

Origen y fundamentos de la justicia transicional*

Beatriz Cuervo**

Paola Molina***

Daniela Torres****

Anyela Yurani Casallas*****

Julio Rodríguez*****

Fecha de recepción: enero 2014

Fecha de aprobación: marzo 2014

Resumen

A partir de la reseña histórica relacionada con el proceso de implementación de normas penales internacionales para juzgar crímenes contra la humanidad y contra el DIH; y a partir de los antecedentes históricos más representativos que sustentan la normatividad penal internacional sobre estos crímenes, se pudo evidenciar que no necesariamente estos son el fundamento de la justicia transicional, como en efecto se ha considerado, concluyendo que su verdadero sentido es dirimir el conflicto armado para lograr la paz, la reconciliación, la construcción de la memoria histórica y

* El presente artículo de investigación es resultado del proyecto “Criterios de Aplicación de Derecho Penal Internacional y Derecho Penal Colombiano en los procesos de la Ley de Justicia y Paz”, con el apoyo del semillero de investigación Atenea, adscrito al Grupo de Investigación “Libertad y Garantismo” de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia.

** Beatriz Cuervo Criales es Directora del Proyecto de Investigación y del Semillero de Investigación Atenea. Es docente de pregrado y postgrado de la Universidad Autónoma de Colombia. Abogada e investigadora. Especializada en Instituciones Jurídico Penales en la Universidad Nacional de Colombia. Mg. en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Candidata a Doctora en Derecho, Universidad de Barcelona.

*** Paola Molina Díaz, Joven Investigadora del semillero Atenea de la Universidad Autónoma de Colombia.

**** Daniela Torres Moya, egresada del Programa de Derecho y Joven Investigadora del semillero Atenea de la Universidad Autónoma de Colombia.

***** Anyela Yurani Casallas, egresada del Programa de Derecho y auxiliar de investigación del semillero Atenea de la Universidad Autónoma de Colombia.

***** Julio Rodríguez es estudiante del Programa de Derecho y auxiliar de investigación del semillero Atenea de la Universidad Autónoma de Colombia.

la reparación a las víctimas mediante la transición de un estado de guerra a un estado de paz.

Palabras clave: justicia transicional, tribunales Ad hoc, verdad, justicia y reparación.

Abstract

From the historical review process related to the implementation of international criminal law to prosecute crimes against humanity and against the IHL; and from the most representative historical background underlying the international criminal norms on these crimes, it was evident that not necessarily, these are the foundation of transitional justice as indeed has been considered, concluding that its true meaning is to settle the conflict armed for peace, reconciliation, the construction of historical memory and reparation to victims through the transition from a state of war to a state of peace.

Keywords: Transitional Justice; Ad hoc Tribunals; Truth, Justice and Reparation

Introducción

Cuando se presentó el proyecto, denominado “Criterios de Aplicación de Derecho Penal Internacional y Derecho Penal Colombiano en los procesos de la Ley de Justicia y Paz”, se partió del presupuesto que los tribunales internacionales como los de Núremberg, Ruanda y la antigua Yugoslavia se habían erigido sobre el concepto epistemológico de la llamada justicia transicional; sin embargo, en el transcurso de la investigación se encontró que estos tribunales internacionales fueron creados para juzgar y condenar ejemplarmente a los autores de los crímenes contra la humanidad que se cometieron en estos escenarios históricos.

Esta situación llamó nuestra atención, pues se pudo constatar que, si bien estos tribunales fueron creados de manera temporal y para cumplir esta finalidad, no constituye-

ron jurisdicciones *ad hoc* para un proceso de transición sino más bien de excepción para imponer las máximas penas a los autores de estos crímenes.

Lo mismo aconteció con el estudio conceptual de la justicia transicional en Colombia, pues si bien es cierto que se expidió la ley 975 de 2005 con unos cambios en el proceso y en el *quantum punitivo*, en nada afectó la posible solución del conflicto armado. Se pudo percibir sí, que el fundamento para su expedición fue la búsqueda de la paz como una forma de justificar su entrada en vigencia.

Orígenes y antecedentes históricos

Desde su finalidad, podemos decir que la justicia de transición «...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»¹. Se entiende entonces que los mecanismos de la justicia transicional abordan la herencia de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario durante la transición de una sociedad que se recupera de un conflicto o un régimen autoritario. Ese abordaje, tiene características puntuales, en tanto que los arreglos, judiciales o no, que se dan a sí mismas las sociedades en transición a la democracia, se establecen para garantizar la moralidad de su vuelta o su avance a la normalidad. 2. El cumplimiento del criterio de moralidad se materializa en la garantía, frente a las violaciones graves a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, de la protección de los derechos fundamentales y de los principios básicos de la justicia transicional: la justicia, la verdad y la reparación [1]

Como se desprende de esta interpretación, los procesos y mecanismos judiciales adelantados para resolver problemas de abusos a gran escala, con el fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos y se busque la justicia por violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, corresponden a la consolidación de una normatividad penal internacional que se desarrolló especialmente durante el siglo XX y arrojó como resultado la conformación de la Corte Penal Internacional, toda vez que en el estatuto de Roma se consideró:

Para que los crímenes de mayor gravedad para la humanidad no queden sin castigo; para poner fin a la impunidad de esos crímenes y para garantizar la justicia internacional, la Organización de las Naciones Unidas creó La Corte Penal Internacional como complemento de las jurisdicciones penales nacionales, cuando la justicia nacional de un Estado Parte no sea aplicada de manera eficaz en su jurisdicción interna sobre personas que han cometido crímenes graves de connotación internacional. El castigo,

la justicia y la no impunidad son los presupuestos fundamentales para la entrada en vigencia del Estatuto de Roma.

Para dilucidar este tema presentaremos una reseña de los alcances de los tribunales que han tratado de juzgar a los autores de los crímenes de lesa humanidad y contra el Derecho Internacional Humanitario.

Tribunales de Núremberg

Como primera referencia de los tribunales ad-hoc tenemos el Tribunal de Núremberg, conocido inicialmente como Tribunal Militar de Núremberg (TPMN) creado por medio del acuerdo de Londres del 8 de agosto 1945 [2]¹ por el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas que actúan en interés de todas las Naciones Unidas y por sus representantes debidamente autorizados para el enjuiciamiento de los acusados que cobró la vida de millones de judíos.

Harry Truman, ex presidente de los Estados Unidos Norteamericanos, nombró al juez federal americano Robert H. Jackson², quien fue abogado fiscal acusador principal por parte de los Estados Unidos durante el proceso, se hizo cargo total de la organización del juicio y fue él quien sugirió a la ciudad de Núremberg como lugar del tribunal, debido a que era esta la única ciudad que disponía de un palacio de justicia con suficiente

1 Acuerdo del 8 de agosto de 1945; página creada por la Universidad de Yale en el proyecto Avalon donde se encuentran todos los documentos relacionados con estos juicios.

2 Fiscal General de los Estados Unidos, Juez Asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos y Fiscal Jefe durante el juicio principal dentro de los Procesos de Núremberg, 1945 -1946.

espacio y el cual había sido dañado sólo levemente durante los bombardeos de la guerra. Cada una de las cuatro grandes potencias (Francia se había integrado dentro de este grupo) nombró a un juez principal y uno suplente [3].

El proceso fue llevado a cabo del 20 de noviembre de 1945 al 31 de agosto de 1946 en Núremberg, el presidente del Tribunal fue el juez miembro del Tribunal, Lord Geoffrey Lawrence.³ En 218 días de sesión fueron presentadas, entre otras, las declaraciones de 360 testigos, los cuales se interrogaron oralmente, por escrito y en presencia ante el tribunal –236 testigos– y otros a través de jueces designados,[4]⁴ además, se utilizaron más de 2.000.000 afidávits –declaraciones bajo juramento– como evidencia. El proceso tuvo el carácter de la jurisprudencia anglo-americana, se necesitó de la colaboración, en el Palacio de Justicia de Núremberg, de más de 1000 empleados –personal para las interrogaciones, intérpretes, traductores, escribientes, enter otros– y como pruebas se tuvieron en cuenta los documentos alemanes que habían sido recogidos durante las capturas, testimonios, el archivo fotográfico y películas tomadas por los nazis durante y después de terminar la guerra [5].

El día 30 de septiembre y el 1 de octubre de 1946 fueron dictadas las siguientes sentencias:

3 sentencias absolutorias, 12 sentencias a pena de muerte en la orca, 3 sentencias a cadena perpetua, 2 condenados a 20 años, 1 a 15 años, 1 a 12 años, 1 a 10

3 Destacado magistrado británico, juez principal de la Gran Bretaña y presidente del tribunal durante los Juicios de Núremberg después de la Segunda Guerra Mundial.

4 Ver testimonios en el link: <http://avalon.law.yale.edu/imt/01-04-46.asp#hollriegel> página creada por la Universidad de Yale en el proyecto Avalon en donde se encuentran todos los documentos relacionados con estos juicios.

años y el otro no alcanzó a ser condenado cuando se suicidó (Ley, Robert)⁵. La Organización declaró criminal tanto al Cuerpo del Mando Político del Partido Nacionalsocialista Alemán de los Trabajadores (NSDAP) como a la SS, la Gestapo y el Servicio Secreto de Seguridad. Los cargos por los cuales fueron condenados eran: 1. Conspiración en contra de la paz mundial, 2. Planeación, provocación y realización de una guerra ofensiva, 3. Crímenes y atentados en contra del Derecho de Guerra y 4. Crímenes inhumanos [6].

Los condenados a muerte fueron ejecutados el 16 de octubre de 1946 en el viejo gimnasio de la Penitenciaría de Núremberg; los cadáveres de los ejecutados fueron incinerados en un crematorio de Múnich y luego, sus cenizas fueron esparcidas en un arroyo del río Isar. Aquellos que habían sido condenados a prisión fueron transferidos a la cárcel de criminales de guerra en Berlín- Spandau y el último de ellos –Rudolf Hess– se suicidó en esa prisión en agosto de 1987 [7].

De 1947 a 1949 se llevaron a cabo doce procesos ante un tribunal militar norteamericano en contra de políticos, militares, altas personalidades de la economía, médicos, jueces y abogados, miembros de la Oficina de Asuntos Exteriores, entre otros. Los expedientes del Tribunal Internacional Militar fueron publicados de 1947 a 1949 –nombradas también la Línea Azul–. Se extienden sobre 22 tomos con 14,638 páginas [8].

Respecto a la efectividad del tribunal, se puede destacar que se logró juzgar y condenar de facto a muy pocos dirigentes nazis, toda vez que para estos procesos no existía una normatividad internacional previa que permitiera estos juicios, por lo que se creó transitoriamente este tribunal, con el fin único

5 Las sentencias se encuentran en el link: <http://avalon.law.yale.edu/imt/judsent.asp>

de condenar mediante una justicia retributiva, a los autores de estos hechos, que en ese momento no se configuraban como crímenes por ninguna legislación, esto es, crímenes contra la paz y seguridad internacional.

Este tribunal constituye una de los precedentes más representativos del nacimiento y construcción del Derecho Penal Internacional, a partir de la normativización de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

Tribunal en Ruanda

A diferencia de los tribunales de Núremberg, para la conformación de los tribunales ad-hoc de Ruanda, ya se había consolidado una normatividad del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esto es, el artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra (1949) y los protocolos adicionales I y II (1977), el Tratado Contra el Genocidio (1948), la Convención Contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes (1987), el Convenio Contra la Desaparición Forzada (1994), entre otros.

Precisamente, con el fin de acoger la firma del Acuerdo de Paz de Arusha del 4 de agosto de 1993; subrayando la urgencia de desplegar una fuerza neutral internacional en Ruanda, tanto del gobierno de la República como del frente patriótico, el Consejo de Seguridad de la ONU expide la resolución 872 del 1993, mediante la cual decide “establecer una operación de mantenimiento de la paz bajo el nombre de Misión de Asistencia de las Naciones Unidas a Ruanda (Unamir)”.⁶

El Secretario General de las Naciones Unidas, consciente de la situación en la que se encuentra toda Ruanda ordena un: “inmediato y masivo refuerzo de Unamir para parar la contienda y las masacres, requiriendo varios miles de tropas adicionales y reforzar los poderes bajo el Capítulo VII” (“immediate and massive reinforcement of Unamir to stop the fighting and the massacres, requiring several thousand additional troops and enforcement powers under Chapter VII”).

El 21 de abril de 1994, tras la decisión del Secretario General de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad vota de forma unánime reducir, paulatinamente, la Misión Unamir de 2,539 soldados a 270 (resolución del Consejo de Seguridad 912). Pero el día 20 de abril la misión Unamir ya se había reducido a 1515 efectivos, debido a la retirada total del contingente belga (14 de abril) a causa de la

General, la Unamir tenga el mandato que figura a continuación:

- a) Contribuir a la seguridad de la ciudad de Kigali, entre otras cosas en los límites de una zona libre de armas establecida por las partes en la ciudad y alrededor de la ciudad;
- b) Supervisar la observancia del acuerdo de cesación del fuego, que estipula el establecimiento de zonas de acuartelamiento y reunión, la demarcación de la nueva zona desmilitarizada y otros procedimientos de desmilitarización;
- c) Supervisar la situación en lo que se refiere a la seguridad durante el período final del mandato del gobierno de transición, hasta que se celebren las elecciones;
- d) Contribuir a la limpieza de las minas, en particular mediante programas de capacitación;
- e) Investigar, a petición de las partes o por propia iniciativa, los casos en que se afirme que se han incumplido las disposiciones del Acuerdo de Paz de Arusha relativas a la integración de las fuerzas armadas, estudiar cualquiera de tales casos con las partes responsables e informar al respecto, según proceda, al Secretario General;
- f) Supervisar el proceso de repatriación de los refugiados y de reasentamiento de las personas desplazadas de Rwanda, para verificar que se ejecute en forma segura y ordenada;
- g) Ayudar en la coordinación de las actividades de asistencia humanitaria en conjunción con las operaciones de socorro;
- h) Investigar los incidentes relacionados con las actividades de la gendarmería y de la policía, e informar al respecto;

⁶ Artículo 3, literales de la (a) a la (h). 3. Decide que, sobre la base de las recomendaciones del Secretario

muerte de diez de sus soldados. La marcha de los soldados belgas dejó a 2000 personas sin protección. Estas se refugiaron en la Escuela Técnica Oficial (ETO) pero fueron asesinadas a los pocos días. El 25 de abril, las fuerzas de la ONU ya habían descendido a 503 soldados. Aun así, Dallaire consiguió proteger a unos 25000 ciudadanos durante algunas semanas.

