medidas conducentes a que los autores de violaciones a los derechos humanos "sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas"⁹⁴.

Respecto de qué debe entenderse por pena "adecuada", tanto los estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia como el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, así como la jurisprudencia de la primera de esas cortes, establecen una

⁹³ Organización de Naciones Unidas (ONU), Comisión de Derechos Humanos. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. 56ª sesión, 19 de abril de 2005. E/CN.4/2005/L.10/Add.11.

⁹⁴ Supra. Nota 80, Principio 18.

serie de criterios que determinan la fijación de la pena. En este sentido, el artículo 24-2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia establece que la Sala de Primera Instancia del Tribunal, al momento de determinar la pena que se impondrá a un determinado acusado, tendrá en cuenta factores como la gravedad del delito, las circunstancias individuales del procesado y la existencia de circunstancias atenuantes o agravantes. Aunque el artículo 53-2-c del Estatuto de Roma se refiere a los criterios que el Fiscal de la Corte Penal Internacional debe tomar en cuenta para formular un enjuiciamiento, los mismos podrían ser aplicados por ese tribunal al momento de imponer la pena en un caso sometido a su consideración. Estos criterios son la gravedad del delito, los intereses de las víctimas, la edad y el grado de participación de la persona a quien se endilga la comisión de una cierta conducta.

Ahora bien, como se ha mencionado reiteradamente, en la práctica los procesos de justicia transicional han reflejado una tensión entre justicia y paz, que puede manifestarse, entre otras cosas, en la puesta en peligro de los acuerdos de paz por el cumplimiento, por parte del Estado, del deber de sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario. Esto también se traduce en una tensión en relación con la efectividad de los derechos de las víctimas y la necesidad de adoptar medidas que conduzcan a una transición efectiva, lo cual ha implicado conceder amnistías o indultos a los perpetradores de las violaciones.

A primera vista, y en virtud de experiencias como las del Cono Sur en América Latina en donde, en un primer momento de la transición, se aplicaron leyes de amnistía e indulto a los militares implicados en violaciones graves a los derechos humanos, se podría decir que parecería que las necesidades derivadas de una transición democrática tienden al relajamiento del deber de los Estados de procesar y sancionar adecuadamente a quienes cometieron serias violaciones a los derechos humanos. Esta tesis parecería constatar en las normas del derecho internacional humanitario, en tanto el artículo 6-5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 dispone que, una vez se produzca una cesación de hostilidades dentro de un conflicto armado interno, "las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte

en el conflicto o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto".

Sin embargo, la facultad de amnistiar o indultar a quienes hayan cometido crímenes de guerra o de lesa humanidad o, en general, hayan vulnerado gravemente los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, tiene claros límites derivados del propio derecho internacional público. En virtud de éste se establece que en períodos de transición no se pueden simplemente anular las obligaciones internacionales del Estado. En estos casos, como lo ha señalado la Comisión Interamericana, lo que resulta prudente es "compatibilizar el recurso a la concesión de amnistías e indultos a favor de personas que se han alzado en armas contra el Estado, con la obligación de éste de esclarecer, castigar y reparar violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario"⁹⁵.

Así, entonces, la facultad de amnistiar o indultar de los Estados contenida en el Protocolo II ha sido reinterpretada en el sentido de establecer que no implica la posibilidad de conceder amnistías generales luego de la cesación de un conflicto interno. En esta perspectiva, se ha afirmado, por una parte, que dicho poder de amnistía sólo puede hacerse efectivo frente a quienes fueron detenidos o sancionados por haber participado en las hostilidades y no frente a quienes infringieron normas del derecho internacional humanitario⁹⁶ y, de otro lado, que las violaciones a este ordenamiento internacional constituyen delitos internacionales que no pueden ser objeto de amnistía o indulto⁹⁷. De manera más general, en el derecho internacional está firmemente establecido que los Estados sólo pueden conceder amnistías e indultos por delitos políticos o delitos comunes conexos con estos. Esta conexidad debe implicar una relación estrecha y directa entre ambas clases de delitos y, bajo ninguna circunstancia, los delitos comunes objeto de una amnistía pueden constituir

⁹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.120. 2004. Párr. 25.

⁹⁶ CIDH. *Caso Lucio Parada Cea y otros v. El Salvador*. No. 10.480. Informe No. 1/99. 1999. Párr. 116.

⁹⁷ Así lo señala el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el *caso Prosecutor v. Delalic (Caso Celibici)*. Sentencia de febrero 20 de 2001. App. Ch., IT-96-21-A. Párrs. 163-73.

delitos graves conforme al derecho internacional público, lo que significa que no son amnistiables o indultables las violaciones a los derechos humanos⁹⁸.

En conclusión, bajo el análisis de la jurisprudencia internacional más reciente en materia de amnistías e indultos por delitos de naturaleza internacional, se puede afirmar que existe una tendencia a considerar que toda ley doméstica que ponga fin o impida la investigación o el juzgamiento de esta clase de crímenes viola el derecho de las víctimas a la justicia e impide el cumplimiento de la obligación estatal de respetar sus obligaciones internacionales en la materia. Por este motivo, esas medidas legislativas internas carecen de todo efecto jurídico y pueden ser declaradas sin efecto por los tribunales internacionales competentes. En este sentido encontramos varias decisiones de la Corte IDH como la dictada a propósito del *Caso Barrios Altos*, por la cual determinó que, en razón de su incompatibilidad con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que protegen el derecho de acceso a la justicia, una ley de amnistía expedida por el Estado peruano carecía de todo efecto jurídico. En ese fallo, la Corte señaló que: “resultan inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (...) Las leyes de auto-amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. (...) Las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables”⁹⁹.

También el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia emitió una muy importante decisión sobre este tema aparece en la sentencia de primera instancia proferida

⁹⁸ CIDH. Supra nota 92. Párr. 37.

⁹⁹ Corte IDH. (2001). Caso Barrios Altos. Sentencia de marzo 14 de 2001. Serie C No. 75. Párrs. 41, 43 y 44

para el *Caso Furundžija* en la cual se advierte que cualquier medida que se adopte con la intención de autorizar la tortura, queda carente de todo fundamento bajo el argumento de preservar el valor de *jus cogens* de la prohibición contra la tortura, por lo que una medida nacional que viole dicho principio general y cualquier disposición convencional relevante carecería de toda forma de reconocimiento internacional. Bajo este argumento reitera que los responsables de los actos de tortura que resultan beneficiados por la medida nacional pueden, en todo caso, ser condenados por este delito, bien en un Estado extranjero o en su propio Estado bajo un nuevo régimen. En suma, concluye que pese a una posible autorización de violar el principio que prohíbe la tortura, emanada de cuerpos legislativos o judiciales domésticos, los individuos permanecen obligados a cumplir con ese principio. Según lo manifestó el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg: 'los individuos tienen obligaciones internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el Estado de que se trate'¹⁰⁰.

De las fuentes internacionales estudiadas con anterioridad se desprenden dos límites generales al poder de los Estados de conceder amnistías e indultos. En primer término, la expedición de leyes o medidas de amnistía o indulto debe constituir la única alternativa posible a disposición de un Estado para facilitar un proceso de transición a la democracia y al estado de derecho. En segundo lugar, una amnistía o un indulto nunca puede abarcar conductas que impliquen crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o vulneraciones graves de los derechos humanos tales como homicidios fuera de combate o poniendo a la víctima en estado de indefensión, desapariciones forzadas, violencia sexual, desplazamientos forzosos, tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, ataques contra la población civil y reclutamiento de niños y niñas menores de quince años, entre otros delitos internacionales.

En relación con el primero de los límites señalados en el párrafo anterior, se ha afirmado que la validez de una ley de amnistía depende de que constituya una medida directamente vinculada a la guerra exterior o el conflicto interno que se pretende superar a través de un

¹⁰⁰ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Caso Furundžija . Sentencia de diciembre 10 de 1998. Tr. Ch. II, IT-95-17/I-T. Párr. 155.

proceso de transición, y, por ende, no puede constituir una liberalidad del Estado o un acto de mera gracia. Este límite surge claramente del principio *pacta sunt servanda*, según el cual los Estados están obligados a cumplir de buena fe los tratados internacionales que suscriben, y, en consecuencia, deben evitar interpretarlos en forma caprichosa o amañada para convalidar medidas internas violatorias de los mismos, que se apartan del sentido literal de sus disposiciones o de la interpretación que de las mismas han efectuado los organismos internacionales competentes.

En cuanto al segundo límite, ya se señaló anteriormente que, en el derecho internacional contemporáneo, parece estarse afianzando una tendencia conforme a la cual los tribunales internacionales competentes para conocer de violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario pueden declarar que las leyes u otras medidas nacionales que implican la amnistía o el indulto de crímenes internacionales o graves violaciones de los derechos humanos, no tienen efecto jurídico alguno.

Para concluir, resulta pertinente señalar que el derecho a la justicia se entiende como el deber del Estado de investigar todos los hechos relacionados con violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario y de juzgar y castigar a los responsables. Sin embargo, este derecho no se satisface con la simple formalidad de adelantar las investigaciones pertinentes, sino que está dotado de un contenido dado por la jurisprudencia, a partir del cual su satisfacción se relaciona con que, dicho deber de investigar por parte del Estado, debe llevarse a cabo conforme a ciertos parámetros mínimos que conduzcan a la satisfacción del derecho de las víctimas a saber, con la mayor certeza posible, quiénes fueron los perpetradores y cómo ocurrieron los hechos. A continuación nos ocuparemos de estudiar esos estándares establecidos por el derecho internacional público, que complementan al derecho a la justicia y que han dado origen al derecho de las víctimas a conocer la verdad de los hechos sufridos.

1.2. El derecho a la verdad

Dentro del conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad de Joinet¹⁰¹ se establece al derecho a la verdad como un derecho inalienable, que se complementa con el deber de la memoria y el derecho de las víctimas a saber. Según estos principios *“Cada pueblo tiene el derecho inalienable de conocer la verdad sobre los acontecimientos pasados, así como sobre las circunstancias y las razones que llevaron, por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad es esencial para evitar en el futuro que tales actos no se reproduzcan”*¹⁰². Por su parte, según el deber de la memoria, que complementa al derecho a la verdad, *“el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión pertenece a su patrimonio y, como tal, debe ser preservado por medidas apropiadas en el nombre del deber a la memoria que incumbe al Estado. Esas medidas tienen por objeto la finalidad de preservar del olvido la memoria colectiva, principalmente para prevenir el desarrollo de tesis revisionistas y negacionistas”*¹⁰³. Por su parte, se reconoce que las víctimas tienen derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, independientemente de las acciones judiciales que se puedan adelantar al respecto. Así lo señala el principio 3: *“independientemente de toda acción en Justicia, las familias de las víctimas tienen el derecho de conocer la verdad en lo que concierne la suerte que fue reservada a sus parientes. En caso de desaparición forzada o de secuestro de niños este derecho es imprescriptible”*¹⁰⁴.

De lo anterior podemos ver que el derecho internacional le otorga una dimensión colectiva y otra individual al derecho a la verdad. Esto viene siendo corroborado también por la

¹⁰¹ *Principios internacionales sobre la lucha contra la impunidad*. Aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Resolución sobre impunidad, número 2005/81 (Por medio de la cual toma nota del Conjunto actualizado de Principios como directrices que ayuden a los Estados a desarrollar medidas eficaces para luchar contra la impunidad, reconoce la aplicación regional y nacional de los Principios y adopta otras disposiciones al respecto), Doc. ONU E/CN.4/RES/2005/81.

¹⁰² Idem. Principio 1.

¹⁰³ Idem. Principio 2.

¹⁰⁴ Idem. Principio 3.

jurisprudencia y la doctrina internacional, así entonces, respecto de la dimensión colectiva, tiene como objetivo fundamental "preservar del olvido la memoria colectiva"¹⁰⁵, lo cual supone que este derecho pretende que la sociedad afectada por las violaciones tenga conciencia colectiva de los hechos padecidos y que su reconocimiento permita evitar su ocurrencia en el futuro. Así lo ha señalado la Corte IDH cuando a propósito de la necesidad de implementar medidas que garanticen la no repetición de las violaciones, establece que "las medidas preventivas y de no repetición empiezan con la revelación y reconocimiento de las atrocidades del pasado. (...) La sociedad tiene el derecho a conocer la verdad en cuanto a tales crímenes con el propósito de que tenga capacidad de prevenirlos en el futuro"¹⁰⁶. Así entonces, el derecho colectivo a conocer la verdad busca que la sociedad en su conjunto "conozca la verdad de lo ocurrido así como las razones y circunstancias en las que los delitos aberrantes llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro"¹⁰⁷.

Por su parte, la doctrina internacional apunta a señalar que el derecho a la verdad en su dimensión colectiva se concibe como una forma de reconstrucción de la historia, de construcción colectiva de la memoria de una sociedad, que puede darse a partir del sistema jurídico de una determinada sociedad, por medio del cual se intenta diseñar el futuro de manera acorde con su relación con el pasado. Además, esta elaboración de la memoria colectiva entraña una tarea histórica y social de alta envergadura, en la medida en que las sociedades construyen sus identidades a partir de narrativas que incluyen historias acerca del pasado. A partir de estas historias no solo se genera identidad de grupo, de colectivo, sino, que también se generan límites dentro de los cuales los miembros de una sociedad interpretan la experiencia y efectúan juicios normativos y positivos acerca de la misma, con lo cual pueden llegar a determinar una forma de organización y de relaciones sociales apropiada¹⁰⁸. Por lo tanto, incluso más que un derecho, la búsqueda de la verdad puede ser

¹⁰⁵ Idem. Principio 2.

¹⁰⁶ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez*. Reparaciones. Sentencia de febrero 22 de 2002. Serie C No. 91. Párr. 77. Ver también: Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de noviembre 25 de 2003. Serie C No. 101.

¹⁰⁷ CIDH. Nota supra 92. Párr. 32.

¹⁰⁸ FERRO, Marc, *El resentimiento en la historia*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2009; GÓMEZ ISA, Felipe (Dir.). *El derecho a la memoria*. Alberdania, Bilbao, 2006; SIEGEL, Reva, "Collective Memory and the

una apuesta de una sociedad en particular para difundir o reforzar un sistema de valores sobre los cuales se erige su comunidad política¹⁰⁹.

Como se anotó más arriba, el derecho a la verdad tiene también una dimensión individual, en la actualidad parece claro que el derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos a saber quiénes fueron los responsables, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, las motivaciones de los mismos, el destino de las personas, en los casos de desapariciones forzadas o asesinatos, y el estado de las investigaciones oficiales está firmemente garantizado en el derecho, la jurisprudencia y la doctrina internacionales. En particular, la Corte IDH ha señalado que, en su dimensión individual, el derecho a la verdad tiene, en esencia, una virtualidad reparatoria, en la medida en que surge del deber del Estado de esclarecer los hechos relacionados con cualquier violación a los derechos humanos y de juzgar y castigar a los responsables de las mismas, que se establece en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹⁰.

De lo anterior se desprende la idea de que la dimensión individual del derecho a la verdad se satisface, esencialmente, en el ámbito judicial, razón por la cual se relaciona estrechamente con el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo y desde esta relación puede establecerse de mejor manera su posible exigibilidad. Este argumento ha sido sostenido por la Corte Constitucional colombiana que ha reiterado que la función principal del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, reconocido en los artículos 29 y 229 de la Constitución Política colombiana, se fundamenta en satisfacer el derecho a la verdad que tienen de las víctimas de violaciones a sus derechos¹¹¹.

Nineteenth Amendment: Reasoning About 'the Woman Question' in the Discourse of Sex Discrimination". A. Sarat & T. Kearns (eds.), *History, Memory, and the Law*, Ann Arbor: The University of Michigan Press. (1999).

¹⁰⁹ Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). El legado de la verdad: Impacto de la Justicia Transicional en la construcción de la democracia en América Latina. Serie Enfrentando el Pasado. Bogotá, 2007. Págs. 61 y ss. Un desarrollo más amplio se puede ver en GÓMEZ Isa, Felipe (Dir.). El derecho a la memoria. Alberdania. Bilbao, 2006.

¹¹⁰ Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de noviembre 8 de 2000. Serie C No. 70. Párr. 201.

¹¹¹ Corte Constitucional Colombiana sentencia SU-1184 de 2001 y sentencia C-228 de 2002, entre otras.

Sin embargo, las cortes internacionales de derechos humanos han señalado que el derecho a la verdad no sólo está relacionado con el derecho a un recurso judicial efectivo. En este sentido, tanto la Corte IDH como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han estimado que la angustia, el sufrimiento, la frustración y la impotencia que padecen las personas que ignoran el paradero de sus familiares desaparecidos debe considerarse como una violación a la integridad psíquica y moral de estas personas y, por tanto, constituyen un trato cruel, inhumano y degradante¹¹². Así lo reitera Diane Orentlicher en su informe para la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre *“Las mejores prácticas, para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad”*¹¹³, en el que señala que diferentes órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos han establecido relaciones entre el derecho a la verdad y el derecho a la vida, a la intimidad personal y familiar y el deber de los Estados de respetar y garantizar los derechos establecidos en las convenciones internacionales de derechos humanos, así como se ha entendido que el derecho a la verdad es también una forma de reparación de las víctimas.

Dentro de la práctica de la justicia transicional el derecho a la verdad, tanto en su dimensión individual como colectiva, no solo se ha buscado satisfacer a partir de procesos judiciales, sino, que se han empleado varias estrategias encaminadas a establecer una verdad comprensiva del fenómeno de violencia sociopolítica, que pueden ser o no avaladas por el Estado y que responden al ejercicio legítimo que tiene las víctimas de buscar y recibir información. A partir de estas iniciativas se han puesto en marcha comisiones investigadoras, juicios de la verdad¹¹⁴ y comisiones éticas de la verdad¹¹⁵, entre otras

¹¹² Corte IDH. *Caso Villagrán Morales y otros*. Sentencia de noviembre 19 de 1999. Serie C No. 63. Párr. 174; Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de noviembre 8 de 2000. Serie C No. 70. Párrs. 156 – 165; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Timurtas v. Turkey*. Sentencia de junio 13 de 2000. Párr. 95; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Cyprus v. Turkey*. Sentencia de mayo 10 de 2001 167 - 158.

¹¹³ ORENTLICHER, Diane, *Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas para ayudar a los Estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad*. ONU, Comisión de Derechos Humanos, 60º período de sesiones. 2004. Doc. E/CN.4/2004/88. Párrs. 14 -23.

¹¹⁴ En esta estrategia para conseguir verdad se destacan los "juicios de la verdad" realizados en Argentina, que se llevaron a cabo como consecuencia de acuerdo dentro del mecanismo de solución amistosa logrado

estrategias, pero son las comisiones de la verdad las que, como lo vimos en el segundo capítulo de esta tesis, se han ido consolidando como un mecanismo de la justicia transicional, reconocido como tal por el Sistema de Naciones Unidas, quien las califica como un instrumento a partir del cual los estados ponen en marcha estrategias para superar un pasado de violaciones a los derechos humanos y como un mecanismo que permite abonar el camino hacia la verdad de lo ocurrido¹¹⁶.

En la serie de “*Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido del conflicto*” Naciones Unidas ha fijado unos principios básicos para el funcionamiento de las comisiones de la verdad, con esto intenta delimitar su alcance y establecer un protocolo de acción bajo el cuál debería desarrollarse dichas comisiones. Así Naciones Unidas ha establecido las siguientes tres condiciones para su funcionamiento: “En primer lugar, debe existir la voluntad política que permita y, preferiblemente, aliente o apoye activamente una investigación seria de los abusos cometidos en el pasado. En condiciones ideales, el

entre parientes de personas desaparecidas y el gobierno argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El objetivo de dichos juicios fue el de establecer el paradero de los desaparecidos, pese a la existencia de leyes de amnistía. Con arreglo a la solución amistosa que resolvió el caso, el Gobierno argentino aceptó y garantizó "el derecho a la verdad que consiste en el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento acerca de lo sucedido con las personas desaparecidas". En consecuencia, los tribunales argentinos pudieron seguir celebrando juicios de la verdad y se estableció una comisión especial de la fiscalía sobre los procedimientos de la verdad para investigar los casos. En julio de 2001, se estaban investigando aproximadamente 3.570 casos relacionados con los derechos humanos. Orentlicher, supra nota 113. Párr. 16. Ver también CIDH. Lapacó v. Argentina. Caso No. 12.059. Informe No. 21/00.

