

entre el perdón y el paredón

PREGUNTAS Y DILEMAS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Angelika Rettberg

compiladora

Capítulo 5

INSTITUCIONES DE LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN Y CONTEXTO POLÍTICO

Leonardo Filippini *

Lisa Magarrell **

RESUMEN

Es indudable que el éxito de los procesos de transición democrática depende en gran medida de la valoración que una sociedad haga tanto del pasado a resarcir como del contexto sobre el cual las medidas de reparación habrán de ser aplicadas. El contexto internacional, enmarcado en la creciente cultura de protección de los derechos humanos, exige el cumplimiento de pautas imposibles de obviar por los Estados: el derecho a la verdad, a conocer lo ocurrido, que busca beneficiar a la víctima como individuo y como sociedad – respetando el derecho de duelo de los familiares de las víctimas y la necesidad colectiva de contar con una narrativa común sobre un pasado abusivo; el derecho a la justicia, que demanda la imprescriptibilidad de crímenes atroces y la identificación y penalización de los victimarios; y finalmente el derecho a la reparación, que pretende compensar a las víctimas no solo material sino colectiva y simbólicamente. Por su parte, en la consideración del contexto nacional convergen factores difícilmente aplazables: la correlación de las fuerzas políticas, la fuerza de las demandas sociales por la justicia, los estímulos y obstáculos políticos externos y el marco normativo nacional de e internacional. De la imbricación de estos factores y del manejo que una sociedad haga de esta dependerá en gran medida el éxito de la consolidación democrática y la transición de un conflicto hacia la paz. En las líneas que siguen, profundizaremos lo hasta ahora enunciado, y presentaremos ejemplos de experiencias internacionales que pueden brindarnos luz sobre la compleja relación entre el contexto político y la justicia transicional.

* Leonardo Filippini es Investigador del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y “Hubert H. Humphrey Fellow” 2004-05 de la Universidad de Minnesota. Para más información sobre el ICTJ, véase su página web: www.ictj.org

** Lisa Magarrell es Asociada Principal del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). Para más información sobre el ICTJ, véase su página web: www.ictj.org

A medida que se emprende o se reconoce una transición política luego de un período de violencia o represión, o en un giro hacia la profundización de la democracia, una sociedad se enfrenta a menudo con un difícil legado de violaciones de derechos humanos. Para promover la justicia, la paz y la reconciliación, tanto funcionarios de gobierno como actores no gubernamentales buscan soluciones judiciales y no judiciales para esclarecer y dar cuenta de los abusos en sus variadas dimensiones, superar la impunidad, reconocer responsabilidades, reparar a las víctimas, dar lugar a la memoria y reformar instituciones para evitar similares sucesos en el futuro. En estos escenarios encuentra su campo la “justicia transicional”. Su propósito en los términos más sencillos es lograr avanzar sobre la justicia a pesar de los desafíos del contexto y por razón de las oportunidades de cambio que éste ofrece. Los mecanismos de justicia en transición buscan definir contextos nuevos, en los que el respeto a los derechos humanos se convierta en una promesa real y cotidiana.

El proceso de justicia transicional está inevitablemente influido por el contexto de los cambios políticos, pero fuertemente identificado, a la vez, con el marco normativo de los derechos humanos. De tal forma, las opciones para hacer operativas las exigencias de la justicia transicional pueden verse influidas por lo que aparezca como prácticamente viable. Por cierto, los contextos de cambio político muchas veces han exigido formas diferentes y novedosas para lograr alguna medida de justicia cuando ella parecía imposible de ser alcanzada.

Muchos de los elementos de contexto que restringen las posibilidades políticas para algunos desarrollos de la justicia de transición han aparecido repetidas veces en los distintos procesos y han merecido ya la consideración de estudiosos e incluso de organismos internacionales (Rotberg y Thompson, 2000; Minow, 1998; Teitel, 2000; Kritz, 1995; ONU, 2004). Sin embargo, como veremos, la existencia de factores políticos contrarios al desarrollo de la justicia de transición no puede entenderse en detrimento de las obligaciones del Estado, pues el balance entre principios y acciones políticas también está inspirado en el derecho internacional de los derechos humanos que, especialmente en los últimos cincuenta años, ha venido desarrollando el concepto del deber del Estado hacia la tutela y protección de los derechos de sus ciudadanos (Ratner y Abrams, 2001: 9). Si no fuera así, la consideración de cualquier elemento de contexto se transformaría sin más, en la justificación de su incumplimiento.

Los derechos humanos juegan un doble rol y son tanto principios motores de la acción política como límites infranqueables de la acción gubernamental. Por un lado, los derechos humanos son probablemente la idea política más simple y poderosa acuñada durante el siglo XX. Proporcionan razones para la creación política y exigen construcciones originales, especialmente, frente a contextos de excepción como los cuadros generalizados de violaciones. Por otro lado, cons-

tituyen a la vez un contenido mínimo de cualquier acción estatal. El margen de apreciación de un Estado en el diseño de sus políticas públicas encuentra su sentido y límite en la persona individual y no puede haber ninguna razón de Estado que justifique la lesión de un derecho fundamental.¹ Tener en claro estas funciones es crucial en la formulación de políticas públicas y esencial para acordar una agenda de acción de corto, mediano y largo plazo para el desarrollo de las instituciones de la transición.

Los límites impuestos por los derechos humanos también deben atenderse para restringir y evaluar cuál es la importancia y el valor que debe otorgarse a cualquier elemento externo en el diseño de una agenda política de transición y cuáles expectativas pueden ser moralmente aceptables al momento de recortar o postergar alguno de los desarrollos de la justicia transicional. Llanamente, bajo qué condiciones los reclamos de los agresores pueden conducir a un régimen de imputación penal atenuada o a su permanencia entre los cuadros gubernamentales, en qué contexto económico es moralmente aceptable una reparación acotada de las violaciones a derechos humanos, o bajo qué circunstancias puede restringirse al familiar de una víctima el derecho a conocer la verdad de lo ocurrido, por ejemplo debido al acceso restringido a información estatal sensible.

La posibilidad de otorgar la impunidad de algunos crímenes, de no reparar el daño sufrido por una víctima, o de negar a sus familiares la posibilidad de conocer su destino final sugiere desde el inicio que no es sencillo justificar generosamente limitaciones a las obligaciones estatales. Con todo, el contexto político opera de suyo como una condición de oportunidad de cualquier desarrollo de transición y, en ocasiones, incluso puede llegar a modificar las condiciones del cumplimiento de una obligación estatal. Por ello las estrategias de acción de la justicia de transición, aunque se centren en aspectos legales e institucionales, deben tomar en consideración el escenario completo de su intervención.

PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN: VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIONES

Una de las lecciones más difundidas de los procesos de transición es que cada uno requiere una consideración particular. Resulta muy complicado afirmar con pretensión de validez universal un procedimiento uniforme para el establecimiento de la justicia de transición. Con todo, y sobre la base de las dolorosas

1 La doctrina de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos es muy rica en la exposición de las restricciones legítimas a los derechos humanos, en el sentido que señalamos en el texto. Consultar, entre muchos otros Corte IDH (1985, 1996).

experiencias mundiales, el acuerdo entre las naciones para proteger los derechos humanos ha alcanzado cierto grado de consenso acerca de algunos principios elementales en el proceso de transición.² Estos lineamientos fueron paulatinamente adoptados por la jurisprudencia internacional y por los organismos internacionales que se han ocupado del tema.

