

Justicia transicional en perspectiva comparada: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano *

Rodrigo Uprimny Yepes

El debate acerca de la manera como deben ser enfrentadas las violaciones masivas de derechos humanos en el marco de un proceso de paz reviste gran complejidad, pues posee dimensiones jurídicas, políticas y éticas, que suelen presentar profundas tensiones entre sí. Estas tensiones se concretan en el enfrentamiento entre los imperativos jurídicos internacionales, que muestran una tendencia hacia la exigencia del castigo de los responsables de crímenes atroces, por un lado, y las restricciones derivadas de las realidades políticas y de la necesidad de lograr negociaciones exitosas para trascender el conflicto, por otro lado.

En tal contexto, este artículo pretende ofrecer un marco teórico a partir del cual sea posible analizar un proceso de justicia transicional determinado, tal y como el que busca ser implementado en Colombia actualmente. Lejos de entrar en el detalle del caso colombiano, considero de gran utilidad ofrecer algunas herramientas conceptuales que permitan enmarcar y precisar el alcance de las discusiones acerca de la ley de justicia y paz y su próxima aplicación.

Con ese fin, el texto comienza por enunciar y explicar los dilemas de la justicia transicional (I), para luego presentar una tipología sobre las diversas fórmulas de justicia transicional, tanto desde el punto de vista de su contenido (II) como de la forma en que fueron adoptadas (III), tratando de evaluar su aplicabilidad al caso colombiano. El artículo termina (IV) con unas breves conclusiones acerca de la importancia del contexto y de las particularidades del proceso transicional que intenta llevar a cabo Colombia en la actualidad.

I. Dilemas de la justicia transicional

Los procesos de justicia transicional buscan, ordinariamente, llevar a cabo una transformación radical del orden social y político de un país, o bien para reemplazar un estado de guerra civil por un orden social pacífico, o bien para pasar de una dictadura a un orden político democrático. Especialmente cuando se trata de transiciones negociadas y cuyo objetivo es dejar atrás un conflicto armado y reconstituir el tejido social, dicha transformación implica la difícil tarea de lograr un equilibrio entre las exigencias de justicia y paz, es decir, entre los derechos de las víctimas del conflicto y las condiciones impuestas por los actores armados para desmovilizarse. Y es que existen tensiones entre las exigencias jurídicas internacionales relativas a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de crímenes de guerra o de lesa humanidad, y las restricciones impuestas por las negociaciones de paz llevadas a cabo por los actores armados con miras a lograr la paz. Así, aun cuando la normatividad internacional ha hecho de la obligación de individualizar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos un imperativo cada vez más estricto, la imposición de

* Este trabajo se basa en un texto que escribí con Luis Manuel Lasso Lozano: Uprimny, R. y L.M. Lasso. (2004). "Verdad, reparación y justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones", en VV.AA *Conflicto y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas*, Bogotá, Fundación social, FESCOL, Embajada de Alemania, pp. 101-88. Una síntesis de ese artículo apareció en la *Revista Foro* No. 53, pp. 45-57 (2005). La presente versión contó con la valiosa colaboración de Maria Paula Saffon.

sanciones de ese tipo en todos los casos puede obstaculizar e incluso llevar al fracaso a un acuerdo de paz. Porque, hay que aceptarlo, en un contexto de guerra, ningún actor armado estaría dispuesto a participar en un acuerdo de paz que no representara ningún atractivo para él.

Las tensiones entre justicia y paz deben entonces ser tenidas en cuenta en todo análisis que verse sobre las condiciones de posibilidad de un proceso transicional, pues ignorarlas equivale a desconocer el inmenso peso que tienen las particularidades del contexto político en el éxito o fracaso de un proceso de ese tipo. Por eso, si bien es cierto que en el largo plazo una paz democrática durable y verdadera se edifica en forma más sólida sobre la aplicación de justicia a los crímenes ocurridos, en el corto plazo pueden existir tensiones entre las exigencias de la justicia y las dinámicas de la paz, por lo que puede resultar necesario flexibilizar, aunque no anular, ciertos requerimientos de justicia en pro de la consecución de la paz.

De ahí que pueda afirmarse que, en el marco de un proceso transicional basado en negociaciones de paz entre actores armados, así como la impunidad resulta una opción imposible, desde el punto de vista ético y jurídico, la posibilidad de una justicia retributiva plena parece también quedar excluida. Ello no obsta, sin embargo, para que las fórmulas específicas ideadas para lograr una transición exitosa puedan incluir exigencias importantes de justicia retributiva, así como dosis sustanciales de perdón.

De hecho, si algo queda claro al evidenciar las tensiones insertas en este tipo de procesos es que no existen fórmulas únicas satisfactorias para superarlas. Todas las estrategias de justicia transicional implican necesariamente el sacrificio de alguno de los valores en tensión Y por ello los dilemas de justicia transicional tienen algo de trágico². Además, a pesar de la existencia de ciertas exigencias jurídicas consideradas universales y de que es posible aprender de las experiencias desarrolladas en otros procesos de transición, en cada país operan restricciones políticas y jurídicas diversas, por lo que cada sociedad debe diseñar su propia fórmula para enfrentar los problemas de verdad, reparación y justicia, pues las relaciones de fuerza entre los actores son distintas y las posibilidades de compromiso diversas. Ello hace que cada sociedad deba diseñar su propia fórmula de justicia transicional, de acuerdo con los condicionamientos políticos y jurídicos impuestos por el entorno en cuestión.

II. Tipos de transición según las fórmulas adoptadas

Los distintos ejemplos de justicia transicional que ofrece la historia reciente han surgido como mecanismos particulares para enfrentar las tensiones arriba descritas. Por eso, a pesar de la diversidad que presentan en cuanto a los contextos en los cuales surgieron y a las herramientas específicas escogidas para su implementación, los diferentes procesos transicionales pueden ser clasificados esquemáticamente en “tipos básicos”, en función de la manera como los mismos han resuelto las tensiones entre justicia y paz. En particular, resulta posible clasificar tales

² En el mismo sentido, ver Orozco (2005: 4). Por ello sigue siendo válida la afirmación de Diane Orentlicher hecha hace más de 10 años en un influyente artículo sobre el tema: “*como equilibrar las demandas de justicia frente a los permanentes peligros planteados por los militares y otras fuerzas, plantea problemas frente a los cuales nadie ha propuesto aún soluciones generales y satisfactorias*” (1991: 2539) En el mismo sentido, otro conocido experto en el tema, Brando Hamber, afirmó recientemente que “*cualquier mecanismo transicional es, por su naturaleza y su lugar histórico, un instrumento políticamente polémico.*” (2003: 1075).

transiciones según el contenido sustantivo de sus fórmulas y según el procedimiento empleado para diseñarlas.