Ese mismo día, la Cruz Roja Internacional emite otro comunicado donde advierte que el número de asesinados no era de decenas de miles sino cientos de miles. Unos días después, el FPR, recompuesto, ataca masivamente desde el noroeste produciendo la huida a Tanzania de al menos 250000 refugiados hutus en un solo día (30 de abril).

El 30 de abril, el presidente, en nombre del Consejo de Seguridad, “condena todas las violaciones del Derecho Internacional Humanitario en Ruanda, en particular aquellas en las que ha sido víctima la población civil, y recordó que las personas que participaron en esos actos, o los instigaban, eran responsables de ellos a título individual” [9]. En esa misma fecha, el Secretario General del Consejo de Seguridad [10] solicita la investigación de las violaciones graves al DIH cometidas en Ruanda, el 17 de mayo exige que todas las partes en el conflicto pongan fin inmediatamente a las hostilidades, convengan un cese al fuego, y pongan término a la violencia y la carnicería insensatas en la que estaba sumida Ruanda, y el 31 de mayo, en el informe [11] 640 de 1994, señaló que se habían seguido cometiendo de manera sistemática matanzas y asesinatos en todo el país. El 1 de julio de 1994, el Consejo de Seguridad expide la Resolución 935 de 1994, en la cual reafirma todas las resoluciones sobre la situación en Ruanda.

El Consejo de Seguridad de la ONU creó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) por medio de la resolución 955 del 8 de noviembre de 1994, “con el propósito exclusivo de enjuiciar de genocidio y otras graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario, cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de estados vecinos, entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994”.

Paradójicamente, el Consejo de Seguridad de la ONU, tuvo conocimiento previo a la realización del genocidio en Ruanda, hasta el punto que se manifestó en las múltiples resoluciones, en una de las cuales ordena el retiro de las tropas de las Naciones Unidas, a sabiendas del conflicto. Sin embargo, posteriormente manifiesta su “repudio” y exige que cese el genocidio, asumiendo una actitud pasiva. No obstante, con posterioridad al genocidio, ordena la creación del tribunal ad-hoc internacional para que juzgue y condene a los autores de estos hechos, con el fin de hacer “justicia”.

Surge aquí un interrogante: ¿Cómo puede el Consejo de Seguridad de la ONU crear un tribunal ad-hoc en Ruanda “con el propósito exclusivo de enjuiciar de genocidio y otras graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario, cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza”, cuándo estuvieron presentes antes, durante y después de la ocurrencia de los hechos y prácticamente abandonaron a la población civil?

El primer juicio comenzó en enero de 1997 y para diciembre de 2012, el Tribunal había completado la primera parte de su mandato. De las 93 acusadas de ge-

nocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, 83 han sido detenidos, de los cuales 75 han sido enjuiciados: 65 fueron declarados culpables y 10 fueron absueltos y 9 acusados siguen sin haber sido detenidos y el TPIR espera terminar todos los procesos en el año 2014 [12].

De los casos más destacados han sido el de Jean Paul Akayesu;⁷ en razón a que constituye un hito mundial al ser considerada la primera condena internacional por Genocidio y la primera en reconocer la violencia sexual como actos constitutivos de genocidio. “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda, declaró a un acusado culpable de violación por no haber impedido ni detenido una violación en su calidad de oficial, y no por haberla cometido personalmente”. El tribunal consideró que la violación constituía tortura y que, dadas las circunstancias, la violación generalizada, como parte de unas “medidas dirigidas a impedir nacimientos dentro del grupo”, de Theoneste Bagosora, antiguo coronel en Ruanda, debía ser encontrado culpable y condenado a cadena perpetua, acusado de comandar las tropas y milicias hutu Interahamwe, causante de las masacres, además, el TPIR consideró que Bagosora fue “responsable” del asesinato de la primera ministra Agathe Uwilingiyimana y varios miembros de la oposición, así como de diez soldados belgas. Caso del cantante ruandés Simón Binkindi [13], quien fue condenado a 15 años de prisión por haber pronunciado un discurso en junio de 1994 en el que instó a los hutus a matar a la minoría tutsi, adicionalmente los jueces condenaron a los oficiales Aloys Nta-

bakuze y Anatol Nsengiyumva por su participación en el genocidio; el acusado general Gratien Kabiligi fue puesto en libertad.

Es evidente que la conformación y consolidación de los tribunales en Ruanda, a pesar de ser tribunales ad-hoc con carácter excepcional para condenar a los autores que cometieron genocidio y crímenes de lesa humanidad, no constituye, *per se*, un antecedente de justicia transicional. No se puede confundir el que un tribunal tenga carácter transitorio, cuya finalidad es combatir la impunidad, con los fundamentos epistemológicos de la justicia transicional. A diferencia de los tribunales de Núremberg, que se crearon sin que hubiese un seguimiento del holocausto por parte de algún organismo internacional porque no existía, por el contrario, en Ruanda, el Consejo de Seguridad de la ONU, no solamente tuvo pleno conocimiento, sino que hizo seguimiento a los acontecimientos sin desplegar ningún tipo de intervención, sólo emitir varias resoluciones.

Tribunal para la Antigua Yugoslavia

La ex Yugoslavia estaba conformada por Eslovenia, Croacia, Bosnia Herzegovina, Serbia, Montenegro, Kósovo y Macedonia; su desintegración a partir de 1991 generó guerras que sucedieron principalmente en Croacia y Bosnia de 1991 a 1995, y en Kósovo de 1998 a 1999 [14].

La guerra en Bosnia, la más violenta en cuatro años, produjo la muerte de más 100.000 personas y el desplazamiento de más de dos millones, en un país que tenía menos de cuatro millones de habitantes. Estas guerras no fueron convencionales en el sentido de que no fueron luchadas por ejércitos bien organizados que se enfrentaron los unos contra los otros. En gran medida, fueron guerras de

7 Antiguo alcalde de la ciudad ruandesa de Taba, fue arrestado en Zambia el 10 de octubre de 1995 y fue transferido a la Unidad de Detención del Tribunal en Arusha el 26 de mayo de 1996. El juicio comenzó en junio de 1997 y el 2 de septiembre de 1998 la Cámara Procesal I lo encontró culpable de genocidio, incitación directa y pública a cometer genocidio y crímenes contra la humanidad. El 2 de octubre de 1998 fue sentenciado a cadena perpetua”.

aniquilación en las cuales las partes en conflicto intentaron eliminar de forma permanente a comunidades étnicas enteras de los territorios sobre los cuales reclamaban la propiedad. En muchas ocasiones los beligerantes atacaron de manera deliberada y sistemática a los civiles que fueron las víctimas principales del conflicto; para muchos esas guerras fueron un gran crimen [14].

El Tribunal para la Antigua Yugoslavia fue creado por el Consejo de Seguridad de Las Naciones Unidas por medio de la resolución 827 del 25 de mayo de 1993. El Consejo se basó en el eminente peligro que representaba este país para la paz y la seguridad internacional y sirvió para crear más adelante la Corte Penal Internacional.

En 1993, después de ser creado el TPY, las guerras en Bosnia y Croacia persistían, se creía que con la creación del tribunal se podrían restringir los crímenes de guerra, pero fue todo lo contrario porque las mayores barbaries se cometieron después de la creación de este; “ya que en Bosnia hubo 8000 personas muertas por las tropas serbo bosnias y la operación tormenta en Croacia que resultó en el desplazamiento de 200000 civiles serbios de Croacia y la limpieza étnica en Kosovo” [14].

Con la intervención de la ONU y de la OTAN, se hicieron los acuerdos de paz de Washington (marzo de 1994), Dayton (noviembre de 1995)⁸ y París (diciembre de 1995) entre Bosnia Herzegovina, Croacia

y Serbia, que pusieron fin a las hostilidades, establecieron las fronteras entre los nuevos Estados y entre sus comunidades étnicas, y crearon un marco institucional que fue la Corte Constitucional, Comisión de Derechos Humanos, Comisión de Desplazados y Refugiados para el esclarecimiento de la verdad, la sanción de los responsables y la reparación de las víctimas. Sin embargo, este Tribunal quedó a disposición de la comunidad internacional para obtener pruebas y arrestar a los acusados sin que existiera un verdadero interés político en hacerlo por parte de los países afectados, sobretodo de Serbia y Croacia que eran en ese momento dirigidos por un Gobierno sectario que no quería cooperar con el tribunal por su gran responsabilidad en los crímenes cometidos.

Después del 2000, con la muerte del presidente croata AFRANIO TUSMAN y del derrocamiento del régimen Milosevic, estos fueron remplazados por un gobierno demócrata que apoyaban el juzgamiento de los crímenes de guerra, pero el gobierno serbio y croata fueron más flexibles a la presión extranjera para colaborar con el Tribunal. De tal manera que Estados Unidos y la Unión Europea condicionó la ayuda económica y su integración con la entrega de los acusados al Tribunal, sin embargo el TPY fue bastante demorado, a Croacia le tomó más de cinco años y a Serbia más de diez años para entregar a todos los acusados por el TPY y algunos generales acusados fueron arrestados en el año 2011 [14].

Según Mladen Ostojic, independientemente de las dificultades para detener a los acusados, lo que también fue un problema para el tribunal era que no existía una legitimidad en los países afectados por el conflicto; como consecuencia ello, las personas de esos países permanecieron ignorantes ante el juicio de los autores de los crímenes de gue-

8 El Acuerdo Marco General Para la Paz en Bosnia y Herzegovina (GFAP por sus siglas en inglés), también conocido como Acuerdos de Dayton o Protocolo de París, se refiere a los acuerdos alcanzados en 1995 en la base aérea de Wright-Patterson, en Dayton (Ohio, Estados Unidos), que supusieron el fin de la Guerra de Bosnia, dentro del conjunto de conflictos armados acaecidos entre 1991 y 1995 durante el proceso de desmembramiento de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia.

rra y consideraban al TPY como una amenaza para la estabilidad política del estado. Siguiendo las palabras del investigador citado:

Los proponentes del TPY pensaban que el Tribunal podría contribuir a la paz y la reconciliación a través del restablecimiento de la responsabilidad individual y la eliminación de la culpa colectiva de los grupos étnicos. Esta convicción se basaba en una interpretación específica de los conflictos Yugoslavos que atribuían la responsabilidad por el conflicto y los crímenes de guerra a las élites políticas en lugar de factores históricos o estructurales.

Los proponentes del TPY creían firmemente que las guerras Yugoslavas habían sido diseñadas por los políticos nacionalistas que manipularon a sus electores con el fin de aferrarse al poder; por esta razón los arquitectos del TPY consideraban que el Tribunal debía juzgar a los políticos nacionalistas para sacarlos del poder y crear un encuentro oficial que formaría la base de una historia compartida de las guerras Yugoslavas. Esa fue la idea y la visión detrás del Tribunal.

En la práctica el funcionamiento del Tribunal estuvo obstruido desde su inicio por falta de voluntad política para arrestar los acusados. Después de los acuerdos de Dayton que pusieron un fin a la guerra en Bosnia en el 95, este país fue puesto bajo la supervisión de la comunidad internacional, pero los países que apoyaron la creación del Tribunal no estaban dispuestos a poner sus soldados en peligro para detener los acusados, entonces quedó claro que el Tribunal dependía de la cooperación de los estados afectados por el conflicto para obtener evidencia y arrestar a los acusados. El problema fue que a través de los años 90 los principales protagonistas del conflicto Serbia y Croacia fueron dirigidos por gobiernos autoritarios, que no quisieron cooperar con el Tribunal por la simple razón que ellos tenían la responsabilidad política sino criminal por los crímenes de guerra, por eso, el Tribunal se enfocó

inicialmente sobre los perpetradores de bajo nivel a los cuales tenía acceso [14].

El juicio de Milosevic pretendía que se individualizaran los crímenes de guerra y poder garantizar la verdad a las víctimas; pero ello no sucedió y por el contrario generó un aumento en la popularidad de Milosevic y también el apoyo a sus ideas políticas, causando confusión al no saber distinguir la responsabilidad individual y la colectiva frente a las autoridades Serbias [14].

En consecuencia, en vez de promover una transición de perdón, olvido y verdad con el pasado, los juicios internacionales han limitado la posibilidad de conocer esa verdad y reconocer la responsabilidad por los crímenes de guerra y violación de los derechos humanos.

Actualmente, existe una opinión muy negativa del TPY por la forma en que este ha actuado; en razón a algunos escándalos después de la muerte de Milosevic, y los fallos muy controvertidos, como la sentencia del líder del partido nacionalista Vojislav Šešelj, serbio que fue condenado por diez años, el líder militar del ejército de liberación de Kosovo fue exonerado de toda culpa luego de que nueve de los más importantes testigos de la fiscalía fueran asesinados [14]. También, en noviembre de 2012, la sala de apelación del TPY absolvió a dos generales croatas, Ante Gotovina y Mladen Markak, que habían sido condenados a 24 y 18 años de cárcel por haber organizado y dirigido la operación tormenta que causaron el desplazamiento de más de 200 000 serbios de Croacia, donde los jueces consideraron que los generales no habían tenido la intención de haber causado esos desplazamientos. En febrero de 2013, la sala de apelación del tribunal absolvió al antiguo jefe del ejército yugoslavo Momcilo Perisic condenado a 27 años por haber incitado y asistido atrocidades por las fuerzas

serbias en Bosnia y Croacia, los jueces consideraron que el apoyo del ejército Serbio a los Serbio-Bosnios no fue dado con la intención de cometer crímenes y las mismas consideraciones tuvieron con el caso de los antiguos jefes de los servicios secretos serbios Jovica Stanisic y Franko Simatovic quienes fueron absueltos de cometer atrocidades en Bosnia y Croacia. “Estas decisiones causaron mucha conmoción entre los líderes de derechos humanos y los juristas que apoyaban al TPY y que quedaron decepcionados ante la aplicación de los estándares utilizados para determinar la responsabilidad” [14].