En 1997, el experto Louis Joinet, bajo mandato de la Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías (ONU, 1997) recogió esas prácticas e identificó tres derechos fundamentales de las víctimas de violaciones de los derechos humanos y tres deberes correspondientes al Estado en estos casos: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a las reparaciones. A ellos agregó la necesidad de incorporar garantías de no-repetición. La comunidad internacional ha venido desarrollando con cierto detalle los aspectos centrales de estas aspiraciones.³

En la doctrina y jurisprudencia de los órganos de protección de los derechos humanos, se ha consolidado, la necesidad de otorgar a las víctimas y a sus familiares el derecho a conocer lo ocurrido.⁴ La verdad debe encontrar su realización plena y no es subsidiaria necesariamente de la suerte del proceso penal. Las experiencias de amnistías e indultos en la región de algún modo condujeron a una definición más precisa del derecho a la verdad que ha dejado bien en claro la 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 individualidad ha otorgado a los desarrollos vinculados a la búsqueda de la verdad una originalidad y fuerzas

-
- 2 El preámbulo de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Resolución 260 (III) A de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor el 12 de enero de 1951, es elocuente: “Las Partes Contratantes, considerando que la Asamblea General de las Naciones Unidas, por su Resolución 96 (I) del 11 de diciembre de 1946, ha declarado que el genocidio es un delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena; Reconociendo que en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad; Convencidas de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional.”
 - 3 *Nota de la compiladora*: El capítulo de Catalina Botero y Esteban Restrepo en este libro aporta una amplia discusión y análisis de los principios de Joinet.
 - 4 Como destaca la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte IDH ha establecido que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos y el juzgamiento de los responsables conforme a los parámetros de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Corte IDH, 2000). El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también se ha pronunciado sobre el deber de los Estados de establecer judicialmente las circunstancias en las cuales se consuman violaciones a los derechos humanos y la responsabilidad de los implicados, como parte de la reparación debida a los familiares de la víctima (CIDH, 2004: parr.31).

propias. Por ejemplo, el derecho al duelo de los familiares de personas desaparecidas ha permitido impulsar la investigación sobre el destino de las víctimas sin las limitaciones estrictas de la pesquisa penal.⁵ Del mismo modo ha sido posible el reconocimiento del derecho a identificar a personas apropiadas—por ejemplo, a los bebés nacidos de madres cautivas—y muchos años después de los hechos, las técnicas de identificación genética siguen siendo útiles a este fin.

El derecho a la verdad también se concibe hoy colectivamente como la búsqueda de un relato que permita una narración común del pasado abusivo (Maurino, 2003). Las comisiones de la verdad, quizás la manifestación más conocida,⁶ están fundadas en esta comprensión, pero la dinámica colectiva es incluso mucho más rica. En varios casos, además, los derechos individuales de las víctimas y de sus familiares son encarnados por la sociedad toda, como la búsqueda por la identidad de las personas que es entendida en una doble faz individual y colectiva.⁷ Muchos otros desarrollos son influidos por esta necesidad de un pasado común. La educación en derechos humanos, los museos y otras formas de conmemoración colectiva son herramientas dirigidas al conjunto de la sociedad enfrentando el pasado con vocación prospectiva.

En materia de responsabilidad individual por los actos lesivos de derechos humanos, la comunidad internacional también ha ido estableciendo algunas aspiraciones esenciales.⁸ La imprescriptibilidad de la persecución penal de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad,⁹ la imposibilidad de invocar la obediencia debida para exculpar conductas ilícitas como la tortura o la

5 La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, por ejemplo, reconoció el derecho de los familiares a buscar la verdad a través del procedimiento constitucional de habeas data (Urteaga, Fallos: 321:2767, 15 de octubre de 1998). Poco después, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos convalidó un procedimiento específico para investigar la verdad en el marco de procedimientos flexibles en la esfera del poder Judicial (CIDH, 2000) Sobre los orígenes de los juicios por la verdad en Argentina, ver Abregú (1996: 11-49).

6 Ver una comparación de las características y funcionamiento de las principales comisiones de la verdad en Hayner (2001).

7 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el derecho a la verdad "... es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y, un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía..." CIDH (2000); CIDH (1999: para 150); CIDH (1986: para.205).

8 Fundamentalmente a partir de los Principios de Nuremberg, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en su segunda sesión en 1950, y remitidos a la Asamblea General como parte del informe del trabajo de la Comisión en dicha sesión (ILC, 1950: pars. 95-127).

9 Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, entrada en vigor 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII.

desaparición forzada de personas¹⁰ o el avance del reconocimiento de la jurisdicción internacional y universal¹¹ son notables. A ello se suman otros desarrollos con algunas aristas más problemáticas, como la responsabilidad por la conducción de un aparato de poder o la invalidez retroactiva de ciertas amnistías (Corte IDH, 2001).

En todos los casos, no queda duda de la necesidad de articular una respuesta penal frente a violaciones graves de derechos humanos. Por cierto se encuentra muy consolidado el compromiso internacional para descalificar aquellos procedimientos que no revelen un interés serio por investigar y sancionar, tanto a través de la imputación de responsabilidad internacional del Estado por la infracción a sus obligaciones convencionales, como por medio del ejercicio de la persecución penal por parte de tribunales extranjeros o internacionales.¹²

También se está avanzando en materia de responsabilidad civil pues los desarrollos de imputación penal generan consecuencias sobre la posibilidad de ampliar la obligación de reparación civil. En el ámbito administrativo, es incipiente el desarrollo de estrategias de descalificación para remover a funcionarios en ejercicio o impedir su designación, si han tenido participación significativa en los abusos.

Con relación a las reparaciones debidas a las víctimas, los tribunales internacionales de derechos humanos han reconocido 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 y Sudáfrica, por ejem-

10 El Art. 2.3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984: 197), entrada en vigor el 26 de junio de 1987, establece que “No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”. El Art. 6.1 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992, dispone que “Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar una desaparición forzada. Toda persona que reciba tal orden o tal instrucción tiene el derecho y el deber de no obedecerla”. El Art. VIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General dispone que “No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tienen el derecho y el deber de no obedecerlas”.

11 *Nota de la compiladora:* Para una explicación de la diferencia entre jurisdicción internacional y universal ver el capítulo de Catalina Botero y Esteban Restrepo en este libro.

12 Por ejemplo, el Art. 17.1.a del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, entrado en vigor el 1 de julio de 2002, habilita la jurisdicción de la Corte Penal Internacional cuando el Estado a quien corresponde la obligación de enjuiciar “... no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”.

plo, o aquellos previstos en 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.¹³

Si bien algunas de estas instituciones, especialmente las relativas a la actividad penal, poseen un innegable componente retributivo, el interés último reside siempre en la consolidación de un sistema político estable y respetuoso de los derechos fundamentales.¹⁴ A consecuencia de ello, la cuestión de la reforma de instituciones abusivas, se encuentra indisolublemente ligada también a los procesos de transición y expresa, en general, la vocación común por no reiterar las violaciones del pasado. Algunas de las tensiones que genera la interpretación de las instituciones de transición en contexto serán analizadas seguidamente.

