

Capítulo 1:

* EL DERECHO A LA REPARACIÓN Y LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. INTRODUCCIÓN

El fin de la guerra fría y el impacto político de la “caída de los muros” cambiaron drásticamente la forma en que los Estados resuelven sus conflictos, particularmente en lo relativo a su responsabilidad en graves violaciones a los derechos humanos y/o de crímenes de guerra. Es así como al terminar el siglo XX los conflictos se caracterizan por ser internos –no entre Estados–, pero con un impacto que sobrepasa sus fronteras. Esto hizo necesario un nuevo instrumental para enfrentar escenarios de masivas violaciones a los derechos humanos y crisis humanitarias. Es en este nuevo contexto, y aun cuando algunas de sus herramientas ya habían sido utilizadas desde fines de la Segunda Guerra Mundial, que se ha desarrollado el concepto de Justicia Transicional (JT).

La justicia transicional es una concepción de justicia asociada con períodos de cambio político y caracterizado por respuestas legales, que tienen por objeto enfrentar los crímenes cometidos en contextos de conflicto armado o por regímenes opresores anteriores³. Abarca “... toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos”⁴.

Así, los procesos de justicia transicional buscan realizar una transformación social y política que permita reemplazar un estado de guerra civil por un orden social pacífico,

3 Teitel, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy”. Publicado en *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).

4 Consejo de Seguridad Naciones Unidas. Informe del Secretario General. “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, S/2004/616.

o bien pasar de una dictadura a un orden político democrático⁵. En el primer caso, la transformación a realizar apunta a alcanzar dos objetivos centrales: justicia y paz. Debe dar respuesta a los derechos de las víctimas del conflicto y a las condiciones impuestas por los actores armados para desmovilizarse. En el segundo caso, los objetivos apuntan a la justicia y a la gobernabilidad, a los derechos de las víctimas de la represión y a la estabilidad de las instituciones democráticas. Hay períodos en estos procesos de justicia transicional, sin embargo, en los que prima aquella visión que sostiene que el desafío es el logro del equilibrio: entre justicia y paz o justicia y gobernabilidad; lo que se traduce en renuncias y búsquedas de fórmulas que permitan definir cuánto de una u otra cosa es realmente posible alcanzar y qué es irrenunciable.

2. FASES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL⁶

Teitel reconoce tres fases en el desarrollo de la justicia transicional. La primera se identifica como la justicia transicional de posguerra cuyo símbolo lo constituyen los juicios de Nuremberg⁷. En esta fase –asociada con la cooperación entre los Estados, con procesos por crímenes de guerra y con sanciones– la justicia nacional es desplazada a favor de la justicia internacional y se persiguen responsabilidades individuales. Se asume la opción por la justicia internacional, dado que el modelo de justicia transicional punitiva del período post Primera Guerra Mundial, caracterizada por fallidos juicios nacionales, no es capaz de evitar la matanza ocurrida en la Segunda Guerra Mundial. Asimismo, perseguir responsabilidades individuales surge, según Teitel, frente al sentimiento de frustración económica y resentimiento que provocaron en Alemania las sanciones colectivas que le fueron impuestas después de la Primera Guerra Mundial.

La gran innovación de esta fase es el giro hacia el Derecho Penal Internacional y la extensión de su aplicabilidad más allá del Estado, es decir, al individuo. Una de sus principales características es reconocer en el castigo de los violadores de derechos humanos un valor universal y exigible sin restricciones. Por ello, los juicios de Nuremberg son concebidos para que se transformen en una norma de conducta para la humanidad y así poder impedir la repetición de los hechos juzgados. Es a partir de estos juicios que comienza a estudiarse la factibilidad de tribunales internacionales permanentes. El proceso se acelera

5 Uprimny Yepes, Rodrigo. "Capítulo 1. Justicia transicional en Colombia. Algunas herramientas conceptuales para el análisis del caso colombiano", en *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia*, Rodrigo Uprimny Yepes (coord.), Catalina Botero Marino, Esteban Restrepo, María Paula Saffon. Manuscrito sin corregir del libro del mismo título que será publicado por DJS en enero de 2006, Bogotá, noviembre de 2005.

6 Teitel, 2003, op. cit. 3.

7 Aun cuando Teitel reconoce que los orígenes de la justicia transicional moderna se remontan a la Primera Guerra Mundial, considera que la justicia transicional comienza a ser entendida como extraordinaria e internacional en el período de la posguerra, es decir, después de 1945.

luego de la creación de los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda y culmina después de 50 años con la instalación de la Corte Penal Internacional⁸.

El giro hacia el Derecho Internacional de la posguerra refleja también que el eje relevante de la justicia transicional en esta fase es dar una respuesta legal internacional que sea gobernada por el Derecho Humanitario. En el período de posguerra, la transnacionalización de distintas formas de justicia transicional ocurre a través de la incorporación legal de convenios, tratados, convenciones y constitucionalismo.

La segunda fase de la justicia transicional se ubica en el último cuarto del siglo XX, período en el cual las formas que asume esta justicia están asociadas a la necesidad de sopesar la tensión entre las exigencias jurídicas de justicia y las necesidades políticas de paz en función de avanzar en la reconstrucción nacional. En la lógica de lograr equilibrios y manejar la tensión, los valores relevantes no son necesariamente los de un Estado de Derecho ideal, sino que prima en muchos casos el pragmatismo en las políticas de justicia. Así la noción de lo justo y equitativo depende del proceso transicional mismo, lo que se traduce en el surgimiento de múltiples concepciones de justicia.

En países donde las democracias son frágiles y la institucionalidad es débil, el riesgo que podría significar la aplicación de la justicia lleva a renunciar a procesos penales a favor de métodos alternativos para el esclarecimiento de la verdad y de responsabilidades en los hechos. Se separan, entonces, los procesos de verdad y justicia relevándose un nuevo mecanismo institucional: las Comisiones de Verdad⁹ cuyo principal objetivo es la pacificación más que la búsqueda de la verdad. El modelo más destacado en esta fase es el que se conoce con el nombre de restaurativo¹⁰, ya que a través de las comisiones de verdad la justicia transicional tiende a convertirse en un tema de orden privado, en un vehículo para que las víctimas se reconcilien y se recuperen del daño sufrido en el pasado, en una forma de diálogo entre las víctimas y sus victimarios, alejándose de la universalización de juicios que marca la primera fase, en la cual el problema de la justicia transicional se enmarca en términos de justicia versus amnistía, con la consideración de que la amnistía es una excepción respecto a la aplicación del Estado de Derecho. En esta segunda fase, en cambio, se adopta una política más amplia a favor de la amnistía con miras a la reconciliación. El lenguaje escogido tiene implicancias jurídicas y políticas

8 La Corte Penal Internacional es ubicada por Teitel en la tercera fase de la justicia transicional.

9 Las Comisiones de verdad constituyen 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 período de tiempo específico (Teitel, 2003).

10 La justicia restaurativa es un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro. La justicia restaurativa es una nueva manera de considerar a la justicia penal, la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes.

muy significativas, adoptándose un discurso ético-religioso que introduce una base moral a la justicia transicional.

Por otra parte, en la cercanía del fin de milenio distintos actores buscan un cierre frente a diversos errores y horrores cometidos a través de la petición de perdón. Proliferan los llamados a pedir disculpas, a realizar reparaciones, a publicar memorias, a intentar ajustar cuentas relacionadas con crímenes y sufrimientos pasados. En esta fase se levanta la idea de un Estado de Derecho vinculado con la legitimidad de la jurisdicción nacional y la soberanía de los países.

La tercera fase de la justicia transicional se instala a partir de finales del siglo XX y denota una tendencia hacia la normalización, es decir, a dejar de considerarla como un tipo de justicia para períodos excepcionales y a enmarcarla dentro de la Justicia Humanitaria, contribuyendo –a través de la construcción de una organicidad del derecho asociado con conflictos omnipresentes– al establecimiento de los fundamentos del emergente derecho sobre terrorismo. El símbolo más reconocido de la normalización de la teoría transicional es el afianzamiento de la respuesta de la primera fase en la forma del Tribunal Penal Internacional (TPI), nueva institución internacional establecida a finales del siglo pasado.

3. JUSTICIA Y PAZ: PARADIGMA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Para Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon¹¹, tan sólo el segundo período de la justicia transicional identificado por Teitel coincide con lo que se comprende como el paradigma de la justicia transicional, pues sólo en aquél se evidencia el dilema que ésta debe enfrentar y que le otorga especificidad: equilibrar las exigencias de justicia y paz. Asimismo, plantean que dentro del recientemente creado paradigma de justicia transicional, la justicia aparece como una exigencia que cualifica de manera importante los procesos transicionales, pero que a la vez se ve profundamente determinada por tales procesos.

Estos autores señalan que la justicia transicional se refiere al problema que debe remediar una sociedad que enfrenta el legado de graves atentados contra la dignidad humana, cuando sale de una guerra civil o de un régimen tiránico, resolviendo y equilibrando el castigo a los responsables o el olvido de esos atropellos para favorecer la reconciliación. De este modo, las exigencias jurídicas de justicia impuestas desde el plano internacional, que se traducen en la obligación de individualizar y castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en la etapa previa a la transición y que buscan garantizar el derecho de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación,

¹¹ Uprimny, Rodrigo; Saffon, María Paula. "Capítulo 7. Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades", en *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, compilado por Angelika Rettberg, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, CESO, Ediciones Uniandes, Bogotá, Colombia, 2005.

deben lidiar con las necesidades de paz y de reconciliación nacional propias de los procesos transicionales que se concretan, muchas veces, en negociaciones políticas entre los diferentes actores, tendientes a lograr acuerdos lo suficientemente satisfactorios para todas las partes como para que éstas decidan aceptar la transición.