En función de su contenido, en principio es posible clasificar las formas de transición por el mayor o menor peso que le otorgan al castigo de los victimarios y a la garantía de los derechos de las víctimas o, en cambio, al perdón de los crímenes cometidos por aquéllos y al olvido de los hechos ocurridos³. El cuadro No 1, que se asemeja a la tipología propuesta por otros autores⁴, permite entonces hablar de cuatro tipos básicos de procesos transicionales, que son los siguientes:

Cuadro 1. Procesos transicionales por el contenido de la fórmula de transicional adoptada.

Tipos de transición	I. Perdones “amnésicos”	II. Perdones “compensadores”	III. Perdones “responsabilizantes”	IV. Transiciones punitivas
Ejemplos	España y las amnistías en Colombia	Chile y Salvador	Sudáfrica	Nuremberg, Rwanda y Yugoslavia
Características básicas	Amnistías generales, que no contemplan estrategias para el esclarecimiento de la verdad o para la reparación de las víctimas	Amnistías generales, acompañadas de la implementación de comisiones de verdad y de algunas medidas de reparación de las víctimas	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	Establecimiento de tribunales <i>ad hoc</i> para castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad
Lógica subyacente	Facilitar las negociaciones entre los actores, y la reconciliación nacional a través del olvido	Compensar el perdón otorgado a los responsables con medidas de recuperación de la verdad histórica y de reparación de las víctimas	Lograr un equilibrio entre las exigencias de justicia y perdón, que haga posibles la transición y la reconciliación, intentando en todo caso individualizar responsabilidades	Sólo por medio del castigo de los responsables es posible fundar un orden democrático nuevo, fundado en el respeto de los derechos humanos

³ Aclaro que uso en esta tipología la expresión “perdón”, en un sentido genérico, con el fin de hacer referencia a todas aquellas medidas jurídicas que evitan que una persona reciba la totalidad del castigo retributivo que, conforme al ordenamiento, amerita por un crimen atroz, sin importar la naturaleza jurídica de esas figuras: así, puede tratarse de amnistías generales, indultos particulares, o subrogados penales tipo libertad provisional (*parole*), condena de ejecución condicional (*probation*) o sustitución de la pena privativa de la libertad por otras medidas. Con ello no quiero decir que la distinción entre esas figuras no tenga importancia; es obvio que la tiene; pero todas comparten la idea de eliminar o reducir considerablemente la pena retributiva, y por ello todas implican, desde ese punto de vista, una forma de perdón.

⁴ Para tipologías semejantes, aunque no iguales, ver Slye (2002) y Simon (2003).

Es preciso tener en cuenta que el cuadro anterior hace referencia tipos “ideales” y que, en la práctica, los procesos transicionales presentan un carácter dinámico y tienen unas especificidades que hacen que puedan tener características de uno o varios de tales tipos, así como comenzar escogiendo una vía transicional y terminar optando por otra. Por ejemplo, la transición chilena sirve de ejemplo del modelo II tan sólo en su fase inicial. En efecto, años después de las amnistías generales concedidas a los responsables de crímenes atroces, algunos de ellos terminaron por ser juzgados, lo que se explica si se tiene en cuenta que, en muchos casos, los procesos transicionales tienen un carácter dinámico mucho más complejo que aquél que una tipología como ésta permite describir. El ejemplo de Argentina es también ilustrativo de esta situación. En un primer momento, al inicio del gobierno de Alfonsín, la transición argentina mostró una tendencia hacia una transición punitiva, ya que los miembros de la junta militar fueron condenados y todo parecía indicar que muchos otros oficiales involucrados en crímenes atroces iban a ser juzgados. Sin embargo, en un segundo momento y con la expedición de las leyes de punto final y obediencia debida, producto de las presiones de los militares al gobierno Alfonsín y los retrocesos de los gobiernos civiles, dicho país se encaminó hacia el modelo de “perdones responsabilizantes”. En un tercer momento, el indulto concedido a los jefes de la junta militar por parte Menem condujo la transición Argentina hacia el modelo de perdones “compensadores”. Con todo, lo anterior no ha obstaculizado para que, en desarrollos más recientes, Argentina se esté dirigiendo hacia un modelo de mayores castigos, aplicados a casos pasados.

Los anteriores tipos ideales son entonces modelos o herramientas esquemáticas, útiles para comprender los diversos elementos que están en juego en los procesos transicionales, pero limitados en la medida que la realidad es más compleja y cambiante.

Ahora bien, de los modelos de justicia transicional antes enunciados, dos son radicales (I y IV) y dos son intermedios (II y III) en lo que respecta al contenido de sus fórmulas. Es más, podría decirse que los modelos radicales de transición basados en perdones “amnésicos” (I) y en transiciones “punitivas” (IV) no son, en realidad, verdaderos tipos de justicia transicional, en tanto que no se encuentran atravesados por el dilema ya descrito de esta última. De hecho, si bien ambos modelos describen la transición de un estado de guerra a uno de paz o de una dictadura a una democracia, dicha transición no resuelve la tensión entre justicia y paz a través de la consecución de un equilibrio entre las dos exigencias, sino más bien a través de la escogencia de una sola de ellas. Así, mientras que las fórmulas basadas en perdones “amnésicos” buscan lograr transiciones negociadas sin justicia, por su parte, las transiciones punitivas imponen justicia sin dar cabida ninguna a la negociación.