En junio de 2013, el magistrado danés Frederik Harhoff publicó una carta donde denunciaba la presión del presidente del tribunal sobre los otros jueces para absolver a los comandantes serbios y croatas; según él, esta presión fue ordenada por los mandos militares de EEUU e Israel que temerían que el TPY estableciera unos estándares legales que podrían dañar los intereses de esos países; escándalo que dañó la credibilidad del tribunal.

Actualmente, los países afectados por el conflicto están llevando juicios por los crímenes de guerra y posiblemente esos juicios no se hubieran realizado si no se hubiera creado el TPY pero parece ser que el remedio fue peor que la enfermedad.

Al hacer el análisis de los tribunales de Núremberg, Ruanda y la ex Yugoslavia, se puede evidenciar que estos han permitido consolidar una justicia penal internacional que juzgue a los autores de crímenes contra la humanidad para “garantizar” a las víctimas verdad y reparación, pero que su principal objetivo ha sido que no queden en la impunidad, mediante el juzgamiento y condena de los responsables de estos crímenes, sin que se pueda afirmar que realmente se ha desarro-

llado una Justicia Transicional [15] porque se trata más de castigar o de aplicar una justicia retributiva[16] que de perdonar y olvidar.

Si bien es cierto en algún momento se consideró la posibilidad de buscar la reconciliación y la paz, lo cierto es que al igual que en Nuremberg y en Ruanda, su objetivo primordial fue establecer la responsabilidad individual y colectiva de los autores de dichos crímenes y como ha dicho el autor “en vez de promover una tradición de perdón olvido y verdad con el pasado, los juicios internacionales han limitado la posibilidad de conocer esa verdad y reconocer la responsabilidad por los crímenes de guerra y violación de derechos humanos”.

Según Ruti Teitel “Los orígenes de la Justicia Transicional moderna se remontan a la Post guerra de la Segunda Guerra Mundial” [17], cabe destacar que el concepto de esta empieza a ser comprendido internacionalmente entre 1945 y 1950; época en la que se dio una etapa de transiciones hacia la democracia. De esta etapa podemos resaltar uno de los acontecimientos más significativos, los juicios de Nuremberg, el cual representa una de las mayores victorias de la época en relación a la Justicia Transicional, los juicios contra los soldados japoneses (1980) y de ahí en adelante se iniciaron los juicios a miembros de ex juntas militares en Grecia (1975), Argentina (1983). Sin embargo, el legado de los juicios de posguerra que penalizaron los crímenes de Estado, como parte de un esquema de derechos universales, supera ampliamente la fuerza real de los precedentes históricos y forma la base del Derecho moderno de los Derechos Humanos”.

Para esta autora, la fase I de la genealogía, la fase de la posguerra, comenzó en 1945. A través de su símbolo más reconocido —los juicios de Núremberg conducidos por los alia-

dos⁹— y afirma que esta refleja el triunfo de la Justicia Transicional; la fase II está asociada con un período de acelerada democratización y fragmentación política que ha sido caracterizado como la “tercera ola” de transiciones, que inicia en el último cuarto del siglo XX con el colapso y desintegración de la Unión Soviética hasta final de los años setenta, que conllevó a procesos simultáneos de democratización en muchos lugares del planeta. La retirada de fuerzas guerrilleras sustentadas por el régimen soviético hacia el final de los años setenta con los regímenes militares en Sudamérica; y la fase III a finales del siglo XX asociada con la globalización y la marcada violencia e inestabilidad política.

Esta postura sobre la genealogía de la justicia transicional se ajusta más a antecedentes históricos que configuran el desarrollo y consolidación del derecho penal internacional para que no queden en la impunidad crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra; pero no configuran *per se*, procesos que busquen una reconciliación para la paz a partir de los principios de verdad, justicia y reparación sino que una transición punitiva.

Tribunales y comisiones de la verdad latinoamericanos

Guatemala

En el acuerdo de Oslo del 23 de junio de 1994, entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional de Guatemala (URNG), la Comisión para el Esclarecimiento

to Histórico de Guatemala (CEH), donde se establecieron las “finalidades” del acuerdo, se especificó que le correspondía a la CEH “II. Esclarecer con toda objetividad e imparcialidad las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimiento a la población guatemalteca, vinculados con el enfrentamiento armado”.

El conflicto armado en Guatemala comenzó en 1962 y terminó oficialmente, el 29 de diciembre de 1996 con la firma de los acuerdos de paz, “después de provocar más de 200 mil muertos, un alto porcentaje para una población que en 1979, en pleno período de confrontación, era de 7 050 000 habitantes, en su mayoría descendientes de los mayas. En 1962 se fundaron las Fuerzas Armadas Rebeldes (FAR), una coalición de movimientos insurgentes que incluía a oficiales disidentes del Ejército. El ejército guatemalteco, con el respaldo norteamericano, lanzó su primera campaña contrainsurgente, que provocó unos ocho mil muertos, la mayoría civiles. Sin embargo, nuevas organizaciones subversivas, como la Organización Revolucionaria del Pueblo en Armas, ORPA, se crearon” [18].

Entre 1970 y 1986 diferentes gobiernos militares —como los de los generales Romeo Lucas García y Efraín Ríos Montt— cometieron violaciones de los derechos humanos. “En 1982, los grupos guerrilleros y el Partido Guatemalteco del Trabajo se unieron para formar la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (UNRG). Después de un complejo proceso de diálogo y negociación, el Gobierno y la UNRG firmaron diferentes acuerdos, entre ellos el Acuerdo sobre el establecimiento de la Comisión para el esclarecimiento histórico de Guatemala, de junio de 1994. En septiembre del mismo año la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció una Misión de Verificación de los Derechos Humanos en Guatemala” [19].

9 Sobre el período de la posguerra, véase From Dictatorship to Democracy: Coping With The Legacies of Authoritarianism and Totalitarianism (John H. Herz ed., 1983). Indudablemente, hay ejemplos anteriores en el siglo, pero son respuestas de pequeña escala. Véase Philippe C. Schmitter, Transitions From Authoritarian Rule: Comparative Perspectives (Guillermo O'Donnell et al. eds., 1986).

En diciembre de 1996, el Gobierno y la URNG llegaron a un acuerdo sobre los detalles de una cesación del fuego, las reformas constitucionales y el régimen electoral, sobre la reincorporación de la URNG a la vida política de Guatemala. El 4 de diciembre, en Oslo, firmaron el acuerdo sobre el cese definitivo al fuego, a lo que siguió un acuerdo final de paz, el acuerdo de Paz Firme y Duradera, suscrito el 29 de diciembre de 1996. “La Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala, minigua, estuvo a cargo de verificar el Acuerdo de Oslo. Además del informe presentado por la Comisión de la Verdad, la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, dirigida por el padre Juan Gerardi, presentó un informe sobre violaciones de derechos humanos cometidas entre 1995 y 1998 titulado Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica. Guatemala: Nunca más o Informe Remhi. El 26 de abril de 1998, poco después de la publicación de este informe, el arzobispo fue asesinado” [19].

El Salvador

El Salvador, país centroamericano, “con una población de 6 990 657 habitantes, estuvo regido por gobiernos militares dictatoriales desde 1930 hasta 1979, los cuales cometieron abusos contra la población y abrieron paso a la guerra civil que comenzó en 1980. A finales de la década del setenta comenzaron a surgir grupos de izquierda, como el Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP) y las Fuerzas Armadas de Resistencia Nacional (FARN). Las Fuerzas Armadas aumentaron la represión y conformaron grupos paramilitares de extrema derecha llamados “escuadrones de la muerte”, que se convirtieron en instrumentos de terror que realizaron violaciones a los derechos humanos, principalmente en contra de opositores o sospechosos de ser contrarios al régimen” [20].

“En marzo de 1980, mientras oficiaba una misa, fue asesinado el arzobispo de San Salvador, monseñor Óscar Arnulfo Romero, hecho que polarizó aún más la situación política del país y se convirtió en un hito del irrespeto de los derechos humanos. En mayo de 1980, el FPL y las FARN se unificaron en la Dirección Revolucionaria Unificada (DRU), que en octubre de ese año se transformó en el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), guerrilla que buscaba la toma del poder por la vía político-militar. Su primera ofensiva se produjo en enero de 1981 y dejó centenares de muertos. El gobierno de Estados Unidos, en cabeza de Ronald Reagan y en el marco de la Guerra Fría, brindó asistencia militar y económica al gobierno de El Salvador para combatir a la guerrilla. En noviembre de 1989, bajo el gobierno de Alfredo Cristiani, de la Alianza República Nacionalista, el FMLN realizó la mayor ofensiva armada en medio del conflicto, denominada “ofensiva final”. En ese mismo año las partes reconocieron la imposibilidad de dar fin a la confrontación por la vía militar, por lo que decidieron tomar el camino de la negociación. Con la colaboración de las Naciones Unidas, Gobierno y FMLN firmaron el Acuerdo sobre Derechos Humanos en 1990, y el Acuerdo de México en 1991, el cual estableció la Comisión de la Verdad” [21].

Finalmente, se firmó el Acuerdo de Chapultepec en enero de 1992, que dio fin a la confrontación. “Durante la guerra civil, en la que se estima que las víctimas fueron 75 000 salvadoreños, se cometieron asesinatos, torturas, allanamientos, detenciones arbitrarias, declaraciones extrajudiciales y ataques indiscriminados contra la población civil, entre otros. Las principales víctimas fueron sindicalistas, dirigentes estudiantiles, líderes religiosos, miembros de organizaciones de derechos humanos, organizaciones de familiares

de víctimas y campesinos acusados de apoyar al FMLN” [22].

Perú

Perú, país suramericano con una población de 27219264 habitantes, “enfrentó un conflicto armado interno entre 1980 y 2000, cuyo principal protagonista fue el Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso (pcp-sl), liderado por Abimael Guzmán. En 1980 este grupo maoísta declaró, en el departamento de Ayacucho, la guerra al Estado peruano. Al comienzo el conflicto fue tratado de manera marginal. Sendero Luminoso fue percibido como una organización pequeña, por lo que el tema no ocupó un lugar importante en la agenda gubernamental. Sin embargo, la situación cambió a partir de dos eventos: el rescate de presos senderistas de la cárcel de Huamanga, en marzo de 1982, y el posterior asesinato por parte de la policía de senderistas internados en el hospital de Huamanga” [23].

“Para 1982 era ya difícil para el Gobierno controlar la expansión de Sendero Luminoso, lo que llevó al presidente Fernando Belaunde, en diciembre, a entregar el control de la zona de emergencia de Ayacucho a las Fuerzas Armadas. A partir de 1983 se redujeron las acciones de este grupo y aumentó la violenta respuesta militar. En 1986, ante la represión desmesurada por parte del Estado y a pesar de la presión nacional e internacional para que el Ejército respetara los derechos humanos, ocurrió la masacre de reclusos en los centros penitenciarios de Lurigancho y El Frontón, conocida como “La masacre de los penales”, en donde murieron más de 300 internos. A partir de este hecho, Sendero Luminoso incrementó sus acciones tanto dentro como fuera de Ayacucho” [24]. “El país entró en un período de crisis económica e hiperinflación que generó pobreza extrema en muchos sectores marginados

del país y el colapso de servicios básicos para los ciudadanos. En 1989 la crisis se intensificó. Sendero Luminoso definió una nueva estrategia para hacer presencia en todo el país y focalizó su ofensiva en las zonas urbanas. Las fuerzas armadas, por su parte, organizaron frentes contrasubversivos y fomentaron la conformación de autodefensas. Bajo el gobierno de Alberto Fujimori se amplió la discrecionalidad de las Fuerzas Armadas y disminuyó el control de sus acciones subversivas. En 1992 fue capturado Abimael Guzmán y en consecuencia disminuyeron las acciones de Sendero Luminoso, aunque el gobierno mantuvo su esquema contrainsurgente” [25].

Aunque la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú recibió reportes de “23 969 peruanos muertos o desaparecidos, sus propias estimaciones indican que la cifra superaría 2.9 veces esa cantidad. Según el informe, Sendero Luminoso fue responsable del 53.6% de las víctimas y los agentes del Estado, del 37.2%” [26].

Chile

Chile, ubicado en América del Sur, tiene una población de 16 432 674 habitantes, “según la proyección del Censo 2002 del Instituto Nacional de Estadística. Sufrió una dictadura que duró 17 años, del 11 de septiembre de 1973 al 11 de marzo de 1990. De acuerdo con el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, durante estos años las víctimas de violaciones a los derechos humanos calificadas por el Estado ascendieron a 3.195, de ellos hubo 2008 muertos, 1 183 detenidos y desaparecidos y cuatro nonatos. Sin embargo, organismos defensores de derechos humanos advierten que las víctimas son muchas más” [27].

La dictadura comenzó el 11 de septiembre de 1973, “cuando las Fuerzas Armadas derrocaron al gobierno de Salvador Allende, quien murió en el Palacio de la Moneda. Sus ministros y colaboradores fueron asesinados o desaparecidos. El general Augusto Pinochet estableció una Junta Militar, que él presidió, y luego se autoproclamó Presidente de la República. Adoptó el concepto de “enemigo interno” y declaró la guerra interna con la aplicación de la doctrina de Seguridad Nacional, en el marco de la Guerra Fría. Las Fuerzas Armadas asumieron el poder ejecutivo, legislativo, judicial y constituyente. Los medios de comunicación fueron censurados y el establecimiento de nuevos quedó supeditado a la autorización del gobierno de Pinochet, quien disolvió los partidos políticos de izquierda y prohibió el surgimiento de nuevos partidos” [28].

“En 1975 instituyó la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), agencia de policía secreta que tenía facultades para detener y confinar personas en los centros operativos durante los estados de excepción. La DINA fue reemplazada por la Central Nacional de Información, que funcionó hasta la restauración de la democracia. Los tipos de violaciones a los derechos humanos durante la dictadura incluyeron detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas, ejecuciones, homicidios, exilio y tortura, entre otros. La represión inicial se dirigió contra amigos de Allende, líderes políticos, partidos políticos y organizaciones de izquierda. Durante la década del ochenta, con la aparición de manifestaciones de protesta y de organizaciones sociales de oposición, las violaciones se ampliaron a activistas de derechos humanos y a familiares de las víctimas. De manera paralela surgieron los movimientos sindicales y los partidos políticos” [29].