¹¹⁵ Generalmente estas iniciativas son puestas en marcha por la sociedad civil y no necesariamente hacen parte de las políticas gubernamentales de justicia transicional. Un ejemplo actual de esta estrategia para ejercer el derecho a la verdad es la *Comisión Ética de la Verdad* que es una iniciativa del Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado –MOVICE– de Colombia. Su misión se enmarca en el derecho a saber y el derecho a la verdad. Pretende salvaguardar la memoria colectiva de las víctimas de crímenes de estado en Colombia. Esta conformada por Mirta Acuña de Baravalle, Madre de la Plaza de Mayo - Línea Fundadora y Maria Florencia Albornoz de H.I.J.O.S. de Argentina; Nelson Agustin Aramburu Soto de la Comisión Ética contra la Tortura de Chile; Bernardino Camilo da Silva del Movimiento Sin Tierras de Brasil y Vicenta Font Gregori del Instituto Catalán Internacional para la Paz y Espai Catalunya-Comissió Ètica (España) que, entre otras, suman 25 personas y organizaciones no gubernamentales consideradas por el MOVICE como “de incuestionable valor ético”, a quienes han pedido que salvaguarden y acompañando a las víctimas, como sujetos sociales, en su afirmación de la verdad y sus iniciativas de dignificación y de reparación integral. La Comisión Ética conoce de los diagnósticos sobre las violaciones sistemáticas de derechos humanos interpretados como crímenes de lesa humanidad, sus efectos integrales, sus responsables y beneficiarios; apoya las iniciativas de reconstrucción y de dignificación como formas de afirmación de la memoria e indicador del sentido de las reparaciones exigibles al Estado. Y en desarrollo de su mandato emite pronunciamiento periódicos en los que informa sobre su acompañamiento a las víctimas en las regiones colombianas y sobre el estado de amenaza en el que se encuentran derechos a la vida, integridad, libertad y seguridad de las víctimas. <http://www.movimientodevictimas.org> Consultado el 12 de julio de 2011.

¹¹⁶ Supra. Nota 52.

gobierno mostrará su apoyo activo al proceso proporcionando financiación, acceso sin trabas a los archivos oficiales o instrucciones claras a los funcionarios públicos para que cooperen. En segundo lugar, el conflicto violento, la guerra o las prácticas represivas deben haber llegado a su fin. En tercer lugar, debe haber interés por parte de las víctimas y los testigos en que se realice ese proceso de investigación y en cooperar con él”. En todo caso, advierte de la posibilidad de emprender otros mecanismos posibles para abordar el pasado, por ejemplo mediante investigaciones de organizaciones no gubernamentales o procesos de base local menos institucionalizados que una comisión nacional de la verdad. Reitera que, en todo caso, la elección entre unas y otras sólo debe hacerse bajo una amplia consulta interna¹¹⁷.

En síntesis, el derecho internacional ha fijado un ámbito y unas restricciones mínimas para la satisfacción del derecho a la verdad en contextos de justicia transicional, tanto en su dimensión individual, para la cual se apuesta esencialmente a la verdad judicial, como para la dimensión colectiva, en la que se reconoce que el derecho a saber es propio de la sociedad y que las víctimas pueden buscar, a través de medios distintos a los judiciales, la verdad sobre los hechos que las afectaron. Así el derecho internacional da cabida a la existencia de mecanismos alternativos a los gubernamentales y obliga a que los mecanismos de existencia legal se establezcan con un mandato que procure la preservación de la memoria colectiva.

Además, cabe destacar que tanto la jurisprudencia, la doctrina y el derecho coinciden en considerar que el derecho a la verdad debe ser entendido como parte de una reparación integral para las víctimas de violaciones a los derechos humanos, con esto entendemos la relación interdependiente que se presenta en los derechos de las víctimas y la necesidad de ver a la justicia, la verdad y la reparación como complementarios dentro de la justicia transicional. Desde esta perspectiva a continuación nos ocuparemos de estudiar los estándares establecidos por el derecho internacional público, en materia de reparación integral para las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

¹¹⁷ Organización de las Naciones Unidas (ONU), Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: comisiones de la verdad*. Nueva York, 2006. HR/PUB/06/1. Págs. 20 y ss.

1.3. *El derecho a la reparación integral*

Como lo señalábamos antes, en los últimos años el derecho internacional público ha avanzado de una manera positiva en la lucha contra la impunidad de crímenes atroces y en la consagración de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de los cuales son titulares las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Sin embargo, cabe señalar que la mayoría de las consecuencias de graves violaciones a los derechos humanos pueden resultar irreparables, tanto en su dimensión individual como colectiva. En ocasiones, las dimensiones del daño son de tal magnitud física y emocional que una recuperación total, a partir de la reparación, resulta poco realista. Esto no sólo cuando se trata de devolver a la víctima individual al estado anterior a la violación, sino, también de la dificultad que entraña reparar la destrucción de tejido social que han sufrido víctimas colectivas de violaciones a los derechos humanos. Es por esto que cobra importancia la idea de que la reparación debe entenderse interrelacionada a los derechos a la verdad y a la justicia, de tal manera que estos últimos sean reconocidos por las víctimas como una forma más de repararlas.

Los “*Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*”¹¹⁸ advierten sobre la necesidad de concebir a la reparación como un proceso que integra también el derecho a la verdad y a la justicia. Desde esta manera integral de ver la reparación, dichos *Principios* dicen que el derecho a una reparación plena y efectiva comprende: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Además, establecen la existencia de una dimensión individual y otra colectiva de la reparación, que debe atenderse de manera complementaria, pero con medidas diferenciadas.

¹¹⁸ ONU. *Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en abril de 2005. Documento E/CN.4/2005/59

Desde la dimensión individual, según estos Principios la restitución pretende, en la medida en que sea posible, devolver a la víctima a la situación anterior, a través del restablecimiento de sus derechos, su situación personal, familiar, laboral y social, su retorno al lugar de origen y la devolución de sus bienes. Respecto de la indemnización, los Principios señalan que busca reparar a las víctimas por concepto de los daños materiales físicos, mentales, a la reputación y a la dignidad sufridos, los gastos incurridos, las pérdidas de ingreso y de oportunidades, y los costos de asistencia jurídica y servicios médicos, entre otros. Por su parte, en las medidas de rehabilitación los Principios incluyen la atención médica y psicológica, y los servicios jurídicos y sociales que requieran las víctimas. Para las medidas de satisfacción incluyen, entre otras cosas, la investigación y sanción de los responsables de los crímenes, la difusión de la verdad, la búsqueda de los desaparecidos y de los restos de los muertos, la solicitud pública de disculpas, y la realización de conmemoraciones y homenajes a las víctimas. Finalmente, hacen parte de la reparación también las garantías de no repetición, que constituyen todo aquel conjunto de medidas que lo que pretenden es prevenir que las violaciones de derechos humanos que han tenido lugar vuelvan a ocurrir en el futuro¹¹⁹.

En su dimensión colectiva, el derecho a la reparación determina la adopción de medidas dirigidas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Acerca de las reparaciones colectivas, en el *Informe Final* que precede a sus principios, Joinet destacó que "las medidas de carácter simbólico, en concepto de reparación moral, como el reconocimiento público y solemne por el Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales de restablecimiento de la dignidad de las víctimas, los actos conmemorativos, los bautizos de vías públicas y las erecciones de monumentos facilitan el deber de recordar"¹²⁰. Vale la pena anotar que las reparaciones colectivas están íntimamente ligadas a las individuales, toda vez que, como lo ha señalado Martha Minow, "tal vez, irónicamente, las reparaciones

¹¹⁹ Idem. Documento E/CN.4/2005/59. Artículos 19, 20, 21, 22 y 23 del Título IX.

¹²⁰ JOINET. Supra, nota 80. Párr. 42.

sin excusas parecen carecer de autenticidad y las excusas sin reparaciones parecen baratas. Las excusas adquieren mayor significado cuando están acompañadas de reparaciones materiales y las reparaciones adoptan mayor importancia cuando se reconoce, al mismo tiempo, que son inadecuadas en su esfuerzo por presentar excusas y enmendar los hechos"¹²¹.

La Corte IDH ha contemplado el concepto de reparación también desde una perspectiva de reparación integral, así en el caso Garrido y Baigorria la Corte estimó conveniente precisar que “La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria, (...) La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos”¹²², Así como también “las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida”¹²³.

Entonces, la reparación consiste en cumplir efectivamente y de buena fe la obligación originaria. En materia de derechos humanos, entendiendo que se encuentran en juego derechos y libertades que no están en el ámbito de disponibilidad del Estado, el medio de reparación más idóneo será la *restitutio in integrum*, que consiste en dejar sin efecto los actos que incumplieron con la obligación y los perjuicios que dicha acción pudiera haber

¹²¹ MINOW, Martha. "Breaking the Cycles of Hatred", en N. Rosenblum (ed.), *Breaking the Cycles of Hatred. Memory, Law, and Repair*, Princeton: Princeton University Press. 2002. Págs. 23-24.

¹²² Corte IDH., *Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones y Costas*. Sentencia del 27 de agosto de 1998. Párr. 41.

¹²³ Corte IDH., *Caso Blake*. Reparaciones. Sentencia del 22 de enero de 1999, Párr. 34.

ocasionado¹²⁴.

Cuando no es posible borrar los efectos de la violación debe ampliarse el concepto de reparación y permitirse otros mecanismos que posibiliten dicho fin. Al respecto la Corte IDH ha señalado que “la regla de la *restitutio in integrum* se refiere a una de las formas de reparación de un acto ilícito internacional (...), pero no es la única modalidad de reparación, porque puede haber casos en que la *restitutio* no sea posible, suficiente o adecuada. La indemnización corresponde en primer término a los perjuicios sufridos por la parte lesionada, y comprende, como esta Corte ha expresado anteriormente, tanto el daño material como el moral”¹²⁵. La indemnización constituye una modalidad usual de reparación, que comprende el lucro cesante, el daño emergente y el daño inmaterial y moral. Sobre su contenido la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 63.1 se ha limitado a establecer que debe tratarse de una “justa indemnización”.

Por otra parte, además de la indemnización, debe prestarse especial atención a las modalidades de reparación simbólicas, las cuales cumplen un rol importante en la configuración de la reparación integral de violaciones a los derechos humanos, esto en consideración a que en este tipo de violaciones parece muy importante la dignificación de la víctima, que se alcanza con la revelación de la verdad, el restablecimiento del buen nombre y del honor, el cese de la impunidad y de cambios al interior del Estado que procuren las garantías de no repetición.

La Corte le ha dado importancia al uso y aplicación de este tipo de modalidades de reparación y a la necesidad de que complementen a las modalidades más usuales, así, por ejemplo, en el Caso *Las Palmeras* dispuso que “en este caso la sentencia no puede constituir per se una forma suficiente de reparación, por lo que el Estado debe hacer público su reconocimiento de responsabilidad y restituir el buen nombre de las víctimas, mediante un escrito de desagravios redactado por los familiares de las víctimas y firmado por el

¹²⁴ AGUIAR, Asdrúbal, *Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional de los Estados*. Monte Ávila Editores Latinoamérica, 1997. pág. 249.

¹²⁵ Corte IDH, *Caso Blake*. Reparaciones. Sentencia del 22 de enero de 1999, Párr. 42.

Presidente de la República, en un espacio de una página en dos diarios de circulación nacional, así como en la radio y la televisión, en un plazo no mayor de 30 días contados a partir de la notificación de la sentencia de reparaciones. Igualmente, el Estado debe abstenerse de continuar calificando a Hernán Lizcano Jacanamijoy como guerrillero y realizar acciones para recuperar su buen nombre”¹²⁶

Especial atención merecen las garantías de no repetición y prevención, a las que se refieren tanto los principios de Joinet, como los principios de van Boven y Bassiouni. Sobre este particular, el principio 25 de los *principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, establece una serie de garantías de no repetición y prevención, entre las que cabe destacar la limitación de la jurisdicción de los tribunales militares exclusivamente a los delitos de naturaleza militar; el fortalecimiento de la independencia de la rama judicial; y la revisión y reforma de las leyes que permitan o contribuyan a la violación de los derechos humanos. Estas medidas también se encuentran recogidas en los principios 37 a 42 del conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad de Joinet, según los cuales las garantías de no repetición de las vulneraciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son de tres clases: en primer lugar, medidas encaminadas a disolver los grupos armados paraestatales; en segundo lugar, medidas de derogación de las disposiciones de excepción, legislativas o de otra índole que favorezcan las violaciones; y, en tercer lugar, medidas administrativas o de otra índole que deben adoptarse frente a agentes del Estado implicados en las violaciones.

En procura de las garantías de no repetición, y a pesar de que resulta controversial a la luz de derecho internacional clásico, la Corte IDH ha decretado una serie de medidas que tocan aspectos que han sido considerados propios de la soberanía nacional, cuando ha ordenado la tipificación de delitos en la legislación interna o la adopción de medidas que declaren la nulidad de leyes. Como ejemplo podemos mencionar, entre otros, el caso *Trujillo*, en el que

¹²⁶ Corte IDH, *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2002. Párr. 62, literal b).

la Corte estimó procedente la solicitud de que se ordene al Estado boliviano “tipificar el delito de desaparición forzada de personas en su ordenamiento jurídico interno y considera que esta reparación sólo se debe tener por cumplida cuando el proyecto se convierta en ley de la República y ésta entre en vigor, lo cual deberá efectuarse en un plazo razonable (...)”¹²⁷. Este tipo de medidas son relevantes en la medida en que dan contenido a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos y atacan las causas que permitieron la violación.

Por último, la Corte IDH ha señalado que el Estado responsable de una violación de derechos humanos, tiene el deber de encaminar acciones en el ámbito interno con el objetivo de revelar la verdad, juzgar y sancionar a los responsables y reparar a las víctimas. Esto con la idea de que la continuidad de la impunidad pone en alto riesgo las garantías de no repetición de las violaciones. Bajo este entendido, en el Caso de *La Masacre de Pueblo Bello*, la Corte IDH dotó de contenido a esas posibles acciones en contra de la impunidad, cuando consideró indispensable “que, para efectos de las reparaciones, el Estado busque e identifique a las víctimas desaparecidas. Pese a que el Tribunal ha tomado en consideración las acciones emprendidas por el Estado para recuperar los restos de las personas desaparecidas, éstas no han sido suficientes ni efectivas. El Estado deberá completar dichas labores, así como cualquier otra que resulte necesaria, para lo cual deberá emplear todos los medios técnicos y científicos posibles, tomando en cuenta las normas pertinentes en la materia, tales como las establecidas en el Manual de Naciones Unidas sobre la Prevención e Investigación Eficaces de Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias y Sumarias, así como en el Informe del Secretario General sobre derechos humanos y ciencia forense presentado de conformidad con la resolución 1992/24 de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas”¹²⁸.

De la jurisprudencia de la Corte IDH se puede concluir que la reparación integral se garantiza cuando se establecen medidas materiales y simbólicas, las cuales tienen objetivos

¹²⁷ Corte IDH, *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia*, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de febrero de 2002, Párr. 98.

¹²⁸ Corte IDH, *Caso La Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2006, Párr. 270.

reparatorios distintos y por lo tanto unas y otras deben integrarse. Como veíamos las primeras pretenden reparaciones económicas o materiales a las que las víctimas individualmente consideradas tienen derecho, pero se consideran insuficientes si no se complementan con las segundas que representan reparaciones colectivas y simbólicas tendientes a restablecer públicamente la dignidad de las víctimas, a lograr cambios al interior del Estado y a garantizar la no repetición de los crímenes.

Otro aspecto importante a tener en cuenta en materia de reparación y justicia transicional, son las reglas establecidas por el derecho internacional en cuanto a las condiciones en que deben producirse las reparaciones a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. En primer término, cualquier forma de reparación debe ser otorgada en condiciones de igualdad, y, por tanto, sin discriminación alguna¹²⁹. En segundo lugar, *los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, derivados de los trabajos de van Boven y Bassiouni, indican que toda reparación debe ser "adecuada, efectiva y rápida", además de "proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido"¹³⁰. Finalmente, si el responsable de la violación no quiere o no puede reparar a la víctima, el Estado asume la obligación de prestarle asistencia o, incluso, de indemnizarla de conformidad con las reglas señaladas anteriormente¹³¹.

En todo caso, el derecho internacional público, se enfrenta al reto de la reparación en caso de violaciones masivas y sistemáticas, lo que a su vez, implica uno de los desafíos más importantes de la justicia transicional. Así entonces, los avances que en esta materia a dado la jurisprudencia internacional, que en gran medida dispone reparaciones dentro de la lógica de los procedimientos para casos individuales, ya que entiende que las violaciones se dieron dentro de un Estado de Derecho, que cuenta con instituciones que, al menos en la formalidad, propenden por el respeto y la garantía de los derechos humanos, deben

¹²⁹ CIDH. Supra, nota 92. Párr. 43.

¹³⁰ ONU. Supra, nota 93. Principio 16.

¹³¹ ONU. Supra, nota 93. Principio 17. También ver: CIDH, Supra, nota 92. Párr. 45.

entenderse extensivos a casos de violaciones a los derechos humanos propias de un gobierno que usa las estructura del Estado, para llevar a cabo crímenes atroces, de manera sistemática y planificada; o que sin haber implementado una política encaminada a estos fines, permite o posibilita que se mantengan estructuras culturales e institucionales que generan violaciones de este tipo.

Además, de que la justicia internacional se enfrenta en la práctica contenciosa, al reto que implican las reparaciones de violaciones masivas y sistemáticas, se encuentra ante el desafío de abordarlas con una perspectiva que permita comprender las políticas estatales que generan violaciones masivas de los derechos humanos, en especial, en grupos en estado de mayor vulnerabilidad como los indígenas, mujeres, niños y niñas, así como los defensores de derechos humanos, periodistas, líderes políticos, campesinos y comunitarios, sindicalistas y estudiantes, que se encuentran en estado de mayor vulnerabilidad en contextos de violencia sociopolítica¹³². Y su respuesta, en materia de reparación, debe considerar como medida eficaz la modificación de las políticas, conductas, acciones y omisiones del Estado que generan este tipo de violaciones.

Por otra parte, como advertíamos, la reparación en este tipo de casos cumple un rol fundamental, no solo en su dimensión individual, sino, en tratar de solucionar los retos a los que se enfrentan las sociedades en procesos de transición a la democracia. Esto implica comprender que la reparación de violaciones masivas y sistemáticas, debe ser un proceso manifiesto en políticas públicas de reparación, en el que se construyan imaginarios sociales proclives al respeto de los derechos humanos; que combata eficazmente las causas de exclusión y marginalidad que padecen las víctimas; que preserve la memoria histórica y resguarde la dignidad de las víctimas; y que procuren la reconstrucción del tejido social. En fin, este tipo de reparación debe conducir a un proceso político en el que el Estado recobre la confianza, de sus ciudadanos y de la comunidad internacional, de que cumplirá con su obligación de respeto y garantía de los derechos humanos.

¹³² Según la Comisión Colombiana de Juristas, por violencia sociopolítica se “entienden los hechos que configuran atentados contra la vida, la integridad y la libertad personal producidos por abuso de autoridad por parte de agentes del Estado, originados en motivaciones políticas, derivados de la discriminación hacia personas socialmente marginadas, o los causados por el conflicto armado interno”. En Comisión Colombiana de Juristas. *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz*. Bogotá, 2008. Pág. 217.

Por último, puede concluirse que la reparación no es un asunto exclusivamente económico o material, sino que implica una serie de medidas que procuren modificar el imaginario político y social del medio al que pertenecen las víctimas. Realmente, nos enfrentamos ante una refundación de la comunidad política. Es por ello que las medidas simbólicas de reparación, son importantes para la dignificación de las víctimas individuales o colectivas, pero también lo son para que el conjunto de la sociedad reproche los hechos sucedidos y posibilite la construcción de un nuevo orden social en el que las atrocidades del pasado sean consideradas inaceptables y no vuelvan a suceder.

2. Recapitulando

Encontramos que con mayor frecuencia, los países que pretenden realizar transiciones hacia regímenes más democráticos, adoptan explícitamente medidas que pretenden enfrentar las atrocidades del pasado y garantizar los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación. Esto ha contribuido a un reconocimiento progresivo de la importancia que revisten estos procesos para las víctimas y la sociedad en general.

Cabe resaltar que la justicia transicional sigue siendo un paradigma en desarrollo, que adquiere formas específicas de acuerdo con las condiciones y el contexto en el cual es aplicado. Como se pudo ver en el primer capítulo, la experiencia comparada muestra que este concepto se concreta en diferentes diseños institucionales que dan lugar a diversos tipos de transición. Como resaltamos en su momento, se sostiene que no existe una fórmula única que permita lograr una transición, sino alternativas individuales de acuerdo con cada país, que se inspiran en un marco general de posibilidades ofrecidas por este concepto.

Además, resulta pertinente no descuidar el debate sobre lo complejo a lo que se enfrenta una sociedad que pretende superar un pasado de violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario en un eventual proceso de paz, o de transición de una dictadura a una democracia. Esta complejidad se advierte por las dimensiones éticas, jurídicas y políticas que embarga. Además, como se ha venido señalando, entre esas

dimensiones pueden y suelen existir tensiones profundas, así la práctica de la justicia transicional en los últimos años no ha dejado de plantear una tensión entre, de un lado, los imperativos jurídicos, que tienden cada vez más a postular la necesidad del castigo de los responsables de las graves violaciones y, de otro lado, las restricciones derivadas de las realidades políticas, que hacen difícil, o incluso imposible, la imposición de esas sanciones, debido a que éstas podrían impedir el proceso de paz o dificultar el tránsito a la democracia. Entonces, a pesar de la existencia de los instrumentos jurídicos internacionales mencionados anteriormente, los cuales contemplan como posible y deseable buscar vías para reducir esas tensiones, no es posible ignorarlas, y por ello, no existen fórmulas únicas satisfactorias. Todas las estrategias de justicia transicional, incluso las más exitosas y elogiadas, como la de Sudáfrica, pueden ser criticadas, por sacrificar alguno de los valores en tensión.