En ese entender, ni las transiciones fundadas en perdones “amnésicos” ni las transiciones punitivas se ajustan a las circunstancias colombianas pues, dado el conflicto armado en el que estamos inmersos, dichas circunstancias requieren un proceso transicional que exija justicia para los responsables de crímenes atroces, pero que al mismo tiempo se enmarque dentro de la lógica de la negociación entre actores armados que hoy domina la escena. Por eso, en el contexto colombiano, estos dos modelos radicales de transición resultan tanto inviables políticamente, como indeseables jurídica y éticamente.

Por una parte, la implementación de una transición basada en perdones “amnésicos” (I), que fue posible en el pasado, y que incluso tuvo algunos éxitos notables, como las transiciones en España y Portugal en los años setenta, resulta hoy inaceptable jurídicamente en razón de las estrictas exigencias que el derecho internacional ha impuesto en su evolución reciente con respecto al castigo de los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad. En efecto,

estos crímenes son considerados violaciones severas de los tratados internacionales sobre derechos humanos, susceptibles de activar la competencia del Tribunal Penal Internacional y de jueces de otros países en virtud del principio de jurisdicción universal. Como tal, las amnistías generales de los crímenes atroces son condenadas por el derecho internacional contemporáneo⁵.

Eso no significa que todos los crímenes amnistiados sean competencia de la Corte, pues los efectos del tratado de Roma no son retroactivos y Colombia introdujo la salvedad de excluir de la competencia por siete años los crímenes de guerra. Pero esto muestra la fragilidad jurídica y política de un proceso de paz fundado en las premisas de perdón y olvido, pues no sólo el TPI podría intervenir en muchos asuntos sino que, además, otros casos podrían ser investigados por jueces de otros países, en virtud del principio de jurisdicción universal que cubre muchos de esos crímenes internacionales, como el genocidio, la tortura, o la desaparición forzada, y en virtud del cual, esos comportamientos pueden ser juzgados y sancionados por cualquier Estado, en nombre de la comunidad internacional

A esa limitación jurídica se suman los cuestionamientos políticos y éticos que surgen frente a una transición fundada en perdones “amnésicos”, consistentes en las presiones nacionales e internacionales en contra de la impunidad de crímenes atroces, por un lado, y en el indeseable sacrificio de los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas de dichos crímenes, por otro lado. En ambos casos, se parte de la base de que el perdón y el olvido de crímenes de tal naturaleza impiden una reconciliación nacional verdadera y durable, pues constituyen un germen de violencia futura.

Finalmente, la experiencia colombiana muestra los efectos perversos de esas transiciones amnésicas; las amnistías incondicionales a la terminación de los conflictos, sin que se hubieran establecido responsabilidades, ni esclarecido la verdad de lo ocurrido, ni reparado a las víctimas, mantuvieron sentimientos de injusticia y venganza que alimentaron posteriores guerras y violencias. Esto era claro en las guerras civiles del Siglo XIX. Así, en la década de 1880, el profesor suizo Ernst Rothlisberger, al indagar sobre los motivos de la guerra civil de 1884- 1886, declaraba al respecto:

“No es por convicción que la mayoría está afiliada en este o en el otro partido, sino porque en uno de ellos tienen que vengar algún hecho de atrocidad. A éste le han matado el padre, al de más allá se le llevaron un hermano, a un tercero le ultrajaron madres y hermanas; en la próxima revolución han de vengar las afrentas. Así ocurre que entre los conservadores encontramos gente librepensadora, y entre los liberales católicos fanáticos. Cada cual se rige por la ley de la venganza de sangre.”⁶

Esta lógica se ha mantenido en períodos posteriores, como lo muestra la historia personal de muchos miembros de actores armados, que explican que una de las razones esenciales para ingresar a la guerra fue la idea de vengar atropellos contra él o su familia. Por ello en Colombia, las amnistías amnésicas han perpetuado las violencias⁷. El olvido no parece ser en Colombia una base sólida para lograr la garantía de que esos hechos atroces no serán repetidos.

⁵ Sobre este punto, ver el texto de Botero y Restrepo en el capítulo 2 de este libro.

⁶ Citado por Fisher. (2001: 44).

⁷ Sobre los efectos antidemocráticos que ha tenido la falta de memoria en las guerras en Colombia, ver Sánchez (2003).

Por otra parte, la aplicación del modelo de transiciones punitivas (IV) al caso colombiano no resulta posible, pues requiere la existencia de condiciones políticas y jurídicas que están completamente ausentes del contexto del país. Primero, la implementación de dicho modelo implica que una de las partes del conflicto armado triunfe militarmente e instaure los tribunales encargados de juzgar los crímenes cometidos durante el conflicto, situación que ciertamente no se presenta en Colombia. Segundo, dado que todas las partes del conflicto armado colombiano han perpetrado crímenes atroces, ninguna de ellas podría juzgar legítimamente a las demás unilateralmente. Tercero, la investigación y el juzgamiento de crímenes que -por ser masivos e involucrar a tantos actores- son tan complejos como los de guerra y lesa humanidad requiere que el sistema penal funcione con gran eficacia, a fin de que el proceso no resulte deslegitimado a causa de las inmensas dilaciones que podrían presentarse. Sin embargo, una eficacia tal no existe a nivel nacional ni (siquiera) internacional, por lo que el abandono parcial del paradigma punitivo parece necesario en Colombia⁸. Este abandono parcial implicaría la admisión del perdón, al menos parcial, de los crímenes de algunos victimarios, tales como aquéllos pertenecientes a mandos inferiores, y la concentración de los procesos penales en los dirigentes de los diferentes grupos armados.

A diferencia de los procesos transicionales radicales previamente analizados, el modelo de transición basado en perdones “compensadores” (II) pretende encontrar un equilibrio entre las exigencias de castigo de los victimarios, los derechos de las víctimas y las dinámicas de los procesos de negociación y reconciliación nacional. En ese entender, este modelo intermedio es una forma de justicia transicional en el sentido estricto del término, pues incluye las exigencias de justicia en la lógica de las negociaciones de paz. No obstante, la aplicación de este modelo al conflicto colombiano tendría resultados limitados, pues implicaría sacrificar la obligación internacional de castigar a los responsables de crímenes atroces, a cambio de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación.