“Ante la presión interna e internacional Pinochet llamó a un plebiscito, que se realizó el 5 de octubre de 1988, en el cual le preguntó a la ciudadanía sobre su continuación en el régimen por ocho años más. Pinochet perdió el plebiscito, lo que llevó a la realización de elecciones presidenciales en 1989. En ellas resultó elegido el demócrata Cristiano Patricio Aylwin, quien se posesionó el 11 de marzo de 1990. El nuevo presidente creó la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, que trabajó entre 1990 y 1991” [30].

Argentina

Tras su fracaso en la política económica, y la derrota en la guerra de Las Malvinas, además del gran repudio internacional por sus graves violaciones a los derechos humanos, a fines de 1983 los militares argentinos se vieron forzados a devolver el poder a los civiles. “En Argentina, los derechos humanos de miles de personas fueron violados en forma orgánica y estatal por la represión de las Fuerzas Armadas, que usaron una “tecnología del infierno” según se pudo comprobar por las miles de denuncias y testimonios de las víctimas. Los organismos de derechos humanos establecen en cerca de 30,000 personas el número de desaparecidos y asesinados en la guerra sucia. Tal como lo dijo en su oportunidad el presidente Raúl Alfonsín, después de esta etapa de tanta violencia, “No puede haber un manto de olvido. Ninguna sociedad puede iniciar una etapa sobre una claudicación ética semejante”. Por eso, uno de los primeros actos constitucionales del presidente Alfonsín, fue crear la Comisión de la Verdad, llamada Comisión Nacional para la Investigación sobre la Desaparición de Personas, Conadep a la que le encargó investigar las violaciones a los derechos humanos ocurridas entre 1976 y 1983, el período de las dictaduras militares” [31].

Entonces, poco a poco, la población argentina fue conociendo de una manera más global los horribles sucesos que en su debido momento se negó a aceptar que realmente estuvieran aconteciendo en el país. “Tenemos la certidumbre de que la dictadura militar produjo la más grande tragedia de nuestra historia, y la más salvaje” [31], aseguró después la Conadep en su Informe “Nunca Más”.

Al inicio de su gobierno, las nuevas autoridades civiles procesaron a los nueve Comandantes Generales de las FF.AA., del llamado “Proceso de Reconstrucción Nacional”: generales Jorge Rafael Videla, Roberto Viola, y Leopoldo Galtieri; los Brigadieres Orlando Agosti, Omar Graffigna y Basilio Lami Dozo; y los almirantes Emilio Massera, Armando Lambruschini, y Jorge Isaac Anaya. Se consideró que en su condición de jefes supremos conocieron e impulsaron los planes de exterminio de los presuntos “subversivos”. Alfonsín ordenó procesar judicialmente a nueve ex comandantes del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, “por haber sembrado el dolor, el terror y la muerte”, pero, como informó Horacio Verbitsky, “confió la tarea al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas”. Ante esto, el Premio Nobel de la Paz, Adolfo Pérez Esquivés sostuvo que “el gobierno actuó con excesiva cautela, para no irritar a los militares” [31].

El ex Presidente Reynaldo Bignone fue encarcelado, acusado de ordenar el secuestro de dos soldados conscriptos, cuando era director del Colegio Militar. También se encarceló al almirante Chamorro, por su actuación como jefe del campo de concentración de la Escuela de Mecánica de la Armada, ESMA; el general Ramón Camps, por haberse jactado de su participación en miles de casos de desapariciones políticas y al ex comandante del primer cuerpo del Ejército, general Guillermo Suárez Masón.

Para terminar el debate sobre los miles de desaparecidos, las Fuerzas Armadas, en su Acta Institucional, manifestaron que “únicamente el juicio histórico podrá determinar con exactitud a quien corresponde la responsabilidad de métodos injustos o muertes inocentes”, y que todas las acciones realizadas en la guerra constituyeron “actos de servicio”. Además, públicamente proclamaron su deseo de que los enemigos desaparecidos y muertos “reciban el perdón de Dios” [31].

Gracias al empeño de Ernesto Sábato y la presión de los organismos de derechos humanos, algunos miembros de la Comisión tuvieron la posibilidad de viajar al extranjero y recibir denuncias de los exiliados argentinos en Estados Unidos, Francia, Suiza, España, México, entre otros países. La Conadep logró el apoyo de la Cancillería, que habilitó “oficinas de denuncias” de desapariciones durante la dictadura militar, en la mayoría de las sedes diplomáticas argentinas dispersas por el mundo. Las repercusiones del trabajo de la Comisión en los periódicos y la televisión europeos animaron a muchos exiliados a cooperar con las investigaciones.

Conforme la Conadep avanzaba en sus investigaciones, sus miembros fueron insultados y amenazados por los agentes de la represión, que los acusaron de “activar los odios y resentimientos, impedir el olvido, y no propiciar la reconciliación nacional”.

La Conadep, luego de nueve meses de trabajo en los que reunió más de 50,000 páginas de testimonios y denuncias; en noviembre de 1984 publicó su Informe, con el Título: «*Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*». Allí dio cuenta de la desaparición de 8,960 personas, según denuncias debidamente documentadas y comprobadas. La Conadep dejó abierta la posibilidad de que el balan-

ce final de las víctimas aumentara, pues muchos otros casos quedaron en la etapa de investigación y verificación de los datos, por lo que la cifra de 8,960 desaparecidos no puede considerarse definitiva. El 80 % de las víctimas de los militares argentinos tenían entre 21 y 35 años de edad. El Informe señala que en Argentina existían 340 centros clandestinos de detención, dirigidos por altos oficiales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad. Allí los detenidos eran alojados en condiciones infrahumanas, y sometidos a toda clase de humillaciones. También indica que “De algunos de los métodos de tortura empleados en esa guerra interna no se conocían antecedentes en otras partes del mundo”. En esos años de la dictadura militar, las técnicas de tortura argentina se exportaron a otros países del continente.

La Conadep descubrió que entre los altos oficiales de las Fuerzas Armadas y Policiales, se estableció un “Pacto de Sangre”, que implicaba la participación de todos en las violaciones a los derechos humanos. A causa de esto, cuando algún miembro de esas fuerzas trataba de desobedecer un mandato criminal, pronto lo convertían en una víctima más. La Comisión comprobó que “Todo signo de discrepancia dentro de las FF.AA. y de Seguridad con los métodos utilizados para la detención y eliminación de personas fue sancionado de modo brutal. Brindar alguna información a los familiares de detenidos-desaparecidos sobre su localización, estado físico o destino era equivalente a la muerte. Estaban prohibidos, incluso, los comentarios entre las propias filas sobre los operativos realizados, sancionándose con el mayor rigor cualquier signo de humanidad que pudiera tenerse con el prisionero” [32].

El Informe “Nunca Más” indica que miles de personas fueron exterminadas, habiéndose destruido previamente sus cuerpos para

evitar su posterior identificación. “No se cometieron excesos, si se entiende por ello actos particularmente aberrantes. Tales atrocidades fueron práctica común y eran actos normales y corrientes efectuados a diario por las fuerzas represivas” También la Conadep difundió una lista de 1351 represores, entre ellos diversos médicos, jueces, periodistas, obispos y sacerdotes católicos que actuaron como Capellanes de los militares y que colaboraron con ellos en la guerra sucia. En la lista de represores aparecen, entre otros, el Obispo Pío Laghi, Nuncio Apostólico del Estado Vaticano en Argentina, el ex Obispo de La Plata, Antonio Plaza, el Monseñor Emilio Graselli, el sacerdote Christian Von Wernich, el capellán Pelanda López, y el Monseñor Adolfo Tórtolo, Vicario de las Fuerzas Armadas. Pese a las investigaciones de la Comisión, y las denuncias de los grupos de derechos humanos en Argentina, el Congreso ascendió a cientos de militares involucrados en secuestros, torturas y desapariciones forzadas, y que aparecían en la lista de la Conadep como violadores de los Derechos Humanos. Incluso Asaz, el asesino de dos monjas francesas, fue ascendido. “Sabe cuántos Astiz hubo en la Armada? Trescientos Astiz”, dijo el contraalmirante (r) Horacio Mayorga, ex jefe de la base naval de Trelew, en una entrevista en 1985. “Los oficiales de la ESMA eran personas austeras que mataban por la Patria”, agregó [33].

Igualmente fueron ascendidos el ex director de la ESMA, capitán de Navío José María Arriola; el ex director de la Escuela de Submarinos de Mar de Plata, capitán de Navío Roberto Pertussio; los tenientes coroneles Óscar Bianchi y Athos Rhenes, que intervinieron en diversas masacres a civiles indefensos, y el coronel Julio César Durand, quien dirigió la intervención argentina en el Golpe de Estado de 1980 en Bolivia. El ex capitán de la Armada (r) Francisco Scilingo, en

declaraciones al periodista Horacio Verbitsky, en marzo de 1995, confirmó que cerca de 2000 presos políticos de la dictadura fueron asesinados por oficiales de la Marina, que los arrojaron vivos al mar, después de haber sido drogados. Algunos altos representantes de la iglesia católica conocían sobre estos hechos, pero en vez de tratar de impedirlos, apoyaron estos horribles crímenes. Scilingo afirmó que los sacerdotes católicos se encargaban de tranquilizar el espíritu” de los oficiales que participaban en tales crímenes, pues regresaban de cada Vuelo” con un fuerte remordimiento de conciencia. “El capellán de la ESMA... me hablaba que (el vuelo) era una muerte cristiana, porque (los presos) no sufrían, porque no era traumática, y que habla que eliminarlos; que la guerra era la guerra, que incluso en la Biblia está prevista la eliminación del yugo del trigo. Me dio cierto apoyo”, declaró Scilingo [33] ¹⁰. También se llegó a saber que una isla que pertenecía a la Iglesia Católica fue prestada a la ESMA, para que los oficiales de la marina lo usaran como Campo de Concentración. Allí se trasladaba a los presos políticos, cada vez que las comisiones de las Naciones Unidas, la OEA, Amnistía Internacional o de otros organismos visitaban la ESMA para investigar las graves denuncias de tortura”.

Brasil

Las investigaciones para conocer las violaciones a los derechos humanos de las últimas dictaduras (1964-1979) “fueron dirigidas por miembros de la Arquidiócesis de Sao Paulo, de la Iglesia Católica. Alrededor de treinta personas vinculadas a la Arquidiócesis trabajaron por más de cinco años en el más absoluto secreto para obtener los docu-

mentos, analizarlos, comprobar la información, y procesarla de acuerdo a criterios fijados previamente.

La Investigación comenzó en agosto de 1979 y concluyó en marzo de 1985. En ese período se logró sistematizar informaciones contenidas en 707 expedientes de procesos llevados ante el Tribunal Militar Supremo. Por esto, una característica del Informe es que se basa, fundamentalmente, en documentos oficiales de los procesos judiciales llevados a cabo por los Tribunales militares contra activistas y opositores políticos. El resultado del trabajo se difundió en volúmenes de más de 5000 páginas, (Proyecto A) con el título *Brasil Nunca Más*, que fue considerado como “Una radiografía inédita de la represión política y una anatomía de la resistencia”. Una síntesis del Informe se publicó en forma de libro en Petrópolis, en el verano de 1985. Allí se reunió información sobre las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante los regímenes militares desde 1964 hasta 1979.

El libro *Brasil Nunca Más*, además de describir las formas crueles, degradantes, de los castigos y las torturas, presenta datos históricos sobre el origen de los regímenes militares, el desarrollo de los aparatos represivos, y la perversión del derecho penal, que favoreció el atropello de los derechos humanos. Entre los colaboradores del Proyecto *Brasil Nunca Más*, el régimen militar eligió como víctima-símbolo, a Paulo Stuart Wright, hermano menor del pastor presbiteriano Jaime Wright, con cuyo secuestro y asesinato se quiso amedrentar a los activistas de derechos humanos asociados a la Arquidiócesis, para que abandonen sus denuncias y su acompañamiento a los familiares de las víctimas de la represión oficial. Si no se ha respetado al hermano de uno de los líderes de la lucha por los derechos humanos, menos se respetaría a los otros miembros de la comisión de

10 Hasta la fecha las Madres de Plaza de Mayo, en manifestaciones frente a la catedral de Buenos Aires, siguen pidiendo la separación de los sacerdotes católicos que apoyaron a los torturadores, Disponible en <http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html#11>

la Arquidiócesis. Esa era la lógica para atemorizar y destruir a los grupos de solidaridad y de defensa de los derechos humanos.

El Informe *Brasil Nunca Más* incluye testimonios acerca de la labor de agentes de la CIA de los Estados Unidos, como el oficial estadounidense Dan Mitrione, quien enseñó los llamados “Métodos científicos para arrancar confesiones y obtener la verdad”. De acuerdo a numerosas y documentadas denuncias, Dan Mitrione entrenó a cientos de agentes militares y policiales brasileños, utilizando en sus experimentos inicialmente niños y mendigos recogidos de las calles de Bello Horizonte[34]. Igualmente *Brasil Nunca Más* describe las diversas técnicas de tortura empleadas por los militares y policías, el uso de insectos y animales como cobras y ratas, la aplicación de productos químicos sobre el cuerpo de los prisioneros, según fue corroborado por diversas víctimas. El Informe también presenta testimonios sobre torturas practicadas en menores de edad, así como en mujeres y gestantes, que sufrían violaciones sexuales.

Brasil Nunca Más indica que en el periodo de 1964 a 1979 se registran 125 casos de ciudadanos desaparecidos por motivos políticos algunos de los cuales posteriormente a su detención por la policía fueron encontrados en cementerios, enterrados con nombres falsos. La lista completa de desaparecidos aparece en la página 291 al 293 de BNM. En la versión editada en forma de libro en 1985, no figuran las listas de militares y policías involucrados en las violaciones a los derechos humanos, que se incluyeron en la publicación global. Una lista de 444 agentes militares y policiales torturadores, que por razones estratégicas no fue incluida en las ediciones de *Brasil Nunca Más*, fue publicada por la Arquidiócesis de Sao Paulo en el Diario Folha de Sao Paulo y en el Jornal do Brasil, el 22 de noviembre de 1985. En el Informe *Brasil Nunca Más* quedó expues-

ta la verdadera característica del Estado brasileño, en base a sentencias dictaminando torturas, castigos corporales, escarmientos en plazas públicas, secuestros, desapariciones, normas de tratamiento carcelario inhumanas, todo eso estaba registrado en los expedientes judiciales. Así, los mismos documentos oficiales proveían un testimonio irrefutable.