De acuerdo a Uprimny (2005) los diferentes procesos transicionales podrían ser clasificados de acuerdo a la forma en que han resuelto las tensiones entre justicia y paz o más precisamente entre castigo y amnistía. Así, construye un continuo que va desde la prevalencia del perdón y la negación absoluta del castigo hasta la primacía de la justicia, sin apelar a procesos como el perdón y el olvido.

Un primer tipo de proceso transicional sería el de perdones amnésicos, en los cuales se promulgan amnistías generales –sin considerar el establecimiento de mecanismos para el esclarecimiento de la verdad o para la reparación de las víctimas– bajo el supuesto de que ello va a permitir negociaciones entre los actores y reconciliación nacional a través del olvido. A este tipo de transición responderían los procesos ocurridos en España post Franco¹² y las amnistías promulgadas en Colombia. Los perdones compensadores constituirían un segundo tipo caracterizado por amnistías generales acompañadas de la implementación de comisiones de verdad y de algunas medidas de reparación a las víctimas a través de las cuales se pretende compensar el perdón otorgado a los victimarios. Uprimny ubica aquí los procesos ocurridos en Chile y El Salvador¹³.

Un tercer tipo de procesos contendría los perdones responsabilizantes caracterizados por el establecimiento de una comisión de verdad, la exigencia de la confesión total de crímenes atroces, la previsión de ciertas reparaciones y el otorgamiento de perdones individuales y condicionados para algunos crímenes. Este tipo se basa en la búsqueda de hacer factibles la transición y la reconciliación, pero individualizando responsabilidades. Un proceso como éste es el que habría operado en Sudáfrica.

Por último, las transiciones punitivas se caracterizan por el establecimiento de tribunales *ad hoc* para castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad, en el entendido de que sólo por medio del castigo de los responsables es posible fundar un orden democrático nuevo, cimentado en el respeto de los derechos humanos. Esto es lo que habría ocurrido en Nuremberg, Ruanda y la ex Yugoslavia.

Uprimny sostiene que el primer y el último modelo de justicia transicional –perdones amnésicos y transiciones punitivas– son modelos radicales de transición y no corresponden a verdaderos tipos de justicia transicional ya que no resuelven la tensión

¹² En el caso de España, su ubicación podría variar a la luz de lo que ocurra con los procesos actuales de revisión del pasado dictatorial.

¹³ Con respecto a Chile, cabe hacer notar que esta ubicación la adquiere en un período en que sólo se había implementado la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.

entre justicia y paz, sino que optan por una u otra. Asimismo, señala que en razón de las especificidades y del carácter dinámico de los procesos transicionales, éstos pueden presentar características de uno o varios de los tipos básicos antes señalados y pueden, asimismo, comenzar escogiendo una vía y terminar optando por otra. Es así como estos tipos básicos constituyen modelos o herramientas esquemáticas que permiten comprender los diversos elementos que están en juego en los procesos transicionales, pero que no deben hacer perder de vista que la realidad es más compleja y cambiante.

En esta misma línea, Eduardo González¹⁴ propone que la justicia transicional debe conjugar tres grupos de problemas que constituyen dimensiones de la misma: los referidos a consideraciones estratégico-políticas, a consideraciones ético-culturales y a consideraciones técnico-jurídicas. Así, debe construir complementariedades y alcanzar equilibrios sostenibles entre las preocupaciones por la estabilidad política, la justicia y el respeto a la legalidad. Este autor señala que las posibilidades tanto de armonía como de colisión entre las tres dimensiones involucradas en la justicia transicional están siempre presentes y dependen en gran medida de la capacidad de acción e inventiva de los principales agentes involucrados en cada una de ellas: los líderes políticos postdictatoriales en la dimensión político-estratégica; las víctimas de la represión y los defensores de los derechos humanos en la dimensión ético-cultural; y los operadores del derecho en la dimensión técnico-jurídica.

Desde la dimensión político-estratégica la gran preocupación es la estabilidad política, por lo que las posibilidades de acción para la justicia transicional van a verse influidas por la correlación de fuerzas heredada de la transición democrática. Así, de acuerdo al grado de factibilidad política de la justicia, se optaría entre favorecer o combatir la impunidad de los actos criminales cometidos por el antiguo régimen. La forma de acción, en esta dimensión, es la realización de tratos estratégicos de intereses entre las partes involucradas.

En cambio, desde la dimensión ético-cultural, la preocupación principal es la justicia. Esta dimensión se determina desde la existencia del reclamo de justicia de una parte de la población que encuentra eco en la esfera pública y que permite tematizar los traumas heredados de la experiencia autoritaria. No obstante, la apertura de la esfera pública hacia este tema depende de cuán incorporadas estén las víctimas en las estructuras de la sociedad civil, lo cual permite la mayor o menor visibilidad de ciertos crímenes. Así, algunos crímenes se consideran invisibles porque sus víctimas son ya invisibles en la sociedad. Aquí las opciones a enfrentar serían favorecer estrategias de compromiso político o llevar adelante políticas “principistas”, asumiendo que el objetivo es evitar

¹⁴ González Cueva, Eduardo. “Perspectivas teóricas sobre la justicia transicional”, en www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/Gonzalez_Cueva.pdf

la recurrencia del trauma y el debilitamiento de las estructuras de la esfera pública. El procedimiento empleado para enfrentar esta dimensión es la realización de escritos de una narrativa histórica que reconocen la verdad de las víctimas.

Por último, para el autor la dimensión técnico-jurídica abarca el proceso de funcionamiento de aquellos instrumentos jurídicos que pueden enfrentar las conductas criminales y adjudicar responsabilidades penales individuales. La preocupación central aquí es el respeto a la legalidad, por lo que se requiere de la disponibilidad de un recurso judicial efectivo. Asimismo, los procedimientos apuntan a determinar las responsabilidades individuales de acuerdo a las garantías del debido proceso. En esta dimensión las opciones a enfrentar se refieren a realizar interpretaciones amplias o restrictivas del cuerpo legal existente, intentando evitar la manipulación política de la justicia y el debilitamiento del poder judicial.

4. JUSTICIA TRANSICIONAL VERSUS JUSTICIA RESTAURATIVA

Teitel (2003) considera al modelo restaurativo como el más destacado en la que consigna como la segunda fase de la justicia transicional. Sin embargo, Uprimny y Saffon señalan que a pesar de la tendencia que en la actualidad existe a defender la aplicación del paradigma de justicia restaurativa a procesos de justicia transicional, los orígenes de ambos tipos de justicia son disímiles, ya que mientras la justicia transicional surge para equilibrar las exigencias de justicia y paz en contextos excepcionales de transición –de la guerra a la paz o de la dictadura a la democracia– caracterizados por la necesidad de enfrentar la violación masiva y sistemática de derechos humanos, la justicia restaurativa aparece como un paradigma alternativo al funcionamiento del sistema penal y crítico del mismo en condiciones de normalidad y, en concreto, de la manera como éste castiga las formas ordinarias de crímenes presentes en una sociedad.

Así, la justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento del crimen que *“... en lugar de fundarse en la idea tradicional de retribución o castigo, parte de la importancia que tiene para la sociedad la reconciliación entre víctima y victimario. En ese sentido, todos los autores y grupos que la defienden coinciden en propugnar que el derecho penal deje de centrarse en el acto criminal y en su autor y gire la atención hacia la víctima y el daño que le fue ocasionado... el paradigma restaurador pretende centrarse en el futuro y no en el pasado y, al hacerlo, lejos de basarse en la evaluación de la culpa del ofensor, le otorga una importancia fundamental a la búsqueda de aquellos mecanismos a través de los cuales éste puede adquirir conciencia acerca del daño que causó, reconocer su responsabilidad e intentar reparar ese daño”*¹⁵.

Para Uprimny y Saffon, hay quienes defienden la conveniencia política y la superioridad ética de emplear la justicia restaurativa como paradigma básico de la justicia transicional

¹⁵ Uprimny y Saffon, *op. cit.*

ya que “*a través del diálogo entre víctimas y victimarios y de la concesión de perdón de aquellas a éstos, las sociedades logran sanar las profundas heridas dejadas por los crímenes atroces cometidos en el periodo previo a la transición y, de esa manera, garantizan la estabilidad y durabilidad del orden social pacífico alcanzado*”. No obstante, quienes se plantean contrarios a esta postura sostienen que la justicia restaurativa “puede perfectamente complementar a la justicia transicional, pero nunca debería sustituirla. En efecto, la justicia transicional tiene lugar en circunstancias políticas y sociales excepcionales y enfrenta crímenes que en ocasiones atentan contra el núcleo más básico de la dignidad del ser humano. Por el contrario, la justicia restaurativa fue diseñada para enfrentar, en sociedades pacíficas, la criminalidad de pequeña escala. Así, mientras que para este tipo de casos es plausible concebir al perdón y al olvido como estrategias eficaces para superar el crimen, para los casos de violaciones masivas de derechos humanos una fórmula basada exclusivamente en perdones amnésicos no parece plausible jurídica y políticamente y ciertamente es cuestionable éticamente.”