VALORACIÓN DEL CONTEXTO POLÍTICO DE LA TRANSICIÓN

El éxito de los procesos de consolidación democrática y de la transición de un conflicto armado hacia la paz, requiere comprender el contexto político en el cual actúan las instituciones de transición. La práctica universal ha remarcado, por un lado, la necesidad de poner en marcha las instituciones de la justicia de transición como garantía de un estado de derecho sustentable. Por otro lado, y al mismo tiempo, la historia reciente ha exigido analizar numerosos elementos externos en la consolidación del proceso democrático. Muchas veces, el contexto político ha presentado obstáculos al desarrollo de las instituciones de la transición, limitando su alcance sustantivo o restringiendo su aplicación temporal, en ocasiones suprimiendo de plano las posibilidades del Estado de derecho. Puesto que todas las instituciones de transición persiguen, entre otros objetivos, la con-

13 Se resumen estos derechos y obligaciones en ONU (2000). El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

14 Como señaló José Ayala Lasso en el discurso pronunciado durante la clausura del congreso internacional *Los derechos humanos ante las cortes. Los juicios de Nuremberg y su significado actual*, "... no se trata de una identificación entre pena y justicia sino más bien el reconocimiento de la necesidad de respetar al ser humano. Cada víctima de tortura o de crímenes de guerra sufrió una violación de su dignidad de ser humano. El respeto y la compasión para la víctima exige que se investigue profundamente el crimen y que esta investigación conduzca a una forma de reparación y reivindicación de su dignidad" (Ayala 1995).

solidación del estado de derecho, la articulación de las instituciones de transición debe desplegarse de modo tal de no comprometer ese interés institucional.¹⁵

Un capítulo especial en esta evaluación debe destinarse a la situación de las víctimas. En general, y dado que los principios del derecho internacional de los derechos humanos que informan las instituciones de transición prestan especial consideración a la situación de las víctimas, en muchas de las formulaciones se ha presentado a su perspectiva en conflicto con alguna necesidad institucional. Por ejemplo, la política de reparaciones como contrapuesta a otras urgencias económicas como la erradicación de la pobreza o el mantenimiento de los servicios sociales básicos; o la búsqueda de la verdad como un obstáculo a la reconciliación nacional. Más general, se ha afirmado que la agenda pública necesita prestar atención a otros asuntos y no anclarse en la reedición del pasado.

Sin embargo la justificación del desconocimiento de los derechos de las víctimas, o su postergación infinita en aras a la consecución de una finalidad institucional resulta ilusoria y contraproducente. Por el contrario, precisamente lo que se pretende superar de una vez y para siempre son los sistemas políticos que desconocen una barrera infranqueable en la dignidad humana.¹⁶ La doctrina de los derechos humanos no exige ninguna configuración política en particular, en tanto la persona individual y la plena realización de su plan de vida, sea la piedra angular del sistema y se garanticen las condiciones del Estado de derecho. En los procesos de transición, esta consideración es especialmente crítica y el riesgo de su omisión es cohonestar, bajo una supuesta necesidad de viabilidad democrática, soluciones políticas de espaldas a los derechos individuales y colectivos de los principales afectados durante el conflicto que se quiere dejar atrás.

En agosto de 2004, el Secretario General de las Naciones Unidas abordó el tema en su informe “El Estado de derecho y la justicia transicional en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” (ONU, 2004) y detalló algunos de los elementos que comúnmente se presentan en el contexto de conflictos armados y de transición hacia la paz. En sus palabras, se tratan de procesos caracterizados por el marco de “unas instituciones devastadas y unos recursos agotados, y con una seguridad debilitada y una población traumatizada y dividida” (ONU, 2004: II.3). El informe hace referencia además a las serias carencias que suelen comprometer los procesos y que reclaman particular atención, tales como la falta de voluntad política para introducir reformas, de capacidad e independencia institucional, especialmente en la administración de justicia, de capacidad técni-

15 *Nota de la compiladora:* La contribución de Carsten Stahn en este libro describe varios ejemplos de modelos mixtos que ilustran de qué manera este reto ha sido abordado en distintos países del mundo.

16 Como fueron en Sudamérica los regímenes que consideraron “enemigos internos” a sus propios nacionales, a la luz de la doctrina de la Seguridad Nacional. CIDH (1997: Cap. III, nota 44).

ca en el país, de recursos materiales y financieros, de confianza de los ciudadanos en los poderes públicos, de respeto oficial por los derechos humanos por los poderes públicos y, en general, de paz y seguridad (ONU, 2004: II.3).

Frente a las dificultades señaladas, el Secretario General ha resaltado la importancia estratégica de evaluar la condición de los actores junto a factores históricos o las posibles consecuencias de políticas de justicia transicional al diseñar la intervención para asegurar el estado de derecho y lograr la justicia en el marco de la transición. Entre los elementos que deben evaluarse se encuentran “la naturaleza del conflicto subyacente, la voluntad de las partes, los antecedentes de abusos generalizados, la identificación de grupos vulnerables como minorías o personas desplazadas, la situación y el papel de la mujer, la situación de los niños, las consecuencias de los acuerdos de paz para el Estado de derecho y la condición y naturaleza de las tradiciones, las instituciones y el sistema jurídicos del país” (ONU, 2004: VI.14).

La enumeración de factores relevantes podría ser tan extensa como la de conflictos y transiciones en el mundo y tan infinita como las variaciones del contexto de cualquier proceso. Se trata de elementos dinámicos y deben ser entendidos desde ópticas distintas de acuerdo con los distintos actores involucrados. Vale la pena, sin embargo, resaltar algunos que ilustran cómo el contexto puede influir en el alcance, profundidad o tiempos para la implementación de medidas de la justicia de transición: la correlación de fuerzas políticas, la fuerza de las demandas por la justicia, los estímulos y obstáculos políticos externos y el marco normativo nacional e internacional. Las medidas de justicia transicional pueden tener distintas características también según la percepción de la legitimidad de los actores en el conflicto o si las víctimas son una minoría o una mayoría en el país.

Todos estos factores merecen atención y el éxito de una adecuada transición depende de la correcta planificación estratégica de las acciones, observando todos los componentes del proceso. Como se desprende del mensaje del Secretario General, considerar el contexto no puede entenderse nunca como una renuncia a los deberes, pues como ha dicho “... la cuestión no podrá ser nunca si hay que fomentar la justicia y la rendición de cuentas, sino más bien cuándo y cómo hacerlo” (ONU, 2004: VIII.21).

Las palabras del Secretario General subrayan una tendencia notable en la práctica de las naciones emergentes de un conflicto que reconoce una obligación de enfrentar los abusos del pasado y dibujan una serie de medidas que han sido implementadas con menor o mayor grado de éxito en distintos contextos.

PROBLEMAS DE CONTEXTO ENFRENTADOS: UNOS EJEMPLOS COMPARADOS

En algunas situaciones el contexto político ha parecido especialmente relevante y su discusión es fundamental para el éxito de los procesos en curso. Sería imposible hacer una categorización integral dando cuenta de todos los escenarios y sus conflictos, amén de que para la formulación de las estrategias de transición se valoran cada vez más las consultas y capacidades locales. No obstante, el repaso comparado de algunas tensiones puede ser útil en la búsqueda de una estrategia propia.

El tipo de transición

Puede haber algunas grandes diferencias entre el peso de un factor u otro, de acuerdo al momento, la dirección y viabilidad de la transición. Por ejemplo, antes de lograr la paz, la preocupación por la seguridad de los sectores cercanos a las víctimas y el cese de las violaciones puede tener una dimensión especial.

Así fue en Guatemala, donde el acuerdo político que establecía la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH) fue pactado dos años y medio antes de que se lograra el acuerdo de paz definitivo. Esta inseguridad en la transición en el momento de acordar la creación de la CEH tal vez explica, en parte, el porqué se estipuló que “los trabajos, recomendaciones e informes de la Comisión no individualizarán responsabilidades, ni tendrán propósitos o efectos judiciales” (ACEH, 1994: III). Este acuerdo se negoció en un contexto en que el 85 por ciento de las violaciones fue cometido por el Ejército (ONU, 1999), en donde las negociaciones de paz no significaban la derrota de esta fuerza y donde para la derecha guatemalteca “la amenaza misma de una Comisión de Verdad fue suficiente para provocar amenazas de un golpe” (Jonas, 2000: 45).