Después de publicarse los volúmenes del Informe *Brasil Nunca Más*, las fuerzas armadas publicaron un furioso documento de respuesta, con el título *Brasil Sempre*, justificando su acción, llevada a cabo, según ellos, “para salvar a la patria del monstruo del comunismo y del caos interno”. A diferencia de los informes en Argentina y Chile y El Salvador, en Brasil el Informe Nunca Más no presenta explícitamente recomendaciones ni formula peticiones directas para reformas en la policía y el Ejército. La brutal radiografía que se presenta de la violencia policial y militar habla por sí sola, de la necesidad de transformaciones en las estructuras del Estado. *Brasil Nunca Más* transmite la demanda de respeto a la memoria de los muertos: la ausencia de sepultura, que impide que los muertos sean ‘venerados por sus familiares, lo cual, constituía una maldición bíblica aterradora. Por eso, se demanda la localización y entrega de los cuerpos de los desaparecidos a sus familiares, y la reivindicación de las víctimas: “Hasta cuándo habrá, en Brasil, mujeres que no saben si son viudas, hijos que no saben si son huérfanos, criaturas humanas que esperan vanamente en puertas implacablemente trancadas, de un Brasil que juzgábamos ingenuamente, exento de tantas crueldades”.

En 1984, la Asamblea legislativa del Estado do Río Grande do Sul, publicó un Informe del Comité Brasileño por la Amnistía, en el cual indicó que “Pasados mas de quince años de dictadura militar, el número de muertos

y desaparecidos suman más de trescientos, y ese número tiende a aumentar porque el aparato represivo continúa intacto y activo". En 1995, el gobierno brasileño aprobó el DL 869/95 con el propósito de otorgar una reparación económica a los familiares de 136 personas desaparecidas durante las dictaduras militares. La Ley encarga otorgar una reparación económica de hasta US\$ 150 000 a cada familia de las personas asesinadas o desaparecidas que reconoce el gobierno.

Pero los familiares de los desaparecidos, y de las otras víctimas siguen demandando el esclarecimiento de la verdad de lo que paso con sus seres queridos y el castigo a los responsables. Juntamente con el Movimiento Tortura Nunca Mais, los familiares de las víctimas publicaron a fines de 1995 el libro "Dossie Dos Mortos e Desaparecidos Políticos a partir de 1964". Los fantasmas del pasado tortuoso en el Brasil siguen esperando su liberación.

Paraguay: CIPAE. Paraguay Nunca Más.

El 4 de mayo de 1954, tras un corto periodo de gobierno constitucional, las Fuerzas Armadas de Paraguay dan un golpe de Estado y derrocan al presidente Federico Chávez, de la Asociación Nacional Republicana. "Dos militares asumen el poder, primero, por unos pocos días, el general Tomás Romero Pereira, y poco después, para quedarse por 35 años en el poder, el general Alfredo Stroessner.

El largo periodo de gobierno del general Alfredo Stroessner marcó a la sociedad paraguaya con el signo del terror. "El miedo que genera nuestro sistema político es tan cierto y evidente que no se necesitan estudios muy sutiles ni gran aparato científico para demostrarlo", afirmaba en 1974 el sacerdote Ramón

Juste. Agregaba que "el mero intento de decir o escribir públicamente algo que pueda ser interpretado como critica al sistema es ya un síntoma de gran audacia y aún a veces de temeridad suicida". Stroessner se jactaba públicamente que había convertido a su país en la nación más anticomunista de todo el mundo. Con esa visión trataba de eliminar a los opositores políticos, mediante la tortura, el secuestro, la desaparición y el asesinato impune. El mismo se esforzó por convertir a Paraguay en un santuario para los activistas anticomunistas de diversas partes del mundo. Allí centralizo sus archivos el sistema de terrorismo de estado de los países del cono sur de América, bajo el nombre de "Operación Cóndor". En Paraguay, las violaciones a los derechos humanos afectaron también a cientos de extranjeros que escapaban de persecuciones en Argentina, Brasil, Chile, Bolivia y Uruguay. En recompensa, la dictadura argentina, durante su guerra sucia, desapareció a 54 ciudadanos paraguayos que se encontraban en la capital federal, Buenos Aires, donde querían protegerse de la represión en su país.

Ya en setiembre de 1976, la Liga Internacional por los Derechos Humanos difundió una lista de 203 prisioneros políticos en las cárceles de Paraguay, algunos de los cuales llevaban más de 18 años encarcelados. La lista incluía casos de presos que murieron en las prisiones.

En junio de 1990, el Tribunal Permanente de los Pueblos, TPP, aseguró que Paraguay, desde 1954 hasta el 3 de febrero de 1989 fue gobernado por una feroz dictadura que violó sistemática y gravemente los derechos humanos fundamentales, así como los derechos económicos, sociales y culturales del pueblo paraguayo." Cuando los organismos no gubernamentales empezaron a difundir informes sobre la represión de la dictadura, durante la Sesión del Tribunal Permanente de los Pueblos, se confirmó que el "stronismo",

una forma moderna del despotismo, contó con un poder absoluto en el país, y estableció una “mafia” en el poder, a favor de un restringido grupo oligárquico. Esta “mafia”, conformada por funcionarios públicos, ha obrado bajo la dictadura considerándose por encima de las leyes, como si las leyes fuesen válidas solo para los ciudadanos comunes y no para las personas investidas de funciones públicas.

Desde su creación en 1976, el Comité de Iglesias para Ayudas de Emergencia, CIPAE, con el apoyo de varios organismos internacionales desarrolló un sistemático proceso de registro y documentación de los hechos de violencia en el país. Como varias sedes religiosas habían sufrido allanamientos por parte de las fuerzas de seguridad, el CIPAE, desde su origen, tomó la precaución de proteger la mayor parte de los archivos en casas de seguridad, sacar copias dobles, y aún microfilmear la documentación. Aquí vale un reconocimiento profundo al reverendo Charles Harper, del Consejo Mundial de Iglesias en Ginebra, quien dio su apoyo total a la labor desarrollada por el CIPAE[34]¹¹.

El CIPAE en 1984 encargó a sus colaboradores, sistematizar la información sobre la violencia y sus efectos en Paraguay. Había mucho temor de que las fuerzas represivas intentaran silenciar completamente a los organismos de derechos humanos. Por eso, hubo muchas dificultades para acceder a las fuentes documentales básicas, ya que el miedo paralizaba a los familiares de las víctimas. El resultado de las investigaciones fue publicado a partir de mayo de 1990 en una serie de cuatro tomos bajo el título general de “Paraguay: Nunca Más”, donde se registran numerosos hechos de violación de los derechos

humanos durante la dictadura de Stroessner. En el Tomo I de Paraguay Nunca Más, se indica que, 360 mil personas, de un total de tres millones de habitantes, pasaron por las cárceles de Stroessner. Igualmente estima en 1 millón y medio el número de paraguayos obligados a salir al exilio.

En “Paraguay Nunca Más” se documenta minuciosamente el respaldo que le dio el gobierno de los EE.UU. al gobierno golpista al que reconoció formalmente nueve días después de la deposición del gobierno constitucional. En agradecimiento, el gobierno del general Alfredo Stroessner, se ofrecerá permanentemente al gobierno de EE.UU. como un aliado, dentro de la “Guerra Fría”, para combatir al comunismo. Igualmente se documenta las diversas formas de Violación de la Constitución Política del Estado, con la declaratoria permanente del “Estado de Sitio”, la suspensión de las garantías personales, el acoso a los disidentes políticos, la censura a los medios de comunicación, y la creación de una legislación antisubversiva que facultaba las detenciones arbitrarias y la tortura.

Otro trabajo de documentación de las violaciones a los derechos humanos en el gobierno de Stroessner fue producido por la Iglesia Católica de Misiones, con el título Koága Ro-neeta (Ahora hablaremos), Testimonio Campesino de la represión en Misiones, 1976-1978. En este libro se expone la brutalidad policial y militar contra cientos de activistas de las Ligas Agrarias Cristianas y de la Juventud Agraria Cristiana, entre otras organizaciones de base, ya que el régimen de Stroessner consideraba que la Iglesia estaba infiltrada de comunistas. Igualmente se explica cómo los torturadores actuaron en Paraguay con mucha fiereza y sadismo, y que incluso había especialistas en cada tipo de tortura. Además de describir muchos casos de torturas y asesinatos de dirigentes campe-

11 Visualizado en: <http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html#14>

sinos, el libro intenta identificar a cientos de personas que colaboraron con la represión, como jueces, alcaldes, intendentes, entre otros. Como en los otros países del continente, muchos de estos personajes que cooperaron con los torturadores, y represores, más tarde, al conquistarse la democracia, seguirían usufructuando el poder.

Pese a las promesas oficiales de democratizar el Estado, se constata que las estructuras administrativas, policiales y jurídicas han permanecido inalterables. Todavía se mantiene la herencia stronista de los enormes poderes del Presidente, la falta de independencia del Poder Judicial, la presencia masiva de personal de la dictadura en los altos niveles del Estado, la inercia en los organismos de fiscalización, la negación de justicia a las familias de las víctimas. Por eso, de los cientos de casos denunciados, solo 16 merecieron atención del Poder Judicial, que abrió procesos investigatorios, que han continuado con mucha lentitud.

Stroessner fue derrocado por un Golpe de Estado el 2 de febrero de 1989, y a partir de esa fecha, aumentaron las denuncias de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante su largo período de gobierno. El 24 de septiembre de 1989 las FF.AA. en pleno, hicieron público su Pronunciamiento Institucional, en el cual afirmaron, que “Las Fuerzas Armadas siempre han desempeñado un papel protagónico en la historia nacional, y que, se identifican plenamente con la proclama de su Comandante en Jefe, de “restaurar la dignidad de la nación, y contribuir con su esfuerzo a la instauración de la democracia en nuestro país”.

Las FF.AA. agregaron que “El bien de un Paraguay moderno y democrático, es imposible de alcanzar con el esfuerzo de unos pocos”. Enseguida, proclamaron que, “celosa

de la estabilidad política del país y del bienestar de todos sus habitantes, observan con preocupación que en algunos sectores de la sociedad se interprete equivocadamente el concepto de democracia, que permite el libre ejercicio de los derechos, pero dentro del marco de la Ley y el respeto a las autoridades. Concluyeron su Pronunciamiento aclarando que “Solo cumpliendo las normas de convivencia social, avaladas por el respeto a los derechos humanos, se podrá llegar a la Consecución de los fines e ideales de una verdadera democracia.”

A fines de 1993 se descubrió en Paraguay, de manera casual, los archivos del sistema represivo de los gobiernos del cono sur de América, que fueron calificados como “Los archivos del Terror”. Allí se encontró abundante documentación que explica cientos y hasta miles de casos de exiliados y detenidos políticos argentinos, uruguayos, bolivianos, paraguayos, chilenos, brasileños y paraguayos, muchos de los cuales desaparecieron a manos de los servicios de seguridad de esos países. En Paraguay los organismos de derechos humanos siguen demandando una rigurosa investigación sobre las violaciones a los derechos humanos de los últimos años”.

Como se puede evidenciar, los tribunales y las comisiones de verdad para América Latina tienen un común denominador: la violación de Derechos Humanos, los crímenes contra la humanidad, las miles de personas desaparecidas y torturadas, asesinatos, declaraciones extrajudiciales y ataques indiscriminados contra la población civil, fueron perpetrados por los gobiernos dictatoriales de turno, y sus fuerzas militares, con un único fin, parodiando al dictador Stroessner de Paraguay “quien se jactaba públicamente que había convertido a su país en la nación más anticomunista de todo el mundo”. Esto significa que la barbarie cometida en los pue-

blos de América Latina buscaba evitar la propagación de las ideas socialistas durante la guerra fría para lo cual se utilizaron todas las formas de tortura, exterminio y la “novedosísima practica” de la desaparición forzada como nueva “tecnología” para la represión de quienes tenían ideas distintas, por lo cual todas estas violaciones contra la humanidad fueron propiciadas, auspiciadas y fortalecidas por el gobierno de los Estados Unidos, tal como lo indica, entre otros, el informe “Paraguay Nunca Más” donde se documenta “el respaldo que le dió el gobierno de los Estados Unidos al gobierno golpista al que reconoció formalmente 9 días después de la deposición del gobierno constitucional”.¹² En agradecimiento el gobierno de Stroessner, se ofreció al gobierno de los Estados Unidos como un aliado dentro de la guerra fría para combatir el comunismo.

Si bien algunos países latinoamericanos como Guatemala, Chile, Argentina, el Salvador, establecieron comisiones de la verdad, estas no fueron significativas ni en la construcción de la verdad, ni en la reparación a las víctimas, y mucho menos en la identificación, individualización o responsabilidad de los victimarios, a pesar de haberse descubierto “los archivos del sistema represivo de los gobiernos del cono sur de América que fueron calificados como Los archivos del Terror” [35]

Estos crímenes cometidos durante los regímenes militares y las dictaduras terminan cuando termina la guerra fría, y se inicia un proceso de democratización pero no de transición, porque se da debido al cambio del escenario político, situación que configura prácticamente la impunidad de todos estos crímenes. No puede hablarse entonces de procesos de justicia transicionales para una

reconciliación nacional, búsqueda de la verdad, reparación a las víctimas o garantía de no repetición, porque fue una conveniencia de carácter político, debido a cambios estructurales en el panorama geopolítico.

Los tribunales (Nuremberg, Ruanda y la ex Yugoslavia) no constituyen *per se* un antecedente histórico para la justicia de transición sino que fueron tribunales de excepción, o especiales para condenar a algunos de los responsables de crímenes contra la humanidad; por su parte, en América Latina tampoco puede afirmarse que las comisiones de verdad o los tribunales, que condenaron a muy pocos de los responsables de este tipo de crímenes, configuren el fundamento de la justicia transicional.