Sin embargo, encontramos que se ha empezado a consolidar, en la aplicación del paradigma de la justicia transicional, la implementación del componente de juridificación de ésta que ha ido consolidándose a partir de instrumentos jurídicos propios del Derecho Internacional Público, por medio de los cuales podemos hablar de un discurso de derechos que parecen estar convirtiéndose en estándares prevalentes a la hora de poner en práctica medidas de justicia transicional. De esta forma, el Derecho de la justicia transicional tiene fortalezas indudables, pues concede una gran importancia al cumplimiento de los estándares jurídicos de derechos humanos que pretenden asegurar justicia para las víctimas y al tiempo, reconoce que cada contexto ofrece dificultades particulares para llevar a cabo la satisfacción plena de los derechos. Así entonces, este marco teórico y jurídico que el Derecho Internacional Público ha venido dando a la justicia transicional puede aportar al equilibrio en la relación entre paz y justicia que muestra una tensión inevitable dentro de esta última, esto bajo el argumento de que la paz no puede ser empleada como una excusa para violar los derechos de las víctimas.

A modo de conclusión podemos señalar que el Derecho Público Internacional intenta implantar la teoría de que las transiciones de la guerra a la paz o de las dictaduras a las democracias deben respetar unos estándares mínimos de justicia, vinculados a los derechos

de las víctimas de los crímenes atroces. Esto resulta conveniente para garantizar una justicia efectiva para las víctimas y es ya una característica de la justicia transicional desde el modelo dominante o hegemónico de ésta, lo cual nos ubica en un panorama favorable si tenemos en cuenta que esto demuestra la existencia en ella de fortalezas indudables, tanto políticas, como jurídicas y éticas, pues aspira a la realización de un conjunto de derechos de las víctimas, que son aquellas personas que han llevado la peor parte durante la época de la ocurrencia de las atrocidades. Desde esta perspectiva, este Derecho de la justicia transicional, que no es en sí mismo emancipatorio, puede ser utilizado bajo estrategias de uso no hegemónico de herramientas jurídicas hegemónicas. Bajo este argumento, en el capítulo siguiente nos ocuparemos de analizar la propuesta teórica-política de Boaventura de Sousa Santos sobre el uso emancipatorio del derecho y los derechos, con el objetivo de encontrar un punto de partida académico, para sostener nuestra hipótesis sobre la posibilidad de hacer un uso contra hegemónico y emancipatorio de la justicia transicional.

IV. El uso emancipatorio del derecho y los derechos a partir del discurso de Boaventura De Sousa Santos.

Boaventura de Sousa Santos muestra una gran preocupación por tres cuestiones que considera relevantes. Todas éstas surgen de su percepción acerca de que lograr una buena sociedad sigue siendo un pretensión legítima, sobre todo ahora que nuestras sociedades se tornan cada vez más desiguales y excluyentes, y que la modernidad se vuelve obsoleta para dar respuesta a estos problemas¹³³.

Así entonces, parte por preguntarse ¿por qué si la humanidad es sólo una, hay tantos principios diferentes en torno a la dignidad humana, incluso contradictorios entre sí?. Ubica, en el centro de esta pregunta, la evidencia inequívoca de que la comprensión del mundo va mucho más allá de la percepción que del mismo tiene Occidente. Señala que la respuesta dominante, dada a esta pregunta, suelen ser los derechos humanos, lo cual le resulta una respuesta débil dado que su universalidad abstracta es un argumento occidental. Esto lo lleva a preguntarse si ¿no habría una alternativa para un mundo profunda y evidentemente desigual, en donde, además, el colapso ecológico es una posibilidad cada vez menos remota? Entiende que la respuesta dominante a este interrogante se encuentra en el desarrollo y la ayuda al desarrollo, pero concluye que ésta es débil porque ambas presuponen que los problemas de la modernidad causados por el capitalismo se pueden

¹³³ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Editorial Trotta, Madrid, 2009. Este libro representa una sistematización de algunos temas que el autor ya había tratado parcialmente en obras anteriores como: *Estado, derecho y luchas sociales* (Bogotá, ILSA, 1991) y *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación* (Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1998).

resolver desde el mismo capitalismo, con más capitalismo, anulando la posibilidad de una economía alternativa y de un comportamiento racional frente a la naturaleza. Como consecuencia de las anteriores, en la tercera se pregunta: si la legitimidad del poder político se asienta en el consenso de los ciudadanos, ¿cómo garantizar este último cuando se agravan las desigualdades sociales y se tornan más visibles las discriminaciones sexuales, étnico-raciales y culturales? Comprende que las respuestas dominantes a esta pregunta son dos: la democracia representativa y el derecho. Pero ambas le resultan respuestas débiles en tanto que la primera tiende a basarse más en la resignación de los ciudadanos que en su consenso, con lo cual los ciudadanos se sienten cada vez menos representados por sus representantes; entre tanto, encuentra que el derecho resulta una respuesta igualmente débil, porque su dimensión represiva desconoce lo que es socialmente justo y su dimensión protectora se asienta en lo que él llama cinismo sistémico sólido, que se refleja en la discrepancia que se establece entre el derecho positivo y el derecho que se aplica efectivamente.

Para los fines de este escrito nos centraremos en la propuesta alternativa que Santos propone, desde una perspectiva crítica, respecto del derecho como respuesta dominante a la última pregunta tratada anteriormente. Así las cosas, plantea que al derecho puede exigírsele una respuesta alternativa para dar solución a los problemas de la modernidad, y que esto puede hacerse a través del uso emancipatorio del derecho, acompañado de otras formas de lucha social. No conforme con esto, plantea que este uso emancipatorio debe tener como objetivo la transformación del derecho mismo, que resume en lo que concibe como la creación de un nuevo sentido común en el derecho. Pensamos que esta propuesta socio-jurídica nos permite tener un marco analítico por medio del cual, en el aparte siguiente, se intentará encontrar en la justicia transicional, como disciplina académica, una capacidad emancipatoria, basada en la posibilidad de construir un proceso transicional más incluyente, lo cual puede implicar una participación estratégica, por parte de las víctimas, que comporte un uso contra hegemónico y emancipador del derecho y los derechos que forman parte del paradigma de la justicia transicional.

1. Aproximación a la propuesta socio-jurídica de Boaventura de Sousa Santos sobre el uso emancipatorio del derecho y de los derechos

De suyo esta propuesta contempla la necesidad de transformar la sociedad, sostenida a partir de la idea de que el paradigma de la modernidad está en crisis, puesto que resulta evidente su imposibilidad de dar por satisfechas algunas de sus aspiraciones, así entonces, se ve obsoleta frente a la posibilidad de cumplir con la promesa de consolidar una sociedad justa, sostenida con base en la igualdad, la libertad, la paz, el respeto por los derechos humanos y el dominio de la naturaleza. Así, Santos defiende la idea de que presenciamos el agotamiento de la modernidad, que ve simbolizado a partir de la falta de tratamiento coherente que pueda darse a la emancipación social¹³⁴, gracias a su derrota frente a la regulación social¹³⁵, quien goza de sobrevaloración dentro de este paradigma. Esto lo lleva a poner en tela de juicio a la ciencia y al derecho, que aunque les atribuye el extraordinario desarrollo de la modernidad occidental, así mismo los considera responsables de esta crisis.

Ante la evidencia de dicha situación, el “posmodernismo celebratorio”, denominación que el autor hace para la aquellas propuestas que reclaman la necesidad de deconstruir todas las promesas modernas y sus problemas, a los que consideran tan ilusorios como las promesas, cuyo incumplimiento atribuyen a su origen. Esta mirada para enfrentar la crisis de la modernidad, deja de lado la tensión entre regulación y emancipación social, y así de paso renuncia a la posibilidad de transformar la sociedad. Contrario a esto Santos asegura que en el periodo de transición paradigmática en el que nos encontramos, nos resulta imperioso concebir nuevos planteamientos teóricos y prácticos que afronten los problemas de la modernidad con soluciones de la posmodernidad, rescatando el potencial emancipatorio

¹³⁴ Para Santos el pilar de la emancipación social pretende un cambio social más allá del límite regulatorio dado. Esto es posible a partir de tres lógicas de racionalidad que identificó Weber: la racionalidad estético-expresiva de las artes y la literatura, la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia y la tecnología, y la racionalidad moral práctica de la ética y del imperio de la ley. *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Editorial Trotta, Madrid, 2009. Pág. 32.

¹³⁵ Santos explica que el pilar de la regulación pretende dotar de significado y orientación de la acción social en la búsqueda de satisfacción de las expectativas de la sociedad a partir del principio de Estado, propuesto por Hobbes, del principio de mercado, a partir de su desarrollo por parte de Locke y Adam Smith, y del principio de comunidad que preside la teorías política y social de Rousseau. *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Editorial Trotta, Madrid, 2009. Pág. 31.

que tienen las promesas de la modernidad, lo cuál ve solamente posible dentro de concepciones culturales, políticas, sociales y epistemológicas de la posmodernidad.

Desde esta propuesta teórico-política y bajo la premisa de que “lo importante es no reducir la realidad a lo existente”¹³⁶, el autor explora las posibilidades que nuestro tiempo puede albergar para la emancipación de quienes están siendo oprimidos/as. Así bajo el título de “derecho y emancipación social” en dos capítulos propone la definición de una nueva política del derecho, una política cosmopolita e intercultural. Cuya finalidad es contribuir a un nuevo sentido común jurídico capaz de devolver al derecho su potencial emancipatorio. Con esta propuesta intenta desarrollar una política del derecho radicalmente democrática, orientada hacia la protección jurídica de los oprimidos y la legitimación jurídica de la resistencia de éstos contra la opresión. Según señala, se tratan las interconexiones del derecho con dos problemáticas políticas transformadoras: la interculturalidad progresista y la emancipación social. Antes de analizar esta teoría es preciso retomar el contexto desde el que él la justifica.

Explica Santos que cuando el Estado liberal se consolidó, la balanza de la tensión entre regulación y emancipación se inclinó más a favor de la primera, condenando a la segunda a prácticas y objetivos emancipatorios aprobados por el Estado, es decir, aquellos coincidentes con los intereses de los grupos sociales que comparten sus fines. Así, la emancipación social dejó de ser un foco de oposición a la regulación social, para convertirse en un mecanismo que la regulación activa cuando necesita reinventarse a sí misma. Dentro de este marco de acción, las luchas emancipatorias se enfocaron en la oposición a la exclusión social, y sus estrategias se desarrollaron desde la orilla de los demoliberales y demosocialistas -quienes lo hicieron dentro de los límites del Estado liberal- y los socialistas radicales -quienes dirigieron su revolución en contra del derecho-. Este paradigma político devino en crisis y afectó a la estrategia reformista y a la revolucionaria, dando apertura a políticas propias del conservadurismo, quien aboga por el

¹³⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. Trotta, Madrid, 2005. Pág. 97.

desmonte de la agenda de inclusión que habían logrado las ideologías demoliberales y demosocialistas.

Este panorama simboliza el agotamiento del paradigma de la modernidad y nos sitúa en el momento transicional actual, para el cuál considera que resulta prudente reinventar la tensión entre la regulación y la emancipación, es decir, entre el derecho y la revolución, partiendo de la base de que la revolución cada vez se torna menos factible, y de que el derecho llena los espacios sociales y políticos abiertos por el colapso de la revolución. Cree que esto es una tarea científica y política compleja, porque significa resolver cómo reinventar el derecho más allá del modelo liberal y demosocialista, siendo muy cuidadosos en no contribuir a la consolidación de la agenda conservadora.

A partir de esta idea se pregunta si ¿puede el derecho ser emancipador? y, entonces, empieza por plantearse que “la cuestión del papel del derecho para producir la emancipación social es actualmente una cuestión contra-hegemónica que se ha de llevar a cabo por las fuerzas sociales que de un extremo a otro del sistema mundo luchan contra la globalización hegemónica neoliberal (neoconservadora). En efecto, ésta, al tiempo que ha propagado por todo el globo el mismo sistema de dominación y exclusión, ha creado las condiciones para que las fuerzas, organizaciones y movimientos contra-hegemónicos ubicados en los lugares más dispares del globo visualicen los intereses comunes muy por encima de las muchas diferencias que les separa y converjan en luchas contra-hegemónicas que incorporen proyectos sociales separados pero relacionados”¹³⁷. Esto implica la necesidad de desoccidentalizar la concepción del derecho y reinventarlo de forma que encaje con las reivindicaciones normativas de grupos sociales subalternos y sus movimientos y organizaciones que luchan por alternativas a la globalización neoliberal. Entiende que, a partir de esto se da contenido político-judicial a la concepción posmoderna del derecho de oposición y se generan las condiciones que permiten el uso emancipatorio del derecho. Al conjunto de estas condiciones y de las prácticas en las que se traducen las denomina cosmopolitismo subalterno e insurgente.

¹³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Editorial Trotta, Madrid, 2009. Págs. 550 y ss.

Este cosmopolitismo subalterno alberga la pluralidad y diversidad de proyectos propios de la globalización contra-hegemónica, cuya pretensión fundamental es luchar contra la exclusión social, en una concepción amplia de la misma, que incluye a los oprimidos y a la naturaleza. Este cosmopolitismo subalterno pretende llevar a cabo una globalización de abajo hacia arriba, solidaria y alternativa a la globalización hegemónica, neoliberal. El autor considera que el cosmopolitismo subalterno es un proyecto cultural, político y social del que sólo existen manifestaciones embrionarias. Encuentra como ejemplo convincente de lucha contra la exclusión social, en nombre de una globalización alternativa y que podría ser visto como una caracterización política del cosmopolitismo subalterno, la propuesta alternativa del movimiento zapatista, quien, a su juicio, parte de reivindicaciones sostenidas en la democracia –como organización política que garantice la participación ciudadana-, la igualdad - fundada en el respeto de los derechos humanos desde su interdependencia e indivisibilidad- y la rebelión en contraposición a la revolución –vista como un movimiento social que debe venir desde abajo, desde la participación de todos-. Precisa que estas pretensiones no son innovadoras, su novedad radica en introducir a este legado político progresista un nuevo horizonte civilizador, que se basa en centrar la lucha contra la exclusión social en la humanidad, la dignidad y el respeto.

Para advertirnos sobre el lugar que ocupa el derecho en el cosmopolitismo subalterno, Santos recurre a la sociología de las emergencias como metodología de investigación¹³⁸, mediante la cual estudia algunos ejemplos de globalización contra-hegemónica, en los que el derecho ha tenido una importancia significativa y que le permiten formular ocho presupuestos de lo que denomina como legalidad cosmopolita subalterna (legalidad

¹³⁸ La sociología de las emergencias es un método de investigación que consiste en interpretar de una manera expansiva las iniciativas, movimientos u organizaciones que se resisten a la globalización neoliberal y a la exclusión social y que les ofrecen alternativas. Además, este enfoque permite identificar cualidades y entidades emergentes en un momento y en un contexto en el que pueden ser fácilmente rechazadas como si no tuvieran ninguna cualidad de existencia futura, como si fueran insignificantes u orientadas hacia el pasado. Santos desarrolla el enfoque de la sociología de las emergencias en oposición a la sociología de las ausencias. En ésta las ciencias sociales existentes se basan en una racionalidad indolente que parte del desperdicio de la experiencia social del mundo, la cuál se aparta de la tradición filosófica y científica occidental. Este punto se amplía en su obra: *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.

cosmopolita), a partir de los cuales pretende responder a su pregunta acerca de si ¿puede el derecho ser emancipatorio?.

Así entonces, bajo el análisis de la dimensión jurídica de las luchas contra-hegemónicas considera que, bajo los siguientes postulados, el derecho podría ser emancipatorio:

1) *Una cosa es utilizar una herramienta hegemónica en una determinada lucha política.* Otra cosa es utilizarla de una manera hegemónica. En este punto advierte que es preciso superar la perspectiva hegemónica en la que el derecho y los derechos responden a una lógica de autonomía, respaldada en la idea de que su validez no está sujeta a las condiciones de su eficacia social; así como también es preciso desvirtuar la concepción de que los derechos son de creación exclusiva del Estado a través de la ley, quien los garantiza por medio del aparato judicial, con lo cual éste está en capacidad de determinar la legalidad o ilegalidad de lo que es correcto o incorrecto, impidiendo la posibilidad de reivindicar algo fuera de sus límites. Según el cosmopolitismo subalterno, existen concepciones alternativas a esta concepción del derecho y los derechos y que, por tanto, es posible utilizar estas herramientas hegemónicas para alcanzar objetivos contra-hegemónicos. Este uso se refleja en el siguiente postulado.

2) *El uso no hegemónico de herramientas jurídicas hegemónicas reposa en la idea de integrarlas en movilizaciones políticas más amplias que puedan incluir acciones tanto legales como ilegales.* La legalidad cosmopolita parte de la base de que el derecho y los derechos pueden utilizarse como si no fueran autónomos y exclusivos. Para esto deben ser integrados en luchas más amplias, que comportan incluso acciones ilegales o que pertenezcan a esferas no reguladas por el derecho estatal, a través de las cuales se consiga que las luchas se politicen antes de que sean legalizados. Esto supone que las movilizaciones políticas no deben depender únicamente del derecho y de los derechos y que, además, deben tener a la resistencia al derecho y a los derechos, como objetivo intrínseco, reflejado en el esfuerzo por concretar leyes y derechos cada vez más inclusivos.

3) *Las formas de derecho no hegemónico no favorecen o promueven necesariamente el cosmopolitismo subalterno.* El pluralismo jurídico juega un papel central en la legalidad cosmopolita, pero para que forme parte del cosmopolitismo subalterno, siempre ha de consistir en un aporte a la reducción de la desigualdad de las relaciones de poder, que persiga la reducción de la exclusión social o la mejora de la calidad de la inclusión social. Desde esta perspectiva, se pretende excluir de las luchas contra-hegemónicas, aquellas formas de derecho no hegemónico que no son necesariamente contra-hegemónicas.

4) *La legalidad cosmopolita es voraz en cuanto a las escalas de legalidad, esto quiere decir que el privilegio otorgado a una determinada escala, sea local, nacional o global, no significa que las otras escalas no sean movilizadas.* Con esto se señala que para ésta las formas y objetivos de la movilización política decidirán si se debe actuar en una escala de legalidad local, nacional o global, sin abandonar su pretensión de ser transescalar.

5) *La legalidad cosmopolita es una legalidad subalterna que tiene como objetivo la sociedad civil incivil y la sociedad civil extraña.* Santos distingue tres tipos de sociedad civil en la modernidad: la sociedad civil íntima, la sociedad civil extraña y la sociedad civil incivil. Para efectos explicativos ubica a estos tres tipos en un círculo cuyo centro es el Estado, que alberga un círculo interior en el que se ubica a sociedad íntima, compuesta por individuos y grupos sociales que disfrutan de altos niveles de inclusión social, manifestada en la posibilidad de disfrutar de toda la gama de derechos. En un círculo intermedio, alrededor del Estado, sitúa a la sociedad civil extraña, integrada por aquellos que tienen una calidad de inclusión social baja o moderada, en la que pueden lograr ejercer sus derechos civiles y políticos, pero que difícilmente alcanzan un disfrute pleno de los derechos económicos, sociales o culturales. A la sociedad civil incivil la encontramos en un círculo externo, habitado por aquellos que están completamente excluidos. Considera que esta estratificación social es fruto del fascismo social que padecemos, el cual no es un régimen político sino, más bien, un régimen social y civilizacional, producido por sociedades fascistas que trivializan la democracia, convirtiéndola en un escenario propicio para la promoción del capitalismo.

Así entonces, la legalidad cosmopolita, en su intensión de erradicar la exclusión social, enfoca su atención en la sociedad civil incivil y en los estratos más bajos de la sociedad civil extraña. Siendo consciente de que haciendo esto puede caer en el error de conceder privilegios selectivos, se concentra en atender el daño sistemático que genera la exclusión social y no solo la relación víctima/verdugo que ésta también embarga. Para el autor, atender el daño sistemático supone reivindicar un nuevo contrato social radicalmente más inclusivo, que debe ir acompañado de un concepto de justicia a partir de la justicia transformadora, es decir, por un proyecto de justicia social que supere las pretensiones del capitalismo global.

6) *Como forma de legalidad subalterna el cosmopolitismo somete los tres principios modernos de regulación a una hermenéutica de sospecha.* Santos explica que: “Al contrario de la legalidad demoliberal, la legalidad cosmopolita concibe las relaciones de poder como relaciones no limitadas al Estado sino más bien que “habitan” tanto en el mercado como en la comunidad. Por consiguiente, distingue entre el mercado dominante y el mercado subalterno, y entre la comunidad dominante y la comunidad subalterna. El objetivo de la legalidad cosmopolita reside en capacitar a los mercados subalternos y a las comunidades subalternas. Juntos son las piedras fundamentales de las esferas públicas subalternas”¹³⁹.