La inseguridad en la transición puede influir en las medidas de la justicia transicional aún después de pactada la paz. En El Salvador, al concluir su informe un año después de la paz, la Comisión de Verdad optó por recomendar que toda la Corte Suprema renunciara, en lugar de instar que operara la justicia. Señalaba que “en condiciones normales” los hechos que investigó la Comisión de Verdad deberían dar lugar a la sanción que merecían los responsables. Sin embargo, concluyó que “la incapacidad de los tribunales de aplicar la ley a hechos de violencia cometidos bajo la cobertura, directa o indirecta, del poder público”, constituyó un elemento integral de las violaciones mismas y por ello, frustraría la justicia (ONU, 1993: 247-248).

En Perú, por otro lado, el colapso del gobierno de Fujimori y la oportunidad de luchar contra la impunidad que representó la revelación de la corrupción en las esferas más altas de gobierno (CVRP, 2003: I. 40), sirvió para dar pie a un

mandato para una Comisión de Verdad que no sólo esclarecería los hechos del pasado, sino que coadyuvaría a la operación de la justicia en los casos de violaciones a los derechos humanos.¹⁷ De igual manera, la transformación importante en Sudáfrica y en Timor Oriental, en que asumen nuevos líderes con un nivel de confianza muy alto entre la población afectada por la represión del régimen anterior, tal vez permitió que el país tomara algunos pasos que no hubieran sido aceptables en otras circunstancias. En este sentido, sin la personalidad de Nelson Mandela en la presidencia de Sudáfrica (y la posibilidad de cambios a largo plazo que para la población esto prometía, tanto respecto de una reforma constitucional como del sufragio de la mayoría de la población negra), tal vez no se hubiera tolerado la amnistía limitada y condicional que se ofrecía a perpetradores de graves violaciones a los derechos humanos. En Timor Oriental, quizá la popularidad del Presidente de la nueva nación, Xanana Gusmao, y del Ministro de Relaciones Exteriores, Dr. José Ramos Horta, les haya permitido hacer primar las relaciones con Indonesia sobre una exigencia mayor de que este Estado responda por sus abusos en épocas anteriores.

El modo en que la transición evoluciona también modifica los espacios para la justicia y la aceptación o no de los acuerdos previos. En Perú, la debilidad del gobierno del Presidente Toledo afectó el espacio ganado por la Comisión de la Verdad y probablemente hará que el cumplimiento de las recomendaciones de aquella se demore.

En Argentina, la dimensión electoral de la transición dio lugar a distintas tensiones. Las elecciones previas al restablecimiento de la democracia se produjeron durante la administración de la última de las juntas militares. Las dos fuerzas políticas mayoritarias—y en general todo el arco político—aceptaron una salida pactada. El proceso tuvo sus lados positivos y por ejemplo otorgó un alto grado de institucionalidad al primer gobierno y las elecciones, en general, ocurrieron en un marco de calma y libertad. No obstante, también hubo algunas falencias en el debate, desde que la cuestión de la responsabilidad militar no llegó a ser advertida y discutida con total amplitud durante la campaña. El candidato de la Unión Cívica Radical Raúl Alfonsín denunció la existencia de un pacto militar-sindical, en alusión a la existencia de acuerdos entre el candidato del Partido Peronista, Italo Argentino Lúder, con sectores militares. Lúder, por cierto, aceptaba la validez de la auto-amnistía militar que la cuarta y última junta militar había otorgado, aunque fundaba su posición en el principio de la ley penal más benigna y la imposibilidad de su derogación retroactiva. Uno de los

17 Decreto Supremo No. 065-2001-PCM del 2 de junio de 2001, modificado posteriormente a través del Decreto Supremo No. 101-2001-PCM del 31 de agosto de 2001.

primeros actos del gobierno de Alfonsín fue anular la auto-amnistía militar. No obstante, más tarde Alfonsín restringió severamente la persecución penal a través de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida y en esa ocasión varios sectores del peronismo se opusieron duramente. Aún hoy hay quienes entienden que las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida de 1986 y 1987 respectivamente, fueron parte de la política anunciada del primer presidente democrático Raúl Alfonsín (Nino, 1997), mientras que para otros se trató de un quebrantamiento de sus promesas electorales (Sancinetti, 1988). Más allá de lo anecdótico de las distintas lecturas, lo cierto es que al interior de los principales partidos políticos la opción de una salida pactada con los militares generó una compleja red de alianzas. La idea de consolidación democrática tuvo un pico de atención en la sociedad que fue decayendo. Al mismo tiempo, la complejidad y los compromisos de cada fuerza política opacaron algunos aspectos puntuales del debate público, en la medida en que las necesidades electorales aconsejaron restringir la discusión sobre los alineamientos internos en cada partido.

Es importante agregar que aún en procesos de transición más o menos consolidados existen variaciones importantes, que también se relacionan con los tiempos y procesos de profundización de la transición. En un proceso prolongado puede haber avances reales hacia la paz y la seguridad, o hacia la consolidación de una voluntad política democrática, incluso en cuanto a las capacidades técnicas y materiales del Estado. No obstante, pueden existir aún deficiencias que requieran fortalecer la confianza, el respeto a los derechos humanos y la misma paz y seguridad. Esta situación se registra en países donde se ha visto la necesidad de seguir profundizando en las medidas de justicia transicional aún después de un período de calma y democracia relativa.

En Chile, por ejemplo, la falta de información sobre la ubicación de las víctimas desaparecidas por la dictadura condujo a que años después de la emisión del Informe Rettig, se instalara una mesa de diálogo con las Fuerzas Armadas para avanzar en la indagación.¹⁸ Más recientemente, el gobierno chileno nombró una comisión para esclarecer la situación de los detenidos políticos torturados, dimensión que no fue abordada en etapas previas del proceso.¹⁹ De manera similar, en julio de 2004 se anunció en España la conformación de una comisión interministerial que, con la participación de organizaciones de víctimas, estudiará lo que se ha hecho hasta hoy por las víctimas del régimen de Franco y proponer una ley para rehabilitarlas legal y moralmente. En general, los desarrollos recientes del derecho internacional han impulsado también nuevas medidas en procesos rela-

18 Ver http://www.ddhh.gov.cl/DDHH_mesadialogo.html

19 Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, creada el 11 de noviembre de 2003, mediante Decreto Supremo (Interior) No. 1.040.

tivamente consolidados, remarcando que el interés por la justicia de transición no es una preocupación estéril por el pasado, sino una herramienta política actual para la consolidación de un mejor futuro.

El contexto no se limita, por supuesto, a la dirección y consolidación de la transición en materia de derechos civiles y políticos. La confianza y satisfacción con las instituciones democráticas sigue siendo un problema en la región. El último informe *Latinobarómetro* señala que cada país de la región “por distintas razones, no ha logrado consolidar su democracia, que después de una década de mediciones muestra cómo persisten los problemas de cultura política que habían al inicio de las transiciones” (*Latinobarómetro*, 2004: 59). La confianza en las instituciones, no sólo se relaciona con las reacciones frente a los abusos pasados, sino que se integra en un complejo de relaciones que van desde la mejora del salario y la calidad de vida hasta la seguridad urbana. No pretendemos dirigirnos a este aspecto contextual en el presente ensayo, pero cabe recalcar que las estrategias para la implementación de la justicia de transición deben evaluarse cuidadosamente de modo de no generar falsas expectativas asociadas a su implementación, ni ligarlas necesariamente al éxito o fracaso de una administración.