Fundamentos teóricos y normativos justicia transicional

3.1. Fundamentos teóricos

Antes de entrar a contextualizar lo que se conoce como justicia transicional, es necesario hacer unas aclaraciones de carácter semántico, en relación con el concepto *ad hoc* y el concepto de transición. *Ad hoc* hace referencia a una locución latina que significa literalmente «para esto», generalmente se refiere a una solución específicamente elaborada para un problema o fin preciso y, por tanto, no generalizable ni utilizable para otros propósitos; se usa pues para referirse a algo que es adecuado sólo para un determinado fin o en una determinada situación; en sentido amplio, *ad hoc* puede traducirse como “específico” o “específicamente”, o “especial, especializado” también puede considerarse equivalente a “reemplazo” o “alternativa”. *Transición* hace referencia al paso de un estado o modo de ser a otra distinta situación o estado intermedio entre uno antiguo o pasado y otro nuevo, al que se llega tras un cambio [35].

12 Visualizado

“La Justicia Transicional tiene sus inicios muy probablemente en épocas muy distantes, como en Atenas, después de la derrota con Esparta en el 404 A.C. y su posterior restauración democrática en el 403 A.C.” [36].

El concepto de justicia transicional, como tal, no está claramente definido, si se tienen en cuenta los antecedentes expuestos, en el sentido que no se establecen diferencias entre Tribunales de transición a partir de una justicia retributiva, para juzgar crímenes graves contra la humanidad cuya finalidad es el juzgamiento y máxima condena a los autores de estos crímenes y tribunales de transición sobre la base de una justicia transicional que cuya principal finalidad es la paz y reconciliación a partir los principios de verdad, justicia y reparación. Para dilucidar este tema se expondrán algunas propuestas conceptuales de justicia transicional:

“Este neologismo tomado de la lengua inglesa se conoce hoy a todo el conjunto de teorías y prácticas derivadas de los procesos políticos por medio de los cuales las sociedades tratan de ajustar cuentas con un pasado de atrocidad e impunidad, y hacen justicia a las víctimas de dictaduras, guerras civiles y otras crisis de amplio espectro o larga duración, con el propósito de avanzar o retornar a la normalidad [37]¹³ democrática” [38].

“La justicia transicional puede ser definida como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político [39], caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores” [40].

Según Jon Elster está compuesta de los procesos penales de depuración y de reparación que tienen lugar después de la transición de un régimen político a otro” y agrega, en lo que él mismo llama “la ley de la justicia transicional”, que “la intensidad de la demanda de retribución disminuye con el intervalo de tiempo entre las atrocidades y la transición, y entre la transición y los procesos judiciales [41].

Walzer, emplea la fórmula latina *jus post bellum* (el derecho, o la justicia, tras la guerra) para aludir a la misma cuestión, a la cual considera tributaria de la doctrina de la guerra justa. ¿Qué debe hacer una sociedad frente al legado de graves atentados contra la dignidad humana, cuando sale de una guerra civil o de un régimen tiránico?, ¿debe castigar a los responsables? ¿Debe olvidar esos atropellos para favorecer la reconciliación? Las respuestas a estas preguntas dependen de diversos factores que se combinan de distintas maneras en cada caso histórico [42].

Desde su finalidad, podemos decir que la justicia de transición “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” [43].

“La virtud política que se predica de las sociedades, relaciones o decisiones bien ordenadas o proporcionadas; y como servicio público de solución de conflictos y asignación de recursos escasos o disputados mediante la interpretación razonada y razonable de ley por los jueces y el tribunal del Estado” [44].

La justicia transicional puede ser definida como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político, caracterizados

13 Hernando Valencia Villa. Doctor en Derecho por la Universidad de Yale, ex Procurador de Derechos Humanos en Colombia, ex Secretario Ejecutivo Adjunto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y profesor de Derechos Humanos y Política Internacional en Syracuse University/Madrid.

por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores [39].

Pensky “La ‘justicia transicional’-este es el nombre esperanzador que hemos comenzado a utilizar para describir lo que es en realidad una muy amplia gama de problemas diferentes- se refiere a los retos y oportunidades especiales para lograr la justicia en sociedades que intentan una transición hacia un orden más pacífico y democrático”

La justicia transicional no es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto o de represión por parte del Estado. Al tratar de conseguir la rendición de cuentas y la reparación de las víctimas, la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, fomentando la confianza ciudadana y fortaleciendo el Estado de derecho [44].

En un artículo escrito por Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, refiriéndose a la justicia de transición, la cual denominaron “JTr”, señalaron que “Así, tal y como se comprende en la actualidad, la JTr hace referencia a aquellos procesos transicionales mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia. De hecho, por un lado, los procesos de JTr se caracterizan por implicar en la mayoría de los casos—en especial cuando se trata de transiciones de la guerra a la paz— 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. Pero, por otro lado, los procesos de JTr se ven regidos por las exigencias jurídicas de justicia impuestas desde el plano

internacional, que se concretan en el imperativo de individualizar y castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en la etapa previa a la transición. De esa manera, mientras que las exigencias jurídicas antes mencionadas buscan proteger cabalmente los derechos de las víctimas de tales crímenes a la justicia, la verdad y la reparación, las necesidades de paz y de reconciliación nacional propias de los procesos transicionales presionan en dirección opuesta, pues para que los responsables de crímenes atroces decidan aceptar dejar las armas y llegar a un acuerdo de paz, resulta necesario que encuentren incentivos atractivos para hacerlo, tales como el perdón y el olvido de sus actos.

Es por lo anterior que el vocablo JTr sólo empezó a ser utilizado, como tal, hace algo más de veinte años. En efecto, si bien transiciones (sobre todo de la guerra a la paz) han existido muchas a lo largo de la historia, y aún cuando el siglo veinte evidenció con las posguerras mundiales dos de los periodos transicionales más importantes, ninguna de estas transiciones le otorgó a la exigencia de justicia el significado específico que hoy tiene dentro del paradigma de JTr”.

Igualmente en un documento elaborado por el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, llamado “¿Justicia transicional sin transición?. Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia” se puntualiza: “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, pues deben adecuarse a las relaciones específicas de fuerza existentes entre los actores y a las posibilidades de compromiso propias de cada contexto. 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”.

Según lo establece el documento del Centro de Estudios mencionado, existen varios tipos de Justicia Transicional, según su contenido y su elaboración “...se distinguen 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 ocurridos” Así:

Tipos de transición según su contenido:

Perdones “amnésicos”: son aquellas amnistías generales que no contemplan estrategias para el esclarecimiento de la verdad o para la reparación de las víctimas. Buscan facilitar las negociaciones entre los actores y la reconciliación nacional a través del olvido. Ejemplos: España y las amnistías que ha habido en Colombia.

Perdones “compensadores”: igualmente son aquellas amnistías generales, acompañadas de la implementación de comisiones de verdad y de algunas medidas de reparación de

las víctimas. Buscan compensar el perdón otorgado a los responsables con medidas de recuperación de la verdad histórica y de reparación de las víctimas. Ejemplos: Chile y El Salvador.

Perdones “responsabilizantes”: implementan un 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. Buscan lograr un equilibrio entre las exigencias de justicia y perdón, que haga posibles la transición y la reconciliación, intentando en todo caso individualizar responsabilidades. Ejemplos: Sudáfrica.

Transiciones punitivas: implementan el establecimiento de tribunales ad hoc para castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad. Buscan demostrar que sólo por medio del castigo de los responsables es posible fundar un orden democrático nuevo, fundado en el respeto de los derechos humanos. Ejemplos: Núremberg, Rwanda y Yugoslavia.

Tipos de transición según su elaboración:

Justicia impuesta: es la imposición de la justicia por un soberano o por la parte victoriosa en un conflicto. Busca castigar unilateralmente a los infractores de derechos humanos e imponer un nuevo orden democrático fundado en su respeto. Ejemplos: Bosnia, Nuremberg.

Autoamnistías: los victimarios se otorgan a sí mismos amnistías, como condición para permitir la transición. Dejan 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. Ejemplos: Argentina, Chile.

Perdones “recíprocos”: los actores armados de una guerra civil se conceden perdones recíprocamente, como consecuencia de un acuerdo de paz logrado entre ellos. Busca que los actores armados concedan perdón a los otros actores armados, a cambio de ser ellos perdonados. Todo en pro de la reconciliación nacional. Ejemplos: Centroamérica.

Transiciones democráticamente legitimadas: 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. Buscan 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. Ejemplos: Sudáfrica, Irlanda del Norte y Uruguay.

Encontrar la definición exacta de Justicia Transicional nos obliga a recorrer las diversas expresiones que se utilizan precisamente para definirla. Los tres contenidos que se derivan en la definición de Justicia Transicional son de tres órdenes: contextual (transición de regímenes políticos a la democracia y la paz), causal (esclarecer crímenes de lesa humanidad) y el propositivo (resarcir a las víctimas).

Pero ¿qué entendemos por la Justicia Transicional?

Según informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas del 3 de agosto de 2004, la justicia de transición “...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 esca-

la, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación” [45].

Aunque la Justicia Transicional hace referencia a una problemática muy antigua, los dilemas de castigar, olvidar o reconciliar a responsables de atentados a la dignidad humana, el término tiene una connotación que se relaciona con fenómenos realmente nuevos, pues se ha operado una significativa transformación al introducir la palabra “justicia”, como una exigencia que cualifica los procesos transicionales.

En la actualidad, la justicia transicional hace referencia a los procesos de cambios radicales de un orden social y político determinado que tienen que equilibrar las exigencias diversas y aparentemente contrapuestas de paz y justicia. Esto implica que, mientras las exigencias jurídicas buscan proteger los derechos de las víctimas de los crímenes a la justicia, la verdad y la reparación, las necesidades de paz y de reconciliación nacional propias de los procesos transicionales presionan en contra., pues “... para que los responsables de crímenes atroces decidan aceptar dejar las armas y llegar a un acuerdo de paz, resulta necesario que encuentren incentivos atractivos para hacerlo, tal como el perdón y el olvido de sus actos”. (Uprimny, 2005, 195).

Según Dorys Ardila en su escrito titulado *Justicia Transicional: Principios Básicos*, los principios básicos sobre los cuales debe regirse la Justicia Transicional son:

- La satisfacción del derecho a la justicia.
- La satisfacción del derecho a la verdad.
- La satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas.
- La adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición.

Según la Procuraduría, recogiendo esos principios se ha señalado que “la justicia de transición exige de los Estados la búsqueda y difusión de la verdad histórica, programas de reparación integral para las víctimas, que no pueden ser reducidos a una mera indemnización ni ser condicionados a la renuncia de otros derechos, y el diseño de modelos excepcionales de aplicación de justicia [46].

Por otra parte en el estatuto de Roma se consideró: “Para que los crímenes de mayor gravedad para la humanidad no queden sin castigo”; para poner fin a la impunidad de esos crímenes y para garantizar la justicia internacional, la Organización de las Naciones Unidas creó La Corte Penal Internacional como complemento de las jurisdicciones penales nacionales, cuando la justicia nacional de un Estado Parte no sea aplicada de manera eficaz en su jurisdicción interna sobre personas que han cometido crímenes graves de connotación internacional. El castigo, la justicia y la no impunidad son los presupuestos fundamentales para la entrada en vigencia del Estatuto de Roma.

Es así, como el mismo estatuto define los crímenes de lesa humanidad como aquellos que se refieren a actos que se cometen como parte de un acto generalizado o sistemático contra una población civil, y con conocimiento de dicho ataque, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta impermisible. Necesariamente se requiere un “Ataque contra la población civil” esto no significa un ataque militar, lo que significa es que la “política de cometer estos actos” requieren que el Estado o la organización promueva o aliente un ataque de esa índole contra la población civil. Dicha política se lleva a cabo mediante la acción del Estado o la organización o por omisión deliberada de actuar dirigido conscientemente a alentar un ataque de este tipo.

“El desafío fundamental a que se enfrenta hoy la justicia transicional consiste en encontrar un equilibrio razonable entre las exigencias contrapuestas de la justicia y de la paz, entre el deber de castigar el crimen impune y honrar a sus víctimas, y el deber de reconciliar a los antiguos adversarios políticos”¹⁴.

Según lo planteado por Eirin Mobekk, su planteamiento de inicio establece la existencia de dos objetivos globales de la JT, el de la reconciliación, entendida en su sentido más amplio y el de la no repetición, asegurando una paz duradera.

El verdadero sentido de la JT, es dirimir el conflicto, para llegar a la paz, a partir de la reconciliación nacional, la construcción de la memoria histórica, la reparación a las víctimas, la garantía de no repetición y la reinserción social. Buscando una transición de un estado de guerra a un estado de paz y redefiniendo el concepto de justicia que antecede al concepto de transición, toda vez que tal como lo plantea Kant, con su concepción retributiva de la pena “la justicia es un fin en sí mismo”, cuya principal finalidad, es el cumplimiento de la pena que también es un fin en sí mismo, y en consecuencia hablar de justicia transicional en los términos que se han expuesto en los antecedentes y en los diferentes conceptos conlleva una contradicción dialéctica irreconciliable, en el sentido que no se puede pretender un proceso de transición de la guerra a la paz, sobre la base de un concepto de justicia que busca el castigo; o el acceso a la administración de justicia, sino que es necesario, lograr una comprensión de la justicia a partir de la equidad, del perdón, de la reconciliación y la no repetición.

14 Hernando Valencia Villa. Doctor en Derecho por la Universidad de Yale, ex Procurador de Derechos Humanos en Colombia, ex Secretario Ejecutivo Adjunto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y profesor de Derechos Humanos y Política Internacional en Syracuse University/Madrid.

Ámbitos de aplicación de la justicia transicional

Los ámbitos de aplicación de la justicia transicional a partir de las condiciones en las que se requiere de estos mecanismos judiciales especiales se resumen en tres: Justicia transicional como conjunto de mecanismos judiciales y extrajudiciales encaminados a la reparación de las víctimas. Justicia transicional como respuesta legal frente a periodos de cambio de régimen político. Justicia transicional en normalización y expansión, de tiempos de guerra a tiempos de transición [47].