7) *El vacío entre el exceso de sentido (expansión simbólica por medio de promesas abstractas) y el déficit de desempeño (la estrechez de logros concretos) es inherente a una política de legalidad. La legalidad cosmopolita está preocupada por este vacío.* La crisis del contrato social moderno trae consigo una época en la que las expectativas sociales son negativas en comparación con las actuales experiencias sociales, frente a esto la legalidad cosmopolita puede verse en la necesidad de defender el statu quo jurídico, haciéndolo puede generar una tensión con el cosmopolitismo subalterno en su totalidad, ya que éste le exige luchar por una profunda transformación social, luego, bajo este panorama la legalidad

¹³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho.* Editorial Trotta, Madrid, 2009. Pág. 579.

cosmopolita se encuentra en el dilema de luchar tanto por una profunda transformación social como por el statu quo. Para Santos, la legalidad cosmopolita afronta esta disyuntiva mediante una fuerte movilización política del derecho que utiliza el exceso de sentido del derecho para transformar una lucha por el statu quo en una lucha por una profunda transformación social y el déficit de desempeño del derecho para transformar una lucha por la transformación social en una lucha por el statu quo.

8) *A pesar de las profundas diferencias entre la legalidad demoliberal y la legalidad cosmopolita, las relaciones entre ellas son dinámicas y complejas.* Entre otras, la diferencia fundamental entre la legalidad demoliberal y la legalidad cosmopolita es que la primera en su búsqueda por generar inclusión social realiza un uso hegemónico de las concepciones hegemónicas del derecho y los derechos, de tal forma que acaba por legitimar el contrato social moderno y sus exclusiones sistemáticas. Mientras que, la legalidad cosmopolita puede llegar a necesitar usar las estrategias demoliberales solas o en combinación con su estrategia de uso contra-hegemónico del derecho y de los derechos, siempre enfocada en una transformación social estructural. Las luchas por los derechos humanos pueden ser un ejemplo de este tipo de hibridación jurídica. Generalmente, la legalidad cosmopolita recurre a este tipo de combinación de estrategias jurídicas en situaciones sociales, políticas o culturales en las que la democracia es de baja intensidad, y los grupos y luchas cosmopolitas emergen desde una concepción débil de emancipación social, así que su punto de partida probablemente sea la defensa de los derechos civiles y políticos, con lo cual esperan poder abrir un camino, de derecho y derechos, escalonado hacia la transformación social.

Bajo la tutela de estos ocho postulados Santos finalmente no concluye categóricamente que el derecho en sí mismo es un instrumento emancipador, pero, sin duda, logra dejar en evidencia que concebir un nuevo sentido común en el derecho nos obliga a replantearnos las principales concepciones en las que se asienta la modernidad jurídica, por tanto, entre otros, abandonar el positivismo jurídico resulta ser un imperativo ético, así como, rescatar la legitimidad y validez que tiene la creación de derecho y de derechos en el seno de una sociedad politizada es una necesidad imperiosa, así entonces, resulta satisfactorio entender,

como señala Santos, que el derecho no puede ni ser emancipatorio ni no emancipatorio; lo que son emancipatorios son los movimientos sociales y las organizaciones de los grupos cosmopolitas subalternos, que recurren al derecho como un instrumento político más en su lucha por transformar la sociedad.

2. Recapitulando

A manera de conclusión, podemos decir que la propuesta de uso emancipatorio del derecho y de los derechos humanos, que nos propone Santos, en principio resulta atractiva por la exigencia de transformación social estructural que la transversaliza. Lo cual no resulta especialmente novedoso. Lo que la hace realmente valiosa es su llamado a no desperdiciar la experiencia, esa idea permanente de desandar el camino de la modernidad en aras de rescatar el potencial emancipatorio de las ideas fundantes de la democracia, la dignidad, la igualdad, la libertad, que, revaluadas y reconceptualizadas por la sociedad de los excluidos, nuevamente van ganando importancia dentro de los proyectos de emancipación social de la posmodernidad, de los cuales, además, al parecer están surgiendo principios y derechos que rescatan el valor del respeto por la humanidad y la naturaleza, desde una comprensión integral. Todo esto, según Santos, se encuentra como proyecto embrionario en los movimientos sociales y organizaciones de los grupos que recurren al uso contra-hegemónico del derecho y de los derechos para progresar en sus luchas.

Esta propuesta implica un reto enorme para las generaciones presentes y futuras, porque impone el imperativo ético y moral de asumir de manera decidida el ejercicio de la participación ciudadana, con el propósito de politizar a la sociedad y devolver a la regulación social el papel primordial de generar condiciones sociales justas, a partir de la definición de una nueva política del derecho radicalmente democrática, orientada hacia la protección jurídica de los oprimidos y la legitimación jurídica de la resistencia de éstos contra la opresión.

Quienes mantienen concepciones teóricas y políticas afianzadas en la realidad y el pragmatismo de lo que consideran sostenible frente a las circunstancias del mundo actual,

quizás encuentren en esta propuesta socio-jurídica la fragilidad de la utopía, y no les faltarán razones para sostenerlo. Pero quienes creen en el emblema de que “*otro mundo es posible*” podrán encontrar en ella una alternativa viable, que refuerza la idea de que este no es un momento para conformarnos con la realidad.

Creemos que la propuesta de uso emancipatorio del derecho y de los derechos estudiada antes, nos permite tener un marco de análisis para sostener que la justicia transicional es un paradigma de la modernidad sostenido bajo principios de la democracia y de los derechos humanos, que puede ser usado por los oprimidos en busca de su emancipación. Así entonces, la posibilidad de construir un proceso transicional más incluyente, que no se estructure exclusivamente a partir de aquellos que tienen el poder, permitiría la formulación de marcos flexibles que incorporen a las experiencias locales y a la perspectiva de las víctimas. Esto puede verse complementado con una participación estratégica por parte de las víctimas, que comporte un uso contra hegemónico del paradigma de la justicia transicional.

Bajo esta hipótesis, en el aparte siguiente, analizaremos el uso que los movimientos sociales en Colombia, especialmente, el Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado, le han dado al discurso de derecho y de derechos de la justicia transicional y como desarrollan estrategias que encuentran cabida en el planteamiento de Boaventura de Sousa Santos, según el cual, el Derecho puede ser emancipatorio a través del uso no hegemónico de herramientas jurídicas hegemónicas que, para el caso, son los derechos de las víctimas, la inclusión de la perspectiva de género y del discurso de derechos humanos en general. Veremos como este uso contra hegemónico de la justicia transicional pretende generar movilizaciones políticas que permitan una transformación social en Colombia.

V. Potencial emancipatorio del discurso de la justicia transicional desde su uso contra-hegemónico, a partir de la experiencia del Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado y de organizaciones defensoras de derechos humanos en Colombia

“En nombre de mi familia, en mi calidad de defensor de derechos humanos y de representante a la cámara, acepto esta petición de perdón como signo de un nuevo tiempo en Colombia en el que sea posible la participación democrática de todas las fuerzas políticas. Acepto este acto solemne de perdón como un acto que simboliza la convicción de que al eliminar sectores de la oposición se hizo un daño irreparable a la sociedad colombiana y que el Gobierno afirma que es una situación que no puede, ni debe volver a repetirse. Acepto este acto de reconocimiento de responsabilidad como un acto de esperanza de que es posible que entre todos construyamos la paz en Colombia, fundada en la democracia y en la justicia. Es importante pedir perdón y perdonar, pero más importante aún es trabajar para que en nuestra patria no se vuelvan a cometer crímenes que obligen al Estado colombiano a pedir perdón y a las víctimas a perdonar”¹⁴⁰.

Iván Cepeda Castro, Dirigente del Movimiento de Crímenes de Estado en Colombia.

Acto de reconocimiento de responsabilidad del Estado en el asesinato de su padre.

9 de agosto de 2011.

Dentro del aparte acerca de las limitaciones de la justicia transicional que señalamos en este documento hablamos de una característica de la concepción dominante de la justicia transicional que tiene que ver con la exclusión y discriminación que sufren importantes sectores de la sociedad, especialmente las víctimas, como consecuencia de la tendencia a estructurar las transiciones desde construcciones verticales del proceso, es decir, se adoptan medidas de arriba hacia abajo, las cuáles privilegian la participación de grupos de poder, como sectores económicos, políticos, jurídicos o militares, entre otros, en los que se concentra la toma de las decisiones alrededor de la transición.

Esto puede entenderse bajo la lógica de que en la justicia transicional, pueden traducirse luchas políticas, sociales, jurídicas, éticas y morales, que reproducen la exclusión social que

¹⁴⁰ *El Estado colombiano pidió perdón por el magnicidio del dirigente de izquierda Manuel Cepeda.* Consultado en <http://www.youtube.com/watch?v=HC6H7BoFSko> el 10 de agosto de 2011.

padece la sociedad en conflicto. Así, las decisiones que resultan trascendentales para una transición que profundice la democracia y garantice los derechos de las víctimas, se toman desde arriba, dejando de lado las dinámicas más locales o las lógicas de construcción desde abajo.

Retomando los análisis y conclusiones de los capítulos anteriores, en éste analizaremos a la justicia transicional, desde la visión crítica de su versión hegemónica planteada en los párrafos inmediatamente anteriores. Intentaremos encontrar en ésta, como disciplina académica y como práctica, una capacidad emancipatoria, para lo cuál se usará como marco conceptual la teoría de uso emancipatorio del derecho y de los derechos de Boaventura de Sousa Santos, en especial, su postulado a cerca de que el derecho puede ser emancipatorio a través del uso no hegemónico de herramientas jurídicas hegemónicas y de que el uso no hegemónico de herramientas jurídicas hegemónicas reposa en la idea de integrarlas en movilizaciones políticas más amplias. Así entonces, se intentará encontrar en el discurso de la justicia transicional, la posibilidad de construir un proceso transicional incluyente, lo cuál implica una participación estratégica, por parte de las víctimas, a través de un uso contra hegemónico del paradigma de la justicia transicional.

Partimos de la base de que el discurso de la justicia transicional como Derecho y desde los derechos que le son propios, no es emancipatorio ni no emancipatorio en sí mismo, sino que, cabe la posibilidad de que, a partir de su contenido, se haga un uso contra-hegemónico en busca de una transformación social capaz de provocar la emancipación social de las víctimas, vistas estas últimas como el sujeto principal de la opresión y de la exclusión tanto en los momentos de la violencia, como en el proceso de transición y en el de consolidación de la democracia.

Desde esa perspectiva, reconocemos la existencia de diferentes usos del discurso de la justicia transicional, por un lado esta el uso del discurso desde su versión hegemónica y por otro el de una versión emancipatoria. Es decir que no hay un uso unívoco, sino, más bien varios usos posibles del discurso y de los mecanismos de ésta, lo que en conclusión nos lleva a señalar que la flexibilidad de este discurso permite que sea interpretado –e incluso

manipulado- de diferentes maneras. Así entonces, pasaré a ocuparme del uso democrático que puede darse a la justicia transicional, en el que consideramos existe un potencial emancipador. Para esto partiremos del análisis del uso, que el Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado en Colombia (Movice) y organizaciones de derechos humanos, le han dado al discurso de la justicia transicional, para mostrar que la estrategia empleada por éstos puede encontrar cabida en el planteamiento de Boaventura de Sousa Santos cuando señala que “*existe la posibilidad de que el Derecho y los derechos se utilicen como si no fueran autónomos y exclusivos. Tal posibilidad se basa en la <integración> del derecho en la movilización de políticas más amplias que permitan que las luchas se politicen antes de ser legalizadas*”¹⁴¹. Según Santos, el Derecho puede ser emancipatorio a través del uso no hegemónico de herramientas jurídicas hegemónicas, que en el caso analizado son los derechos de las víctimas de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos y el discurso de derechos humanos en general. Y que este uso contra-hegemónico tiene la pretensión de generar movilizaciones políticas que permitan una transformación social en Colombia.

Desde esta perspectiva, en el primer acápite de este capítulo haremos una referencia al uso del discurso de la justicia transicional que por una parte emplea el Gobierno nacional, algunos políticos y los paramilitares y que por otra parte hace el Movice y las organizaciones de derechos humanos, esto con el fin de mostrar un uso del discurso desde su versión hegemónica y por otro el de una versión emancipatoria.

En el segundo acápite presentaremos un análisis sobre el posible potencial emancipatorio que encontramos en el discurso de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, entendiendo que estos derechos son las principales reivindicaciones a partir de las cuales, como lo veremos en el tercer acápite, el movimiento social en Colombia hace un uso contra-hegemónico del discurso de la justicia transicional, esencialmente reclamando al Estado la garantía de los mismos.

¹⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Editorial Trotta, Madrid, 2009. Pág. 576.

Así entonces, en el tercer acápite nos ocuparemos de la estrategia jurídica y política que el Movice y las organizaciones de derechos humanos desarrollaron frente a la ley de justicia y paz, por medio de la cual se adelanta el juzgamiento de miembros de los grupos paramilitares que se desmovilizaron a partir de un proceso de negociación con el Gobierno nacional. Dicha estrategia muestra un uso contra-hegemónico del Derecho, en este caso los derechos de las víctimas y esta ligada a una movilización política más amplia por medio de la cuál se pretende el reconocimiento de las víctimas como un actor político dentro de la transición, que conduzca a la dignificación de las mismas y a la satisfacción de sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

Por último, en el cuarto acápite analizaremos la estrategia política que el Movice y las organizaciones de derechos humanos adelantan frente al debate de la ley de víctimas que se llevo a cabo en el Congreso colombiano y que tiene como objetivo cualificar a las organizaciones de las víctimas a nivel local y regional mediante la construcción participativa, la gestión y posicionamiento de la agenda pública de las víctimas en un contexto más amplio, teniendo como objetivo discutir y visibilizar sus planteamientos respecto de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, incluyendo un enfoque diferencial e incidiendo en las políticas públicas a favor de las víctimas.

1. Uso del discurso de la justicia transicional desde su versión hegemónica y desde una versión emancipatoria

Colombia enfrenta un conflicto armado interno desde hace más de cincuenta años que se caracteriza por ser complejo, con múltiples actores armados y altos índices de violencia, que se traducen en graves violaciones a los derechos humanos y/o el derecho internacional humanitario en contra de la población civil, dejando un número importante de víctimas de graves crímenes quienes esperan del Estado la garantía de sus derechos y la adopción de medidas de reparación y garantías de no repetición. En agosto de 2002 Álvaro Uribe Vélez asumió la Presidencia de Colombia, y algunos comandantes de los grupos paramilitares hicieron pública su intención de iniciar un proceso de negociación para su desmovilización. Dicho proceso se inició formalmente con la integración de una comisión exploratoria de

paz en diciembre de 2002. Tras el proceso de desmovilización de los grupos paramilitares, en Colombia se viene discutiendo de manera importante la expresión y el enfoque de la llamada “justicia transicional”, con la intención de afrontar el marco normativo que permitió dicho proceso de desmovilización¹⁴². Esta situación ha provocado diversos usos del lenguaje y del alcance o contenido del mecanismo de la justicia transicional. Al punto que puede decirse que se usa dependiendo de los intereses de las partes, en este caso, por un lado el Gobierno nacional en sintonía con los grupos paramilitares y una mayoría de parlamentarios y, por otra parte, en contraposición a éstos el Movice junto con las organizaciones de derechos humanos. Estos intereses son claramente contradictorios. Mientras el Gobierno nacional pretende la imposición de un significado determinado como aquél que es dominante o hegemónico fruto de una distribución desigual de poder entre los actores, el Movice y las organizaciones de derechos humanos pretenden darle un uso democrático y emancipatorio, por medio del cuál el mecanismo de transición sirva para combatir la impunidad de los crímenes que padecieron, así como la dignificación de las víctimas.

En el debate público suscitado es claro que la noción de justicia transicional plantea una tensión entre paz y justicia. Esto hace referencia a la relación más abstracta entre el derecho y la política y, en el caso de las negociaciones de paz, consiste en la relación entre los estándares jurídicos sobre derechos de las víctimas y las dinámicas políticas de las negociaciones. Es aquí donde cobra importancia los diferentes usos que se pretenden del mecanismo de transición, porque marcan diferentes maneras en las cuales esta relación entre paz y justicia, o entre la política (negociaciones) y el derecho (estándares jurídicos), puede ser comprendida, interpretada y aplicada.

¹⁴² En la búsqueda de un marco jurídico que le permitiera sostener el proceso de negociación con los grupos paramilitares, el Gobierno presentó al Congreso Nacional un proyecto de ley denominado “*Alternatividad Penal*” que pretendía solamente una generosa rebaja de penas, luego de un proceso penal alternativo y sencillo en beneficio de los paramilitares. Finalmente, y luego de serios cuestionamientos a dicho proyecto, se aprobó la ley 975 de 2005, también llamada de “*Justicia y Paz*”, para juzgar las violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad cometidos por estos grupos armados al margen de la ley. Esta ley ha sido fuertemente cuestionada por organismos internacionales, por el Movice y por organizaciones de la sociedad civil por desconocer de manera flagrante los derechos de las víctimas. Fue sometida a control constitucional y en consecuencia la Corte Constitucional dictó la Sentencia C-370 de 2006, la cual modificó a favor de los derechos de las víctimas algunos aspectos de la ley, sin embargo, el debate en torno a su implementación y a las garantías reales para las víctimas en estos procesos sigue vigente.

En el discurso del Gobierno la justicia transicional, adopta un contenido persuasivo en el que se pretendía instalar en la sociedad colombiana el imaginario equívoco de estar ante un proceso de negociación política en el cuál los sacrificios en materia de justicia eran un imperativo frente a la necesidad urgente de encontrar la paz. El contenido de la justicia transicional estaba siendo adaptado a un instrumento meramente retórico, a través del cual no se procuraba ninguna transformación material o práctica, pero sí se obtiene un importante efecto simbólico, cuyo principal propósito es la impunidad de un pasado de atrocidades y el tránsito a la sociedad civil de los miembros del paramilitarismo.

El mecanismo transicional planteado por el Gobierno restó importancia a los derechos de las víctimas y se dedicó enteramente a formular políticas que favorecieran la negociación como tal, dándole un peso desproporcional a la política, sin reparar en los estándares jurídicos que considera la justicia transicional. Por esa vía, la justicia transicional no sólo se utilizó de manera retórica, sino, también como una forma de opresión. Este análisis se puede observar en el primer texto presentado por el Gobierno para dar vida a la ley de Justicia y Paz y en los decretos reglamentarios de la misma, expedidos por el Gobierno después, que pretenden eludir la eficacia de la sentencia C-370 de 2006, por la cual la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad y la constitucionalidad condicionada de muchas de disposiciones de dicha ley, que afectaban desproporcionadamente los derechos de las víctimas.

Es posible seguir ahondando en pruebas que sustenten el argumento del uso retórico de la justicia transicional por parte del Gobierno y los paramilitares. Pero podría demostrarse de manera contundente a través del uso hegemónico que se le da en el contexto político colombiano que, no solo, trasciende el poder que ostentan quienes lo sostienen y promulgan, sino también porque éstos han logrado exitosamente ponerlo en práctica, y la mayoría de la sociedad civil lo ha consentido implícitamente. En efecto, con excepción de una muy pequeña minoría, la opinión pública no ha sido particularmente crítica de la manera como el Gobierno llevó a cabo el proceso de negociación con los grupos paramilitares.

En contraste, el Movice y las organizaciones de derechos humanos defienden un discurso de la justicia transicional, en el que sus contenidos se ponen a consideración en el marco de un proceso continuo de democracia participativa, que alimenta la formulación de un discurso a través del cuál se exige la aplicación efectiva de la justicia transicional, es decir, que pretende superar la retórica del Gobierno, haciendo exigible la faceta normativa que reside en el contenido de los derechos de las víctimas, y en consecuencia, dar por sentado que estos derechos constituyen un límite a las fórmulas de perdón y olvido, para enfrentar el pasado, que probablemente resultarían si las negociaciones de paz únicamente estuvieran condicionadas por las relaciones de poder entre el gobierno y los actores armados ilegales, en este caso, los paramilitares.

A su vez, este discurso pretende tener un efecto emancipador, en el sentido de que se formula con el objetivo de luchar contra la impunidad y bajo una perspectiva de género, entendiendo que la exigibilidad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, a través de medios políticos y jurídicos, pueden ser una herramienta eficaz para lograr ese objetivo. Este ejercicio, en consecuencia, logra posicionar a las víctimas como sujetos morales y políticos dentro de la esfera pública, trayendo como resultado su empoderamiento, organización y puesta en marcha de acciones jurídicas y políticas encaminadas a lograr una transformación de las relaciones asimétricas de poder entre víctimas y victimarios, y trascender el contenido meramente retórico de la justicia transicional para, de esa manera, hacerlo eficaz instrumentalmente –y no sólo legitimador-, a través de la materialización de los derechos de las víctimas y del reconocimiento y efectiva protección de los derechos humanos en un contexto de continuas, masivas y sistemáticas violaciones.

Como lo veremos en los acápites siguientes el Movice y las organizaciones de derechos humanos, han asumido en su discurso la idea de que la justicia transicional tiene fortalezas indudables, tanto políticas, como jurídicas y éticas, pues –como se ha señalado a lo largo de este trabajo- aspira a la realización de los derechos de las víctimas, lo cual brinda un panorama favorable para hacer un uso contra-hegemónico de este Derecho con fines

emancipatorios. Bajo este argumento en adelante nos ocuparemos de rescatar algunas características que nos permiten encontrar un potencial emancipatorio en los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Esto resulta pertinente para nuestro estudio teniendo en cuenta que estos derechos son la principal reivindicación alegada por el Movice y las organizaciones de derechos humanos en las acciones jurídicas y políticas, emprendidas en el marco de la discusión pública sobre justicia transicional en Colombia, cuyas mayores manifestaciones se encuentran en la demanda de inconstitucionalidad de la ley de justicia y paz, así como el trabajo de incidencia ante el Congreso nacional y las consultas internas que se han llevado a cabo en el marco de la discusión política del contenido de la ley de víctimas. Sobre esto último nos ocuparemos en detalle en los dos últimos apartados de este capítulo.