Aun cuando tanto la justicia restaurativa como la transicional coinciden en su objetivo de reconciliación, la justicia restaurativa lleva a ver el castigo como algo indeseable, ocultando la importante función que puede cumplir en un proceso transicional al promover, a través del juzgamiento de los victimarios, los derechos de las víctimas a la reparación y a la verdad, a lo cual se suma su aporte para la no repetición de dichos crímenes. Individualizar y castigar a los responsables de crímenes de guerra y lesa humanidad puede resultar clave “para el éxito de un proceso de justicia transicional y para la estabilidad del nuevo orden social y político incubado en su seno, por lo que el enfoque de la justicia restaurativa no puede ser el imperante en estos contextos. El perdón de los victimarios no puede ser, como lo pretende el paradigma restaurativo, la regla general de un proceso transicional. Y esto porque... la justicia transicional enfrenta precisamente el complejo dilema de encontrar un equilibrio entre las exigencias de justicia y paz, equilibrio que como es evidente no se alcanza si una de esas exigencias es privilegiada de manera absoluta sobre la otra”¹⁶.

A pesar de que el contexto es fundamental para el tipo de equilibrio que se logre en el proceso de justicia transicional, la situación política no dicta automáticamente el resultado. Existe un amplio margen de gestión, para bien o para mal, de la justicia, que depende de la voluntad política de los actores dirigenciales en los procesos de transición. Como señalara el Secretario General de Naciones Unidas, “justicia y paz no son fuerzas contrapuestas; cuando se trata de establecerlas bien, se promueven y sostienen una a la otra. Así pues, la cuestión no podrá ser nunca si hay que fomentar la justicia y la rendición de cuentas, sino más bien cuándo y cómo hacerlo”¹⁷.

16 Uprimny y Saffon, *op. cit.*

17 Consejo de Seguridad Naciones Unidas, S/2004/616, *op. cit.*

5. COMPONENTES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

La justicia transicional se entiende cada vez más como un paradigma jurídico que consta de cuatro mecanismos o componentes¹⁸:

a) Acciones judiciales contra los autores individuales de crímenes (ya sea por medio de tribunales nacionales o internacionales). Los procesos penales, en los contextos transicionales, no sólo sirven para que los autores de delitos respondan por sus actos y se haga justicia para las víctimas, sino que también cumplen un rol disuasivo y de denuncia pública de las conductas delictivas. Para Naciones Unidas, “los sistemas de justicia nacionales deben ser el primer recurso en materia de rendición de cuentas. Sin embargo, cuando las autoridades nacionales no cumplen sus obligaciones internacionales y se muestran renuentes o incapaces a la hora de enjuiciar internamente a los infractores, el papel de la comunidad internacional cobra una importancia crucial, como queda de manifiesto en el establecimiento y el funcionamiento de los tribunales penales internacionales e híbridos creados durante el decenio anterior... Pese a sus limitaciones e imperfecciones, los tribunales penales internacionales e híbridos han modificado el carácter de la justicia internacional y realzado la naturaleza mundial del imperio de la ley.”¹⁹

b) Promoción de iniciativas de búsqueda de la verdad para esclarecer abusos pasados y construir la memoria histórica (comisiones de la verdad, entidades investigadoras). En distintos países, especialmente latinoamericanos y africanos, se ha utilizado el mecanismo de las Comisiones de Verdad. Estas comisiones son instituciones temporales, investidas con una autoridad oficial para investigar trayectorias de graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante un período de tiempo pasado y para elaborar recomendaciones para la justicia y la reconciliación. La historia que estas comisiones pueden reconstituir debe ser divulgada en un reporte público. Para Naciones Unidas es “indispensable asegurar que sean sensibles a las cuestiones de género y solidarias con las víctimas de delitos o de discriminación”²⁰. La labor desarrollada por estas comisiones constituyen procesos extrajudiciales que, según los contextos, completan o substituyen los cursos penales. Efectivamente, estas comisiones de verdad han asumido diferentes formas y características, en términos de su mandato, de sus poderes, composición y funciones. Para Stahn²¹ estos conceptos se definen de siguiente forma:

18 Duggan, Colleen. “Prólogo” en *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, compilado por Angelika Rettberg, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, CESO, Ediciones Uniandes, Bogotá, Colombia, 2005.

19 Consejo de Seguridad Naciones Unidas, S/2004/616, op. cit.

20 Consejo de Seguridad Naciones Unidas, S/2004/616, op. cit.

21 Stahn, Carsten. “Capítulo 4. La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional” en *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, compilado por Angelika Rettberg, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, CESO, Ediciones Uniandes, Bogotá, Colombia, 2005.

i) Mandato: una investigación selectiva versus una comprehensiva. La investigación será selectiva si se ha limitado expresamente su poder a la investigación de tipos específicos de abuso²² y la investigación será comprehensiva si posee un poder investigativo extenso, que le permita cubrir distintos tipos de violaciones a los derechos humanos ocurridas durante un período de tiempo.

ii) Poderes: funciones cuasi judiciales versus establecer hechos, lo que apunta a que las comisiones de verdad pueden recibir un poder colectivo orientado hacia el descubrimiento de la verdad histórica pero impidiéndosele tanto nombrar a los victimarios responsables de las violaciones como hacer recomendaciones obligatorias para la reforma de la justicia y la reconciliación o pueden recibir un poder más jurídico. Sobre esto último, en los Principios Guía para Combatir la Impunidad en Crímenes Internacionales²³ se señala que para que una comisión investigadora sea efectiva se necesitan, como mínimo, tres poderes: el de recolectar, por los medios apropiados y de forma coherente con los estándares internacionales del debido proceso, cualquier información o evidencia que se considere relevante para su mandato; el de entrevistar a cualquier individuo, grupo, o miembro de alguna organización o institución que posea información relevante para el caso; el de escuchar testimonios de víctimas, testigos y otros partidos pertinentes; y el de tomar medidas para la protección de víctimas y testigos.

iii) Composición (internacional o doméstica). Las comisiones internacionales pueden ser establecidas bajo el patrocinio de Naciones Unidas u otra organización multilateral. También las comisiones pueden ser internacionalizadas, es decir, con una composición mixta nacional-internacional. La composición doméstica tiende a generar resultados positivos en situaciones en las que hay una división clara entre el régimen anterior y el nuevo, así como en las que el gobierno actual y el sistema judicial local gozan de la confianza de la población.

iv) Funciones: reportaje y recomendación pública versus reintegración de los victimarios a la sociedad. En algunos casos, el mayor reto de la justicia transicional consiste en transformar una cultura de impunidad en una cultura de rendición de cuentas. Esto puede alcanzarse a través de sistemas tradicionales de comisiones de verdad que se centran en la identificación pública de los abusos y en la creación de políticas institucionales para promover la responsabilidad. Sin embargo, surge un nuevo reto en los lugares donde las

²² Este es el caso de la Comisión de Verdad de Chile, la cual sólo podía abocarse a las violaciones a los derechos humanos que culminan en muerte o desaparición de las víctimas.

²³ Bassiouni, 2002 citado por Carsten Stahn en Rettberg, Angelika (compiladora). *Entre el perdón y el perdón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, CESO, Ediciones Uniandes, Bogotá, Colombia, 2005.

atrocidades han tenido un componente religioso, racial o étnico, donde las diferentes capas de una sociedad han estado involucradas en un conflicto armado y donde el conflicto ha generado desplazamientos y victimarios distanciados de su comunidad local. En estos casos también se necesita la instauración de una cultura de la rendición de cuentas y de la prevención, pero tal vez las comisiones de verdad tengan que jugar un papel adicional reintegrando a los individuos a su ambiente local, con el fin de evitar que las injusticias sociales de fondo se transmitan de una generación a otra.

Las actuaciones judiciales, las comisiones de verdad, la expresión pública de arrepentimiento, las medidas de reparación, participan todas en construir la manera en la que la nación se relata a sí misma, afirmando su marco identitario y sus nuevas referencias valóricas. Este trabajo de memoria se acompaña de un proceso más amplio marcado por la apertura de archivos, interpretación de la historia, construcción de memoriales, de museos y de fechas de recuerdo y recogimiento. La elaboración de un relato común es un desafío de largo aliento que se expresa en una batalla por la memoria, marcada por las correlaciones de fuerza en diferentes momentos y en el desarrollo del proceso.

c) Reforma inmediata de instituciones importantes para la gobernabilidad democrática (incluyendo la investigación de antecedentes, la remoción de los culpables de sus cargos y su exclusión de los puestos públicos). Como señalara el Secretario General de Naciones Unidas, “no es posible consolidar la paz en el período inmediatamente posterior al conflicto ni mantenerla a largo plazo a menos que la población confíe en que se podrá obtener la reparación de las injusticias sufridas a través de estructuras legítimas encargadas del arreglo pacífico de las controversias y la correcta administración de justicia ... la tarea de ayudar a sociedades desgarradas por la guerra a restablecer el Estado de derecho y superar abusos pasados cometidos a gran escala, todo ello dentro de un contexto marcado por unas instituciones devastadas y unos recursos agotados, y con una seguridad debilitada y una población traumatizada y dividida, es difícil cuando no abrumadora. Para llevarla a cabo es preciso prestar atención a múltiples deficiencias, entre ellas las relativas a la falta de voluntad política para introducir reformas, de independencia institucional en la administración de justicia, de capacidad técnica en el país, de recursos materiales y financieros, de confianza de los ciudadanos en el gobierno, de respeto de los derechos humanos por los poderes públicos y, más en general, de paz y de seguridad.”²⁴

Por otra parte, purgar a los responsables de los puestos de mando tiene un objetivo tanto retributivo (sancionar a los criminales por sus actos removiéndolos del cargo en lugar de procesarlos judicialmente) como preventivo, ya que evita la obstrucción que pueden provocar a la transición y a las nuevas políticas gubernamentales.