La flexibilización de principios como el de proporcionalidad e igualdad en materia penal, no pueden constituirse en paradigmas de impunidad que profundicen el dolor y el rechazo de las víctimas y en consecuencia impidan la cicatrización de las heridas.

Los mecanismos judiciales y políticos de justicia transicional pueden perseguir cualquiera o incluso todas las finalidades que se señalan a continuación, pero entre las más significativas están:

- Fortalecer o instaurar el estado de derecho.
- Abordar, e intentar sanar, las heridas que surgen en la sociedad como resultado de las violaciones a los derechos humanos.
- Avanzar en los procesos de reconciliación, garantizando los derechos de las víctimas y de la sociedad a la verdad, a la justicia y a la reparación integral.
- Reducir la impunidad, proveer de justicia a las víctimas y responsabilizar a los culpables.
- Develar la justificación ideológica – política, cultural, económica, entre otros – de la violencia y los crímenes de guerra y ofrecer a la sociedad la posibilidad de

desmontar el sistema de valores asociados a ella.

- Promover la eliminación de las causas de una situación de injusticia social de carácter estructural, que a su vez deriven en sólidas garantías de no repetición de las violaciones.

Los ámbitos de aplicación de la justicia transicional a partir de las condiciones en las que se requiere de estos mecanismos judiciales especiales:

- Justicia transicional como conjunto de mecanismos judiciales y extrajudiciales encaminados a la reparación de las víctimas.
- Justicia transicional como respuesta legal frente a periodos de cambio de régimen político.
- Justicia transicional en normalización y expansión, de tiempos de guerra a tiempos de transición.

La protección de los derechos en escenarios de transición a la democracia supone la adopción de mecanismos de justicia transicional basados en tres principios fundamentales: El Derecho a la Verdad, El Derecho a la Justicia y el Derecho a la Reparación.

Recogiendo esos principios se ha señalado que “la justicia de transición exige de los Estados la búsqueda y difusión de la verdad histórica, programas de reparación integral para las víctimas, que no pueden ser reducidos a una mera indemnización ni ser condicionados a la renuncia de otros derechos, y el diseño de modelos excepcionales de aplicación de justicia, que si bien admiten la flexibilización de principios como el de proporcionalidad e igualdad en materia penal, no pueden constituirse en paradigmas de impunidad que profundicen el dolor y el rechazo de las víctimas y en consecuencia impidan la cicatrización de las heridas”

Antecedentes históricos en Colombia

Los antecedentes de la justicia transicional en Colombia se refieren exclusivamente a un solo tipo de justicia transicional, esto es a los perdones “amnésicos”, que hacen referencia a aquellas amnistías generales que no contemplan estrategias para el esclarecimiento de la verdad o para la reparación de las víctimas, pero buscan facilitar las negociaciones entre los actores y la reconciliación nacional a través del olvido.

2.2.1 Historia de los procesos de diálogo y negociación en Colombia

Amnistía e indulto¹⁵ en Colombia, 1981-2004. Amnistía: decisión del Estado por medio de la cual se olvidan los hechos “delictuosos” cometidos por quienes hayan tomado parte en un conflicto y estén siendo procesados. La amnistía conlleva el perdón o la revisión de la pena correspondiente. Sólo puede otorgarse con respecto a los delitos políticos. Indulto (o gracia presidencial): perdón total o parcial que concede el Presidente de la República sobre el cumplimiento de una pena impuesta a personas contra las cuales se han dictado sentencias condenatorias por delitos políticos y delitos comunes conexos con ellos, salvo secuestro y narcotráfico [49]

Tabla 1.

Periodo presidencial	Norma	Fecha	Doctrina
	Ley 37 de 1981	23/03/1981	El Congreso de la República declaró una amnistía condicional a los alzados en armas autores de delitos políticos y conexos, exceptuando el secuestro, la extorsión y el homicidio cometidos fuera de combate, entre otros. La aplicación de la medida se haría de manera retroactiva. Había un plazo de cuatro meses para hacer uso del beneficio.
Julio César Turbay Ayala (1978-1982)	Decreto 474 de 1982	19/02/1982	El Gobierno decretó medidas tendientes al restablecimiento del orden público. Declaró extinguida la acción penal y la pena para los delitos políticos y conexos. Quedaron excluidos del beneficio quienes hubieran cometido los delitos de homicidio fuera de combate, secuestro y extorsión, o estén ilegalmente en libertad por haber incurrido en el delito de fuga de presos.
	Ley 35 de 1982	19/11/1982	El Congreso de la República declaró una amnistía general para delitos políticos y conexos.
Belisario Betancur Cuartas (1982 - 1986)	Ley 49 de 1985	04/06/1985	El Congreso de la República otorgó una autorización al Presidente de la República para conceder el indulto a condenados por delitos políticos, con la posibilidad de extenderlo a los conexos

15 Aplica a los delitos políticos que según la legislación colombiana son la Rebelión, la Sedición y la Asonada. Actualmente éstos delitos corresponden al Título XVIII del Código Penal “De los Delitos Contra el Régimen Constitucional y Legal” de acuerdo con la Ley 599 de 2000, artículos 467 a 473.

Periodo presidencial	Norma	Fecha	Doctrina
Virgilio Barco Vargas (1986-1990)	Ley 77 de 1989	22/12/1989	El Congreso de la República facultó al Presidente para conceder indulto a quienes hubieran cometido delitos políticos antes de la vigencia de la Ley.
	Decreto 206 de 1990	22/01/1990	El Gobierno reglamentó la Ley 77 de 1989, sobre la concesión del Indulto. Cobijó el acuerdo de paz firmado por el Gobierno Nacional y el M-19 del 9 de marzo de 1990.
César Gaviria Trujillo (1990 - 1994)	Decreto 213 de 1991	23/01/1991	El Gobierno estableció medidas tendientes al restablecimiento del orden público. Incluyó la extinción de la pena y de la acción penal por delitos políticos y conexos. Cobijó los acuerdos de paz firmados entre el Gobierno Nacional en 1991: con el PRT (25 de enero), con el EPL (15 de febrero) y con el MAQL (27 de mayo).
	Constitución Política de 1991	20/07/1991	Definió las Facultades del Ejecutivo y el Legislativo para conceder indultos y amnistías. Artículo 150 y 201, y Artículo transitorio 30.
	Decreto 1943 de 1991	12/08/1991	El Gobierno dictó medidas sobre indulto y amnistía. Cobijó el acuerdo de paz firmado entre el Gobierno Nacional y los Comandos Ernesto Rojas del 20 de marzo de 1992.
Ernesto Samper Pizano (1994 - 1998)	Ley 104 de 1993	30/12/1993	El Congreso de la República consagró instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia. Estableció las causales de extinción de la acción penal y de la pena en caso de delitos políticos y conexos. Cobijó los acuerdos de paz firmados en 1994 entre el Gobierno Nacional y los grupos insurgentes CRS (9 de abril), Milicias Urbanas de Medellín (26 de mayo) y el Frente Francisco Garnica de la Coordinadora Guerrillera (30 de junio).
	Ley 241 de 1995	26/12/1995	El Congreso de la República prorrogó, modificó y adicionó la Ley 104 de 1993. Abrió la posibilidad de otorgar beneficios jurídicos a los grupos de autodefensa previo abandono voluntario de la organización y la entrega a las autoridades.
	Ley 418 de 1997	26/12/1997	El Congreso de la República, en el Título III de ésta Ley, estableció las causales de extinción de la acción penal y de la pena en casos de delitos políticos y conexos. Prorrogó la Ley 104 de 1993, prorrogada, modificada y ampliada por la Ley 241 de 1995. Cobijó el Acuerdo de Paz firmado entre el Gobierno Nacional y el MIR-COAR (29 de julio de 1998), al amparo de los Decretos 1247 de 1997 y 2087 de 1998.
Andrés Pastrana Arango (1998-2002)	Ley 548 de 1999	23/12/1999	El Congreso de la República prorrogó la vigencia de la Ley 418 de 1997. La ley 589 de 2000 definió que la desaparición, el desplazamiento forzado, el genocidio y la tortura quedan excluidos para la aplicación de medidas de indulto y/o amnistía.

Periodo presidencial	Norma	Fecha	Doctrina
	Ley 782 de 2002	23/12/2002	El Congreso de la República prorrogó la vigencia de la Ley 418 de 1997. Incluyó modificaciones sobre extinción de la acción penal y de la pena en casos de delitos políticos y conexos. No se aplica en el caso de actos de ferocidad y barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio y homicidio cometido fuera de combate.
Álvaro Uribe Vélez (2002-2006)	Decreto 128 de 2003	22/01/2003	Reglamentó la Ley 418 de 1997, en lo concerniente a la posibilidad de otorgar los beneficios jurídicos a los grupos de autodefensa. De acuerdo con la Ley, los beneficios jurídicos podrían ser de indulto, suspensión condicional de la ejecución de la pena, cesación de procedimiento, preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria. Modificó el Decreto 1385 de 1994.
	Decreto 2767 de 2004	31/08/2004	Reglamenta la Ley 418 de 1997 (prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002) en materia de beneficios para los desmovilizados y reincorporados. Deroga los artículos 9 y 10 del Decreto 128 de 2003.

Fuente: elaboración propia.

3.2 Fundamentos normativos de la justicia transicional en Colombia

Es una jurisdicción mal llamada de transición, teniendo en cuenta que un proceso de transición como hemos visto requiere de un cambio de un estadio de guerra a un estadio de paz o de un Estado dictatorial, Estado autoritario a un Estado democrático. La expedición de la ley de justicia y paz en Colombia, parte del presupuesto de la existencia de un Estado Democrático, pluralista y participativo, según la constitución Política y parte del presupuesto de la existencia de un conflicto armado, lo que supondría que el proceso de transición estaría dirigido a dirimir ese conflicto interno con el fin de lograr la paz y la reconciliación nacional; sin embargo, parece más la creación de una nueva política de delación y arrepentimiento para disminuir penas que la implementación de una verdadera política de paz, en el entendido que el nacimiento de la ley de justicia y paz en Colombia surgió en pleno conflicto armado, se ha desarrollado en pleno conflicto armado y aun después de casi 9 años se sigue manteniendo el conflicto armado.

A la luz del Derecho Internacional Humanitario, el conflicto interno armado en Colombia supondría dos escenarios: El primero, entre fuerzas armadas del Estado y fuerzas armadas disidentes (subversión); y el segundo, entre grupos armados de particulares, entendiéndose por estos, *prima facie*, la subversión y las Autodefensas Unidas de Colombia.

Si este es el escenario en el cual se desarrolla la ley de justicia y paz, puede evidenciarse que en relación con la desmovilización individual a la que se refiere la ley, realmente no hay un proceso de transición para dirimir el conflicto, reparar a las víctimas, garantizar la no repetición y buscar la paz, sino; es un proceso de confesión con una rebaja de la pena entre 5 y 8 años, con el fin de combatir a los grupos subversivos.

Por otra parte en relación con la desmovilización colectiva de los grupos de Autodefensas tampoco se puede predicar un proceso de transición en el entendido que se mantiene el conflicto armado; que no todos los grupos de autodefensas se desmovilizaron; que no se ha logrado la paz, debido a

que como organización armada particular no tenía confrontación bélica con el Estado sino con la subversión, la cual mantiene su estado de beligerancia con las fuerzas armadas del Estado.

La ley 975 de 2005, nació contra *legem*, esto es, rigiendo hacia el pasado. Es el Único caso en la historia de la legislación colombiana, en que una ley que se promulgue y se expide se refiere a hechos ocurridos antes de su vigencia, afectando de manera considerable el principio de no retroactividad de la ley. Al parecer se ha generado una confusión entre el principio de irretroactividad de la ley con el principio de favorabilidad de la misma, ya que son conceptos muy diferentes.

Esta ley “tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.” [50]

En desarrollo de los principios de verdad, justicia y reparación, la ley de Justicia y Paz busca facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual y colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley que garanticen los derechos a las víctimas y regula todo lo relacionado con la investigación, procesamiento, sanción y beneficios de los postulados pertenecientes a grupos armados al margen de la ley como autores o partícipes de hechos ocurridos durante y con ocasión de su pertenencia a dichos grupos.

Los principios que orientan esta ley están determinados por:

La verdad. La sociedad y las víctimas tienen derecho a conocer los delitos cometidos por estos grupos y el paradero de las vícti-

mas de secuestro, tortura o desaparición forzada. Ha sido reconocido por la comunidad internacional como un principio inalienable que ha sido trabajado desde dos perspectivas: la individual y la colectiva. En su faceta individual el derecho a conocer la verdad es reconocido respecto de las personas que padecieron las violaciones, sus familiares y allegados, como el derecho a saber la verdad de lo ocurrido. Desde el punto de vista colectivo, el derecho a conocer la verdad ha sido denominado como el derecho a saber y parte de la concepción de que los pueblos tienen el derecho a conocer su historia y con ella, los motivos por los que se presentaron las graves violaciones a los derechos humanos y las circunstancias en las que las mismas se dieron.

La justicia. Prima facie se desarrolla en la medida en que la Fiscalía debe realizar una investigación que conduzca a la identificación, captura y sanción de los de los responsables de estos delitos, como una connotación del acceso a la justicia por parte de las víctimas. Sin embargo, el principal aspecto es el carácter de justicia transicional como principio fundacional de la ley de justicia y paz.

La reparación. La reparación consiste en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos generados con la violación a los derechos de las víctimas, su naturaleza y monto dependerá de los daños materiales o inmateriales ocasionados y no podrá implicar ni empobrecimiento no enriquecimiento para la víctima y sus sucesores¹³, razón por la cual deberán ser proporcionales con las violaciones cometidas.

En el supuesto de reparaciones, al igual que los derechos anteriores se cuenta con dos facetas la individual y la social o colectiva. El aspecto individual se centra en el derecho que tiene la víctima y sus familiares allega-

dos de ser restituido, indemnizado o rehabilitado, respecto de los hechos que condujeron a la infracción de sus derechos humanos. El aspecto colectivo, se enmarca en el derecho con que cuentan los pueblos a que se implementen medidas de satisfacción y garantías de no repetición de los actos violatorios.