La violencia y la necesidad de lograr la paz

Otro elemento fundamental a considerar es el restablecimiento de la paz en situaciones de conflicto. Evidentemente, lograr la paz y con ello, la posibilidad de salvaguardar vidas, parece un fin lo suficientemente valioso como para restringir las acciones en procura de otros intereses. Consecuentemente, se produce una tensión muy compleja cuando entre las condiciones políticas para la paz aparece sugerida la renuncia a las instituciones de la transición. La situación no es muy difícil de imaginar. En general, se presenta cada vez que algún grupo manifiesta aceptar el sometimiento a las instituciones del Estado de derecho, sólo en tanto se prescinda de la reacción penal a su respecto. Para usar un ejemplo ya citado antes, las leyes argentinas que restringieron la responsabilidad penal—Punto Final y Obediencia Debida—fueron precedidas de sendos planteamientos militares. El dilema, más allá de todas sus complejidades, se reducía a la ecuación que ya presentamos: el sometimiento al orden democrático sólo iba a ocurrir en la medida en que ese orden democrático no exigiera el enjuiciamiento penal de quien se alzó en armas.

Cada proceso merece un juicio particular y detallado. Puede entenderse que la exigencia de no someterse a la justicia sencillamente es extorsiva, o que responde a una auténtica ausencia de diálogo anterior y que hay razones que debieron atenderse. Para el estadista, es un dilema serio. El derecho internacional de los derechos humanos reconoce un amplio margen para la discusión. Muy razo-

nablemente, una mirada a las consecuencias indica que la renuncia al castigo a través de amnistías o cualquier otro mecanismo es una solución plausible. En la medida en que se alcance la paz, el Estado puede renunciar al ejercicio de su violencia legítima a través de las vías de la justicia criminal. Sin embargo, la elección tampoco es gratuita y la renuncia a la investigación y al castigo genera costos en cuanto a la confianza de la gente en las instituciones, como claramente ocurrió en el caso argentino inmediatamente después de la sanción de la ley de Obediencia Debida.²⁰ Ciertamente depende mucho del modo y el sentido con que un Estado administre su poder penal, pero la impunidad de los crímenes más serios también puede generar otras formas de violencia. Ciertos grupos pueden entender que la renuncia al monopolio de la fuerza por parte del Estado los habilita, de algún modo, a intervenir de modo directo.²¹ En este punto, corresponde a cada comunidad decidir sus mejores opciones.

El derecho internacional ofrece un límite mínimo para este proceso y la comunidad internacional deberá ir delineando un estándar más preciso con el correr de los años. Además de la asentada jurisprudencia interamericana sobre la materia, el Estatuto de la Corte Penal Internacional exige que los estados lleven adelante esfuerzos serios para la incriminación penal. A diferencia de los órganos de protección de los derechos humanos, la Corte puede intervenir directamente en el enjuiciamiento de un individuo y por ello el límite de su actuación ejerce una presión bien distinta sobre los estados. Sencillamente, los “acuerdos de paz” que no satisfagan las condiciones del Estatuto de Roma pueden poner a un gobierno en la situación de ver que las facilidades ofrecidas no son sostenidas por la comunidad internacional, tal como ha sido sugerido por el caso Pinochet y más recientemente por la experiencia de Sierra Leona.²² Ciertamente, se trata de un estándar todavía genérico y es imposible traducirlo inmediatamente a un catálogo de amnistías e indultos válidos. Sin embargo llama la atención sobre la necesaria comunicación que los estados deben tener con la comunidad internacional al momento de establecer negociaciones que impliquen la renuncia a la acción penal.

20 La Ley de Punto Final de 1986 había generado mucho rechazo y desconfianza, pero la Ley de Obediencia Debida, por sus efectos, fue vivida como el auténtico “punto final” a la posibilidad de enjuiciar a los autores de violaciones de derechos humanos.

21 Durante el final de la presidencia de Raúl Alfonsín un grupo de izquierda atacó el cuartel militar de La Tablada, en la convicción, supuestamente, de que allí se orquestaba un nuevo golpe de estado. Evidentemente se trata de un fenómeno con causas plurales y diversas. Sin embargo, no sería arriesgado incluir entre ellas la percepción de la debilidad del poder político en el ejercicio de la fuerza.

22 *Nota de la compiladora*: Así lo demostraría también el reciente interés de la Corte Penal Internacional en las violaciones de los derechos humanos ocurridas en Colombia desde el año 2002. Ver *El Tiempo.com* (2005).

Un problema ligado al anterior es el papel de los terceros estados en ejercicio de sus competencias universales u ordinarias relativas a hechos respecto de los cuales tengan jurisdicción. Ésta es una preocupación muy particularizada pero que desde el juicio del general Augusto Pinochet no puede ser desatendida, dado la mayor interacción entre las jurisdicciones. La decisión de Gran Bretaña de considerar muy seriamente la jurisdicción que le confería la Convención contra la Tortura generó un importante proceso al interior de Chile. Con ello no sólo quedó claro el reconocimiento universal a la obligación de persecución penal— a la que ya nos referimos arriba—sino también el modo en que la autorización al uso del poder penal universal, permite también la intervención de terceros países sobre los procesos internos. Presumiblemente, en la mayoría de los casos los estados más poderosos llevarán la iniciativa y ellos serán quienes darán forma a la política penal universal. No obstante, y tratándose de acuerdos que involucran intereses universales, sería deseable que las relaciones de las comunidades en búsqueda de la paz se mantengan en ámbitos de amplia participación internacional, a fin de evitar algunas de las consecuencias cuestionables de una cerrada política bilateral, especialmente si las partes tienen capacidades desiguales.²³

Otro eje central en la consolidación de la paz es la consideración de las víctimas. Históricamente y aún hoy existen procesos de desarme, desmovilización y reintegración que han ocurrido sin prestar mucha atención a los derechos de las víctimas de la violencia. Los ejemplos incluyen a El Salvador, donde hubo programas para la reincorporación de los ex combatientes, pero no hubo reparaciones para víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario, o Nicaragua, Camboya y Kosovo, donde la desmovilización de combatientes se llevó a cabo sin políticas significativas de justicia, verdad o reparaciones para las víctimas. Esta situación implica un desequilibrio enorme en el trato de víctimas y victimarios, y en lugar de ratificar a las víctimas y familiares afectados su estatus como derecho-habientes, tiende a afirmar lo contrario.²⁴

Por esto, tal como el informe del Secretario General ya citado plantea, se pretende inyectar en la práctica actual de la negociación de la paz una mayor atención a los derechos de las víctimas y de la sociedad en general, aún en los momentos iniciales de dismantelar y desarmar a los protagonistas del conflicto. Así recomienda que “en los acuerdos de paz y las resoluciones y los mandatos del Consejo de Seguridad: (...) se dé atención prioritaria al restablecimiento y

23 Todos los acuerdos bilaterales de inmunidad frente a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional que ha suscrito los Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo. *Nota de la compiladora*: Sobre las problemáticas implicaciones de esta posibilidad ver el capítulo de Iván Orozco en este libro.

24 *Nota de la compiladora*: Los capítulos de Adolfo Chaparro e Iván Cepeda comparten esta preocupación en el caso colombiano.

respeto del Estado de derecho, disponiendo expresamente el respaldo al Estado de derecho y a la justicia transicional (...)" (ONU, 2004: XIX.A.64).