Un sacrificio como ése parte del problemático supuesto de que los derechos de las víctimas pueden ser intercambiados entre sí, supuesto que se opone a las exigencias jurídicas nacionales e internacionales que le otorgan cierta autonomía a cada uno de esos derechos, y que imponen la obligación de individualizar y castigar a los responsables de crímenes de guerra y lesa humanidad. Adicionalmente, el sacrificio del imperativo de castigo en pro de la verdad y la reparación es criticable desde un punto de vista tanto político como ético, en el entendido de que dicho castigo es fundamental para el éxito durable de un proceso de paz, ya que impide el surgimiento de un sentimiento de impunidad en la sociedad, revaloriza y empodera a víctimas y familiares, y condena políticamente la comisión de crímenes atroces⁹.

Es por eso que considero que el modelo de justicia transicional fundado en perdones “responsabilizantes” (III) es el que más respeta los principios democráticos y los derechos de las víctimas y, así mismo, el que mejor se adecua al contexto colombiano. Este modelo se basa en formas de negociación de la paz que toman seriamente en consideración los derechos de las

⁸ Según explica el profesor Simon, en Rwanda, fuera de aquellos que eran juzgados internacionalmente, se decidió procesar internamente a todos los responsables. “*El resultado de eso fue que en 1999 había 121.500 personas en prisión preventiva con sólo 20.000 personas procesadas. En contraste, a finales del año 2000, los tribunales de Ruanda habían condenado con sentencia firme a sólo 3.343 personas. Sobre la base de los datos disponibles se estimó que podría llevar 113 años procesar al resto de las personas en las 19 prisiones de Ruanda y las 154 cárceles locales ("cachots"). No sorprende que en el año 2001 esta situación fuera descrita por el Representante Especial del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos como "inadmisible e indeseable"*” (2003: 12)

⁹ En el capítulo 3, al examinar los límites de la justicia restaurativa en los procesos transicionales, exploramos más en detalle la importancia del castigo retributivo en dichos procesos.

víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y los deberes del Estado necesarios para garantizarlos.

Así, siguiendo el esquema de perdones “responsabilizantes”, la concesión de perdones ha de ser excepcional e individualizada, y debe regirse por el principio de proporcionalidad, que indica que el perdón de los victimarios sólo es justificable cuando constituye la única medida existente para alcanzar la paz y la reconciliación nacional, y cuando es proporcional a la gravedad de los actos cometidos por el inculpado, a su grado de mando y a las contribuciones que haga a la justicia.

Estos criterios de proporcionalidad se concretan en algunas máximas básicas: (i) A mayor gravedad del crimen, menor posibilidad de perdón; (ii) a mayor responsabilidad militar (nivel de mando) o social del victimario, menor posibilidad de perdón; (iii) a mayor contribución a la paz, a la verdad y a la reparación, mayores posibilidades de perdón. No existe entonces objeción a la idea de conceder indultos o exenciones totales de pena a aquellas personas que sean únicamente combatientes. Incluso, podría pensarse en perdonar integralmente algunas infracciones menores al derecho internacional humanitario. Por el contrario, los crímenes de lesa humanidad y las infracciones graves al derecho internacional humanitario en principio deben estar excluidas de perdones totales; en esos casos, sólo serían admisibles perdones parciales –bajo formas de disminución de la sentencia a imponer, o de concesión de subrogados penales como la libertad condicional-, siempre y cuando exista una contribución a la paz, a la verdad y a la reparación que así lo justifique, lo cual supone la confesión total de los hechos frente a los cuales se pretende el perdón parcial, y el cumplimiento de unos mínimos de pena privativa de la libertad, pues no parece admisible que responsables de comportamientos tan atroces puedan recibir un perdón total o deban únicamente cumplir penas alternativas.

Y, en todo caso, desde esa perspectiva el Estado tendría la obligación de garantizar tanto la implementación de mecanismos adicionales al castigo penal que responsabilicen a los victimarios ante la sociedad, como el establecimiento de instituciones idóneas para el esclarecimiento de la verdad y para la reparación de las víctimas.

De esa forma, además de que las transiciones basadas en perdones “responsabilizantes” logran equilibrar las exigencias de justicia y las restricciones impuestas por las negociaciones de paz, las mismas resultan compatibles con el derecho internacional al contemplar únicamente perdones proporcionales y necesarios para alcanzar la paz. Como tal, estas transiciones parecen “blindadas” jurídicamente, pues muy difícilmente podrían estos casos ser llevados ante el Tribunal Penal Internacional o ante jueces de otros países, teniendo en cuenta que las decisiones de conceder perdones no derivan de la incapacidad del Estado para perseguir los crímenes ni de su intención de sustraer a los victimarios del castigo penal, sino más bien del requerimiento de lograr un equilibrio entre los reclamos contrarios de justicia y paz.¹⁰

¹⁰ Así, parecería razonable que a estos casos no se les aplicara la excepción al *non bis in idem* prevista en el Estatuto de Roma (arts. 17-1-c y 20-3). Además, en el evento en que dicha excepción fuera admisible, es bastante probable que el Fiscal aplicaría el principio de oportunidad y decidiría no perseguir esos casos, en nombre del “interés de la justicia” (art. 53-1-c del Estatuto de Roma). Finalmente, si el Fiscal decidiera en todo caso abrir la investigación, sería posible solicitar ante el Consejo de Seguridad de la ONU la suspensión del procedimiento (art. 16 del Estatuto de Roma), solicitud que sería sin duda aprobada en caso de que el proceso transicional se fundara en perdones responsabilizantes y, por ende, fuera apoyado por la ONU.