²⁴ Consejo de Seguridad Naciones Unidas, S/2004/616, *op. cit.*

d) Reparación, tanto material como simbólica, de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Las reparaciones materiales están destinadas a las víctimas y a los herederos de los que han sido perseguidos en razón de su origen o su compromiso²⁵. Estas reparaciones son un acto voluntario de un Estado pagadas a individuos o a grupos con el objeto de satisfacer fines morales y políticos. A esto se agregan las reparaciones que pueden ser ordenadas por tribunales penales.

“La reparación no siempre es monetaria, sino que puede consistir en la restitución de los derechos de las víctimas, programas de rehabilitación y medidas simbólicas, como disculpas oficiales, monumentos y ceremonias conmemorativas. También es habitual, en los países que salen de un conflicto, la restitución de los derechos de propiedad o, si no es posible, una indemnización justa. La reparación material puede ser la más complicada, especialmente si se otorga por medio de grandes programas gubernamentales. Es difícil decidir a quién incluir entre las víctimas que recibirán una indemnización, a cuánto ascenderá dicha indemnización, qué tipo de perjuicios indemnizar, cómo evaluarlos, cómo comparar y compensar los diferentes tipos de perjuicios y cómo distribuir las indemnizaciones. Es probable que ninguna forma de reparación por sí sola sea satisfactoria para las víctimas. Normalmente se necesitará una combinación adecuada de medidas de reparación, como complemento de los procesos de los tribunales penales y las comisiones de la verdad. Independientemente del sistema de justicia de transición que se adopte y de los programas de reparación complementarios, las demandas de justicia y los dictados de la paz requieren algún tipo de indemnización de las víctimas”²⁶.

Respondiendo a esta preocupación por el resarcimiento a las víctimas, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas elaboró 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”.

6. MARCO INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA REPARACIÓN

Son numerosos los instrumentos de derechos humanos que consagran el derecho a la reparación. Algunos en términos generales, otros de manera más específica. La Declaración Universal de Derechos Humanos es el texto fundador y fuente inspiradora de lo que más tarde constituirá el desarrollo concreto de sus principios. Así, en su artículo 8, la Declaración Universal señala que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.” De

²⁵ Un ejemplo de ellas son las acordadas por la RFA desde 1952 a los sobrevivientes de los campos de exterminio y de concentración nazis; otro ejemplo es el que representa lo ocurrido en Argentina y Chile.

²⁶ Consejo de Seguridad Naciones Unidas, S/2004/616, op. cit.

igual modo lo expresan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁷ al señalar que “toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación” y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes²⁸ que establece que “todo Estado parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible...”

Por su parte, en instrumentos específicos como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial²⁹ se establece el deber de los Estados de asegurar protección y recursos efectivos contra todo acto de discriminación racial así como el derecho de las víctimas a pedir a los tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño como consecuencia de tal discriminación. Los Sistemas Regionales de Protección a los Derechos Humanos también han consagrado, respecto de derechos específicos, el principio de indemnizaciones³⁰ o el derecho a una compensación adecuada³¹.

Si bien el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos encuentra su punto de partida a partir de la creación de Naciones Unidas después de la constatación de las atrocidades que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial, el contexto de la guerra fría suspenderá los avances en materia de justicia por graves violaciones a los derechos humanos.

La década de los 90 va a estar marcada por la caída del muro de Berlín, el desarrollo de un importante proceso de democratización que termina con dictaduras en América Latina, que desmantela el *apartheid* en Sudáfrica, y que inicia un proceso de redefinición de las estructuras estatales y de dependencia en los países del este europeo ligados a la hegemonía soviética. Pero también va a estar marcada por el estallido de la violencia en los Balcanes y por los enfrentamientos internos de algunos países africanos, del que Ruanda es el caso paradigmático; Colombia en América Latina y Afganistán, Timor Oriental, India y Sri Lanka en Asia son ejemplos de las características fundamentales de todos estos conflictos: el enfrentamiento interno, aun cuando éste suela traspasar

27 Artículo 9, párrafo 5.

28 Artículo 14, párrafo 1.

29 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

30 Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

31 Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos (Carta de Banjul), aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.

las fronteras de los propios Estados, y el impacto de éste en la población civil que se convierte en el principal blanco de la violencia.

Tanto la experiencia nacional como internacional va a enriquecer la reflexión y la acción a nivel mundial para enfrentar la especificidad del período. Hasta los años 90 la forma de enfrentar los conflictos y las etapas de pacificación se centran fundamentalmente en el castigo a los culpables de violaciones a las normas del Derecho Humanitario y posteriormente del Derecho Penal Internacional. Los conflictos en la ex Yugoslavia y en Ruanda en la década de los 90 confluyen en el establecimiento de Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, cuya jurisprudencia marca un hito en la justicia penal internacional que permite avanzar en una aplicación más amplia de los conceptos de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio. Estos avances son retomados posteriormente por el Estatuto de Roma que crea el Tribunal Penal Internacional.

Efectivamente, el Estatuto de Roma (1998) es la culminación de un proceso que equilibra la búsqueda de sanción a los responsables y las normas del debido proceso que garantizan derechos a los procesados, con la inclusión de los intereses de las víctimas al proceso; pero su importancia también radica en la criminalización de la violencia sexual y de género³², pues aun cuando en los Tribunales *ad hoc* se incorpora la violencia sexual como constitutiva de crímenes de guerra y de lesa humanidad, la existencia de una serie de dispositivos jurídicos –como señala Lorena Fries– atenta contra la posibilidad de lograr la sanción a los responsables y la reparación de las mujeres víctimas³³.

La experiencia internacional, sin embargo, permite plantear algunas preocupaciones. Los informes, estudios y relatorías efectuadas en Naciones Unidas, y más precisamente en la Comisión de Derechos Humanos, han permitido verificar el escaso interés y atención que los diferentes Estados han prestado a las víctimas durante los procesos de pacificación y de democratización. Se han constatado igualmente las reticencias de los nuevos gobiernos a asumir las responsabilidades en las violaciones de derechos humanos de los gobiernos anteriores y el poco interés por los derechos de las víctimas y sus necesidades, especialmente el poco interés por los derechos y necesidades de las mujeres víctimas.

Una primera razón de esta falta de consideración reside en que el derecho a la reparación se operacionaliza a nivel doméstico y tiende a concebirse, fundamentalmente, en su dimensión de compensación económica, propia del derecho nacional. La segunda, se

32 El Estatuto de Roma incluye la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada y el embarazo forzado en la definición de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (Art. 7).

33 Fries, Lorena. "La Corte Penal Internacional y los avances en materia de justicia de género", en *La Corte penal Internacional: Avances en materia de justicia de género. Corporación de Desarrollo de la Mujer La Morada. Santiago, Chile, 2003.*

refiere al desarrollo del derecho penal estrictamente ligado al juzgamiento y al castigo de los responsables en desmedro de las víctimas. Esta falta de interés por responder adecuadamente connota el desconocimiento existente sobre la normativa y las necesidades de las víctimas hoy en día.

La actividad realizada por la Comisión de Derechos Humanos desde fines de los '80 hasta comienzos de siglo se centra en la protección de la sociedad civil en circunstancias de conflicto armado. Ello permite arribar a un diagnóstico de los procesos de reparación a la luz de las experiencias de los Estados y en el marco de la normativa internacional existente, así como constatar sus vacíos y/o ambivalencias. En este proceso y contexto nacen “Los Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y a obtener reparación”, que ponen a disposición de los Estados y de las víctimas un conjunto de herramientas para garantizar, acceder y/o reivindicar procedimientos de reparación de índole judicial y/o no judicial.

7. PRINCIPIOS Y DIRECTRICES BÁSICAS SOBRE EL DERECHO A LA REPARACIÓN

Dos vertientes han dado origen al conjunto de principios y directrices que, sin constituir nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, señalan mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes de acuerdo a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario. La primera concierne a los estudios sobre impunidad y se concreta en las propuestas del Relator Especial L. Joinet, actualizados por D. Orentlicher; y la otra se refiere a los estudios y sistematización sobre reparación comenzados por Théo van Boven y finalizados por M. Cherif Bassiouni.

Estas dos vertientes, no obstante, están íntimamente relacionadas. Théo van Boven en su Informe de 1993³⁴ “*relativo al derecho a restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes a los derechos humanos y las libertades fundamentales*” señala que todo estudio sobre el derecho a reparación, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones flagrantes a los derechos humanos y las libertades fundamentales, debe abordar la cuestión de la impunidad. Afirma que “no es posible ignorar que existe una conexión clara entre la impunidad de los autores de violaciones flagrantes de los derechos humanos y la no concesión de una reparación equitativa y adecuada a las víctimas”. En efecto, cuando las autoridades del Estado renuncian a investigar los hechos

³⁴ Van Boven, Théo. Informe Final del Relator Especial de Naciones Unidas, “Estudio sobre el derecho de restitución, reparación y rehabilitación para las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales”, Doc. de la ONU, E/CN.4/Sub.2/1993/8, 1993.

y a determinar la responsabilidad penal, resulta muy difícil para las víctimas y/o para sus familiares emprender acciones legales eficaces de reparación.

Por su parte, la línea de trabajo sobre impunidad de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías encarga a Louis Joinet un informe relativo a la impunidad de los autores de las violaciones de derechos humanos (derechos civiles y políticos), que es entregado en 1997 y que se enmarca en la aplicación del Programa de Acción de Viena. Este informe recomienda la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas de un conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad e incluye un capítulo de reparación recogiendo algunas de las proposiciones elaboradas por T. van Boven en 1993. Estos principios son actualizados por la experta internacional Diane Orentlicher y presentados ante la Comisión de Derechos Humanos en 2005. El interés de esta actualización concierne, entre otras cosas, al énfasis puesto en la importancia de la activa participación de las víctimas en los procesos y programas de reparación, tanto en el diseño como en la implementación y evaluación de estos programas y, en particular, la participación de las mujeres en ellos.