Esta actitud se refleja en el caso de Timor Oriental, donde se estableció un proceso de retorno y recepción de individuos que habían participado en ataques contra sus conciudadanos pro-independentistas. Por otro lado, una Comisión para Recepción, Verdad y Reconciliación (CAVR) trabajaba para establecer la verdad sobre las atrocidades del pasado y sostenía Procesos Comunitarios de Reconciliación, en los cuales perpetradores se presentaban ante una audiencia local donde se confesaban los actos cometidos y donde las autoridades locales les imponían sanciones que, cumplidas, marcaban su reincorporación en la comunidad. Se les negaba esta posibilidad a los individuos que tenían una cuota de responsabilidad mayor. Una Unidad Especial de Fiscalía revisaba los casos y daba el visto bueno para la participación en Procesos Comunitarios de Reconciliación o los canalizaba para el proceso penal ante un tribunal especial.

Del mismo modo, podemos señalar los casos de Guatemala y Sierra Leona, donde los acuerdos de paz contemplaron medidas para la verdad, justicia y reparaciones. En Guatemala, se estableció en el Acuerdo sobre Bases para la Incorporación de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca a la Legalidad, un compromiso con el derecho a la verdad, y el derecho a la reparación, acompañado de un acuerdo de extinción de responsabilidad penal por delitos políticos cometidos en el enfrentamiento armado interno.²⁵ La extinción de la pena no operaba sobre delitos comunes que no tuvieran una relación directa, objetiva, intencional y causal con la comisión de los delitos políticos, ni sobre los crímenes que tuvieran una motivación personal. También se excluyeron de la extinción penal los delitos imprescriptibles o que no admitían la extinción de la pena. En Sierra Leona, se establecieron una Corte Especial y una Comisión de Verdad, dentro de los acuerdos.

La necesidad de consolidar la democracia

Aún en los casos en los que la consecución de la paz no era la principal preocupación, la necesidad de consolidar la democracia y la paz alcanzadas—con esta u otras formulaciones—también ha aparecido repetidas veces como un elemento relevante en la consideración de las medidas de transición.

En Argentina, por ejemplo, esa fue una de las razones invocadas en los años 1986 y 1987 para justificar la sanción de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, como vimos, y para indultar a varios de los responsables que aún

25 *Nota de la compiladora:* Sobre este punto ver la contribución de Mark Osiel en este libro.

estaban sometidos a procesos judiciales varios años más tarde, durante los años noventa. Especialmente en los dos primeros casos, las medidas se adoptaron en el contexto de fuertes presiones militares en contra de la prosecución de los juicios por los crímenes cometidos durante la dictadura y fueron entendidas por el gobierno como un acuerdo de compromiso aceptable frente a la necesidad de contemplar las razones de los grupos militares y la necesidad de justicia de la sociedad.

Sin embargo, la solución no resultó compatible con los principios de la justicia de transición y progresivamente se desgastó, entre otras razones, por su intrínseca contrariedad con la verdad y la justicia. Por ejemplo, en su Informe 28/92 la Comisión Interamericana de derechos humanos declaró que las normas de amnistía eran contrarias a la Convención Americana y en 1995 los familiares de los desaparecidos generaron los primeros juicios por la verdad, motivados por el inderogable derecho a conocer el destino de las víctimas. Algunos años después, en 1998, el propio Congreso argentino derogó las leyes sin efecto retroactivo y más bien como un modo de reparación simbólica a las víctimas que sufrieron la impunidad de sus crímenes. A partir de entonces la defensa política de las leyes de impunidad perdió fuerza. Las causas son múltiples: el desarrollo del derecho internacional, los juicios en España y en otros países, el desgaste del gobierno de Carlos Menem que había propiciado los indultos, el recambio generacional en las Fuerzas Armadas y en los cuadros políticos, entre otras. En 2001, el juez Gabriel Cavallo declaró la nulidad de las leyes en tanto contrarias al derecho internacional al momento de su sanción, decisión que fue confirmada después por la Cámara Federal porteña. Bajo la actual presidencia de Néstor Kirchner, el Congreso derogó las leyes con efecto retroactivo. En la actualidad hay más de ciento veinte personas detenidas en relación con los procesos penales reabiertos. El gobierno argentino actual, a su vez, parece representar un cambio en la voluntad política de reconocer las atrocidades del pasado y ha generado un nuevo reconocimiento de lo ocurrido con la creación de un museo de la memoria y archivo en el edificio de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada, sitio del centro de detención clandestina más grande que operaba durante la dictadura.

Frente a todo lo ocurrido, sin embargo, puede afirmarse que las mayores contribuciones a la consolidación democrática fueron las medidas que impulsaron instituciones de justicia de transición. En contraste, las leyes de impunidad y los indultos del presidente Menem fueron adoptados sin procesos de deliberación robustos en la sociedad y nunca fueron percibidos como una consecuencia deseada o buscada, sino más bien como soluciones de compromiso. Durante el primer gobierno democrático, funcionó la Comisión de la Verdad presidida por el escritor Ernesto Sábato que si bien no fue la primera en su género, fue la primera en

publicar su informe. Al mismo tiempo se desarrolló el histórico juicio a los comandantes, que tuvo entre sus virtudes hacer públicas las audiencias. El juicio y el informe han sido dos de las herramientas fundamentales para la consolidación de un ideal democrático. Aún en momentos más complejos, por ejemplo con la crisis político-económica de diciembre de 2001, y a pesar de las severas deficiencias de la institucionalidad argentina, se ha mantenido la continuidad democrática. Las leyes de amnistía y los indultos no son valorados como aportes significativos al proceso de consolidación del Estado de derecho, a pesar de su pretendida función pacificadora y su anulación, así como el enjuiciamiento de los responsables tiene, en general, un alto grado de aceptación en la opinión pública. En el mismo sentido, la decisión de marzo de 2001 del juez Gabriel Cavallo de anular las leyes y los indultos por ser contrarios a los principios del derecho internacional de los derechos humanos (JNCCF, 2001), en general, ha sido bien recibida.

En Chile quizá pueda hablarse a grandes rasgos de un fenómeno similar. La mesa de diálogo con el Ejército, el enjuiciamiento de Pinochet y las persistentes demandas de las víctimas han dado un nuevo impulso a la transición marcada años anteriores por la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Ahora, como ya mencionamos, se han documentado más de treinta mil casos de tortura no contemplados por esa Comisión, y se analizan reparaciones para los sobrevivientes. Incluso en el caso chileno, donde la democracia está más consolidada que en otras partes y donde las fuerzas de seguridad no tienen el descrédito que tienen en otros países de la región, parecería que la necesidad de dar cuenta del pasado a través de las instituciones de transición sigue presente.

Es dudoso que se pueda atribuir una función desestabilizadora a los esfuerzos por la justicia de transición, vista ésta a lo largo del tiempo y tomando en cuenta la importancia de que sea sólida, defendible y acorde con los principios democráticos y de derechos humanos que se pretenden buscar. Aunque la coyuntura puede indicar la conveniencia estratégica de articular las medidas de una u otra forma, en una u otra secuencia razonable, o de armonizar las necesidades de la transición con el resto de las exigencias de la agenda política, no puede sostenerse llanamente que la reparación de las víctimas o la individualización de los responsables de crímenes aberrantes quiebren o comprometan las posibilidades democráticas.