De los casos que estudié, la transición Surafricana es tal la que más se aproxima a ese tipo ideal. En ese país, se abandonaron los modelos extremos, pues los acuerdos de paz y la llamada constitución transitoria tomaron en consideración los derechos de las víctimas pero también autorizaron formas de amnistía, por lo que fue creada una comisión de verdad y reconciliación, dividida a su vez en tres comités: uno que escuchó a las víctimas para reconstruir la verdad sobre los crímenes del apartheid; otra que tramitó las amnistías, y una tercera que formuló recomendaciones para las reparaciones. Un punto decisivo fue entonces que no hubo una amnistía general sino que cada victimario que quería obtener el perdón, debía hacer una confesión pública de sus crímenes ante el comité de amnistía, y podía obtener el perdón únicamente si se trataba de un crimen político, había realmente confesado todo los hechos relevantes del crimen, y existía una cierta proporcionalidad entre el hecho de violencia y el propósito político perseguido. Y obviamente el perdón sólo cubría el delito confesado.

Ese esquema tenía varias finalidades: la concesión del perdón debía facilitar la transición, pues se consideró que sin ese mecanismo, la negociación para dar fin al régimen del apartheid no hubiera sido posible o se hubiera visto gravemente obstaculizada. Pero se buscó minimizar la impunidad que podía derivar de esos perdones. Así, únicamente los crímenes confesados en un período podían ser perdonados, mientras que los otros podrían ser castigados. Además, el hecho de que los victimarios tuvieran que realizar peticiones individuales de indulto, fundadas en una confesión exhaustiva y pública de su crimen, buscaba no sólo favorecer la búsqueda de la verdad sino que, en la práctica, logró otros propósitos relevantes; en ciertos casos, ese mecanismo de confesión pública permitió una cierta reconciliación entre víctimas y victimarios, pues la confesión equivalía a una solicitud de perdón, que en ciertos eventos fue concedida por las víctimas o los familiares. Y en todo caso, esta confesión pública permitía establecer una condena social al victimario, que debía revelar sus atrocidades. Finalmente, conviene destacar que muchas solicitudes fueron rechazadas. Aproximadamente 7.700 personas solicitaron amnistía, la cual fue concedida en unos 1.200 casos (Hamber: 1078).

La transición surafricana genera todavía muchas polémicas¹¹, pues algunos autores consideran que hubo un exceso de perdón, ya que fueron indultados crímenes atroces, como asesinatos, torturas o desapariciones; para otros, por el contrario, fue un modelo ideal de equilibrio entre justicia restauradora y justicia punitiva, pues mantuvo dosis proporcionadas de castigo pero innovó en formas de justicia restauradora, que ayudaron a la reconciliación. Además, es obvio que ese proceso tiene particularidades que sólo son explicables en el contexto de ese país, por lo que sus fórmulas no pueden ni deben ser trasladadas mecánicamente al caso colombiano. Sin embargo, esa transición ilustra que es posible esforzarse por lograr un equilibrio entre las necesidades de justicia y las necesidades de negociar la paz, bajo la forma de perdones responsabilizantes.

De acuerdo con lo anterior, es preciso concluir que en Colombia un eventual proceso de transición debería estar enmarcado por el paradigma de los perdones “responsabilizantes”. Ahora bien, en razón de la naturaleza y las particularidades de nuestro conflicto, de la gravedad de los crímenes cometidos en éste y de la importancia que ello tendría para la consolidación de la democracia, parece conveniente que, adicionalmente, dichos perdones posean un contenido retributivo y no puramente restaurativo. En efecto, como se mostrará en detalle en el capítulo 3, aun cuando los mecanismos propios de la justicia restaurativa -tales como aquéllos que promueven la mediación entre víctimas y victimarios en favor de la reconciliación y en

¹¹ Para una defensa interesante de la transición surafricana, ver Minow, 1998. Una visión más crítica es la de Hamber (2003), quien considera que en ese proceso hubo perdones inaceptables por crímenes atroces, lo cual sugiere que no se trataría exactamente de un perdón responsabilizante.

reemplazo de fórmulas de castigo- son importantes, en el país, la transición del conflicto armado a la paz requiere necesariamente que exista un castigo proporcionado a los responsables de delitos de lesa humanidad y de crímenes atroces.

III. Tipos de transición según el proceso de elaboración

A pesar de lo dicho anteriormente en relación con el caso colombiano, es importante resaltar que toda forma concreta de justicia transicional despierta controversia y resulta discutible, dado que, como se ha dicho ya en varias ocasiones, las fórmulas transicionales pretenden siempre resolver la tensión entre las exigencias de paz y justicia y, por tanto, implican en todos los casos el sacrificio total o parcial de una de ellas en pro de la otra. Por esa razón, puede afirmarse que la legitimidad de las distintas fórmulas de justicia transicional depende, en buena medida, de la forma como las mismas sean diseñadas. Con base en este criterio, es posible clasificar los procesos transicionales en cuatro tipos básicos, como lo muestra el cuadro No 2:

Cuadro 2. Procesos transicionales por el procedimiento de adopción de la fórmula de transicional adoptada

Tipos de transi	I. Justicia impuesta	II. Autoamnistías	III. Perdonos “recíprocos”	IV. Transiciones democráticamente legitimadas
Ejemplos	Bosnia, Nuremberg	Argentina, Chile	Centroamérica	Sudáfrica, Irlanda del Norte, Uruguay
Características básicas	Imposición de la justicia por un soberano o por la parte victoriosa en un conflicto	Los victimarios se otorgan a sí mismos amnistías, como condición para permitir la transición	Los actores armados de una guerra civil se conceden perdonos recíprocamente, como consecuencia de un acuerdo de paz logrado entre ellos	Alcance de la transición a través de negociaciones de paz entre los actores armados, de discusiones sociales más amplias e incluso de formas de consulta a la ciudadanía
Lógica subyacente	Castigar unilateralmente a los infractores de derechos humanos e imponer un nuevo orden democrático fundado en su respeto	Dejar impunes los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por los victimarios, a fin de que éstos permitan que la transición a la democracia tenga lugar	En tanto que victimarios y víctimas a un mismo tiempo, los actores armados conceden perdón a los otros actores armados, a cambio de ser ellos perdonados. Todo en pro de la reconciliación nacional	Garantizar la participación activa de la sociedad civil en general, y de las víctimas en particular, en el proceso transicional, a fin de dotarlo de legitimidad democrática