Van Boven alude a las normas internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario existentes, pero además se basa en consultas a los organismos especializados de Naciones Unidas sobre el tema³⁵. Señala la importancia de tener en cuenta algunas problemáticas específicas como la situación de los pueblos originarios, la violencia contra las mujeres –en especial la violencia sexual– y el daño ambiental. Igualmente afirma que las víctimas podrán ser individuales o colectivas. En el capítulo destinado a conclusiones y recomendaciones, destacan aquellas hechas a los organismos de Naciones Unidas y a otras organizaciones intergubernamentales sobre la importancia de tener en cuenta los derechos y necesidades de las víctimas; así como que los nuevos instrumentos sobre derechos humanos incluyan disposiciones sobre reparación. Respecto de los organismos supervisores de tratados recomienda prestar atención de manera sistemática a la cuestión de la reparación a las víctimas.

En su resolución 1998/43, la Comisión de Derechos Humanos pide a su Presidente la designación de un experto para que prepare una versión revisada de los principios y directrices básicos elaborados por Van Boven –teniendo en cuenta las opiniones y comentarios de los Estados, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales– con miras a su adopción por la Asamblea General. Se designa para esa función a M. Cherif Bassiouni. El Relator trabaja en base a los documentos anteriores y,

³⁵ Comité de Derechos Humanos, el Comité de expertas de la Cedaw, Comité contra la Tortura, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros.

fundamentalmente, sobre el de Van Boven³⁶ comparándolos con otras normas y principios de Naciones Unidas sobre el derecho a reparación de las víctimas³⁷. En su informe final (2000) confirma el proyecto de *Principios y Directrices* propuesto por Van Boven. En diciembre de 2005, finalmente son aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas.

Bajo los *Principios y Directrices* los Estados reafirman que su obligación principal es la de respetar y garantizar que se respeten los derechos humanos reconocidos en los tratados de derechos humanos. Para ello deben tomar las medidas necesarias, de carácter legislativo, administrativo y/o judicial que permitan el pleno ejercicio y protejan los derechos humanos en el ámbito nacional. Es frente a la violación de dichos derechos que surge además el derecho de toda víctima a la reparación y cuando se trata de violaciones graves, la obligación de garantizar que tales violaciones no vuelvan a repetirse. Dichas obligaciones ya habían sido refrendadas en el sistema interamericano, en particular en el caso *Velásquez Rodríguez*, que establece que la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar son obligaciones de todo Estado en materia de derechos humanos.

Respecto de las víctimas, los *Principios y Directrices* señalan en el preámbulo que “*las formas contemporáneas de victimización, aunque dirigidas esencialmente contra personas, pueden estar dirigidas además contra grupo de personas, tomadas como objetivo colectivamente*” y define víctima como aquella persona que haya sufrido daños individual o colectivamente. Se trata así de dar cuenta de grupos, colectivos y comunidades históricamente discriminados, como es el caso de los pueblos originarios y las mujeres.

Se establece el derecho al acceso igual y efectivo a la justicia; reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; acceso a información concerniente a las violaciones y a los mecanismos de reparación, sin discriminación alguna. Como norma general de los tratados internacionales, el principio de no discriminación se hace presente de forma de evitar que el derecho a la reparación se vea afectado por la condición que un sujeto o un colectivo tenga en una sociedad determinada.

36 El Sr. van Boven preparó tres versiones de los principios y directrices básicos sobre el derecho de reparación de las víctimas. La primera figura en el documento E/CN.4/Sub.2/1993/8, de 2 de julio de 1993, sección IX, la segunda en el documento E/CN.4/Sub.2/1996/17, de 24 de mayo de 1996, y la tercera en el documento E/CN.4/1997/104, de 16 de enero de 1997. Además, el experto independiente examinó los trabajos del Sr. Louis Joinet, quien, en calidad de Relator Especial sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos), había redactado principios y directrices básicos sobre la impunidad. Se analizaron dos versiones de estas directrices (E/CN.4/Sub.2/1997/20, de 26 de junio de 1997, y E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, de 2 de octubre de 1997) en la medida en que guardaban relación con la reparación a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

37 Estos se examinaron a la luz de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (anexa a la resolución 40/34 de la Asamblea General), las disposiciones pertinentes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (A/CONF.189/9), y otras normas y principios aplicables de las Naciones Unidas. Fruto de este examen fue el primer informe (E/CN.4/1999/65) presentado por el experto independiente a la Comisión de Derechos Humanos, en cumplimiento de la resolución 1998/43.

En lo relacionado al acceso a la justicia, se señala que además del acceso individual a la justicia “... los Estados han de procurar establecer procedimientos para que grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtener reparación, según proceda”.

En el capítulo específico destinado a las reparaciones hay dos aspectos esenciales: el primero dice relación con las formas de garantizar una reparación plena y efectiva y el segundo se refiere a la garantía de no repetición, que si bien va más allá de las víctimas y no es considerada una forma clásica de reparación en el Derecho Internacional, en términos generales y en situaciones de violaciones masivas contribuye a la reparación también de la sociedad que se ha visto traumatizada por las atrocidades.

En relación a los componentes de dicha reparación, los *Principios y Directrices* incorporan:

a) La restitución, que tiene como objetivo –siempre que sea posible– “devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario”. Señala como ejemplos de este componente la restitución de la libertad, la identidad, la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración a su empleo, la devolución de sus bienes, entre otros.

b) La indemnización o compensación, que se determinará en función del daño sufrido y que sea posible de evaluar económicamente, entre ellos el daño físico y moral, la pérdida de oportunidades y en particular aquellas que tienen relación con el empleo, la educación y prestaciones sociales.

c) La rehabilitación, que incluye la asistencia jurídica, médica, psicológica y social

d) La satisfacción que - entre otras medidas – incluye la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que ésta no provoque daños ni amenace la seguridad de las víctimas; las excusas públicas, que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; la conmemoración y homenajes a las víctimas; la inclusión de la exposición precisa de las violaciones en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

d) La obligación de garantía de no repetición³⁸, por su parte, tiene relación estrecha con la prevención. Entre las medidas destinadas a garantizar la no repetición, se incluyen: i) reformas legales que contribuyan a evitar nuevas violaciones manifiestas de las normas internacionales de los derechos humanos y del derecho humanitario; ii) el control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; iii) el fortalecimiento de la independencia del poder judicial; iv) la promoción de la observancia de los códigos

³⁸ La obligación de garantía de no repetición no es considerada una medida de reparación propiamente tal en el Derecho Internacional clásico en la medida que no tiene por objeto resarcir a las víctimas. Sin embargo, hay autores que la hacen parte de la reparación en tanto las víctimas en procesos de graves violaciones a los derechos humanos o contextos de guerra no son solo las directas sino que toda la comunidad.

de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por parte de los funcionarios públicos, incluyendo al personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, la salud, la psicología, los servicios sociales; v) la educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad.

En la redacción de los *Principios y Directrices*, no obstante, no se recoge la importancia de la participación de las víctimas en los procesos de reparación y concretamente en los programas elaborados por los Estados, a través de la incidencia en su diseño, ejecución y evaluación. A pesar de dicha omisión, esta participación es ampliamente desarrollada en los trabajos previos sobre impunidad³⁹, siendo igualmente mencionada por otros instrumentos y resoluciones de Naciones Unidas como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW, y la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de la ONU, normativas todas que afirman el derecho a participar en todos los ámbitos de la actividad pública en general y en particular en la dirección de los asuntos públicos, los que necesariamente incluyen la nueva institucionalidad que se crea durante los procesos de pacificación y de democratización y la que perdura en la consolidación de la democracia⁴⁰.

Más específicamente respecto de la participación de las mujeres, la CEDAW⁴¹ en sus artículos 7 y 8 reconoce el derecho de las mujeres a participar, en igualdad de condiciones con los hombres, en la formulación de las políticas gubernamentales, en su ejecución, y a ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales, incluidos el de representar a su gobierno en el plano internacional y en la labor de las organizaciones internacionales.

Respecto de los procesos de pacificación y resolución de conflictos, más concretamente la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad (2000), manifiesta su preocupación por el impacto de los conflictos armados en las mujeres y los niños y la importancia de considerar las necesidades de éstas en los procesos de pacificación. El texto insiste en “... *el importante*

39 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. E/CN.4/2005/102. “Promoción y Protección de los derechos humanos”, Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad.

40 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 25, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

41 Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, adoptada en 1979 en la Asamblea General de Naciones Unidas.

papel que desempeñan las mujeres en la prevención y solución de los conflictos y en la consolidación de la paz, (y subraya)... la importancia de que participen en pie de igualdad e intervengan plenamente en todas las iniciativas encaminadas al mantenimiento y el fomento de la paz y la seguridad, y la necesidad de aumentar su participación en los procesos de adopción de decisiones en materia de prevención y solución de conflictos. A los Estados miembros corresponderá velar para que aumente la representación de las mujeres en todos los niveles de adopción de decisiones de las instituciones y mecanismos nacionales, regionales e internacionales para la prevención, la gestión y la solución de conflictos”.

8. VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y REPARACIÓN

A pesar de los avances en materia de reparación por una parte y el reconocimiento de la violencia contra las mujeres como una violación de derechos humanos, aún quedan aspectos sobre los que se requiere una mayor explicitación y una práctica más consistente. El impacto diferenciado que experimentan hombres y mujeres por la violencia en contexto de conflicto armado y la especificidad que tienen ciertas conductas, como la violencia sexual, en esos escenarios sólo recientemente empiezan a ser abordados desde Naciones Unidas y no han encontrado fácil acogida en los Estados que han asumido procesos de pacificación o de democratización. En efecto, el tema de reparaciones para mujeres víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, es aún un pendiente que no obsta a la existencia de obligaciones para los Estados en esta materia. Se trata más bien de la invisibilidad que caracteriza la problemática de género una y otra vez, hasta que logra el reconocimiento pleno de la comunidad internacional.

Los Estados, sobre todo durante las décadas de los 80 y 90, no asumen dicho impacto, por lo que muchas mujeres que viven estas experiencias quedan al margen de los procesos de reconstrucción democrática y/o pacificación. La construcción de la universalidad desde un sesgo masculino las excluye de la normalidad para ubicarlas al margen o en lo específico. Así la CEDAW, la Declaración de Naciones Unidas contra la Violencia, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres dan cuenta de dicha especificidad en materia de violencia, la que logra transversalizarse en el Estatuto de Roma con la incorporación de conductas que afectan principal o exclusivamente a las mujeres por el hecho de ser tales. Se sumará a ello el desarrollo de trabajos e informes de las Relatorías Especiales que junto con ampliar la mirada profundizarán en el tema de la violencia hasta cruzarlo con el del derecho a la reparación.

A menudo los estudios feministas han denunciado esta exclusión de las mujeres del universal y su relegación a la alteridad. Es esta exclusión la que suele ser aludida como responsable de la carencia de una ciudadanía plena que les permita a las mujeres acceder

—en igualdad substantiva— a compartir las responsabilidades y el poder en los ámbitos público y privado. ¿Quién es la persona humana de la Declaración Universal de 1948? ¿Quién es el sujeto de los derechos fundamentales inalienables? Las feministas, en el campo de los derechos humanos, critican al sujeto universal masculino y optan por un individuo sexuado reconociéndose de esta manera la dualidad del género humano. No se trataría ya de una reivindicación de un derecho a la diferencia, pues ésta a menudo connota una jerarquía de los sexos que es fuente de exclusión y dominación, sino que de entender que las personas realizan su humanidad en tanto sujeto masculino o femenino. Cuando los derechos de los individuos se enuncian de manera abstracta se devela la paradoja de un universalismo⁴² que, omitiendo precisar el sexo, remite al sujeto masculino.

El proceso de reconocimiento que ha tenido la violencia contra las mujeres en el ámbito internacional, principalmente en Naciones Unidas, así como la relación que ésta tiene con la normativa desarrollada en este mismo seno en materia de reparación, puede observarse en la siguiente secuencia:

a) La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: La CEDAW es el primer Tratado Internacional que enfrenta las discriminaciones contra la mujer, positivas o negativas, de manera autónoma a otros tipos de discriminación, tales como las sostenidas en razón de la religión o de la etnia. Rompe con la igualdad formal de trato y prevé la obligación de los Estados de actuar a favor de las mujeres a través de medidas específicas que tiendan a eliminar las discriminaciones inherentes a las relaciones de género.

En lo concerniente a la violencia en contra de la mujer, la CEDAW no se refiere a ella salvo en relación a la trata de personas. Sin embargo, a través de las Recomendaciones 12 y 19 del comité de la CEDAW, se incorpora la violencia como forma extrema de discriminación de las mujeres que afecta el goce y ejercicio de todos los derechos humanos. En particular, dicha recomendación explicita como obligación del Estado el principio de debida diligencia al señalar que en “...*virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización*”⁴³. También se alude en dicha recomendación a medidas de protección y prevención, indemnización, servicios de apoyo y protección, medidas de rehabilitación y procedimientos eficaces de denuncia y reparación⁴⁴.

42 Elizabeth Sledziewski citada por Berengere Márquez-Pereira en *La Citoyennete Politique des Femmes*. Edit. Armand Colin, 2003, pp. 121.

43 Recomendación general 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11º período de sesiones, 1992, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 84 (1994), párrafo 9.

44 Recomendación General N° 19, op. cit., párrafo 24.

b) La Declaración de Naciones Unidas contra la Violencia: La Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos realizada en Viena en 1993 constituye uno de los momentos fundamentales en el proceso de reconocimiento de la violencia contra las mujeres como una violación a los derechos humanos. Hasta entonces, ésta no había sido considerada ni en el ámbito doméstico ni en el público, con una excepción en el ámbito del Derecho Humanitario pero que no le da la gravedad que posteriormente se le otorga ya que allí es tratada como crímenes de honor en contextos de guerra.

En la Plataforma de Acción de Viena, los Estados explicitan que la violencia contra las mujeres es una violación a los derechos humanos y que los derechos de las mujeres son derechos humanos. Junto con ello se aprueban una serie de recomendaciones para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. La creación de la Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre Violencia contra las Mujeres y la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre Violencia contra las Mujeres son el inicio de un proceso rico en adopción de resoluciones, estudios y convenciones.

La Declaración señala, por primera vez, lo que se entiende por violencia contra las mujeres, cuestión que en el ámbito regional es recogida por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Establece que la violencia física, sexual o psicológica puede darse tanto en el ámbito público como en el privado, en la familia, en la comunidad y/o en el Estado, y ser perpetrada por particulares, por funcionarios públicos o con la aquiescencia de éstos.

c) La Relatoría Especial sobre Violencia contra las Mujeres, por su parte, elaboró un conjunto de informes que dan cuenta de las causas y consecuencias de la violencia, su continuo entre el ámbito público y privado y su relación con la discriminación sobre la base del sexo. De particular importancia es el informe que la Relatora presenta a la Secretaría General de Naciones Unidas en relación al principio de debida diligencia, principio que obliga al Estado a realizar todo lo que esté a su alcance para impedir que terceros violen el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia.

d) La Plataforma de Acción de Beijing: Si bien es un instrumento no vinculante, la Conferencia de Beijing de 1995 marca un hito para los movimientos de mujeres y los movimientos feministas. La importancia de la Plataforma de Beijing reside en el hecho de retomar las opciones de la CEDAW y elaborar un conjunto de medidas que guían la acción de los Estados para avanzar en la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. La reafirmación de la igualdad de derechos da origen, en la plataforma, a un conjunto de recomendaciones de políticas públicas que van a incidir en las políticas de desarrollo y en la condición de la mujer.

En términos del diagnóstico, la Plataforma hace un recorrido por todos los ámbitos de convivencia, señalando las desigualdades y situaciones de discriminación y formulando

estrategias para su superación. En el ámbito que preocupa a este estudio, la Plataforma desarrolla un capítulo destinado a la violencia contra la mujer, dentro del cual un subcapítulo se refiere a la violencia en contexto de conflicto armado.

La Plataforma reafirma que las violaciones a los derechos humanos en situación de conflicto armado son violaciones a los principios fundamentales de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. El documento, luego de hacer un detallado listado del tipo de violencia que sufren las mujeres, incluida la violencia sexual en todas sus expresiones, afirma que los derechos de las mujeres son derechos humanos y que la violencia contra ellas se encuentra presente en los contextos de conflicto. Más aún, señala que hay formas específicas de violencia contra las mujeres o que las afectan de manera desproporcionada por el rol que cumplen en sus comunidades, como es el caso del desplazamiento forzado. La vuelta a sus lugares de origen es igualmente traumática y, a la violencia, se suma la precariedad en sus condiciones de vida y la exclusión que las deja al margen de las políticas de pacificación y de democratización.

Uno de los aspectos fundamentales que releva la Plataforma en relación a la violencia contra las mujeres en contexto de conflicto armado, es que la violación constituye un crimen de guerra y, en ciertas circunstancias, puede considerarse un crimen de lesa humanidad y/o un acto de genocidio según su definición internacional.⁴⁵ Reafirma la necesidad de adoptar todas las medidas necesarias para proteger a las mujeres y a los niños y niñas contra esos actos y fortalecer los mecanismos para investigar, procesar y sancionar a todos los responsables de dichos crímenes, lo que es retomado por el Estatuto de Roma y por informes de diversos relatores de Naciones Unidas⁴⁶, entre ellos la Relatoría⁴⁷ sobre la Violencia en contra de la mujer.

Tanto la Declaración como la Plataforma abogan por la necesidad de reforzar la función de la mujer en los procesos de paz o postconflicto y por garantizar una representación paritaria en todos los niveles de adopción de decisiones –en las instituciones nacionales

45 Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948 .

46 Naciones Unidas. Informe Final del Relator Especial de Naciones Unidas Theo van Boven, "Estudio sobre el derecho de restitución, reparación y rehabilitación para las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales", Doc. de la ONU, E/CN.4/Sub.2/1993/8 , 1993; Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, "Promoción y Protección de los derechos humanos", E/CN.4/2005/102.