2. Potencial emancipatorio de los derechos de las víctimas

Reconociendo que los derechos de las víctimas responden a la formulación de la justicia transicional desde el modelo dominante o hegemónico de ésta, a lo largo del estudio del Derecho Internacional Público como marco normativo de la justicia transicional, que hicimos en el tercer capítulo, se presentaron argumentos jurídicos y doctrinales bajo los cuales podemos encontrar que la formulación normativa de los derechos de las víctimas no es en sí misma emancipatoria, pero que trae consigo un discurso contra-hegemónico, que a través de su uso posibilita formas de emancipación de las víctimas.

En todo caso, parece claro que los derechos de las víctimas y, en consecuencia, los deberes del Estado de cumplir sus obligaciones de protección, garantía y satisfacción de los mismos nos lleva a un terreno fértil dentro del discurso de la justicia transicional del cuál podemos identificar algunos aspectos que harían posible un uso contra-hegemónico de estos derechos y que, puestos dentro de un proceso participativo, la sociedad en su conjunto, especialmente las víctimas de las violaciones a los derechos humanos, pueden aprovecharlo para convertirse en actores políticos dentro de la transición y generar procesos emancipatorios que les permitan satisfacer sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías

de no repetición, con miras a conseguir una democracia efectiva como fruto del momento transicional.

Desde esta perspectiva, encontramos un potencial emancipatorio en la concepción actual de que sancionar las violaciones de los derechos humanos limitan las posibilidades de perdón de las más graves violaciones a los mismos. Por ello, el perdón de los crímenes atroces es no sólo incompatible con el derecho internacional vigente, sino que muy probablemente activaría a la Corte Penal Internacional, la cual tiene competencia para asumir casos de personas enjuiciadas internamente cuando "la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte"¹⁴³. Esto muestra la fragilidad jurídica y política de un proceso de paz fundado en las premisas de perdón general, pues no sólo los órganos de protección internacional de derechos humanos podrían intervenir en muchos asuntos sino que, además, otros casos podrían ser investigados por jueces de otros países, en aplicación del principio de jurisdicción universal, que cubre muchos de esos crímenes internacionales como el genocidio, la tortura o la desaparición forzada, y en virtud del cual esos comportamientos pueden ser juzgados y sancionados por cualquier Estado, en nombre de la comunidad internacional.

Así entonces, en materia de responsabilidad individual por los actos lesivos de derechos humanos, la comunidad internacional también ha ido estableciendo algunas aspiraciones esenciales, a partir de los Principios de Núremberg. La imprescriptibilidad de la persecución penal de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, o la imposibilidad de invocar la obediencia debida para exculpar conductas ilícitas como la tortura o la desaparición forzada, permiten afirmar que no queda duda que, dentro de la práctica de la justicia transicional, se hace necesario articular una respuesta penal frente a violaciones graves de derechos humanos y garantizar el derecho a la justicia.

Por su parte, también puede verse como una circunstancia que puede permitir usos emancipatorios el hecho de que la doctrina y jurisprudencia de los órganos de protección de

¹⁴³ Artículo 17. 2.a. del Estatuto de Roma.

los derechos humanos, esté consolidando la necesidad de otorgar a las víctimas y a sus familiares el derecho a conocer lo ocurrido. Como vimos anteriormente, se pretende que la verdad alcance su realización plena, para lo cual se la ha dotado de autonomía para que no sea subsidiaria necesariamente de la suerte del proceso penal. Quizá esto se deba a que las experiencias de amnistías e indultos de algún modo condujeron a una definición más precisa del derecho a la verdad y cuyo legado sea esa necesidad de su tutela autónoma. De tal forma, si bien la tendencia actual claramente es favorable a la participación de la víctima en el proceso penal, también se reconoce la particularidad de la búsqueda de la verdad como un fenómeno que trasciende el ámbito punitivo del Estado. Esta autonomía respecto de la posibilidad de encontrar o construir la verdad de lo ocurrido permite concebir la posibilidad de generar procesos autónomos desde los movimientos sociales, especialmente, desde las organizaciones de víctimas, a partir de los cuales se rescata su memoria colectiva y forme parte de la discusión dentro de la transición.

Así el derecho a la verdad también se concibe hoy colectivamente como la búsqueda de un relato que permita una narración común del pasado abusivo. En esto aportan las comisiones de la verdad, pero la dinámica colectiva es incluso mucho más rica y puede permitir construir una identidad dentro de la sociedad que es entendida en una doble faz individual y colectiva, es decir, respecto de las víctimas como tal y de la sociedad frente a su pasado. Muchos otros desarrollos son influidos por esta necesidad de un pasado común, así encontramos la educación en derechos humanos, los museos y otras formas de conmemoración colectiva, que son herramientas dirigidas al conjunto de la sociedad como mecanismo para enfrentar el pasado con vocación prospectiva.

También con relación a las reparaciones debidas a las víctimas encontramos algunas características que permitirían procesos emancipatorios, para esto los tribunales internacionales de derechos humanos han cumplido un papel fundamental al reconocer la existencia de una obligación de resarcir en cabeza de los Estados, incluso atendiendo el derecho de las víctimas y sus familiares a través de regímenes más generosos y accesibles que los ordinarios. En este sentido, se pueden mencionar los programas nacionales de reparaciones implementados en Chile, Argentina, España, Sudáfrica, Guatemala, Perú y

Sierra Leona, entre otros. El concepto de reparación hoy se entiende a través de una formulación amplia, e incluye no sólo el otorgamiento de compensación económica a través de una indemnización o una pensión, sino muchas otras medidas, individuales y colectivas, materiales y simbólicas. Además, reclama a los Estados que garanticen las reparaciones para víctimas de terceros cuando el responsable no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones.

Al respecto resulta preciso considerar que el sentido de la reparación esta concebido para revertir el estado de marginación de la sociedad que padecen las víctimas, así se debe entender que las políticas de reparación no son una política pública más. Ellas están dirigidas a un público muy particular, respecto del cual el Estado está en seria deuda, debido al mensaje que la violencia comunica a las víctimas, de negación de su dignidad humana y de su sentido de pertenencia a la sociedad. A través de la violencia ejercida, así como de la falta de respuesta y protección del Estado y sus instituciones, se comunica a las víctimas que no son parte de la sociedad, que no son titulares de derechos y por lo tanto sufren un estado de marginación permanente.

Revertir este estado de marginación y concebir un uso emancipatorio del discurso de los derechos de las víctimas implica entender a la reparación desde una perspectiva integral en la que el derechos a la verdad y el derecho a la justicia son su complemento, y las garantías de no repetición su afirmación de que el proceso de transición condujo a una democracia real. Así entonces, las políticas públicas de reparación deben comunicar un mensaje claro de oposición a la marginación, que se construye desde la formulación de mecanismos que permitan un acceso efectivo a la justicia y la participación activa de las víctimas dentro de los procesos penales, así como su participación en la construcción de la verdad dentro de los mecanismos oficiales creados para tal fin y la garantía, por parte del Estado, de la generación de escenarios que permitan los procesos autónomos de memoria colectiva.

Así entonces, el argumento de la necesidad de la participación de las víctimas que trae el discurso que ha construido el Derecho Internacional Público dentro de los derechos a las mismas, cumple un factor esencial cuando de uso emancipatorio se trata, porque trae consigo

el reconocimiento de la dignidad de las víctimas como sujetos de derechos, la necesidad de responder a las secuelas de las violaciones que padecieron, con el fin de responder a su visión del conflicto y para intentar recomponer su relación con el Estado y con el resto de la sociedad. El conflicto ha quebrado esa relación, o profundizado la brecha de desconfianza, y ello es lo que debe pretender repararse.

En conclusión, el potencial emancipatorio que encontramos en la justicia transicional puede lograr que ésta funcione no sólo como discurso, sino también como un mecanismo participativo incluyente que dote de legitimidad al proceso de transición a la democracia, en la medida en que permita a las víctimas dejar el estado de vulnerabilidad y marginación que ya padecían incluso antes de las violaciones, para lo cual éstas deben tener la oportunidad de participar activamente en la construcción de toda política pública o medida que se diseñe para lograr la transición democrática. De esta manera puede encausar las dinámicas políticas de la transición y, como resultado, acercar los intereses y las expectativas de actores antagónicos, con lo cuál se alcance un panorama refundacional del Estado que conduzca a la profundización de la democracia.

3. Estrategia jurídica del Movice y las organizaciones de derechos humanos como un uso contra-hegemónico del Derecho, con una pretensión emancipatoria.

Desde los debates iniciales respecto del marco normativo que estaba tratando de adoptarse para la desmovilización de los paramilitares dentro del proceso de paz que estos adelantaban con el Gobierno nacional, el Movice, las organizaciones de derechos humanos y una minoría de congresistas señalaron, que el proyecto del ley propuesto por el gobierno y finalmente aprobado por el Congreso no contenía los mecanismos necesarios para asegurar que los derechos de las víctimas allí reconocidos serían protegidos adecuadamente¹⁴⁴. De esa manera, la ley de Justicia y Paz fue criticada como una forma

¹⁴⁴ CEPEDA, Castro, Iván, “Fundamentos éticos y políticos para la reconstrucción del país”. *Seminario Reconstrucción de Colombia*. Planeta Paz, DeJuSticia, CODHES, Fundación Manuel Cepeda Vargas y Unijus, Bogotá, agosto de 2007. Pág. 15 y ss.

más sutil y disfrazada de impunidad y, por esa razón, su texto fue atacado en el Congreso y su constitucionalidad fue cuestionada ante la Corte Constitucional inmediatamente después de su promulgación.

La estrategia utilizada por el Movic y las organizaciones de derechos humanos para enfrentar la ley de justicia y paz en el seno del Congreso y ante la Corte Constitucional implicó un uso emancipatorio de la justicia transicional en su discurso. En efecto, estas organizaciones utilizaron de manera importante la lógica y las categorías de la justicia transicional para oponerse a la ley. Este uso de la justicia transicional implica una tensión con la idea, defendida por la mayoría de estas organizaciones, de que en Colombia no hay ni una transición, ni un contexto transicional. Además, este uso de la justicia transicional contrasta con el enfoque maximalista y basado en derechos que estas organizaciones adoptaron en las primeras etapas de la discusión política sobre el marco jurídico, de conformidad con el cual los derechos de las víctimas deberían protegerse sin restricción. Y en particular sin importar la necesidad política de lograr la paz.

Durante la discusión de los proyectos de ley tendientes a dotar de un marco jurídico al proceso de desmovilización, algunas de las organizaciones de derechos humanos adoptaron una posición menos radical, que admitía que un arreglo negociado podría implicar la existencia de una fórmula jurídica específica capaz de responder a la necesidad política de lograr la paz, pero que en todo caso insistiera en la importancia de proteger adecuadamente los derechos de las víctimas y de asegurar la garantía de no repetición. De ese modo, a pesar de negar la existencia de una transición en Colombia, el Movic y las organizaciones de derechos humanos hicieron uso del principio central de la justicia transicional que -como lo hemos ya mencionado- consiste en la necesidad de lograr un equilibrio entre las exigencias de paz y justicia.

Por esa razón, estas organizaciones apoyaron el proyecto alternativo promovido por algunos Congresistas, que también admitía la posibilidad de un castigo penal reducido, pero establecía que el mismo debía ser proporcional a los crímenes cometidos, y sólo debía ser concedido si cada beneficiario confesaba todos los crímenes en los cuales había participado

e integraba integralmente a sus víctimas¹⁴⁵. Una vez este proyecto de ley fue derrotado por la ley de Justicia y Paz, las organizaciones de víctimas y de derechos humanos también utilizaron la lógica y las categorías de la justicia transicional para cuestionar la constitucionalidad de esta última, alegando esencialmente que la misma violaba flagrantemente los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y que en consecuencia no buscaba ni lograba un equilibrio entre paz y justicia¹⁴⁶.

Así entonces, texto de la ley de justicia y paz fue sometido a un examen riguroso, que buscaba poner en evidencia las falencias de su contenido, por lo cual se hacía poco probable la protección de los derechos de las víctimas. Entonces, una vez surtido el trámite ante el Congreso, el Movice y las organizaciones de derechos humanos presentaron múltiples acciones de inconstitucionalidad contra dicha ley, en las que, esencialmente, se defiende una efectiva protección de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, y se critica la ruptura del equilibrio entre justicia y paz propio de la justicia transicional.

El resultado de estas acciones jurídicas en contra de la ley de justicia y paz por parte de este movimiento y de las organizaciones no ha producido efectos completamente exitosos, si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional no accedió a su petición inicial, consistente en la declaratoria de inconstitucionalidad de la totalidad de la ley. Sin embargo, en todo caso ha tenido efectos importantes, pues la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad y la constitucionalidad condicionada de muchas disposiciones de la ley que afectaban desproporcionadamente los derechos de las víctimas. Aún con este resultado, lo importante de este proceso es que en las decisiones de la Corte¹⁴⁷ se reconoce claramente la necesidad

¹⁴⁵ El proyecto de ley alternativo fue promovido por los Congresistas Rafael Pardo, Gina Parody, Rodrigo Rivera, Luis Fernando Velasco, Carlos Gaviria y Germán Navas, y su título era el siguiente: “(P)or la cual se dictan disposiciones para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y de la sociedad colombiana en procesos de reconciliación con grupos armados al margen de la ley”. Entre otros asuntos, este proyecto alternativo incluía la obligación de los victimarios de reparar a sus víctimas con bienes tanto legales como ilegales, y la obligación del Estado de reparar en caso de insuficiencia de bienes o de imposibilidad de individualizar al victimario.

¹⁴⁶ Más adelante comentaremos con detalle los argumentos jurídicos que utilizaron para sostener esta posición frente a la Corte Constitucional.

¹⁴⁷ Corte Constitucional, sentencias C-127 de 2006, C-319 de 2006, C-370 de 2006, C-455 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-650 de 2006, C-670 de 2006, C- 719 de 2006, C-080 de 2007.

de no desconocer el principio propio de la justicia transicional, que establece la necesidad de lograr un equilibrio entre la paz y la justicia, lo cual implica que los derechos de las víctimas pueden ser restringidos, pero no sacrificados desproporcionadamente en favor de la paz. De ese modo, las sentencias de la Corte han apuntado a proteger efectivamente los derechos de las víctimas y a restringir las fórmulas jurídicas que conducen a la impunidad.

3.1. Contexto normativo en el que se discutió la ley de justicia y paz

Colombia enfrenta un conflicto armado interno desde hace más de cincuenta años que se caracteriza por ser complejo¹⁴⁸, con múltiples actores armados, altos índices de violencia, que se traduce en graves violaciones a los derechos humanos y/o el derecho internacional humanitario en contra de la población civil, con un número importante de víctimas de graves crímenes que esperan del Estado la garantía de sus derechos y la adopción de medidas de reparación.

La solución política del conflicto no da espera y varios gobiernos han fracasado en su intento por erradicar la violencia, así Colombia ha vivido varios intentos de desmovilización con diferentes actores armados, pero no han estado acompañados de medidas integrales que garanticen los derechos de las víctimas, la superación de la impunidad sobre graves violaciones a los derechos humanos y el logro de una convivencia pacífica.

En agosto de 2002 Álvaro Uribe Vélez asumió la Presidencia de Colombia, y algunos comandantes de los grupos paramilitares hicieron pública su intención de iniciar un proceso de negociación para su desmovilización. Dicho proceso se inició formalmente con la integración de una comisión exploratoria de paz en diciembre de 2002¹⁴⁹, una condición formalmente impuesta por el Gobierno para dialogar con los grupos paramilitares consistió

¹⁴⁸ Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI), *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*. Universidad Nacional. Norma (ed.), Bogotá, 2006. Págs. 33 y ss.

¹⁴⁹ Presidencia de la República. Oficina del Alto Comisionado para la Paz. *Proceso de Paz con las Autodefensas. Informe Ejecutivo*, diciembre de 2006. Pág. 5.

en exigirles el compromiso de cesar todas las acciones armadas. Este compromiso ha sido equivocadamente llamado como “cese de hostilidades”¹⁵⁰. Como resultado del proceso, el Gobierno ha señalado que se ha producido la desmovilización de más 30.000 paramilitares y la apertura de procesos penales contra más de 2.000 de ellos.

Este proceso de negociación, desmovilización y reinserción de las estructuras paramilitares ha tenido como marco un panorama de incertidumbre, con manifestaciones sobre la falta de transparencia en las negociaciones, las continuas amenazas de ruptura por parte de los paramilitares, el incumplimiento al “cese de hostilidades”¹⁵¹, la eliminación física y desaparición de varios de los mandos paramilitares¹⁵² y la recomposición de sus estructuras de poder económico, político y militar en las regiones colombianas¹⁵³.

El marco jurídico que fue expedido para la reinserción de los paramilitares también ha sido objeto de múltiples críticas por parte de los partidos políticos, del Movice, de las organizaciones de derechos humanos, del Sistema de Naciones Unidas, del Sistema Interamericano, de miembros de la Comunidad Internacional y de académicos, que se cuestionaron sobre si éste proceso verdaderamente es coherente con las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos, especialmente con aquellos tratados en los que se regulan derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, propios de situaciones de crímenes sistemáticos contra la población civil.

¹⁵⁰ Es equivocada la expresión “cese de hostilidades” porque los grupos paramilitares en Colombia no se enfrentan al Estado, es decir, en sentido estricto no presentan una actitud hostil en contra del Estado buscando derrocarlo y obtener un nuevo régimen. Se ha demostrado con base en las confesiones obtenidas a partir de los procesos judiciales que se adelantan a raíz de este proceso, que lo que los grupos paramilitares hicieron como grupo armado fue cometer crímenes de manera sistemática y con el apoyo del Estado en contra de la población, es decir, cometieron crímenes de lesa humanidad.

¹⁵¹ Según datos de la Comisión Colombiana de Juristas entre el 1º de diciembre de 2002 y el 30 de junio de 2007 se registraron 3.530 violaciones al derecho a la vida atribuidas directamente a los grupos paramilitares. www.coljuristas.org página consultada en enero de 2010.

¹⁵² El Décimo Tercer Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA) señala que según datos de la Alta Consejería para la Reinserción (corte abril 09), el número de desmovilizados muertos colectivos e individuales es de 1941, de los cuales 1298 fueron por homicidio(66%).

¹⁵³ Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), *El rearme paramilitar, sin novedad en el frente*. CINEP, Bogotá, 2009. Págs. 35 y ss.

Jurídicamente el primer paso que dio el Estado colombiano para poder negociar con los grupos paramilitares fue prorrogar la ley 418 de 1997, expedida durante el Gobierno del Presidente Ernesto Samper Pizano para negociar con los grupos subversivos existentes en el país. Dicha ley tuvo una vigencia limitada en el tiempo a tan solo dos años porque un proceso de negociación no podía ser indefinido. El 23 de diciembre de 2002, ya siendo presidente Álvaro Uribe Vélez, el congreso expidió la ley 782 de 2002 cuyo propósito fue prorrogar la ley 418 con el propósito de tener un marco jurídico para la negociación con los grupos paramilitares.

Pero la ley 782 de 2002 hizo algo más que prorrogar la ley 418. Como su sentido era generar condiciones para negociar con los grupos paramilitares, el congreso incluyó algunas modificaciones sustanciales en particular con la posibilidad de otorgar beneficios de indulto establecidos en la ley 418 de 1997. Esta señalaba en su artículo 50 que: *“El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con éstos, cuando a su criterio, la Organización Armada al margen de la ley a la que se le reconozca el carácter político, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil”*.

La ley 782 en su artículo 16 modificó el contenido del Artículo 50 de la ley 418 de la siguiente manera: *“El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político cuando a su juicio, el grupo armado organizado al margen de la ley con el que se adelante un proceso de paz, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil*. Esta disposición le permitiría al gobierno otorgar beneficios que en principio eran exclusivos de los grupos subversivos y que estaban supeditados al reconocimiento de un carácter político del grupo, es decir, se estaban creando las condiciones para otorgar beneficios de indulto también a los miembros de los grupos paramilitares. Posteriormente, el Gobierno nacional expidió un decreto reglamentario de la ley 782, el decreto 128 de

2003. En él, el gobierno introdujo otra sutil modificación en relación con la ley que reglamentaba. El mismo artículo 50 de la ley 418 de 1997, con las modificaciones incorporadas por la ley 782 de 2002, prescribió que el beneficio de indulto: *“no se aplicará lo dispuesto en este título a quienes realicen conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión”*.

Por su parte el decreto 128 en su artículo 21 modificó esta norma de la siguiente manera: *“No gozarán de ninguno de los beneficios señalados quienes estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos que de acuerdo con la Constitución Política, a la ley o a los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia no puedan recibir esta clase de beneficios. Los beneficios de la reincorporación no excederán el término de dos (2) años, plazo que se reputa suficiente para que se cumpla la reincorporación definitiva de la persona desmovilizada a la vida civil. El Ministro del Interior, mediante resolución motivada, podrá ampliar este término en casos y por razones excepcionales”*.