Al igual que en el caso de los tipos de transición según el contenido de las fórmulas, los modelos de transición esbozados en este cuadro No 2 son tipos “ideales”, susceptibles de matices y mixturas en la práctica. Igualmente es claro que entre la forma del proceso transicional y el resultado de justicia finalmente obtenido existen ciertas relaciones importantes

por lo cual existen vínculos importantes entre el cuadro No 1 y el cuadro No 2. Por ejemplo, las autoamnistías tienden a concretarse en fórmulas de perdón y olvido, como sucedió inicialmente en Chile y Argentina, mientras que los “perdones recíprocos” suelen conducir a fórmulas de perdones “compensadores”, como sucedió en El Salvador, mientras que las justicias impuestas suelen ser de tipo punitivo. Sin embargo, es útil diferenciar entre el contenido de la justicia transicional y su forma de adopción, no sólo para enfatizar la importancia de los procedimientos sociales de decisión en este campo sino además porque no existe una correspondencia exacta entre los tipos ideales del cuadro 1 y aquellos del cuadro 2. Por ejemplo, las transiciones democráticamente legitimadas han conducido a fórmulas de perdones responsabilizantes, como sucedió, según ciertos enfoques, en Sudáfrica, pero también han desembocado en amnistías amnésicas, como sucedió en Uruguay. En ese país, la decisión de amnistiar los crímenes de la dictadura terminó siendo sometida a referendo, debido a las presiones de los grupos de derechos humanos y de ciertos sectores de la ciudadanía. La ciudadanía aprobó dicha amnistía.

Es pues importante examinar la forma que debería adoptar un proceso de justicia transicional en Colombia. Y en ese aspecto considero que el modelo que mejor se adapta a las exigencias jurídicas, políticas y éticas presentes en el caso colombiano es el de las transiciones democráticamente legitimadas (IV) pues los demás modelos de procedimientos de elaboración de las fórmulas transicionales resultan implausibles fáctica o jurídicamente, inconvenientes políticamente, indeseables éticamente o insuficientes para el contexto particular. Y esto por varias razones:

En primer lugar, la imposición de la justicia por parte de un soberano o de la parte victoriosa en el conflicto armado (I) no parece viable en Colombia. De hecho, como se mencionó previamente, fácticamente resulta bastante poco probable que una de las partes del conflicto armado pueda en algún momento triunfar y someter a todas las demás. E, incluso si esta situación llegara a tener lugar, sería del todo ilegítimo que un actor armado que ha perpetrado tantos crímenes atroces como los demás pudiera juzgar unilateralmente a estos últimos. Pero además, este juzgamiento se vería obstaculizado por los problemas de eficacia del sistema de justicia, que plantean la necesidad de admitir el perdón de algunos actores armados, en ciertos casos excepcionales.

En segundo lugar, las autoamnistías de los victimarios como exigencia para permitir la transición (II) son en la actualidad inviables política y jurídicamente y, sobretudo, inaceptables éticamente. De un lado, dada la pluralidad de actores armados existentes en el conflicto colombiano, y dados los niveles similares de fuerza y de poder que los mismos ostentan, la posibilidad de que uno sólo de ellos pueda condicionar unilateralmente la transición de la guerra a la paz a su autoamnistía parece impensable. De otro lado, las estrictas exigencias jurídicas internacionales referidas a la necesidad de castigar a los responsables de crímenes atroces, que últimamente han sido puestas en práctica incluso para castigar crímenes cometidos hace varias décadas (como en el caso de Pinochet), excluyen dicha posibilidad. Finalmente, además de lo problemático que resulta -en términos de la durabilidad de la reconciliación nacional- imponer la amnistía total de crímenes imperdonables, el hecho de que esta amnistía sea impuesta de manera unilateral precisamente por quienes perpetraran los crímenes atroces, sin participación ninguna de los demás sectores de la sociedad, hace de ésta una posibilidad éticamente lamentable.

En tercer lugar, el modelo consistente en perdones “recíprocos” (III) presenta objeciones tanto en lo que respecta al contenido de sus fórmulas, como en lo que se refiere a la forma de

elaboración de las mismas. Así, resulta bastante problemático que las fórmulas fundadas en perdones “recíprocos” excluyan de manera absoluta el componente retributivo de la justicia que, frente a crímenes de guerra y de lesa humanidad, es en muchos casos necesario para lograr una verdadera reconciliación nacional y una reconstrucción durable del tejido social (ver, al respecto capítulo 3). Pero además, las transiciones basadas en perdones “recíprocos” son insuficientes en cuanto al procedimiento que emplean para diseñar las fórmulas de transición, pues excluyen del mismo toda forma de participación de las víctimas y de la sociedad civil. Esto es problemático porque estas últimas ostentan intereses distintos de aquéllos propios de los actores armados en relación con los resultados del proceso transicional. Así, mientras que la sociedad en general y las víctimas en particular tienen el interés de que la verdad del conflicto sea esclarecida, los responsables de crímenes atroces sean sancionados y las víctimas reciban una reparación de los daños y perjuicios sufridos, los actores armados buscan obtener beneficios jurídicos por el hecho de su desmovilización y están interesados en que la transición sea segura (ver Gallón, 2003: 52). En ese entender, parece cuestionable ética y políticamente que sean únicamente los actores armados quienes negocien la paz y lleguen a un acuerdo acerca del diseño de la justicia transicional, dado que éstos no representan de ninguna manera (e incluso se oponen a) los intereses del resto de la sociedad. Para que una reconciliación nacional verdadera y durable pudiera tener lugar, sería necesario que todos los actores involucrados en el conflicto, y no sólo los actores armados, participaran activamente en su superación. Esto es así, en especial, en un contexto como el colombiano, en el que la sociedad aparece más como víctima importante de los múltiples ataques de los actores armados, que como base social de apoyo de éstos.

En ese contexto, las transiciones democráticamente legitimadas se adecuan a las exigencias jurídicas, políticas y éticas y son, además, las que mejor garantizan que el orden social y político fundado como consecuencia de la transición sea durable y no contenga gérmenes futuros de violencia. De hecho, este modelo consiste en el diseño de las medidas transicionales no sólo por vía de la negociación entre las cúpulas de los actores armados, sino también a través de discusiones sociales amplias e, inclusive, de formas de consulta a la ciudadanía, tales como plebiscitos o referendos. De esa manera, los procesos transicionales elaborados por medio de estos mecanismos garantizan la existencia de espacios de deliberación para todos los interesados en el conflicto y, al hacerlo, adquieren un alto grado de legitimidad, permiten alcanzar un consenso entre los diferentes sectores sociales, y obtienen el apoyo internacional que resulta tan útil e importante en este tipo de procesos.