La fuerza de la demanda por la justicia, verdad y reparaciones

La participación de los grupos de la sociedad en el reclamo por el establecimiento de mecanismos de transición es un elemento esencial del contexto. Una adecuada estrategia y consideración de las posibilidades de una transición debe atender adecuadamente, por un lado, al papel de los grupos que mantienen vivo

el reclamo de justicia, y por otro, la vulnerabilidad y necesidad de protección y fortalecimiento de organizaciones golpeadas o en proceso de consolidación. En Argentina, donde las Madres y Abuelas de la Plaza de Mayo han sido reconocidas mundialmente por su insistencia en la verdad sobre la suerte que corrieron sus familiares desaparecidos, se creó un elemento de contexto que contribuyó a sentencias de la justicia interamericana y nacional y políticas de algunos de los gobernantes para satisfacer elementos de su demanda. La participación de organizaciones de víctimas y de derechos humanos en el proceso de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú por definir sus recomendaciones para un Plan Integral de Reparaciones fortaleció no sólo el discurso de las víctimas y quienes les acompañaban, sino que sensibilizó, en general, sobre las dificultades de diseñar un plan justo y factible.

En Guatemala, en cambio, las fracturas entre las organizaciones de víctimas y de derechos humanos y la poca voluntad del gobierno para avanzar sobre compromisos para reparar, se combinaron para limitar la definición y la implementación de políticas en esta materia.²⁶ No fue hasta que las ex patrullas de auto-defensa civil (PAC)—utilizando tácticas de desorden y amenaza—impusieron su propia demanda al Estado para que éste reconociera su servicio forzoso, que el gobierno se vio compelido éticamente a avanzar paralelamente sobre las reparaciones para las víctimas, proceso que sigue con un retraso desequilibrado a favor de las PAC.²⁷

La demanda por la justicia, verdad y reparaciones no proviene únicamente de los sectores internos. Progresivamente también se escucha en el ámbito internacional. El grado de participación de los distintos grupos, como también el curso de las relaciones internacionales, genera distintos escenarios de participación internacional. En su mayoría, los procesos de activismo internacional han respondido al fracaso de la vía doméstica. Esto es muy claro en el ámbito de protección interamericano donde la Comisión y la Corte han jugado un papel sustantivo, al igual que en las redes de organizaciones que han manejado campañas de incidencia. Pero la atención internacional también surge en contextos interestatales, con instituciones financieras internacionales, con órganos internacionales, y otros actores. En general, la comunicación con la comunidad internacional puede proporcionar nuevos espacios de entendimiento y nuevas posibilidades de interacción para el éxito de los procesos.

26 *Nota de la compiladora:* Para una interpretación del postconflicto guatemalteco ver la contribución de Angelina S. Godoy en este libro.

27 A los PAC se les atribuye el 18,12% de las violaciones, de acuerdo a la Comisión para el Esclarecimiento Histórico. Ver Informe de la CEH, Tomo 2, Cap. 2. En: <http://www.odhag.org.gt/INFREMHI/TOMO2C2.HTM>

La escasez de recursos materiales y financieros

Las dificultades económicas para cumplir con estándares internacionales también aparecen normalmente señaladas como obstáculos o elementos a considerar de cara a la satisfacción de una obligación transicional. Tanto en materia de reparaciones como respecto de las posibilidades de investigar el pasado, parecería un elemento de alguna trascendencia. Una de las tensiones que surge, especialmente con relación al costo anticipado de las reparaciones, es el contexto de pobreza. Frente a daños incalculables que se han ocasionado a miles y miles de personas: ¿por qué reparar a víctimas de violaciones a los derechos humanos cuando otras personas enfrentan el hambre?

Lo cierto es que el incumplimiento de los deberes respecto de un grupo—por ejemplo, el de las víctimas de un conflicto armado interno—dice muy poco respecto de la satisfacción de los deberes respecto de otros—por ejemplo, el de una comunidad indígena cuya economía quebró a raíz del conflicto en otras regiones con las que comerciaba. En general, las falencias respecto de la reparación de las víctimas e investigación de los hechos no se han traducido en una mejor atención de las víctimas de la violación de otros derechos, ni en el mejoramiento de la infraestructura estatal para la satisfacción de otros derechos tal, por ejemplo, lo que ocurre en Guatemala. Aún en contextos económicamente difíciles como Perú, se ha persistido para encontrar algunas soluciones para equilibrar la urgencia del contexto social respecto de la tutela de otros derechos fundamentales y la importancia de abrir pasos hacia la reparación para quienes hayan sufrido crímenes atroces.

En Sierra Leona, por ejemplo, la Comisión de la Verdad y Reconciliación ha formulado recomendaciones con tres distintos niveles de exigibilidad: las que son imperativas e inmediatas, otras que por la necesidad de mayor planificación e inversión a largo plazo se sugiere “se encamine el trabajo” y otras deseables que deben ser consideradas seriamente. Las imperativas e inmediatas incluyen pasos para investigar muertes y liberar a ciertos prisioneros, además de investigar las denuncias por violaciones éticas en el ámbito del gobierno o la exigencia de ajustarse a los Convenios 138 y 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre trabajo infantil. En cuanto a reparaciones se recomienda encaminar los procesos hacia la creación de sistemas de atención médica, asistencia y pensiones para amputados y programas de educación, entre otras medidas, para cumplirse en un tiempo razonable.

En Perú, cuando la Comisión de la Verdad y Reconciliación presentó sus recomendaciones, su propuesta de un Plan Integral de Reparaciones incluía componentes de reparación simbólica, restitución de derechos, atención en salud mental y física, la educación, compensación económica y programas de repara-

ción colectivos. El gobierno objetaba el componente económico pero una Comisión Multisectorial de Alto Nivel que da seguimiento a políticas que responden a lo recomendado por la CVR ha insistido en la necesidad de buscar la manera de mantener la integridad de lo previsto. En todo caso, hay un reconocimiento general del deber de reparar por parte del Gobierno y un consenso bastante consolidado entre las víctimas para que la reparación económica del universo limitado de afectados señalados como beneficiarios, se atienda con criterios de prioridad y reconociendo que no será posible otorgar compensaciones con montos equiparables al de los casos resueltos por la Corte Interamericana.

Muchas veces se ha señalado a Sudáfrica como un caso ejemplar de omisión de reparaciones respecto de la gran mayoría de la población afectada por las injusticias cotidianas del apartheid, ya que la Comisión de la Verdad y Reconciliación sólo abordaba las violaciones como ejecuciones, tortura y desapariciones. Sin embargo, es importante señalar que, al mismo tiempo, y dentro del conjunto de medidas establecidas para facilitar la transición, se creó un tribunal de tierras para reconocer derechos de propiedad que fueron desconocidos por el antiguo régimen, bajo leyes y prácticas injustas y discriminatorias hacia la población de color. Así mismo, en Guatemala, las políticas más reconocidas de justicia transicional (la Comisión de Esclarecimiento Histórico y sus recomendaciones sobre reparaciones) se insertaban en un conjunto de acuerdos sobre derechos de la población indígena, tenencia de la tierra, y otros temas de justicia para quienes hubieran resultado afectados durante el período de guerra y represión.