Es decir, el Gobierno consideró que la razón para no otorgar beneficios de indulto no era no haber cometido graves crímenes en contra de la humanidad, sino no estar siendo investigados por ellos. Esta diferencia que podría pasar inadvertida, en el contexto de elevadísimos índices de impunidad que existe en el Estado colombiano frente a los crímenes cometidos por los grupos paramilitares significaba que el Estado estaba renunciando a su deber de investigar y sancionar a responsables de miles de crímenes y que con base en el argumento formal de no existir investigaciones penales por delitos graves, el Estado podría dejar en libertad a miles de combatientes sin haberlos investigado. Por ello, tan solo 2000 de los 30000 paramilitares que dijo haber desmovilizado el Gobierno fueron “postulados” a los beneficios de la ley 975 de 2005, que son exclusivamente para quienes han cometido crímenes de lesa humanidad y por esa misma razón, según la fiscalía en la práctica solo 621 de ellos han manifestado su voluntad de confesar sus crímenes¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Comisión Colombiana de Juristas, “¿Imputaciones parciales o derechos parciales?”, Boletín no. 32, serie sobre los derechos de las víctimas y la aplicación de la ley 975 de 2005. Pág. 2 y ss. Disponible en: www.coljuristas.org.

En síntesis, la mayoría de los miembros de los grupos paramilitares fueron dejados en libertad sin haberles tomado en muchos casos más que sus datos personales. Es decir, con base en la ineficacia del aparato judicial para individualizar a los responsables de crímenes atroces, el decreto 128 permitió que el gobierno nacional extendiera un perdón y olvido a la gran mayoría de los paramilitares, contrariando lo establecido en la ley 782 de 2002. Al no estar vinculados a un proceso concreto distinto al delito de concierto para delinquir o porte ilegal de armas, el gobierno procedió a conceder el indulto, la suspensión condicional de la ejecución penal, la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, aparentemente, a cerca de 30.000 personas que participaron en las ceremonias colectivas de entrega de armas, dejando así en la impunidad a una enorme cantidad de perpetradores de violaciones de derechos humanos, situación que será muy difícil revertir en la práctica.

El segundo paso se dio, con la expedición de la ley 975 de 2005 (en adelante ley de justicia y paz), dos años y medio más tarde de la iniciación del proceso de concertación con los paramilitares para su entrega. Esta ley también llamada "*ley de justicia y paz*" alegaba contener múltiples promesas, incluyendo: el fin del paramilitarismo, la superación de la impunidad, la revelación de la verdad y la consolidación de la paz en el país. A partir de este discurso del gobierno nacional, materializado en la ley de justicia y paz, la opinión pública empezó a hablar de este proceso como un proceso de justicia transicional, lo cuál es paradójico por la obvia razón de que tiene lugar en medio de un conflicto armado que no muestra claras señales de una transición.

Así la ley de justicia y paz se caracteriza por ser una norma de aplicación residual a todos aquellos paramilitares que no puedan incluirse en los beneficios de la ley 782 y de su decreto reglamentario 128. Además, está diseñada para procesar de manera excepcional a los paramilitares que tengan procesos abiertos o puedan ser procesados por delitos graves constitutivos de violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, situación en la que se encontraban los máximos comandantes paramilitares.

A partir de una serie de demandas a la ley de justicia y paz, la Corte Constitucional ejerció el control constitucional de dicha ley y, consecuentemente, declaró la inconstitucionalidad de varias normas importantes de la ley y la constitucionalidad condicionada de otras disposiciones igualmente relevantes, y estableció importantes pautas para su aplicación. Al hacer el análisis de las disposiciones demandadas, la Corte dio particular prioridad a garantizar la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. La sentencia de la Corte, aunque no resuelve todos los problemas de la ley de justicia y paz, es un referente fundamental para la debida aplicación de esta ley.

3.2 Adopción del discurso de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, por parte de la Corte Constitucional colombiana, en la revisión constitucional de la Ley de Justicia y Paz.

Este acápite está dividido en dos partes, en la primera presentaré las obligaciones internacionales de derechos humanos que el Movice y las organizaciones de derechos humanos alegaron como desconocidas por la ley de justicia y paz. En la segunda parte, presentaré como, a la luz del Derecho Internacional, la Corte en la sentencia C-370 de 2006 declaró la constitucionalidad condicionada de artículos de la ley de “Justicia y Paz” referentes a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, con esto logra integrar el derecho internacional al derecho interno en un intento por determinar un marco mínimo de derechos que debe observar el Estado colombiano en posibles procesos de justicia transicional.

Así entonces, formularé los principales argumentos que el Movice y las organizaciones de derechos humanos -como demandantes- presentaron ante la Corte Constitucional colombiana, para pedirle que declare la inconstitucionalidad de la ley 975 por vicios de fondo. En primer lugar, se alegó que:

La ley 975 desconocía las obligaciones del Estado colombiano en materia de verdad, justicia y reparación.

Respecto a la verdad se sostuvo que dentro de la ley el ocultamiento de información acerca de graves delitos cometidos, por ejemplo, no tiene ninguna consecuencia en términos de pérdida de beneficios para la persona desmovilizada; la ley tampoco obligaba a las personas desmovilizadas a dar información acerca del paradero de las personas desaparecidas.

Los demandantes alegan que la ley desconoce el derecho a la justicia, al establecer, por ejemplo, un término de 60 días para adelantar la investigación. Adicionalmente, las víctimas no podrán participar adecuadamente en los procesos, con lo cual el ejercicio de sus derechos se ve seriamente comprometido.

En este contexto, consideran que el derecho a la reparación tampoco sería garantizado. No solamente porque no se conocerá la verdad de los hechos, o porque no habrá investigaciones reales, o porque las víctimas no podrán participar adecuadamente durante el proceso, sino también porque las normas que explícitamente se refieren a la reparación son también inconstitucionales. Las personas desmovilizadas sólo deberán entregar, si los tienen, los bienes de procedencia ilícita.

Por último señalaron que no se prevén mecanismos para evitar el fraude procesal, ni se exige al desmovilizado responder con todo su patrimonio. A pesar de que en esas circunstancias serán muy pocos los bienes entregados, la ley creaba un fondo de reparaciones que depende en gran medida de esos recursos. No hay tampoco garantías de no repetición, que son un componente del derecho a la reparación. Al contrario, si la persona continuaba delinquir no pierde el beneficio de la pena alternativa.

Concedía generosos beneficios de rebajas de penas a las personas desmovilizadas, a pesar de que estas no contribuyeran efectivamente a la paz:

Los demandantes consideran que por vía de la ley se concedían indultos velados a quienes se acogen a ella. Alegaron que los derechos a la paz y a la justicia son complementarios, interdependientes, y en la medida en que no se garantice la justicia (entendida como verdad,

justicia y reparación) respecto de los más graves crímenes, no se sentarían bases sólidas para lograr la convivencia pacífica. A pesar de ello, la ley preveía generosos beneficios de rebajas de penas para quienes se acojan a ella; estos beneficios resultan, en estas circunstancias, contrarios a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos.

Violaba la prohibición de conceder amnistías e indultos por violaciones a los derechos humanos y otorga, indebidamente, el tratamiento de delincuentes políticos a los miembros de los grupos paramilitares:

Los demandantes consideraron que a través de la norma demandada se concedían penas alternativas muy bajas sobre la base de un procedimiento que no garantiza verdad, justicia, ni reparación, de manera tal que el beneficio de la pena alternativa gozaría de un indulto velado, además permitía la exoneración de una parte muy importante de la pena sin que se den las condiciones mínimas exigidas por la Constitución Política, los tratados y los compromisos internacionales.

También, mostraron que la ley adicionaba al tipo penal de sedición la posibilidad de que los miembros de los grupos paramilitares sean considerados delincuentes políticos, con lo cual desconocía el carácter del delito político, la excepcionalidad de su tratamiento en la Constitución, y la naturaleza de los grupos paramilitares.

3.3. Acatamiento al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por parte de la Corte Constitucional colombiana, reflejado en la Sentencia C-370 de 2006

En primer lugar es necesario señalar que en Colombia el bloque de constitucionalidad ubica dentro de la misma jerarquía constitucional a los tratados internacionales que consagran derechos humanos y hayan sido ratificados por el Estado colombiano, así lo establece la Constitución Política de Colombia, en su artículo 93, cuando prescribe que: "*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos*

humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.[...] Los deberes y derechos consagrados en esta Carta se interpretarán en conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Al respecto, la Corte Constitucional colombiana (la Corte), en su intento por determinar la función y alcance del bloque de constitucionalidad, ha señalado la existencia de lo que denomina bloque “en sentido estricto” en el que ubica a las normas con jerarquía constitucional, y bloque “en sentido lato” donde se encuentran otras disposiciones, que permiten tener un parámetro de constitucionalidad de las leyes, que en consecuencia puede acarrear la invalidez de una norma sometida a control constitucional. Así, la sentencia C-191 de 1998 establece esta diferenciación conceptual en el fundamento 5 de esa sentencia cuando afirma que: *“resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad stricto sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93). (...) Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias”.*

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe señalar que el estado colombiano ratificó, entre otros, en 1969 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en 1973 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en 1987 la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes, en 1999 la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas. Igualmente, la República de Colombia ratificó los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 así como el Protocolo adicional a los Convenios de

Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) .

El control de constitucionalidad de la ley de “*Justicia y Paz*” resultó siendo un caso difícil en el que el sistema jurídico colombiano no contemplaba una alternativa evidente para alcanzar una solución. Así, la Corte reconoce haber considerado necesario acudir al derecho internacional, a la jurisprudencia constitucional e interamericana para encontrar el contenido mínimo de cada uno de los derechos puesto en cuestión¹⁵⁵.

En virtud de lo anterior la Corte en la sentencia C-370 de 2006, luego de hacer un recorrido por las disposiciones que en esta materia contienen los distintos tratados internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario ratificados por Colombia, concluyó que si bien estos instrumentos no reconocen específicamente los derechos a la paz, la verdad, la justicia y la reparación, si reconocen que los Estados partes deben proporcionar recursos efectivos para la protección de los derechos humanos; garantizar a las víctimas el acceso a la justicia; investigar las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario; y deben cooperar para la prevención y la sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones a los derechos humanos¹⁵⁶.

Desde esa perspectiva la Corte consideró que el examen de la ley de “*Justicia y Paz*” debía hacerse teniendo en cuenta la naturaleza y alcances de los derechos a la paz, la verdad, la justicia y la reparación. Para tal fin consideró necesario hacer referencia a la justicia transicional, y evidenciar que una ley como la analizada generaba una tensión entre el derecho a la paz y los derechos de las víctimas. Por esta razón, la Corte consideró necesario

¹⁵⁵ La Corte Constitucional en su análisis tuvo en cuenta las siguientes normas internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana de Derechos Humanos; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; las Disposiciones pertinentes del Derecho Internacional Humanitario; la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio; el Estatuto de la Corte Penal Internacional; la Jurisprudencia Interamericana relativa al Derecho a la Justicia, a la investigación y conocimiento de la verdad, a la reparación de las víctimas y a la no repetición; y el Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad proclamados por la ONU en 1998.

¹⁵⁶ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C 370 de 2006. Parágrafo 4.3.1

definir el contenido mínimo de cada uno de estos derechos según el derecho internacional y la jurisprudencia constitucional e interamericana, de la siguiente manera:

La justicia transicional se rige bajo las obligaciones internacionales y el respeto por la dignidad humana y los derechos humanos:

Para la Corte, la comunidad internacional ha reconocido la importancia de llevar a cabo procesos de transición a la democracia en aquellos países donde existieron dictaduras o de restablecimiento de la paz interna, en aquellos donde existieron conflictos armados internos. Pero de igual forma ha enfatizado que tales circunstancias de transición no pueden llevarse a cabo ignorando las obligaciones internacionales de los Estados, la dignidad humana y los derechos humanos¹⁵⁷.

La Corte argumenta que teniendo en cuenta esto, la comunidad internacional ha admitido una forma especial de administración de justicia que ha denominado “justicia transicional” o “justicia de transición”, sin dejar de exigir que las violaciones a los derechos humanos sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, que los autores de las mismas contribuyan a esclarecer la verdad de lo sucedido y que reciban algún tipo de sanción. De esta manera, la Corte Constitucional evidencia que en los procesos de transición existe una tensión entre el objetivo de lograr un tránsito hacia la paz y los derechos de las víctimas a que las violaciones cometidas sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación¹⁵⁸.

Así, la Corte decidió que la idea general de la ley de “*Justicia y Paz*”, de conformidad con la cual un castigo penal reducido podía justificarse con el fin de alcanzar la paz, era aceptable. No obstante, la Corte estableció que una reducción tal del castigo penal debía estar acompañada de mecanismos adecuados para lograr una protección suficiente y adecuada de los derechos de las víctimas, en ausencia de la cual estos derechos se veían afectados desproporcionadamente y el principio de la justicia transicional se rompía. Según

¹⁵⁷ Idem. Parágrafo 4.2.4.

¹⁵⁸ Idem. Parágrafo 4.2.2.

la Corte, esto era lo que sucedía con varias disposiciones de la ley de “*Justicia y Paz*”, que no contenían garantías suficientes para la satisfacción de los derechos de las víctimas, y que por lo tanto violaban los estándares internacionales y constitucionales en la materia. Por último concluye que “el hecho de que un Estado atraviese por difíciles circunstancias que dificulten la consecución de la paz, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que es el caso de Colombia, no lo liberan de sus obligaciones en materia de justicia, verdad, reparación y no repetición, que emanan de la Convención Americana de Derechos Humanos”¹⁵⁹.

En el caso de la disposición de la ley de “*Justicia y Paz*” según la cual los victimarios tienen la obligación de confesar los crímenes en los que han participado, la Corte declaró su constitucionalidad, bajo la condición de que fuera interpretada en el sentido de que la confesión debía ser completa y fehaciente y que, si esos requisitos no son cumplidos, el victimario perderá el beneficio penal de castigo reducido en cualquier etapa del proceso.

Respecto del derecho a la justicia:

La Corte señala que las obligaciones del Estado relativas a la investigación, juzgamiento y sanción de las violaciones de Derechos Humanos encuentran un primer fundamento normativo explícito en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y señala que de este Pacto se sustrae que el cumplimiento de la obligación Estatal en relación con el derecho a la justicia implica que los recursos a que se refiere esta norma (i) estén a disposición de toda persona, y sean adecuados para que aun los sujetos especialmente vulnerables puedan acceder a ellos; (ii) sean efectivos para reivindicar los derechos fundamentales amparados por el Pacto, y (iii) garanticen que las denuncias por violaciones de derechos sean investigadas de un modo rápido, detallado y efectivo por órganos independientes e imparciales. Adicionalmente, la interpretación de la norma exige que haya una reparación para las personas cuyos derechos amparados por el Pacto hayan sido

¹⁵⁹ Idem. Parágrafo 4.5.8.

violados, reparación que implica -por lo general- la concesión de una indemnización apropiada¹⁶⁰.

La Corte al respecto se refiere a la obligación que le asiste al Estado colombiano, en materia de justicia, en cumplimiento de los artículos 1º, 2º, 8 y 25 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*. La Corte resalta que la Convención prescribe respecto de las obligaciones estatales en materia de investigación y juzgamiento de atentados contra los Derechos Humanos, que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en esa Convención. De la anterior interpretación concluye que “es una obligación estatal, que compromete a todos los órganos del poder público, establecer los mecanismos que permitan prevenir, investigar, juzgar y sancionar la vulneración de los derechos humanos amparados por la Convención Americana. Además, en lo que concierne al proceso judicial de investigación, juzgamiento y sanción de dichos atropellos, la Comisión Interamericana entiende que el Estado está obligado a impulsar de oficio las etapas procesales correspondientes, de manera que el derecho a la justicia de las víctimas y sus familiares no resulte ser solamente formal, sino que alcance una realización efectiva”¹⁶¹.

En consecuencia, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la ley de “*Justicia y Paz*”, lo que implica que dicha ley entra en vigor bajo la condición del cumplimiento de los parámetros que estableció la Corte en los términos que veremos en adelante.

Respecto del derecho a la verdad:

La Corte, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, manifiesta que el derecho a la verdad implica que las víctimas conozcan lo sucedido, conozcan quiénes fueron los perpetradores, que los hechos se investiguen seriamente y se sancionen por el Estado, y se prevenga la impunidad¹⁶². En los casos de

¹⁶⁰ Idem. Parágrafo 4.3.2.

¹⁶¹ Idem. Parágrafo 4.3.3.

¹⁶² Idem. Parágrafo 4.5.10.

desaparición forzada, el derecho a la verdad implica además, que se conozca dónde se encuentran los restos de la persona desaparecida, lo cual, a su vez, constituye una medida de reparación; y la sociedad también tiene un derecho a conocer la verdad, que implica la divulgación pública de los resultados de las investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos¹⁶³.

Además, La Corte señala que la impunidad ha sido definida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”. Y que “la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”¹⁶⁴. Así concluye que “Los estados están en la obligación de prevenir la impunidad, toda vez que propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares. En tal virtud están obligados a investigar de oficio los graves atropellos en contra de los derechos humanos, sin dilación y en forma seria, imparcial y efectiva¹⁶⁵.

Respecto del derecho a la reparación y garantías de no repetición:

Para la Corte la obligación de reparar implica en primer lugar, la plena restitución de los derechos, es decir, el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser posible esto, la obligación de reparar en cabeza de los Estados, implica la adopción de otra serie de medidas que además de garantizar el respecto a los derechos violados, reparen las consecuencias de la infracción; entre ellas, la indemnización compensatoria¹⁶⁶.

En el caso de las disposiciones de la ley de “*Justicia y Paz*” relativas al deber del victimario de reparar a sus víctimas, la Corte las declaró constitucionales bajo la condición de que ese

¹⁶³ Idem. Parágrafo 4.5.12

¹⁶⁴ Idem. Parágrafo 4.4.5 y 4.8.b

¹⁶⁵ Idem. Parágrafo 4.5.6.

¹⁶⁶ Idem. Parágrafo 4.5.9.

deber sea interpretado en el sentido de que implica la entrega de todos los bienes necesarios para reparar, incluidos tanto los obtenidos legalmente como los transferidos a terceros que hayan tenido como fin el de evadir responsabilidades jurídicas¹⁶⁷.

Además, la Corte estableció que de conformidad con la jurisprudencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos, el deber de los victimarios de reparar no se restringe a sus víctimas directas, sino que puede cubrir a sus familiares¹⁶⁸. Finalmente, la Corte declaró que el Estado mantiene una responsabilidad subsidiaria en relación con las reparaciones, que implica que, en caso de que los bienes de los victimarios sean insuficientes para reparar a las víctimas, el Estado tendrá que proveer el faltante que sea necesario para lograr una reparación integral¹⁶⁹.

Finalmente, la Corte acoge lo dispuesto por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en los *“Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”* respecto de las garantías de no repetición, distinguiendo como de mayor importancia para la situación de Colombia tener en cuenta que *“tres medidas se imponen para evitar que las víctimas no sean de nuevo confrontadas a violaciones que puedan atentar contra su dignidad: “a) Disolución de los grupos armados paramilitares: se trata de una de las medidas más difíciles de aplicar porque, si no va acompañada de medidas de reinserción, el remedio puede ser peor que la enfermedad; “b) Derogación de todas las leyes y jurisdicciones de excepción y reconocimiento del carácter intangible y no derogable del recurso de habeas corpus; y “c) Destitución de los altos funcionarios implicados en las violaciones graves que han sido cometidas. Se debe tratar de medidas administrativas y no represivas con carácter preventivo y los funcionarios pueden beneficiarse de garantías^{170”}.*

¹⁶⁷ Idem. Parágrafo 6.2.4.1.22.

¹⁶⁸ Idem. Parágrafo 6.2.4.2.9.

¹⁶⁹ Idem. Parágrafo 6.2.4.1.12.

¹⁷⁰ Idem. Parágrafo 4.7.3.4.

A modo de conclusión podemos señalar que el control de constitucionalidad de la ley de “*Justicia y Paz*” reflejo una discusión pública sobre la interpretación de la relación entre paz y justicia, según la cual en virtud de la primera, la justicia podía tener una restricción ajustada al discurso de la justicia transicional. Puede concluirse que la Corte Constitucional colombiana encontró que no puede sustraerse de la normativa internacional en materia de derechos humanos, ya que está representa un poder normativo que le obliga a observar los estándares jurídicos de la justicia transicional, los cuales restringen las opciones políticas disponibles para lograr una paz negociada. Así, la Corte Constitucional en la sentencia estudiada, dejó claro que existe un imperativo jurídico mínimo e inescapable en relación con los derechos de las víctimas.

El reconocimiento por parte de la Corte de los derechos de las víctimas dio paso a que éstas estén en el centro de las discusiones políticas. Esto posibilitó el reconocimiento nacional de las víctimas como sujetos políticos, cuyos puntos de vista son importantes y de esta manera contribuyó al empoderamiento de las víctimas. Mejor aún, este reconocimiento por parte de la Corte, deja instalada en la discusión la idea de que la búsqueda de la paz no puede anular o arrasar los derechos de las víctimas, así como también aportó el efecto práctico de ciertos ajustes al marco jurídico, que se hicieron a través de la sentencia estudiada, tendientes a evitar una afectación desproporcionada de esos derechos.