Primero, la intervención de la sociedad entera en las discusiones sobre el diseño de la justicia transicional garantiza la legitimidad del proceso no sólo en razón de la alta participación democrática, sino también debido a la gran potencialidad que tiene de generar apoyos sociales básicos en torno a las fórmulas efectivamente escogidas para implementar la transición. Así sucedió en el caso de la transición implementada en Sudáfrica, cuyo contenido concreto obtuvo apoyos sociales importantes en virtud de la amplia discusión social que precedió y acompañó la adopción de las fórmulas (Minow, 1998: 53 y ss).

Segundo, el modelo de transiciones democráticamente legitimadas permite encontrar un punto medio entre las posturas a veces opuestas de los hacedores de paz, por un lado, y de los defensores de los derechos humanos, por otro lado. De hecho, la participación activa de las víctimas directas del conflicto y de la sociedad en general en el debate sobre el diseño de la transición impone límites efectivos a la tendencia de las fuerzas políticas y de los actores armados a lograr acuerdos de paz, incluso si éstos se traducen en impunidad. Esto porque las posturas de las víctimas o de aquellos miembros de la sociedad que estén en desacuerdo con

ciertos contenidos de las fórmulas transicionales dejan de ser vistas como obstáculos para la consecución de la paz, y se convierten en perspectivas legítimas y defendibles dentro de la discusión.

Tercero, las transiciones legitimadas democráticamente pueden obtener con gran facilidad el apoyo de órganos internacionales de derechos humanos, tales como la ONU y la Comisión Interamericana, que fortalezcan políticamente el proceso transicional y que, adicionalmente, puedan brindar asesoría en ciertos aspectos de índole técnica (Springer, 2002: 138 y ss.). Y, en relación con el punto anterior, la participación de estos organismos cumpliría también con la función de realizar una mediación equilibrada entre los hacedores de paz y las víctimas y demás defensores de los derechos humanos en el ámbito nacional. En efecto, sería deseable que este tipo de organismos liderara procesos de concertación en torno a las fórmulas de justicia transicional, que permitieran superar la parcialidad de las visiones contrapuestas y que, a través de la integración de las mismas, hicieran posible el logro de compromisos equilibrados acerca de las exigencias de justicia y paz.

Ahora bien, la selección de los mecanismos concretos que garanticen la participación democrática de la sociedad en el diseño de las fórmulas de justicia transicional depende en gran medida del contexto. De hecho, idealmente hablando, parecería apropiado que dicha participación no se limitara a la discusión abierta de las fórmulas transicionales, sino que, como ya fue dicho, la misma incluyera ciertas instancias de aprobación democrática de las fórmulas, tales como plebiscitos o referendos. Sin embargo, hay que recalcar que estos mecanismos de consulta directa de los ciudadanos requieren, para cumplir con sus propósitos, pasar siempre por el tamiz previo de unos espacios de deliberación que garanticen la participación libre e informada del pueblo. En ese sentido, en aquellos contextos en los que, como en la coyuntura colombiana, la expresión pública de las ideas sobre el conflicto es tan riesgosa y la libertad de los ciudadanos para tomar decisiones al respecto tan restringida, el empleo de mecanismos como el plebiscito o el referendo puede tener efectos bastante contraproducentes en términos de la legitimidad del proceso. Por ello, conviene analizar con detenimiento la conveniencia de estas medidas y, en caso de hallarlas riesgosas o indeseables en un momento determinado, habría que pensar en limitar, al menos en un comienzo, la participación democrática de la sociedad a la apertura de espacios de deliberación libres y equilibrados acerca de las fórmulas de transición.

En conclusión, la transición del conflicto armado a la paz debería realizarse, en Colombia, dentro del paradigma sustantivo de los “perdones responsabilizantes”, con un componente retributivo importante y dentro del modelo formal de las transiciones democráticamente legitimadas, pero admitiendo la posibilidad de restringir algunos de sus mecanismos en razón de los límites impuestos por el contexto.

IV. La importancia del contexto y las particularidades del caso colombiano

Las conclusiones extraídas en la sección anterior deben ser matizadas de manera substancial al relacionarlas con la situación que atraviesa Colombia actualmente. Y es que, como ya se señaló, en materia de justicia transicional, los contextos son muy importantes, pues existen circunstancias que favorecen mayores logros para los derechos de las víctimas, mientras que esos reclamos pueden ser más difíciles de realizar en otras situaciones.

Muchos elementos inciden en las posibilidades de enfrentar adecuadamente las graves violaciones de derechos humanos; creo empero que tres variables tienen particular

importancia: (i) el grado de paz que se esté logrando, (ii) el grado de movilización interna a favor de la búsqueda de los derechos de las víctimas, y (iii) los apoyos internacionales a las búsquedas nacionales de verdad, justicia y reparación. Combinando esas tres variables, puede uno tener una multiplicidad de escenarios, más o menos favorables a la búsqueda de justicia, que resumimos esquemáticamente en el siguiente cuadro

Escenarios	Grado de paz	Grado de movilización interna por justicia y verdad	Grado de apoyo internacional a búsquedas de justicia y verdad
I	Alto	Alto	Alto
II	Alto	Alto	Bajo
III	Alto	Bajo	Alto
IV	Alto	Bajo	Bajo
V	Bajo	Alto	Alto
VII	Bajo	Bajo	Alto
VIII	Bajo	Bajo	Bajo