47 Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, Informe de la Sra. Radica Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la "Violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias", presentado de conformidad con la resolución 2000/45 de la Comisión de Derechos Humanos, "La violencia contra la mujer perpetrada y/o condonada por el Estado en tiempos de conflicto armado (1997- 2000)". E/CN.4/2001/ de 73; Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk. "Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer. Hacia una aplicación efectiva de las normas internacionales para poner fin a la violencia contra la mujer", E/CN.4/2004/66, 26 de diciembre de 2003.

e internacionales– que formulan políticas respecto al mantenimiento de la paz, la diplomacia preventiva y las actividades conexas, incluidos los procesos de mediación y las negociaciones de paz. Se sostiene la importancia de integrar la perspectiva de género en la solución de los conflictos armados y procurar un equilibrio de género, proponiendo o promoviendo candidatas para ocupar puestos judiciales y de otra índole en todos los organismos internacionales pertinentes, como los Tribunales Internacionales de Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia y otras instituciones relacionadas con el arreglo pacífico de controversias⁴⁸. Asimismo, recomienda a los Estados “investigar y castigar a los miembros de la policía, las fuerzas armadas, las fuerzas de seguridad y otras fuerzas que realicen actos de violencia contra las mujeres, violaciones del derecho internacional humanitario y violaciones de los derechos humanos de la mujer en situaciones de conflicto armado”.

e) El Estatuto de Roma que crea el Tribunal Penal Internacional: Existe consenso sobre la importancia que el Estatuto de Roma –el cual crea el Tribunal Penal Internacional– ha tenido en el reconocimiento de la violencia contra las mujeres. El Estatuto supo recoger las indicaciones, recomendaciones, la experiencia y la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*⁴⁹ respecto de la violencia sexual contra las mujeres en contextos de conflicto armado y/o de pérdida de normalidad.

De acuerdo al Estatuto una violación sexual puede –según el contexto– constituir un crimen de guerra, de lesa humanidad o incluso genocidio⁵⁰. El Estatuto de Roma además, reconoce el derecho a la reparación en sus formas de compensación, restitución y rehabilitación a las víctimas o a sus sucesores.

Siendo uno de los instrumentos internacionales más avanzados en materia de criminalización de la violencia sexual, también se hace cargo de los obstáculos que tienen las mujeres al denunciar este tipo de situaciones. Así, se ha puesto especial cuidado en la protección de víctimas y testigos de la violencia sexual, en la experticia de la Fiscalía respecto de la violencia a mujeres y niños/as, así como en el derecho que tienen las víctimas a participar en las distintas etapas del proceso. Todas estas son concreciones de un derecho penal internacional que tiende cada vez más a hacerse cargo de las víctimas y su especificidad.

48 A este respecto cabe señalar que el Estatuto de Roma incorpora este criterio tanto respecto de los magistrados que la componen como respecto del personal, Fiscalía y Secretaría.

49 Los casos Akayesu, Furundzija, Foca, Mladic de los tribunales penales para la ex Yugoslavia y Ruanda fueron fundamentales en los procesos de negociación del Estatuto de Roma.

50 Crímenes de lesa humanidad: violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo y esterilización forzada, violencia sexual, tortura, cuando se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Crímenes de guerra: son los mismos anteriores, es el contexto el que cambia. Ver en Fries, *op. cit.*

9. EL DERECHO A LA REPARACIÓN A MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

El Informe de Van Boven recoge de la Recomendación General 19 del Comité de la CEDAW y de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993, la preocupación sobre la vulnerabilidad específica de las mujeres en situaciones de conflicto armado y llama a “... una formulación clara de los derechos que han de aplicarse a fin de lograr la eliminación de la violencia contra la mujer en todas sus formas, un compromiso por parte de los Estados de asumir sus responsabilidades, y un compromiso de la comunidad internacional para eliminar la violencia contra la mujer”.

En 1997, en conformidad con la Resolución 1996/19 la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos aprueba el Informe encargado a Louis Joinet, “*Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad*”⁵¹. En realidad, este informe es el resultado de una larga investigación realizada por Joinet como Relator Especial sobre la amnistía titulado “Estudio sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñan en la salvaguardia y la promoción de los derechos humanos”⁵². La subcomisión había demandado en 1992 un estudio más específico sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, que posteriormente (1993) se amplía incluyendo las violaciones graves de los derechos económicos, sociales y culturales y luego (1994) incluye las violaciones de los derechos civiles y políticos. El informe de Joinet de 1997 se enmarca en la aplicación de la Plataforma de Acción de Viena y recomienda la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas de los principios antes mencionados.

Estos *Principios* se estructuran en base a tres temas que si bien no serán recogidos en la formulación de los *Principios y Directrices* dan cuenta de los ámbitos en torno a los que se estructurarán las modalidades de reparación: el derecho a saber; el derecho a la justicia; el derecho a obtener reparación y las garantías de no repetición.

51 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión “La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos”, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997.

52 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión. “La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)”, E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1.

La Comisión de Derechos Humanos⁵³ nombra a la experta Diane Orentlicher para que actualice el trabajo de Joinet. En 2005, Orentlicher entrega su informe con algunas innovaciones, de las cuales destacan las referidas a la reparación⁵⁴.

Orentlicher pone especial énfasis en la participación de las víctimas y otros ciudadanos en los procesos de reparación. Señalando que esta participación requiere realizar "... esfuerzos concertados para asegurar que las mujeres y los grupos minoritarios participen en las consultas públicas encaminadas a elaborar, aplicar y evaluar los programas de reparación". Del mismo modo, a la participación de las mujeres agrega la necesidad de que los programas de reparación se preocupen de las temáticas específicas concernientes a las mujeres. Finalmente, otra novedad respecto del Informe de Joinet y en parte también respecto de 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", la constituye la adecuada representación de las mujeres, de los grupos vulnerables y de los grupos minoritarios en las instituciones públicas.

El Informe de Orentlicher, por las innovaciones/actualizaciones que expresa está marcado por la experiencia internacional de los Estados y, más concretamente, por las estrategias establecidas en los períodos de justicia transicional y la creación de comisiones de verdad, presentes desde los 90. El informe sobre violencia contra las mujeres en los contextos de conflicto armado de la Relatora Especial Radica Coomaraswamy está igualmente presente en este documento actualizado de Orentlicher.

10. INFORMES DE LA RELATORÍA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

En su informe⁵⁵ inicial, Radica Coomaraswamy señala la necesidad de que tanto los Estados como las instancias internacionales expresen de manera clara y explícita su voluntad de avanzar en la lucha contra la violencia contra la mujer en tiempos de conflicto armado. Luego de una investigación que recorre los conflictos más emblemáticos de los años 90, concluye que desde 1997 "... las mujeres y las niñas han sido violadas por las

53 CDH, Resolución 2004/72.

54 Es importante señalar que este informe actualizado es coincidente con lo señalado en el ámbito de las reparaciones por 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".

55 Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, Informe de la Sra. Radica Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la Violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias", presentado de conformidad con la resolución 2000/45 de la Comisión de Derechos Humanos, "La violencia contra la mujer perpetrada y/o condonada por el Estado en tiempos de conflicto armado (1997- 2000)", E/CN.4/2001/ de 73.

fuerzas gubernamentales y otros actores no estatales, por la policía responsable de su protección, por los guardianes de los campamentos de refugiados y de las fronteras, por los vecinos, por los políticos locales y, algunas veces, por miembros de su familia bajo amenazas de muerte. Se las ha lisiado o mutilado sexualmente y a menudo se las ha matado o se las ha dejado morir. Las mujeres han sido objeto de humillantes registros después de ser desnudadas, han sido obligadas a desfilar o bailar desnudas delante de los soldados o en público y a realizar penosas tareas domésticas estando desnudas. Las mujeres y las niñas han sido obligadas a “casarse” con soldados, término eufemístico empleado para designar lo que es esencialmente una violación reiterada y una esclavitud sexual, y ellas y sus hijos han padecido discapacidades como consecuencia de la exposición a las armas químicas”. A pesar de las normas existentes, señala, muchos Estados hacen caso omiso de ellas.

Entre las situaciones denunciadas por el informe se encuentra la violencia y discriminación permanentes que sufren las mujeres en los procesos de reconstrucción nacional y señala que, pese a que las mujeres constituyen la mayoría de las jefaturas de hogar después de los conflictos, sus familias y sus necesidades no son tenidas suficientemente en cuenta como un factor relevante en los programas internacionales de donaciones, reconstrucción y en la distribución de la ayuda humanitaria. Consecuentemente, insiste en la necesidad de introducir a las mujeres en todos los niveles de las Naciones Unidas, incluidas las unidades de mantenimiento de la paz y de policía civil y que aquellas que tienen una experiencia particular en lo relativo al género deben formar parte de la administración superior de toda la Organización, de modo que Naciones Unidas desarrolle políticas apropiadas y eficaces para proteger y asistir a las mujeres y las niñas durante y después de los conflictos armados.

Las mujeres deben desempeñar una función más importante en el proceso de paz, pues es en este período en el que se establece el marco de las futuras estructuras del gobierno y la administración. Se debe realizar un esfuerzo concertado para que éstas participen en los esfuerzos de la sociedad para analizar el pasado. En el punto K párrafo 65, sobre la responsabilidad/verdad y reconciliación señala explícitamente que “... *dado que las mujeres y las niñas tienen experiencias diferentes durante los conflictos armados y suelen ser víctimas de actos de violencia y otros abusos característicos, es evidente que se debe recabar la plena participación de la mujer en los esfuerzos de la sociedad para enfrentar el pasado. Sin un enfoque que tenga en cuenta las necesidades de la mujer y sin un esfuerzo consciente por incorporar a la mujer en el proceso, las voces y experiencias de las mujeres a menudo se pierden*”, que es la experiencia recabada en la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica.