En materia de investigación penal, es dudoso que se pueda considerar relevante la obligación por la dificultad material de cumplirla. Por un lado, vale la pena evaluar la posibilidad de que los desarrollos derivados de la tramitación de estos casos, y eventualmente, las inversiones que correspondan contribuyan al mejoramiento del sistema en su conjunto. En la medida en que articule correctamente el enjuiciamiento de los crímenes del pasado con las necesidades de actuación de la justicia a futuro, la cuestión deja de parecer dicotómica. Por el contrario, tiene un valor agregado otorgar a la institución judicial la responsabilidad histórica de atender estos casos, como garantía de una mejor justicia. Si bien en la práctica la cantidad de procesos posibles por la violación masiva de los derechos humanos puede sobrepasar la capacidad de cualquier sistema de justicia, la investigación adecuada de los crímenes graves, complejos y sistemáticos y la sanción de los máximos responsables, puede reforzar la confianza cívica en la justicia aún cuando se extinga la pena en casos menores.²⁸ El trato

28 *Nota de la compiladora:* Sobre este punto ver el capítulo de Angelina Godoy en este libro, quien aborda los nexos entre justicia transicional e iniciativas más amplias para promover la justicia criminal y el Estado de derecho.

distinto de “crímenes graves” y otros crímenes en Timor Oriental refleja esta lógica.²⁹

CONCLUSIONES

La primera observación frente a las experiencias señaladas se refiere al papel del tiempo en el proceso de transición. Las soluciones frágiles no hacen variar las necesidades democráticas y por eso los conflictos resurgen cuando la solución es adoptada en violación a los principios de la justicia en contexto de transición, tal como ilustra el caso argentino en relación con la posibilidad de persecución penal. Paradójicamente, el tiempo es a su vez un elemento de oportunidad central, ya que el contexto puede cambiar y hacer posible otros avances. Sin embargo, siempre es un error cerrar tempranamente las puertas a la justicia transicional y no pueden dejar de lamentarse los resultados más limitados de las reacciones tardías.

Una segunda observación tiene que ver con la importancia de la consulta durante el proceso de transición. El Secretario General en su informe llamó la atención sobre la participación, especialmente de las víctimas y organizaciones que las representan y destacó que “las mejores experiencias en la justicia de transición se deben en gran parte a la cantidad y la calidad de las consultas celebradas públicamente y con las víctimas. Las consultas a nivel local permiten comprender mejor la dinámica del conflicto anterior, los patrones de discriminación y los tipos de víctimas” (ONU, 2004: VI.16). La experiencia indica que es esencial partir de la base de una verdadera participación pública en la que tengan cabida los juristas profesionales del país, el gobierno, las mujeres, las minorías, los grupos afectados y la sociedad civil.

La historia muestra que las medidas adoptadas de espaldas a los procesos de diálogo y en contradicción con los principios más fundamentales de la justicia y los derechos humanos tienden al fracaso, aún cuando la consideración del contexto en el cual se adoptó la medida permitía esperar un resultado valioso. La paz y la democracia conseguida haciendo excepción a los principios emergentes de la justicia de transición resultan débiles y poco sostenibles a largo plazo. En fin, cada vez que la situación de contexto, en lugar de ser valorada como un criterio de oportunidad y modo de cumplimiento, ha sido interpretada como un contenido sustantivo contrario a la justicia de transición, se han puesto en riesgo los fundamentos mismos de todo el proceso y, con ello, la posibilidad de garantizar el respeto a los derechos humanos de manera sustentable.

29 *Nota de la compiladora:* El capítulo de Carsten Stahn en este libro expande este punto.

REFERENCIAS

Libros y artículos

- Abregú, Martín. (1996). “La tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina”, *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Vo. 24, pp.11-49.
- Ayala Lasso, José. (1995). “La justicia es un derecho humano”, discurso pronunciado en la clausura del congreso internacional “Los derechos humanos ante las cortes. Los juicios de Nuremberg y su significado actual, septiembre.
- Comisión de la Verdad y Reconciliación. (2003). Informe Final, Tomo I, Lima.
- El Tiempo.com. (2005). “Corte Penal Internacional pide a Colombia informe sobre investigación de crímenes de lesa humanidad”, 30 de marzo de 2005.
- Hayner, Priscilla. (2002). *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*, Londres-Nueva York: Taylor & Francis Group.
- Jonas, Susanne. (2000). *Of Centaurs and Doves: Guatemala’s Peace Process*, Boulder, CO: Westview Press.
- Kritz, Neil (ed.). (1995). *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Vol. I, Washington: United States Institute of Peace.
- Latinobarómetro. (2004). *Informe-resumen Latinobarómetro, 2004, una década de mediciones; Corporación Latinobarómetro*, Santiago de Chile, Agosto 13, 2004. En:<http://www.latinobarometro.org/Upload/Informe%20LB%202004-%20Final.pdf> (última visita 8 de diciembre de 2004).
- Maurino, Gustavo. (2003). “A la búsqueda de un pasado en la Democracia Argentina”, *Revista del INECIP*, Córdoba, Argentina, Octubre 2003.
- Minow, Martha. (1997). *Between Vengeance and Forgiveness*, Boston: Beacon Press.
- Nino, Carlos S. (1997). *Juicio al mal absoluto*, Buenos Aires: Emecé.
- ONU. (1999). Comisión de Esclarecimiento Histórico, *Guatemala: Memoria del Silencio: Conclusiones y Recomendaciones*, Ciudad de Guatemala.
- ONU. (1993). *De la locura a la esperanza: la guerra de 12 años en El Salvador*, Informe de la Comisión de Verdad para El Salvador (1992-1993), San Salvador.
- Ratner, Steven y Jason S. Abrams (eds.). (2001). *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Nueva York: Oxford University Press.
- Rotberg R. y D. Thompson (eds.). (2000). *Truth v. Justice*, Princeton: Princeton University Press.
- Sancinetti, Marcelo A. (1988). *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires: Lerner.
- Teitel, Ruti G. (2000). *Transitional Justice*, Nueva York: Oxford University Press.

Documentos de organizaciones internacionales

Organización de las Naciones Unidas

ONU. (2004). *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, Informe del Secretario General*, UN Doc. S/2004/616 (reemitido el 23 de agosto de 2004).

Bassiouni, M. C. (2000). ONU, Comisión de Derechos Humanos, 56° período de sesiones, *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Informe Final del Relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la resolución 1999/93 de la Comisión*, Doc. E/CN.4/2000/62.

ONU. (1997). Documento E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

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

CIDH. (2000). Lapacó v. Argentina. Caso No. 12.059. Informe No. 21/00.

CIDH. (1999). Lucio Parada Cea y otros v. El Salvador. Caso No. 10.480. Informe No. 1/99.

CIDH. (1997). Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, OEA/Ser.L/V/II.97.

CIDH. (1986). Informe Anual 1985 - 1986. OEA/Ser.L/V/II.68.

International Law Commission

ILC Report, A/1316 (A/5/12), 1950, part III, paras. 95-127, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985; Serie A. Nro. 5. Informe N° 38/96, caso 10.506; Argentina; 15 de octubre de 1996.

Decisiones judiciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. (2001). Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

Corte IDH. (2000). Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70.

Corte Suprema de Justicia Argentina

Urteaga. Fallos: 321:2767, 15 de octubre de 1998.

Juzgado Nacional en los Criminal y Correccional Federal de Argentina (JNCCF)

Causa Nro. 8686/2000 caratulada “Simon, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años” del registro de la Secretaría Nro. 7 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 4, rta. 6 de marzo de 2001.

Convenciones

CPI. (1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ONU Doc. A/CONF.183/9.

OEA. (1994). Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

ONU. (1984). Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Entrada en vigor el 26 de junio de 1987. A.G. res. 39/46, anexo, 39 U.N. GAOR Supp. (No. 51) ONU Doc. A/39/51.

ONU. (1968). Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Entrada en vigor el 11 de noviembre de 1970

ONU. (1948). Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Entrada en vigor el 12 de enero de 1951.

ACEH. (1994). Acuerdo sobre el establecimiento de la 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, Oslo 23 de junio de 1994, Funcionamiento, Pto. III. En: <http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/anexo3/oslo.html> (última visita 9 de diciembre de 2004).

Decretos argentinos

Decreto Supremo No. 065-2001-PCM del 2 de junio de 2001, modificado posteriormente a través del Decreto Supremo No. 101-2001-PCM del 31 de agosto de 2001.