Es obvio que en un escenario tipo I, que parece haber vivido un país como Suráfrica, las posibilidades de obtener verdad y justicia son mayores, pues existen apoyos sociales importantes a favor de esos reclamos, que pueden limitar las pretensiones de ciertos actores de imponer el perdón y el olvido; en cambio, en un escenario tipo VIII, dichas posibilidades son más escasas, pues los apoyos internos y externos son bajos, y la lógica de la guerra suele congelar los reclamos de verdad y justicia. Ahora bien, como Colombia parece situarse actualmente en los escenarios menos favorables (tipo VII y VIII), parecería razonable formular recomendaciones modestas en términos de logros en verdad y justicia, pues sólo ellas serían realistas y viables en la presente coyuntura. Pero esta postura es un error. Es preferible pensar primero en fórmulas de negociación de la paz lo más adecuadas posibles en términos de verdad, justicia y reparación, para luego discutir cuáles adaptaciones son necesarias al contexto colombiano actual. De esa manera podemos contar con unos estándares ideales, que son útiles para valorar críticamente las propuestas que se formulan en el actual contexto. Además, la concreción de las formas de justicia transicional no es un ejercicio técnico ni políticamente neutro sino que es en sí mismo un proceso político, lleno de transacciones y compromisos. La justicia transicional es también, y en gran medida, una justicia transaccional. Por ello es deseable que el Estado colombiano, y en especial el gobierno, proponga inicialmente estándares altos en términos de verdad, justicia y reparación, y sólo admita una reducción de esas metas cuando sea claro que las condiciones políticas impiden alcanzarlas, o que ciertas fórmulas de perdón pueden ser ética y políticamente superiores a aquellos valores que se podrían defender por la imposición de penas y castigos. En estos temas, no parece adecuado que las políticas comiencen con un exceso de ternura hacia los victimarios.

Es claro que la actual coyuntura no es la más apropiada para un equilibrio apropiado entre las necesidades de la paz y la protección de los derechos de las víctimas. Así, como se dijo en la introducción, las negociaciones de paz que entabló el gobierno nacional con los grupos paramilitares tienen la pretensión de instaurar un proceso de justicia transicional en un contexto de guerra. De ahí que pueda afirmarse que lo que buscan estas negociaciones es, al parecer, un proceso transicional sin transición, porque en el mejor de los casos las mismas sólo tendrán por resultado una paz fragmentaria, parcial. De hecho, el conflicto colombiano presenta una pluralidad de actores armados frente a los cuales no parece viable un acuerdo de paz, al menos

en el corto plazo. De ese modo, a pesar de que uno o varios de estos actores armados decidan involucrarse en conversaciones de paz y comenzar a idear mecanismos transicionales, los demás actores persistirán en la guerra y, como tal, impedirán que la transición de los unos sea completa y definitiva.

En ese entender, a los dilemas tradicionales de la justicia transicional, esgrimidos en la primera sección de este escrito, se suman, en el caso colombiano, un sinnúmero de particularidades y de complejidades propias del conflicto en el que estamos insertos. Esto no obsta para que las categorías de la justicia transicional no puedan ser utilizadas en la actual coyuntura colombiana. Es deseable jurídica, política y éticamente que las exigencias de verdad, justicia y reparación sean observadas por todo proceso de paz que se lleve a cabo con grupos alzados en armas, a fin de garantizar los derechos de las víctimas del conflicto e impedir que dichas negociaciones se traduzcan en impunidad. Sin embargo, es menester que la discusión política en torno a tales categorías tenga en cuenta las particularidades que tendría un proceso transicional en Colombia, y se esfuerce por adecuarlas a las especificidades propias del contexto.

El análisis de la ley de justicia y paz recientemente expedida por el Congreso de la República, que pretende dotar de un marco jurídico a las negociaciones de paz con los grupos paramilitares y eventualmente con otros grupos alzados en armas, se torna entonces de gran relevancia. Además del estudio crítico de su contenido y de las normas que próximamente expedirá el gobierno para reglamentarla, parece conveniente que la discusión trascienda la escena política, de manera que la sociedad entera conozca y participe activamente en la deliberación. Con una intervención vigorosa de los organismos representantes de la sociedad civil y de los propios ciudadanos, las víctimas directas e indirectas del conflicto armado podrían hacer oír su voz, y comenzar a exigir el respeto de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Aunque aún estamos lejos de que en Colombia exista un espacio social de deliberación en el que los ciudadanos puedan manifestar sus opiniones libres de amedrentamientos y de coerciones, el primer paso hacia ese objetivo consiste, precisamente, en comenzar a participar en la discusión. Las herramientas conceptuales que fueron ofrecidas en este escrito pueden servir para ello.

Bibliografía

Fisher, Thomas. (2001) “Desarrollo hacia afuera y “revoluciones” en Colombia. 1850-1910” en Gonzalo Sánchez, Mario Aguilera (Ed) *Memoria de un país en guerra. Los mil días 1899-1902*. Bogotá, UNIJUS, IEPRI, Planeta.

Gallón, G. (2003). “Reflexiones sobre la lucha contra la impunidad en el tránsito hacia la paz en Colombia”, en VV. AA. *Seminario Internacional Verdad y Justicia*. Bogotá: CINEP.

Hamber, B. (2003) “Dealing with the Past: Rights And Reasons: Challenges For Truth Recovery in South Africa and Northern Ireland” en 26 *Fordham International Law Journal* 1074.

Minow, M. (1998). *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston: Beacon Press.

Orentlicher, D. (1991) "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", 100 *Yale Law Journal*. 2537.

Orozco, I. (2002). "La Postguerra Colombiana: Divagaciones sobre la Venganza, la Justicia y la Reconciliación", *Análisis Político* No. 46.

Orozco, I. (2005). *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Bogotá, Universidad de los Andes, Temis.

Sánchez, G. (2003). *Guerras, memoria e historia*. Bogotá: ICANH.

Simon, J-M. (2003). *Responsabilidad criminal y reconciliación. El derecho penal frente a la violencia política masiva en Sudáfrica, Ruanda y El Salvador*, nota de investigación, ponencia presentada el 26 de agosto de 2003. México DF: Freiburg - Instituto Max Planck.

Slye, R.C. (2002). "The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43, No. 173, pp 240 y ss..

Springer, N. (2002). *Sobre la verdad en los tiempos del miedo. Del establecimiento de una Comisión de Verdad en Colombia y los desafíos de la justicia restaurativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.