Pese a los cambios fundamentales de la ley de “*justicia y paz*” provocados por la sentencia de la Corte, el gobierno y los paramilitares se han mantenido en un discurso de aceptación retórica pero no real de la aplicabilidad de los derechos de las víctimas. El gobierno y los paramilitares han intentado mantenerse en esta posición, a través del uso de decretos reglamentarios¹⁷¹ que van en contra de las decisiones de la Corte. Esta situación pone en riesgo las garantías de no repetición, ya que las estructuras de poder del paramilitarismo no están siendo desarticuladas de manera efectiva, porque, en detrimento del cumplimiento de la Sentencia estudiada, el gobierno no procura la desarticulación de los vínculos de los grupos paramilitares con las autoridades estatales.

¹⁷¹ Decreto 4760 de 2005, Decreto Reglamentario 3391 de 2006, Resolución 3998 de 2006, Resolución Reglamentario 0387 de 2007, Decreto 423 de 2007, Decreto Reglamentario 315 de 2007.

Por último, y sin querer restar importancia a la sentencia de la Corte, cabe concluir que es imperioso un uso cauteloso de la justicia transicional en un contexto como el colombiano, en el cual no está teniendo lugar una transición real a la democracia o el fin del conflicto armado. Esta situación exige una reconsideración sistemática del marco conceptual y de las recomendaciones usuales de la justicia transicional, con el fin de comprender cómo deberían aplicarse a conflictos aún en curso, o a negociaciones parciales con algunos de los actores armados de un conflicto.

3. Fortalecimiento organizativo, incidencia en políticas públicas y seguimiento al trámite legislativo de la ley de víctimas.

El Movice junto a organizaciones de derechos humanos y organizaciones sociales hacen parte de lo que denominan “Mesa Nacional de Víctimas pertenecientes a Organizaciones Sociales” (Mesa Nacional de Víctimas). Desde esta plataforma organizativa adelantan un proceso de fortalecimiento organizativo, cuyo objetivo principal es desarrollar actividades de incidencia en políticas públicas en favor de las víctimas. Dicho proceso tiene la intención de mejorar y cualificar la organización de las víctimas a nivel local y regional mediante la construcción participativa, la gestión y posicionamiento de la agenda pública de las víctimas en un contexto más amplio, y en el cual se visibilizan sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, incluyendo un enfoque diferencial e incidiendo en las políticas públicas a favor de las víctimas.

Para ello llevan a cabo diferentes actividades de manera conjunta, como talleres regionales de concertación y construcción de una agenda pública de víctimas, acorde con la coyuntura nacional y regional, y de cara al trámite legislativo del proyecto de ley de Víctimas, para lo cual se diseñó una metodología de trabajo y se implementaron varias estrategias, entre ellas una de comunicaciones y difusión, con el fin de orientar las actividades en función del objetivo de informar a las comunidades sobre el contenido del proyecto de ley y recoger sus observaciones, sugerencias y análisis para lograr que las víctimas tengan la debida incidencia y participación en la ley y otras políticas de interés nacional.

Así entonces, a partir de la identificación de aspectos que se debían fortalecer en el área de comunicación y divulgación de la Mesa Nacional de Víctimas sobre el trabajo que desarrolla y su incidencia en la ley de víctimas, se implementaron diversas acciones; bajo el diseño de una estrategia. En la fase inicial, se llevo a cabo un proceso de contextualización y de ajuste entre los proyectos e iniciativas que venían liderando las diferentes organizaciones que integran la Mesa Nacional, en una agenda ciudadana común, con el imperativo de lograr una plena participación en el proceso de debate político de la Ley de Víctimas tanto en la Cámara de Representantes como en el Senado de la República.

Para lograr tal objetivo se implementaron diversas actividades de seguimiento de la iniciativa legislativa, así como de análisis sobre la misma, contando con los trabajos e investigaciones realizados por varias organizaciones nacionales, académicos y juristas. Este proceso también tiene como objetivo visibilizar, denunciar, incidir e interpelar con organismos del Estado, sociedad civil, candidatos a cargos públicos y demás, las propuestas de las víctimas y sus agendas, con el fin de ampliar su rango de participación en el desarrollo del debate legislativo, a partir de la realización de varias audiencias, una de ellas congressional celebrada el pasado 20 de octubre de 2010.

Este proceso también contempla una estrategia de acción frente a medios de comunicación y representantes del Estado, con el fin de dar a conocer públicamente sus planteamientos en torno a la ley discutida. El punto de partida de la estrategia de comunicación, parte de la creación de un eje conceptual, que contribuya a visibilizar y posicionar en la agenda pública local, regional y nacional la agenda de las víctimas, enfatizando en las acciones políticas y sociales que contribuyan a garantizar los derechos a verdad, justicia y reparación. Así entonces, se han celebraron diversas reuniones con periodistas de medios masivos o alternativos de comunicación, algunas bancadas parlamentarias y representantes del Gobierno Nacional como la Vicepresidencia de la República. En estas reuniones se presentaron las revisiones que hicieron a los objetivos y los artículos de dicho proyecto de ley, se emprendieron jornadas de estudio y de análisis comparativo con otras disposiciones, a fin de valorar la iniciativa, destacar sus avances y llamar la atención sobre sus vacíos.

Con base en ello, y teniendo en cuenta también los estudios y diagnósticos previos de académicos, se estableció un programa de trabajo, definiendo el alcance de sus resultados y la realización de unos productos específicos para la difusión del proyecto de ley y asimismo, para recoger las voces de las víctimas y de las organizaciones sociales a nivel regional. Entre estos se destacan: Convocatoria a los eventos locales y nacionales; elaboración de comunicados de prensa para los eventos regionales y nacionales, reuniones con medios de comunicación nacionales y regionales, participación en espacios radiales, participación de la Mesa Nacional de víctimas en medios de comunicación y entrevistas, producción de material audiovisual para ser distribuido en las regiones durante los talleres de deliberación convocados por la Mesa Nacional de Víctimas pertenecientes a organizaciones sociales, programas radiales relacionados con los derechos de las víctimas y sus agendas; boletín informativo quincenal; creación y actualización permanente del Blog de la Mesa; artículos mensuales del tema de víctimas en el semanario virtual Caja de Herramientas, artículos trimestrales del tema de víctimas en el impreso Caja de Herramientas; comunicados de prensa con los pronunciamientos de la Mesa Nacional de víctimas pertenecientes a organizaciones sociales; entrevistas mensuales a parlamentarios, candidatos a cargos locales, líderes sociales, comunidad internacional, entre otros.

Fruto de todas estas discusiones internas de la Mesa Nacional de Víctimas y de su intercambio con los diferentes actores políticos mencionados anteriormente, la mesa hizo pública una cartilla denominada “*Preguntas Fundamentales sobre la Ley de Víctimas*”¹⁷². En su primera parte, se analizaron los derechos de las víctimas respecto a la reparación integral, considerando las diferencias entre restitución, indemnización, rehabilitación satisfacción y garantías de no repetición. El objetivo primordial era informar sobre los derechos de las víctimas y diferenciar claramente el derecho de reparación a la asistencia humanitario o el acceso a servicios sociales que el Estado debe garantizar, sin exclusión alguna, a todos sus ciudadanos. Así mismo desarrolló un capítulo especial, en el cual se explica el alcance y contenido de las normas contenidas en el proyecto de Ley frente a la población víctima del desplazamiento forzado y el destierro. Para terminar, se

¹⁷² Consultada en <http://mesanacionaldevictimas.blogspot.com/> el 5 de agosto de 2011.

suministraron datos generales como directorios, contactos y enlaces institucionales; se presentó la bibliografía, referencias y fuentes consultadas; y, por último, se anexaron documentos de ley y similares, cuya consulta por parte de los ciudadanos se consideró importante para tener una información más detallada sobre los procedimientos y las normas concordantes.

Todo este proceso ha representado un gran desafío para el movimiento social en Colombia que lo ha asumido como un momento de refundación de valores y principios en la sociedad colombiana y como la oportunidad de establecer conceptos emancipatorios dentro de la discusión pública y nacional que se ha dado alrededor de la grave situación en la que se encuentran las víctimas de violaciones de derechos humanos y DIH.

Para dicho movimiento social este reto dio frutos positivos este 6 de junio con la expedición de la ley de víctimas, porque consideran que la sociedad colombiana ha dado un paso fundamental en el reconocimiento de las consecuencias humanitarias del prolongado conflicto armado y otras formas de violencia sistemática, y de la necesidad de adelantar políticas públicas orientadas a garantizar el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos y los diferentes grupos sociales victimizados. Afirman que esta ley es el resultado del esfuerzo mancomunado de varios años de las organizaciones de víctimas y de las organizaciones defensoras de los derechos humanos. Consideran que el debate sobre la Ley de víctimas ha puesto en evidencia la existencia de diferentes perspectivas sobre la manera como delimitar tanto el universo de víctimas como el contenido de los derechos, los instrumentos institucionales adoptados y su capacidad para asegurar oportunamente su realización efectiva, dada la magnitud de un problema que involucra alrededor el 10% de la población del país.

Bajo este punto de vista, el Movice y las organizaciones sociales y de derechos humanos consideran que es posible destacar aspectos positivos en la aprobación de la ley, así como en el texto de la misma. En adelante me ocupo de presentar brevemente dichos aspectos:

Significado simbólico de la ley. La aprobación de una ley especialmente dirigida a la atención, asistencia y reparación para las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, resulta de gran importancia histórica, ya que con ello el Estado Colombiano contribuiría al resarcimiento moral y la reivindicación de un importante sector de la población cuyo sufrimiento y situación de vulnerabilidad no ha sido un asunto prioritario en la agenda pública oficial. Es preciso destacar que el texto base de la iniciativa que dio como resultado la ley finalmente aprobada, fue producto de antecedentes en los que múltiples organizaciones se esforzaron por situar en la agenda pública la reivindicación de las víctimas, en un momento histórico en el que este tema no era prioritario.

Propósito de la ley en materia de atención y reparación. La ley se encuentra enmarcada dentro de la necesidad de crear un marco normativo que establezca las bases de un modelo que contribuya a la realización de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación integral y las garantías de no repetición, a partir del reconocimiento de la existencia de un *daño antijurídico*.

Reconocimiento dado por la ley a las víctimas. La ley parte del reconocimiento público hacia las víctimas, de la necesidad de construir políticas públicas en su favor y de la intención de contribuir a la disminución de la acrecentada deuda histórica que el Estado y la sociedad colombiana tienen con ellas a lo largo de varias décadas.

Inclusión de los campesinos como parte del principio de enfoque diferencial. La ley incluye a los *campesinos* dentro del listado de grupos reconocidos como expuestos a mayor riesgo de ser víctimas de las violaciones reconocidas en la ley, de tal forma que establece que en su favor el Estado ofrecerá garantías y medidas de protección.

Inclusión del principio de interpretación pro personae. La ley incluye acertadamente y en concordancia con los principios del derecho internacional de los derechos humanos, la obligación del intérprete de las normas consagradas en la ley, de escoger y aplicar la regulación o la interpretación que más favorezca a la dignidad y libertad de la persona

humana, así como a la vigencia de los derechos humanos de las víctimas. Sin embargo, es preciso resaltar que el texto aprobado circunscribe dicha interpretación solamente a los casos de *reparación administrativa*, cuando conforme al derecho internacional, este principio debe aplicarse para todos los efectos de la ley.

Existencia de disposiciones específicas que desarrollan el enfoque diferencial de género. La ley finalmente aprobada incluyó disposiciones específicas en materia de género como es el caso de: haber contemplado como un derecho autónomo y exigible el *de las mujeres a vivir libres de violencia*; ordenar que la definición de las medidas de protección para las mujeres víctimas deberán tener en cuenta las modalidades de agresión, las características de los riesgos que enfrentan, las dificultades para protegerse de sus agresores y la vulnerabilidad ante ellos; consagrar el deber de las autoridades de informar a las mujeres sobre el derecho a no ser confrontadas con el agresor o sus agresores; la existencia de medidas especiales de restitución de tierras para las mujeres; consagrar el deber de la Defensoría del Pueblo de prestar los servicios de representación judicial incorporando criterios de asesoría diferenciales y un componente de asistencia para mujeres víctimas; la consagración, como medida de satisfacción, del reconocimiento público de la existencia de violencia contra la mujer por el hecho de serlo con carácter extendido y generalizado, cuyos efectos son diferenciados, entre otras.

Ampliación del contenido de algunas medidas de asistencia en materia de salud y educación existentes en la Ley 418 de 1997. La ley de víctimas modificó el contenido de las medidas de asistencia en materia de salud y educación, ampliando su contenido a favor de las víctimas. Se pueden destacar, entre otras disposiciones: la exención de cualquier cobro de copago o cuota moderadora en todo tipo de atención en salud; la posibilidad de que la exención de todo tipo de gastos académicos a las víctimas también aplique en instituciones privadas; la obligación en cabeza de las instituciones oficiales de educación superior de garantizar el acceso diferencial de las víctimas a sus programas y en condiciones especiales; la inclusión, dentro de los servicios de asistencia en salud del examen del VIH sida y de enfermedades de transmisión sexual, en los casos en que la persona haya sido víctima de acceso carnal violento y de la interrupción voluntaria del embarazo en los casos

permitidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y la consagración de la atención para los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres víctimas como parte de la asistencia en salud.

Propósito de la ley en materia de restitución. En materia específica de restitución, el propósito de la ley consiste en crear un marco de justicia transicional civil, basado en la superación de las barreras de acceso a la justicia existentes en la legislación ordinaria, y en la creación de un sistema de registro de predios despojados, con el objetivo de contribuir a la restitución de bienes inmuebles rurales.

Inclusión de parejas del mismo sexo dentro del universo de víctimas. La ley incluye a las parejas del mismo sexo como víctimas indirectas y establece plazos específicos y responsables institucionales en temas cruciales para la realización de los derechos en ella consagrados, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Fuentes de financiación para la reparación de las víctimas. La ley ofrece avances en lo relacionado con la persecución del patrimonio de las personas jurídicas y naturales sobre las que existan indicios graves de que financiaron grupos armados ilegales, en calidad de garantía de no repetición y con el objetivo de contribuir al fondo de reparación para las víctimas.

Criterios de revisión de los programas de protección. La ley establece criterios claros para el diseño, implementación y revisión de los programas de protección para las víctimas, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y consagra garantías para que los extraditados contribuyan a la realización del goce efectivo de los derechos a la Verdad, la Justicia y la Reparación de sus víctimas en Colombia.

Avances para alcanzar la restitución de tierras. La ley contempla figuras muy importantes en materia de restitución de tierras como es el caso de: (i) la consideración de principios generales conforme a los *Principios sobre la vivienda y restitución de la propiedad a refugiados y desplazados* de Naciones Unidas; (ii) la introducción de presunciones legales y

de derecho para la realización del principio de inversión de la carga de la prueba; (iii) el establecimiento de facultades transicionales a las instancias judiciales encargadas de adoptar las decisiones de fondo en materia de restitución, (iv) la incorporación de la figura de acumulación procesal con los objetivos de concentrar las actuaciones judiciales y notariales que versen sobre el predio objeto del litigio para que se produzca una decisión jurídica y material única con criterios de integralidad y seguridad jurídica, (v) la posibilidad de que la solicitud de restitución pueda realizarse de forma oral; (vi) el diligenciamiento en un solo proceso de las reclamaciones sobre bienes ubicados en la misma vecindad, con el ánimo de buscar un retorno colectivo de la población desplazada cuando sea del caso; (vii) la inclusión de la titulación a nombre de hombre y mujer; y (viii) la inclusión del deber del Estado de priorizar en sus políticas de desarrollo rural a las víctimas del despojo y el abandono forzado.

Condonación de pasivos del sector financiero. La ley establece que también *las deudas crediticias del sector financiero existentes al momento de los hechos* y que afecten los predios restituidos o formalizados, deberán ser objeto de un programa de *condonación de cartera*.

Importancia de las medidas de resarcimiento simbólico. La ley contempla un número plural de medidas simbólicas de especial connotación para las víctimas, recogiendo los postulados que en esta materia consagran algunos principios internacionales. Entre las mismas puede destacarse la creación de un Centro de Memoria Histórica cuyas actividades harán especial énfasis sobre las modalidades de violencia contra la mujer, así como la instauración del *día nacional la memoria y solidaridad con las víctimas* el 9 de abril de cada año con la obligación según la cual, el Estado deberá realizar durante esta fecha eventos de memoria y reconocimiento de los hechos victimizantes.

Búsqueda de una solución jurídica para la consulta previa a comunidades étnicas. En el marco del debate de la ley de víctimas se llegó al planteamiento de una solución jurídica encaminada a garantizar el goce efectivo del derecho fundamental de las minorías étnicas a la consulta previa, conforme con las normas internacionales y la jurisprudencia de la Corte

Constitucional. La búsqueda, formulación y concertación de la fórmula incluida en la ley de víctimas, en virtud de la cual se otorgan facultades extraordinarias al Gobierno nacional para que regule la reparación integral de las comunidades étnicas que han sido víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario previa satisfacción de la consulta, tiene dos ventajas o aspectos positivos.

La primera, el reconocimiento expreso de que la regulación de los derechos de las víctimas afecta derechos fundamentales e intereses de las minorías étnicas. Así, la fórmula señalada pretende contribuir a evitar la inconstitucionalidad de la ley, ya que los decretos-ley a los que se ha hecho referencia, deberán ser consultados previamente a las comunidades étnicas con todas las garantías para que sean atendidos los criterios establecidos por la Corte Constitucional.

La segunda, que las propias minorías étnicas, como es el caso específico de los pueblos indígenas, se han solidarizado con las demás víctimas del país y han insistido en encontrar una fórmula mediante la cual, sin relativizar el alcance del derecho a la consulta previa, se llegó a una alternativa excepcional que permitiera el avance del debate parlamentario de la ley de víctimas y, a su vez, garantizara el goce efectivo de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas en la materia.

Para terminar, cabe señalar que, pese a los logros que consideran se han alcanzado tanto en el proceso de revisión constitucional de la ley de justicia y paz, así como con la expedición de la ley de víctimas, el Movice y las organizaciones de derechos humanos consideran oportuno continuar posicionando su postura política, según la cual buena parte de los crímenes cometidos contra el movimiento social y popular en Colombia obedecen a una intensión social, política, económica, e ideológica promovida por el Estado colombiano y sus agentes o permitida por este e implementada por grupos paramilitares, en favor de intereses particulares ligados a las clases dominantes y empresas transnacionales, crímenes todos que son de clara responsabilidad estatal, por tanto, es éste quien tiene la obligación de responder ante las víctimas, sus familiares, las organizaciones a las que pertenecen y al

conjunto de la sociedad colombiana, garantizando el derecho a la verdad, la justicia, la reparación integral y la no repetición de los crímenes.

Desde esta perspectiva continúan fortaleciendo sus procesos organizativos, promoviendo la formación política, la movilización popular callejera, y la elaboración de propuestas políticas y jurídicas, que contribuyan al empoderamiento de las víctimas y a la efectividad de sus derechos.

VI. Conclusiones

Primera. La justicia transicional se viene construyendo a partir de la experiencia de diversas sociedades que han tenido la necesidad de enfrentarse a un pasado reciente de graves violaciones a los derechos humanos. Encontramos que la mayoría de los procesos de democratización han empleado mecanismos como las comisiones de la verdad, la justicia penal, la reforma a las instituciones públicas y los programas de reparación, como estrategias para la legitimidad del proceso transicional y la legitimación del nuevo régimen. Entendemos que estas medidas son prácticas hegemónicas que delimitan y caracterizan la dimensión práctica y académica de lo que hoy conocemos como justicia transicional.

Segunda. Desde una perspectiva discursiva la justicia transicional a través de sus mecanismos característicos propone, en términos generales, combatir la impunidad, procurar procesos para encontrar la verdad, conceder reparación a las víctimas, prevenir futuras violaciones de los derechos humanos, reconstruir el tejido social, fortalecer la democracia y promover la reconciliación entre los individuos a nivel nacional. Sin embargo, la práctica hegemónica de los mismos no revela estos propósitos como resultados. Esto no resulta sorprendente, ya que los procesos transicionales suceden bajo un contexto político difícil, en el cual los mecanismos de la justicia transicional se enfrentan a diversos dilemas, de los cuales el más inquietante quizá sea el de que aquellos que son responsables de las violaciones a los derechos humanos, formaron parte o sostuvieron al régimen represivo y siguen siendo parte de las fuerzas armadas o conservan aún poder político y económico tras la transición, con lo cual, de manera cierta, la permanencia del nuevo régimen parece verse amenazada, a consecuencia de la aplicación de los mecanismos de la justicia transicional hasta el cumplimiento del deber ser de sus objetivos.

Tercera. La práctica de la justicia transicional desde el paradigma hegemónico no ha solucionado el problema de exclusión y discriminación que sufren importantes sectores de

la sociedad, especialmente las víctimas. Esto puede entenderse bajo la lógica de que en la justicia transicional, también se traducen luchas políticas, sociales, jurídicas, éticas y morales, que reproducen la exclusión social que padece la sociedad en conflicto. De esta forma, muchas de las decisiones que resultan trascendentales para una transición a una verdadera democracia y para la satisfacción de los derechos de las víctimas, se toman desde arriba, dejando de lado las dinámicas más locales o las lógicas de construcción desde abajo. Así, las experiencias de aplicación hegemónica de la justicia transicional, que hemos visto hasta el momento, muestran un déficit en la participación de las víctimas en el proceso transicional, lo que quizá pueda llevarnos a afirmar que es una de las principales causas asociadas al fracaso de algunos de ellos.