La reparación puede ser reclamada individual o colectivamente, por las víctimas directas, sus parientes más próximos, las personas que estuvieren a cargo de la víctima o personas o grupos que tuvieron relación con ella [51].*

Según la sentencia C-370 de 2006, mediante la cual se declara la exequibilidad de la ley 975 de 2005, delimito el campo de acción, en el entendido que “Dentro de este panorama de evolución hacia la protección internacional de los derechos humanos, la comunidad de las naciones ha puesto su atención sobre aquellos Estados en que se adelantan procesos de transición hacia la democracia o de restablecimiento de la paz interna y consolidación de los principios del Estado de Derecho. La comunidad internacional ha admitido la importancia de alcanzar estos objetivos sociales de Paz, pero ha hecho énfasis en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos. En este contexto, se ha entendido que la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la

armonía social. La comunidad internacional ha reconocido esta realidad, admitiendo una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado “justicia transicional” o “justicia de transición”, pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción.”

“Según informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas del 3 de agosto de 2004, la justicia de transición «...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» [52]. Se entiende entonces que los mecanismos de la justicia transicional abordan la herencia de violaciones a los derechos humanos y al Derecho internacional humanitario durante la transición de una sociedad que se recupera de un conflicto o un régimen autoritario.

A propósito de este informe, la Corte Constitucional en su sentencia C-370 del 2006 señaló que “La anterior declaración pone de manifiesto la admisión de una nueva noción de Justicia en el contexto de la comunidad internacional, que atiende a la necesidad de alcanzar la efectividad del derecho a la paz en aquellas sociedades en situación de conflicto, pero que a la vez pretende responder, aun en estas circunstancias, al imperativo de enjuiciar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario y lograr el esclarecimiento de la verdad al respecto, nueva noción de Justicia que opera dentro del tránsito de un pe-

río de violencia a otro de consolidación de la paz y de vigencia del Estado de Derecho, o de autoritarismo a otro de respeto al pluralismo democrático. Así pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el Derecho Internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los Derechos Humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición, formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación” [53].

El 19 de junio de 2012, el Congreso de la República aprobó el Marco Legal para la Paz, proyecto de ley que establece una estrategia de justicia transicional que incluye el establecimiento de prioridades y la selección en relación con los casos contra los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. La ley también autoriza el abandono condicionado de todos los demás casos que no han sido seleccionados y la suspensión de determinadas sentencias. La Fiscalía continúa siguiendo de cerca la aplicación de estas medidas [54].

La ley 1592 del 3 de diciembre de 2012, introduce modificaciones a la Ley 975 de 2005, regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional, aplicando criterios

de priorización en la investigación y el juzgamiento de esas conductas; incorpora los procedimientos para determinar la política de priorización y el enfoque diferencial; desarrolla la vocación reparadora de los bienes entregados, ofrecidos y denunciados; busca la celeridad en los asuntos que se debatan en audiencia y determina el alcance de la versión libre y confesión, de la imposición de medidas cautelares y medidas de aseguramiento y modificaciones al procedimiento en virtud del principio de celeridad.

El decreto 3011 del 26 de diciembre de 2013, reglamenta las leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012 y considerando... “Que la Ley 1592 de 2012 fue diseñada con dos objetivos principales: (1) transformar de manera definitiva el enfoque de investigación, procesamiento y judicialización que se venía aplicando en los procesos de Justicia y Paz para asegurar la concentración de esfuerzos en la investigación de los máximos responsables y en la develación de los patrones de macrocriminalidad; y (2) articular estos procesos con los demás instrumentos de justicia transicional para velar por la satisfacción efectiva de los derechos de las víctimas.” ..., entre otros, estipulo en su artículo 1 que:

“El proceso penal especial consagrado en la Ley 975 de 2005 es un mecanismo de justicia transicional; de carácter excepcional, a través del cual se investigan, procesan, juzgan y sancionan crímenes cometidos en el marco del conflicto armado interno por personas desmovilizadas de grupos armados organizados al margen de la ley que decisivamente contribuyen a la reconciliación nacional y que han sido postuladas a este proceso por el Gobierno Nacional, únicamente por hechos cometidos durante y con ocasión a su pertenencia al grupo. Este proceso penal especial busca facilitar la transición hacia una paz estable y duradera con garantías de no repetición, el fortalecimiento del Estado de Derecho,

la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, y la garantía de los derechos de las víctimas.

La contribución a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia y con el esclarecimiento de la verdad a partir de la confesión plena y veraz de los hechos punibles cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo, la contribución a la reparación integral de las víctimas, la adecuada resocialización de las personas desmovilizadas y la garantía de no repetición, constituyen el fundamento del acceso a la pena alternativa".

Igualmente en su artículo 2 se determina la "Coherencia externa de los mecanismos de justicia transicional. Los mecanismos de justicia transicional en Colombia incluyen, entre otros, los previstos en el artículo transitorio 66 de la Constitución Política de Colombia, el proceso penal especial de justicia y paz, el procedimiento de contribución al esclarecimiento de la verdad por parte de los desmovilizados creado a través de la Ley 1424 de 2010, Y los programas de reparación administrativa y restitución de tierras creados por la Ley 1448 de 2011. La interpretación que se haga de las disposiciones que regulan el proceso penal especial de justicia y paz debe guardar coherencia con las demás normas de justicia transicional, con el fin de garantizar los derechos de las víctimas y contribuir al logro de una paz estable y duradera con garantías de no repetición.

Conclusiones

El concepto de justicia transicional no está claramente definido pues no establece diferencias entre los tribunales *ad hoc* cuyo fundamento es la justicia retributiva para juzgar y condenar a los autores de crímenes graves contra la humanidad; y la justicia transicional cuya finalidad es buscar un proceso de transición.

La ley de justicia y paz, en la forma como está concebida, no constituye, *per se*, la fundamentación epistemológica de una verdadera justicia transicional puesto que se creó durante el desarrollo del conflicto y no para terminar con él.

De acuerdo con las diferentes clasificaciones de perdón, dentro del ámbito de la justicia transicional, la única aproximación real a una de estas categorías, son los perdones "amnésicos", que ha llevado a cabo Colombia a través de los diferentes procesos de amnistías e indultos durante los últimos cincuenta años, que no han culminado en una verdadera reconciliación nacional por la parcialidad de los mismos. Es necesario, entonces, involucrar no solamente a los actores inmediatos sino a todos los involucrados en el conflicto y a la sociedad civil en general.

Referencias

- [1] D. Ardila, *Justicia Transicional: Principios básicos*. Acceso: 10 de noviembre de 2009. Disponible en <http://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/justicia/doc004.pdf>,
- [2] Acuerdo del 8 de agosto de 1945. Disponible en <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp>
- [3] Museen Nuernberg. Disponible en <http://www.museen.nuernberg.de/memorium-nuernberger-prozesse/themen/die-nuernberger-prozesse/der-internationale-militaergerichtshof/das-gericht/>
- [4] Universidad de Yale. Disponible en <http://avalon.law.yale.edu/imt/01-04-46.asp#hollriegel>
- [5] Proyecto Avalon. Disponible en <http://www.justiz.bayern.de/gericht/olg/n/imt/>

- [6] Carta del Tribunal Militar <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp#art6>
- [7] Disponible en <http://www.mu-seen.nuernberg.de/memori-um-nuernberger-prozesse/the-men/die-nuernberger-prozesse/der-internationale-militaergerichtshof/die-urteile/>
- [8] *Los británicos Guerra Bluebook*. Disponible en <http://avalon.law.yale.edu/wwii/summary.asp>
- [9] S/PRST/1994/21
- [10] Resolución 918 del 17 de mayo de 1994
- [11] S/1994/640.
- [12] Disponible en <http://www.un.org/es/preventgenocide/rwanda/about/bgjustice.shtml>
- [13] Tribunal Penal Internacional de Ruanda sentencia del 18 de marzo de 2009 vista en el link: <http://www.ictrcaselaw.org/docs/20100318-jgt-0172-01-en.pdf>
- [14] IV Congreso Internacional de Derechos Humanos - Justicia Transicional - Experiencias compartidas sobre procesos de paz "MladenOstojic" en la Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá, 2 y 3 de octubre de 2013.
- [15] H. Valencia Villa, *Diccionario de Derechos Humanos*, Madrid: Espasa, 2003.
- [16] E. Á. Márquez Cárdenas, "La Justicia Restaurativa vs La Justicia Retributiva", *Revista Prolegómenos- Derechos y Valores*, Volumen X - N°20 - julio - diciembre 2007, Universidad Militar Nueva Grana.
- [17] R. G. Teitel "Transitional Justice Genealogy", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16. Spring 2003, Cambridge, MA, pp. 69-94.
- [18] "Memoria del Silencio", *informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico*. Disponible en <http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/>
- [19] C. Tomuschat, "Guatemala: unas víctimas ansiosas de hablar", *PNUD - Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Año 2 y 3*, Diciembre de 2006 y enero de 2007, Bogotá: Boletín Hechos del Callejón.
- [20] *Informe de la Comisión, De la locura a la esperanza*. Disponible en <http://www.uca.edu.sv/publica/idhuca/cv.pdf>, www.usip.org/library/tc/doc/charters/tc_elsalvador.html.
- [21] Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Centroamérica José Simeón Cañas. Disponible en <http://www.uca.edu.sv/publica/idhuca/indice.html>.
- [22] D. Cassel, "La comisión de El Salvador: de la locura a la esperanza", *PNUD - Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Año 2 y 3*, Diciembre de 2006 y enero de 2007, Bogotá: Boletín Hechos del Callejón.
- [23] Comisión de la Verdad y Reconciliación. Disponible en <http://www.cverdad.org.pe>.
- [24] Informe final de la comisión. Disponible en <http://www.cverdad.org.pe/ifi-final/index.php>
- [25] Comisiones de la Verdad en América Latina. Disponible en www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html
- [26] S. Lerner Febres, "En Perú, verdad construida con la palabra de las víctimas", *PNUD - Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Año 2 y 3*, Diciembre de 2006 y enero de 2007, Bogotá: Boletín Hechos del Callejón.
- [27] Información sobre la dictadura. Disponible en <http://www.nuncamas.org>
- [28] Programa de Derechos Humanos - Ministerio del Interior Disponible en www.ddhh.gov.cl/
- [29] Reporte de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación Disponible en

- http://www.ddhh.gov.cl/DDHH_informes_rettig.html
- [30] J. Zalaquett, "La Comisión de Chile y su misión moral e histórica", *PNUD - Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Año 2 y 3, Diciembre de 2006 y enero de 2007*, Bogotá: Boletín Hechos del Callejón.
- [31] H. Verbitsky, "La posguerra sucia", Ed. Legasa, Bs.As., 1985, p. 30. El "Documentos Final" de las FF.AA. En *DIAL N 83*, Barcelona, 20 de mayo de 1983.
- [32] Conadep, "Nunca Más". Disponible en <http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html#11>
- [33] H. Verbitsky, "El vuelo", Ed. Seix Barral, Barcelona, 1995. Disponible en <http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html#11>
- [34] Arquidiócesis de Sao Paulo, "Brasil Nunca Más". Disponible en <http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html#14>
- [35] Disponible en <http://es.thefreedictionary.com/transici%C3%B3n>
- [36] *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, EEUU: Macmillan Reference, 2004.
- [37] H. Valencia Villa, *Diccionario Derechos Humanos*, Madrid: Espasa, 2003.
- [38] Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana "Julio Cortázar", Universidad de Guadalajara, México, 26 de octubre de 2007. *Transitional justice in historical perspective*, Cambridge, 2005.
- [39] G. O'Donnell, P.C. Schmitter, *Transitions From Authoritarian Rule: Tentative Conclusions About Uncertain Democracies* 6, 1998.
- [40] Neil J. Kritz, (ed), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes*, 1997.
- [41] J. Elster, *Closing the books: Transitional justice in historical perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, [Trad. E. Zaidenweg, *Rendición de cuentas: La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires: Katz Editores, 2006].
- [42] M. Walzer, *Reflexiones sobre la guerra*, Barcelona: Ediciones Paidós, 2004.
- [43] GNU, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. 3 de agosto de 2004, in. doc S/2004/616.
- [44] H. Valencia Villa, *Diccionario Derechos Humanos*, Madrid: Espasa, 2003.
- [44] Disponible en <http://www.ictj.org/es/>
- [45] "El Estado de Derecho y la Justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos" *Informe del Secretario General de las Naciones Unidas*, Agosto 3 de 2004.
- [46] Procuraduría General de la Nación, *Guía de participación ciudadana*.
- [47] ILSA, *Los Derechos de las víctimas en procesos de paz o de transición a la democracia*, 2006. Disponible en <http://www.ilsa.org.co/spip.php?rubrique46>
- [48] A. Padilla, (coord.), *Boletín de Paz n° 05, Información tomada de la base de datos de la Fundación Ideas para la Paz resultante de la primera fase del proyecto "Sistematización de la información de los procesos de Paz en Colombia"*, Miembros del Equipo de trabajo: Angélica Durán, Gerson Iván Arias y José Nelson Camelo.
- [49] Corporación medios para la paz, *Para Desarmar la Palabra, Diccionario de términos del conflicto y de la paz*.
- [50] Congreso de la Republica de Colombia, *Diario Oficial No. 45.980 de del 25 de julio de 2005 ley 975 de 2005, artículo "Alcance y ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional en el juzgamiento de crímenes de conocimiento de la ley de justicia y paz"*.

- [51] B. Cuervo Criales, "El Estado de Derecho y la Justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos" *Revista Vínculos*, Vol 8, No 2, 201, pp. 70-80, 15 de julio de 2013.
- [52] *Informe del Secretario General de las Naciones Unidas* de Agosto 3 de 2004.
- [53] *Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006*, numerales 4.2.4 y 4.2.5.
- [54] Directiva No. 0001, "Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación", 4 de octubre de 2012, disponible en <http://www.Fiscalia.gov.co/colombia/wpcontent/uploads/2012/10/Directiva001.pdf>
- [55] SGNU, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, 2004.
- [56] Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 3 de agosto de 2004, in. doc. S/2004/616.