Una última constatación de la situación se relaciona con la impunidad. Así, en el párrafo 66 del mismo informe afirma que el hecho de que no se investigue, enjuicie y castigue a los culpables de las violaciones y la violencia sexual ha contribuido a crear un clima

de impunidad que actualmente perpetúa la violencia contra la mujer y sostiene “... *no obstante, el hecho de que no se aplique el derecho internacional humanitario ni se haga rendir cuentas a quienes violan sus normas no ha sido ni es fundamentalmente un problema de definiciones jurídicas y suficientes precedentes jurídicos. En última instancia, depende del firme compromiso de los Estados Miembros de las Naciones Unidas que se investiguen y castiguen los actos de violencia descritos anteriormente y se impida la comisión de actos de esa índole en el futuro*”.

Entre las recomendaciones que hace a los Estados y a Naciones Unidas destaca la adopción de “... medidas inmediatas para garantizar que aumente la representación de mujeres en todas las instituciones de las Naciones Unidas y a todos los niveles de adopción de decisiones, incluso en calidad de observadoras militares, policías, personal de mantenimiento de la paz, de derechos humanos y humanitario en las operaciones sobre el terreno de las Naciones Unidas y en calidad de representantes y enviadas especiales del Secretario General”. Naciones Unidas debería tomar medidas concretas para garantizar que el personal de mantenimiento de la paz que cometa abusos o violación de los derechos humanos y del derecho humanitario, incluso contra mujeres y niñas, tenga que rendir cuenta de ello, se investigue y se enjuicie a aquellos que resulten responsables.

Respecto de los temas de género, señala la importancia de la presencia de mujeres tanto en las negociaciones de cese del fuego como en el proceso de paz. En este sentido plantea, además, que en las experiencias en tiempo de guerra y en las necesidades posteriores a los conflictos, las problemáticas de las mujeres y las niñas deberán tomarse plenamente en cuenta en la formulación de los planes de repatriación y reasentamiento, así como en los programas de desmovilización, rehabilitación, reintegración y reconstrucción posteriores al conflicto.

Insiste en la ratificación por parte de los Estados de todos los instrumentos internacionales pertinentes. Señala la responsabilidad de protección y asistencia a los desplazados y fundamentalmente la adopción de medidas de seguridad en los campamentos de refugiados; la necesidad de generar programas de capacitación y educación para sus fuerzas armadas y la policía civil donde se traten los temas de género; la obligación de los Estados de cerciorarse de que aumente la representación de las mujeres en las listas de nacionales disponibles para ser adscritos como observadores militares, policías, personal de mantenimiento de la paz, derechos humanos y humanitario y representantes especiales; de prestar apoyo financiero y político para garantizar la formación adecuada en cuestiones de género y en número suficiente, de asesores superiores sobre género, para los principales organismos de Naciones Unidas encargados del mantenimiento de la paz, la asistencia humanitaria y la rehabilitación y reconstrucción después de los conflictos.

Los gobiernos que participen en el financiamiento de programas de reconstrucción deberán cerciorarse que cuando se formulen estos programas se tomen en consideración las necesidades especiales y las experiencias de las mujeres y las niñas en tiempo de guerra. En particular, los Estados deberán formular programas que tengan en cuenta las cuestiones relacionadas con el género y abarquen la atención de la salud y la terapia, para atender las necesidades especiales de las jóvenes y mujeres que hayan sido objeto de abuso o violación sexual durante un conflicto armado.

Finalmente, respecto de la rendición de cuentas por crímenes de guerra y violaciones de los derechos humanos, deberán garantizar que todos los casos de violencia contra la mujer se enjuicien y los autores comparezcan ante la justicia. También deberá examinarse la posibilidad de indemnizar a las víctimas. En todas las negociaciones de paz deberán preverse estas disposiciones.

La relatora Yakin Ertürk, a su vez, comparte el diagnóstico y las recomendaciones de su antecesora Coomaraswamy, y sostiene que “... *si durante el primer decenio se puso el acento en la fijación de normas y la sensibilización, el segundo decenio debe estar centrado en la aplicación efectiva y en la elaboración de estrategias innovadoras para que la prohibición de la violencia se convirtiera en una realidad tangible para las mujeres del mundo. En este contexto, quien suceda a la relatora Especial deberá concentrarse en cómo asegurar la protección eficaz de los derechos de la mujer y la igualdad de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de la violencia, de conformidad con las obligaciones que impone a los Estados el derecho internacional*”⁵⁶.

Para la nueva relatora, los procesos de globalización y transnacionalización plantean nuevos problemas y desafíos para la comunidad internacional. Le preocupa particularmente la politización de la diversidad cultural y étnica. En estos conflictos a menudo “*las mujeres se convierten en campos de batalla simbólicos donde se protegen los límites culturales y se libran guerras*”⁵⁷. Sin embargo, continúa, “... *todavía no han sido incluidas en el proceso de paz*”⁵⁸. Esta politización de la cultura ha llevado a algunos a reivindicar nuevos sistemas normativos que derivan su legitimidad de la cultura y la religión. Yakin Ertürk se pregunta si ¿es el control sobre la mujer y la reglamentación al respecto la única forma

56 Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Informe de la Relatora Radica Coomaraswamy. “Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer”, E/CN.4/2003/75, 6 de enero de 2003.

57 Naciones Unidas. Consejo Económico y Social, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk. “Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer. Hacia una aplicación efectiva de las normas internacionales para poner fin a la violencia contra la mujer”, E/CN.4/2004/66, 26 de diciembre de 2003.

58 Naciones Unidas. Consejo Económico y Social, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, op. cit.

de mantener la especificidad y las tradiciones culturales? ¿Está ejerciendo su derecho en nombre de la cultura el hombre que le pega a su mujer? De ser así, ¿son la cultura y la tradición y la religión propiedad del hombre?

Otra situación compleja en torno a los derechos humanos de las mujeres es el contexto de globalización y la situación de las mujeres migrantes. Apoyándose en la definición de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (de la que se desprenden tres espacios en los que la violencia se hace presente: en la familia, dentro de la comunidad y la perpetuada y tolerada por el Estado), Ertürk sostiene que *“la ampliación del ámbito conceptual de estas categorías, a fin de abarcar todo el espectro de actividades que va desde el hogar hasta el ámbito transnacional, nos permite determinar los actos de violencia que quizás no sean evidentes de inmediato, así como los que puedan surgir y apreciarse mejor como resultado de la dialéctica de los cambios mundiales”*.

La Relatora sostiene que el ámbito transnacional se está convirtiendo en una nueva geografía, con nuevas situaciones y experiencias para un número cada vez más creciente de mujeres, entre ellas las experiencias de violencia como la trata de personas con fines de explotación sexual y económica. Define el concepto de “transnacionalismo” como un proceso de experiencia de vida, que atraviesa los límites convencionales del Estado y supone, entre otras cosas, múltiples subjetividades, identidades y lealtades. Esto la lleva a plantear algunas preguntas importantes que requieren la atención de la comunidad internacional: ¿Hasta qué punto los marcos conceptuales y normativos existentes son adecuados para responder a las realidades de las nuevas geografías y sistemas normativos creados por la globalización? ¿Existen mecanismos suficientes y eficaces para proteger a las mujeres de la violencia en el proceso transnacional? Y continúa, *“El respeto de los derechos humanos de la mujer no es universal. La violencia contra la mujer tiene lugar en todo el mundo, desde los hogares hasta la esfera transnacional”*. Frente a esta constatación, plantea una estrategia para lograr una efectiva aplicación de la normativa internacional que ponga fin a la violencia contra la mujer. Para ella, la violencia puede evitarse y eliminarse si los Estados y la comunidad internacional muestran la voluntad y la determinación políticas necesarias.

La Relatora Ertürk, propone intervenciones en tres niveles:

a) A Nivel del Estado: La herramienta fundamental es la normativa internacional de los derechos humanos, que estipula que los Estados y sus agentes deben proteger, prevenir, investigar y castigar jurídicamente a los autores de violencia. Plantea que las sanciones penales no sean sustituidas por procedimientos de conciliación, en particular en los casos de delitos sexuales. Los Estados eventualmente deben reformar los códigos penales de manera que los delitos sexuales se consideren delitos contra la integridad física de la mujer.

b) A Nivel de la comunidad: Esta categoría comprendería la familia y otros agentes no estatales. En este nivel ella propone que el discurso en materia de derechos humanos debería ir acompañado de un enfoque de “negociación cultural” que tiene como objetivo comprender las causas básicas, dismantelar los mecanismos de la violencia presentes en la vida diaria de las mujeres y emprender una sensibilización sobre el carácter opresivo de determinadas prácticas que se justifican en nombre de la cultura. La sociedad civil, la academia, los intelectuales y los líderes comunitarios tienen una responsabilidad y un rol que jugar en este ámbito. Se trata de compatibilizar la “cultura” reivindicada con los derechos de las mujeres.

c) A Nivel de las Mujeres: Aquí se trata de potenciar el rol de las mujeres que corren el riesgo de sufrir violencia o que la han sufrido, mediante mecanismos de protección e indemnización. Mientras el Estado debe velar por asegurar a las mujeres el acceso a la información y a la justicia, la sociedad civil debe trabajar, a través de redes nacionales e internacionales, para exigir justicia y para que se preste apoyo a iniciativas individuales o colectivas de mujeres a este respecto.

Afirma, que la persistencia de la violencia, en particular contra la mujer, obstaculiza la evolución de las culturas y el desarrollo de las sociedades. La violencia “solo puede sostenerse en un entorno cultural, social y político represivo e injusto”. Entre los obstáculos que inciden en el acceso de las mujeres a la justicia señala la exclusión de la vida pública y política; el analfabetismo jurídico de las mujeres; los prejuicios de las instituciones judiciales y legislativas; y que el Estado no les asegure justicia, en general por falta de voluntad, pues “la consecución de la justicia entre los sexos es principalmente una cuestión de voluntad y determinación política”.