Cuarta. El práctica hegemónica de la justicia transicional considera a las víctimas fundamentalmente desde su condición de actor procesal o simple beneficiario de los resultados de los mecanismos de verdad, justicia o rectificación que la caracterizan, pero no son consideradas como plenos ciudadanos y ciudadanas capaces de ser actores políticos importantes en el proceso de la transición. Las políticas transicionales creadas e impuestas desde arriba pueden entonces llegar a tener un impacto negativo en la vida de las víctimas y hacer imposible que la sociedad alcance el objetivo de construir una democracia real y efectiva, más aún, teniendo en cuenta que la práctica hegemónica de los procesos de transición a la democracia muestran una tendencia a la implementación de la democracia moderna liberal, como modelo político para el Estado en transición, lo cual no ha resultado suficiente para generar procesos de democratización social.

Quinta. Encontramos que a partir de instrumentos jurídicos propios del Derecho Internacional Público, se ha dotado de un componente normativo a la justicia transicional, el cual se ha ido consolidando en un discurso de derechos por el cual se pretende enfrentar las atrocidades del pasado y garantizar los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación. De esta forma, el Derecho de la justicia transicional concede una gran importancia al cumplimiento de los estándares jurídicos de derechos humanos que pretenden asegurar justicia para las víctimas y al tiempo, reconoce que cada contexto ofrece dificultades particulares para llevar a cabo la satisfacción plena de estos derechos.

Sexta. El Derecho Público Internacional intenta implantar la teoría de que las transiciones de la guerra a la paz o de las dictaduras a las democracias deben respetar unos estándares mínimos de justicia, vinculados a los derechos de las víctimas de los crímenes atroces. Ésta es ya una característica de la justicia transicional propia de su versión dominante o hegemónica, la cual demuestra la existencia en ella de fortalezas indudables, tanto políticas, como jurídicas y éticas, pues aspira a la realización del conjunto de derechos de las víctimas, que son aquellas personas que han llevado la peor parte durante la época de la ocurrencia de las atrocidades. Desde esta perspectiva, este Derecho de la justicia transicional, no es emancipatorio ni no emancipatorio en si mismo, sino que, cabe la posibilidad de que, a partir de su contenido, se haga un uso contra-hegemónico en busca de una transformación social capaz de provocar la emancipación social de las víctimas, vistas estas últimas como el sujeto principal de la opresión y de la exclusión tanto en los momentos de la violencia, como en el proceso de transición y en el de consolidación de la democracia.

Séptima. La propuesta de uso emancipatorio del derecho y de los derechos de Boaventura de Sousa Santos, nos permite tener un marco de análisis para sostener que la justicia transicional es un paradigma de la modernidad sostenido bajo principios de la democracia y de los derechos humanos, que puede ser usado por los oprimidos en busca de su emancipación. Así entonces, la posibilidad de construir un proceso transicional más incluyente, que no se estructure exclusivamente a partir de aquellos que tienen el poder, permitiría la formulación de marcos flexibles que incorporen a las experiencias locales y a la perspectiva de las víctimas. Esto puede verse complementado con una participación estratégica por parte de las víctimas, que comporte un uso contra hegemónico del paradigma de la justicia transicional.

Octava. El análisis de la justicia transicional refleja la existencia de una tensión entre la paz y la justicia. Esta tensión, hace referencia a la relación más abstracta entre derecho y política que, en el caso de la justicia transicional, hace referencia a la relación entre los estándares jurídicos sobre derechos de las víctimas y las dinámicas políticas de la

negociación. Es en esta relación donde la posibilidad de interpretaciones se hace posible de diferentes maneras y donde se puede encontrar una diferencia entre la política y el derecho. En consecuencia, la justicia transicional tiene una dimensión discursiva y una normativa. Ambas pueden tener un uso emancipatorio, asociado a un discurso democrático, cuyo sustento normativo establece un grado de dureza, entendido como marco de su actuación, compuesto por el derecho internacional de los derechos humanos, los principios de lucha contra la impunidad y de los derechos de las víctimas, así como de la jurisprudencia de órganos internacionales y nacionales de justicia.

Novena. Sin la intención de una pretensión de universalidad, es decir, desde la base de que cada situación transicional implica medidas locales que permitan su tránsito a la democracia, se puede rescatar un discurso emancipador en la justicia transicional como Derecho y en los derechos de las víctimas. Así, la justicia transicional es una propuesta de regulación social que tiene un potencial emancipatorio, en tanto pretende transformar una sociedad violenta en una sociedad bajo reglas democráticas. Este potencial de cambio social puede usarse como propuesta emancipatoria mediante propuestas políticas y estrategias jurídicas, que se contrapongan a las prácticas dominantes, y que tienen la pretensión de constituirse en el germen de la consolidación de la democracia como paso último de los procesos de democratización social.

Décima. Aunque el uso contra-hegemónico de la justicia transicional está siendo realizado por una minoría de la sociedad colombiana, y pese a que el Gobierno aún tiene el gran reto de desmontar medidas contrarias a las víctimas, podemos concluir la existencia de importantes efectos, como que se haya posicionado a los derechos de las víctimas de tal manera dentro de todas las discusiones sociales, políticas, jurídicas y legislativas relativas a la pregunta sobre cómo enfrentar las atrocidades cometidas en el pasado y cómo atender debidamente a las víctimas. Por otra parte, este ejercicio contra-hegemónico ha permitido el reconocimiento de las víctimas como actores políticos relevantes con quienes deberían discutirse todos los asuntos relacionados con la transición democrática.

Onceava. Estas afirmaciones anteriores significan un cambio radical en la dinámica

política colombiana, en la cual la perspectiva, las necesidades y los intereses de las víctimas no habían sido tenidos en cuenta hasta ese momento. Más aún, este cambio ha contribuido al empoderamiento de las víctimas, al fortalecimiento de sus organizaciones y al establecimiento de importantes redes transnacionales con organizaciones no gubernamentales internacionales, todos los cuales son elementos esenciales para lograr la transformación de las relaciones desiguales de poder entre víctimas y victimarios.

Doceava. En el plano jurídico, esta estrategia contra-hegemónica logró algunos resultados concretos en la reforma del marco jurídico existente para enfrentar las atrocidades. Aunque la sentencia que declaró la constitucionalidad condicionada de la ley de justicia y paz no dio por completo la razón al movimiento de víctimas y a las organizaciones de derechos humanos, sí determinó que los derechos de las víctimas son un límite garantista que debe respetarse sin excusa en el marco de un proceso de transición en Colombia. Esto aunque parece menor, constituye un logro importante en medio de un contexto hegemónico tan adverso para la protección de los derechos de las víctimas y una expresión emancipadora por parte de los jueces.

Treceava. En el plano político, con la expedición de la ley de víctimas, se concretan los esfuerzos y la lucha de muchos años, que las víctimas adelantan en medio de una violencia sociopolítica que aún hoy les deja más víctimas. Esta ley representa para ellos un reconocimiento de su dignidad como tales, de sus derechos y de la visibilización de sus necesidades, además, de considerar que con su existencia la sociedad colombiana ha dado un paso fundamental en el reconocimiento de las consecuencias humanitarias del prolongado conflicto armado y otras formas de violencia sistemática, y de la necesidad de adelantar políticas públicas orientadas a garantizar el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos y los diferentes grupos sociales victimizados.

Bibliografía

AMBOS, Kai, *El estatuto de Roma: de la Corte Penal Internacional*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición, Bogotá, 1999.

AMBOS, Kai, *La nueva justicia penal supranacional: Desarrollos post- Roma*. Tirant Lo Blanch, 2002.

AMBOS, Kai, *El marco jurídico de la justicia de transición. Justicia de transición: especial referencia al caso colombiano*. Editorial Temis, Bogotá, 2008.

AMBOS, Kai, *El marco jurídico de la justicia de transición. Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Konrad Adenauer Stiftung E.V., Uruguay, 2009.

Amnistía Internacional, *Corte penal internacional: 16 principios fundamentales para una corte justa, imparcial y eficaz*. Editorial de Amnistía Internacional (EDAI), España, 1998.

Amnistía Internacional, *Verdad, justicia y reparación. Creación de una comisión de la verdad efectiva*. Editorial de Amnistía Internacional (EDAI), España, 2007.

Amnistía Internacional, *Comisión de Investigación en el Bundestag alemán para Tratamiento del Pasado y las Consecuencias de la Dictadura del SED en Alemania, 1992. Verdad, justicia y reparación. Creación de una comisión de la verdad efectiva*. Editorial de Amnistía Internacional (Edai), España, 2007.

Amnistía Internacional, *Sudáfrica Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 1995. Verdad justicia y reparación. Creación de una comisión de la verdad efectiva*. Editorial de Amnistía Internacional (Edai), España, 2007.

Amnistía Internacional, *Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones a los Derechos Humanos y los Hechos de Violencia que han Causado Sufrimientos a la Población Guatemalteca, 1997. Verdad justicia y reparación. Creación de una comisión de la verdad efectiva*. Editorial de Amnistía Internacional (Edai), España, 2007.

ACUÑA, Carlos, “Transitional Justice in Argentina and Chile: A never ending story?” Jon Elster (ed.), *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*. Cambridge University Press, Cambridge & New York, 2006, pp. 206-238.

AGUIAR, Asdrúbal, *Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional de los Estados*. Monte Ávila Editores, Caracas, 1997.

ALMQVIST Jessica y ESPÓSITO Carlos (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*. Cuadernos y Debates. Nro. 199. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

BARAHONA, De Brito, (ed.), *Las políticas hacia el pasado: Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*. Ediciones Istmo, Madrid, 2002.

BASSIOUNI, M. Cherif, *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*. Nouvelles Etudes Penales No. 11. Érès, 1993.

BERISTAÍN, Carlos, *Las comisiones de la verdad en América Latina: Una valoración de su impacto. El Legado de la Verdad: impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América latina*. Serie Enfrentando el Pasado. No. 3. Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), Bogotá, 2008.

BORAINÉ, Alex, “Truth and Reconciliation in South Africa: The Wird Way” *Truth v. Justice. The Morality of Truth Commissions*. Robertg, R. y T. Dennis Eds. Princenton University Press. 2000. Págs. 141 -147.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Organización para la Unidad Africana. 1979.

CABEZUDO, Rodríguez, Nicolás, *La Corte Penal Internacional*. Dykinson, Madrid, 2002.

CAPELLÀ, Margalida y GINARD, David (coords.), *Represión política, justicia y reparación: La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*, Plural, Palma, 2009.

CASSESE, Antonio, *Afirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg*. Presidente del Tribunal Especial para el Líbano. Disponible en http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf .

CHINCHÓN, Álvarez, Javier, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Ediciones Parthenon, Madrid, 2007.

Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), *El legado de la verdad: Impacto de la Justicia Transicional en la construcción de la democracia en América Latina*. Serie Enfrentando el Pasado. ICTJ, Bogotá, 2007.

Centro de Investigación y Educación Popular, *El rearme paramilitar, sin novedad en el frente*. CINEP, Bogotá, 2009.

CEPEDA, Castro, Iván, “Fundamentos éticos y políticos para la reconstrucción del país”. Conferencia presentada en el seminario *Reconstrucción de Colombia*. Planeta Paz,

DeJuSticia, CODHES, Fundación Manuel Cepeda Vargas y Unijus. Bogotá, agosto de 2007.

CIURLIZZA, Javier, “Las Paradojas de la Judicialización de Crímenes contra los Derechos Humanos”. *El Legado de la Verdad: impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América latina*. Serie Enfrentando el Pasado. No. 3. International Center for Transition Justice, Bogotá, 2008. Págs. 94-103.

Comisión Colombiana de Juristas, *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz*. Bogotá, 2008. Disponible en: www.coljuristas.org.

Comisión Colombiana de Juristas, “¿Imputaciones parciales o derechos parciales?”. Boletín n.º 32, serie sobre los derechos de las víctimas y la aplicación de la ley 975 de 2005. Disponible en: www.coljuristas.org.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de la CIDH sobre el proceso de desmovilización en Colombia. Doc. OEA/Ser.L/V/II.120. 2004.

Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas –CONADEP–, *Nunca más*. Buenos Aires, Argentina, septiembre de 1984.

Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe Rettig*. Santiago, Chile, febrero de 1991.

Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), *Informe Final de la CVR*. Lima, Perú, agosto de 2003.

Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, noviembre de 1969.

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Asamblea General de Naciones Unidas, diciembre de 1984.

Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Organización de Estados Americanos, febrero de 1987.

Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas. Organización de Estados Americanos, junio de 1994.

Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Asamblea General de Naciones Unidas, diciembre de 1946.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Convención Europea de Derechos Humanos. Consejo de Europa, 1953.

DE GREIFF, Pablo, “Elementos de un Programa de Reparaciones”. *Cuadernos del conflicto. Justicia, Verdad y Reparaciones en Medio del Conflicto*. Legis, Bogotá, 2005. Págs. 9-14.

DE GREIFF, Pablo, Una concepción normativa de la justicia transicional. Rangel, A (Ed). *Justicia y Paz ¿Cuál es el precio que debemos pagar?*. Bogotá, 2009.

DOBKINE, Michel, Crimes et humanité – extraits des actes du procès de Nüremberg – 18 de octubre 1945/ 1er. Octobre 1946. Ediciones Romillat, Paris 1992.

ELSTER, Jon, “Coming to terms with the past”. *European Journal of Sociology* No. 39. 1998. Págs. 7-48.

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

ELSTER, Jon, "Preference formation in Transitional Justice" *Preferences in Time*. Russel Sage Conference. New York, 2002.

ESCUADERO, Ezequiel, *Uganda: La encrucijada de la Corte Penal Internacional*. Centro Argentino de Estudios Internacionales. En www.caei.com.ar.

Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional. Naciones Unidas, julio de 1998.

FERRO Marc, *El resentimiento en la historia*. Ediciones Cátedra, Madrid, 2009.

FRIEEMAN, Mark y MAROTINE, Dorothée, "Qué es la justicia transicional?". International Center for Transicional Justice, noviembre de 2007.

GALLÓN Giraldo, Gustavo y Díaz, Ana María, (eds.), *Colombia, la metáfora del desmantelamiento de los grupos paramilitares: Segundo informe de balance sobre la aplicación de la ley 975 de 2005*. Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2010.

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

GIL Gil, Alicia, *La justicia de transición en España: De la amnistía a la memoria histórica*. Atelier, Barcelona, 2009.

GÓMEZ Isa, Felipe (Dir.), *El derecho a la memoria*. Alberdania. Bilbao, 2006.

HAYNER, Priscilla, *Verdades innombrables*. CUELLAR, Jesús (Trad.). Fondo de cultura económica, México, 2008.

HUNTINGTON, Samuel, *La Tercera Ola. La Democratización a Finales del Siglo XX*. Paidós, Barcelona, 1994.

Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI), *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*. Universidad Nacional. Norma (ed.), Bogotá, 2006.

Informe Final de la Comisión de Expertos para la Investigación de las graves transgresiones de los Convenios de Ginebra y otras violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, documento de las Naciones Unidas. S/1994/674. 27 de mayo de 1994.

JOINET, Louis, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*. Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 49° período de sesiones, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II. 1997.

LIROLA, Delgado, María Isabel, *La Corte Penal Internacional: justicia "versus" impunidad*. Ariel, Barcelona, 2001.

LLANOS, Mansilla, Hugo, "El principio de jurisdicción universal en el Derecho Internacional". Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Volumen XV-2001. Págs. 333-365.

MAGARELL, Lisa, *Las reparaciones en la teoría y la práctica*. International Center for Transitional Justice. En www.ictj.org

MINOW, Martha, "Breaking the Cycles of Hatred", en N. Rosenblum (ed.), *Breaking the Cycles of Hatred. Memory, Law, and Repair*, Princeton: Princeton University Press. 2002.

NINO, Carlos, Santiago, "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into The Case of Argentina". *The Yale Law Journal*. 1991.

OPTOW, Susan, "Reconciliación en Tiempos de Impunidad. Desafíos para la Justicia Distributiva". *Social Justice Research*. Págs. 149-170.

ORENTLICHER, Diane, "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *Yale Law Journal*, No. 100. Págs. 2537-2615. 1991.

ORENTLICHER, Diane, *Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas para ayudar a los Estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad*. ONU, Comisión de Derechos Humanos, 60° período de sesiones. 2004. Doc. E/CN.4/2004/88.

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

Organización de Estados Americanos (OEA). *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia*. Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.120.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: comisiones de la verdad*. Nueva York, 2006. HR/PUB/06/1.

ONU. *Principios internacionales sobre la lucha contra la impunidad*. Aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Resolución sobre impunidad, número 2005/81 (Por medio de la cual toma nota del Conjunto actualizado de Principios como directrices que ayuden a los Estados a desarrollar medidas eficaces para luchar contra la impunidad, reconoce la aplicación regional y nacional de los Principios y adopta otras disposiciones al respecto), Doc. ONU E/CN.4/RES/2005/81.

ONU. *Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario a interponer*

recursos y obtener reparaciones. Aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en abril de 2005. Documento E/CN.4/2005/59.

ONU. Secretario General de Naciones Unidas. Informe Anual. “*El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*”. S/2004/616.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea de las Naciones Unidas, diciembre de 1966.

PÉREZ, Triviño, José Luis, *Los juicios de Nüremberg. El Holocausto Nazi*. UOC Barcelona, 2007.

PIGRAU, Solé, Antoni, *El nacimiento de la Corte Penal Internacional*. Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals. Barcelona, 2002.

Presidencia de la República de Colombia. Oficina del Alto Comisionado para la Paz. *Proceso de Paz con las Autodefensas. Informe Ejecutivo*. Diciembre de 2006.

RAMÍREZ, Barat, Clara, *La Justicia en el tiempo. Una aproximación al concepto de justicia en los procesos de transición a la democracia*. Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Humanidades: Filosofía, Lenguas, Teoría de la literatura y Estudios Clásicos. Septiembre, 2007.

SIEGEL, Reva, "Collective Memory and the Nineteenth Amendment: Reasoning About 'the Woman Question' in the Discourse of Sex Discrimination", en A. Sarat & T. Kearns (eds.), *History, Memory, and the Law*, Ann Arbor: The University of Michigan Press. 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Editorial Trotta, Madrid, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Estado, derecho y luchas sociales*. ILSA, Bogotá, 1991.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. Trotta, Madrid, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Editorial Trotta, Madrid 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.

TEITEL, Ruti, “Genealogía de la justicia transicional”. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003. Págs. 69-94.

TEITEL, Ruti, *Transitional Justice*. Oxford University Press. New York. 2000.

UPRIMY, Rodrigo, “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*. DeJuSticia, Bogotá, 2006.

ZALAUQUETT, José, “Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations”. *Hasting Law Journal*, 1992. Págs. 15- 32.

ZALAUQUETT, José, “Procesos de Transición a la Democracia y Políticas de Derechos Humanos en América Latina”. *Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1998. Págs. 2-28.

Sentencias:

Corte Constitucional Colombiana. *Caso Villagrán Morales y otros*. Sentencia de noviembre 19 de 1999. Serie C No. 63.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-1184 de 2001.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-228 de 2002.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-370 de 2006.

Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 25 de mayo de 1993, *Caso Kokkinakis c. Grecia*, en Serie A, N° 260-A.

Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia (preliminares) de 18 de diciembre de 1996, *Caso Aksoy c. Turquía*, citado en Conseil de l'Europe, Vade-mecum de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 2° edición.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de julio 29 de 1988. Serie C No. 4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Caballero Delgado*. Sentencia de diciembre 8 de 1995. Serie C No. 22. Párr. 56.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones y Costas*. Sentencia del 27 de agosto de 1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Blake. Reparaciones*. Sentencia del 22 de enero de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Lucio Parada Cea y otros v. El Salvador*. No. 10.480. Informe No. 1/99. 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Caso Castillo Petrucci y otros c. Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de noviembre 8 de 2000. Serie C No. 70.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos. Sentencia de marzo 14 de 2001. Serie C No. 75. 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de agosto 31 de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cantoral Benavides*. Reparaciones. Sentencia de diciembre 3 de 2001. Serie C No. 88.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones. Sentencia de febrero 22 de 2002. Serie C No. 91.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trujillo Oroza*. Reparaciones. Sentencia de febrero 27 de 2002. Serie C No. 92.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Reparaciones y Costas*. Sentencia del 26 de noviembre de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de noviembre 25 de 2003. Serie C No. 101.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso La Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Reparaciones y Costas*. Sentencia del 31 de enero de 2006, Párr. 270.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Lapacó v. Argentina*. Caso No. 12.059. Informe No. 21/00.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. *Caso Prosecutor v. Delalic (Caso Celibici)*. Sentencia de febrero 20 de 2001. App. Ch., IT-96-21-A.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. *Caso Furundžija* . Sentencia de diciembre 10 de 1998. Tr. Ch. II, IT-95-17/I-T.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Timurtas v. Turkey*. Sentencia de junio 13 de 2000.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Cyprus v. Turkey*. Sentencia de mayo 10 de 2001.